

ALGUMAS NOTAS SOBRE A OMISSÃO PUNÍVEL¹

LUIZ REGIS PRADO

Professor Titular de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá

RESUMO: Ação e omissão são realidades diferentes e autônomas que têm como ponto em comum a capacidade de ação. O poder final sobre o fato condiciona a ação e a omissão, elementos básicos, ainda que não unitários, do sistema. O conceito de omissão é existencial e de caráter limitativo: inexistente omissão em si na esfera do real, mas omissão de uma ação determinada. Enquanto conceito penal, a omissão vincula-se a um tipo legal de delito, exigindo uma relação externa com a ordem normativa. É justamente a norma penal incriminadora que impõe uma ordem de agir a ser cumprida. Em sede jurídico-penal, a omissão se apresenta com propriedade de conceito real-normativo ou ontoaxiológico: ordena-se um atuar no sentido de impedir o resultado valorado negativamente pelo ordenamento jurídico. O dolo na omissão integra-se unicamente pelo elemento intelectual de consciência da omissão e da capacidade de atuar para impedir o evento.

PALAVRAS-CHAVE: Ação – Omissão – Capacidade de ação – Omissão própria – Omissão imprópria – Posição de garante – Cláusula da equivalência.

ABSTRACT: Action and omission are different and autonomous realities sharing the duty to act. The ultimate power over the fact, conditions the action and omission, basic elements of the system, though not unitary. The concept of omission is existential and limited in nature: omission does not exist in itself in the realm of reality, but the omission of a particular action does. While a criminal law concept, the omission binds to a legal type of crime, requiring an external relationship to the normative order. It is precisely the incriminating penal rule that imposes an acting order to be fulfilled. Based on legal and criminal concept, omission is presented with real-normative concept or onto-axiological property: it orders an act to prevent the negative result by the legislation. The fault in the omission is integrated only by the conscious intellectual element of the omission and the ability to act in order to prevent the event.

KEYWORDS: Action - Omission - Duty to act - Proper crime of omission – Improper crime of omission – Guarantee Position - Clause of equivalence.

SUMÁRIO: 1. Ação e omissão: considerações gerais – 2. Teoria da omissão: 2.1 Causalidade e finalidade na omissão; 2.2 Dolo e culpa na omissão – 3. Delitos omissivos: divisão: 3.1 Delito

¹ Publicado na *RT*, 872, 2008, p. 433-455.

omissivo próprio ou puro (delicta omissiva); 3.2 Delito omissivo impróprio, impuro ou comissivo por omissão (delicta comissiva per omissionem); 3.3 Posição de garantia: teorias – 4. Omissão na lei penal brasileira. Fontes do dever de atuar. Posição de garante. Cláusula de equivalência.

1. AÇÃO E OMISSÃO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

O *delito* só existe enquanto *ação humana* (Direito Penal do fato) e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude (Direito Penal do autor), mormente em uma sociedade livre e democrática, em que vige o primado da lei e do respeito inarredável aos direitos e garantias fundamentais do homem.

Ademais, o simples querer ou pensar, sem qualquer exteriorização, sequer pode ser objeto de consideração no campo penal: *cogitationis poenam nemo patitur*.

A norma penal não pode *vedar* a simples causação de resultados, mas apenas ações (controladas pela vontade), ou *ordenar* a realização de determinado comportamento ativo, sempre com vistas a evitar lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos essenciais.

Como regra de conduta geral e abstrata, tem caráter imperativo, regulador ou conformador, impondo ao seu destinatário um caminho a ser seguido. Relaciona-se à capacidade, ao poder humano de fazer ou de omitir, sendo que só o homem pode ser seu sujeito, seu obrigado, tributário de um dever. Constitui a forma ideal de obrigar juridicamente os homens, sendo seu objeto sempre uma ação finalista.² Isso significa: “as proibições vedam e os mandatos promovem ações finais”.³

O conceito de delito é uno, sendo a ação e a omissão formas de conduta idôneas à sua realização e que têm *estruturas* diversas.

Constituem o *primeiro* nível do conceito de delito, ao qual se agregam os juízos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade (conceito analítico de delito).⁴

Trata-se a *primeira* da realização de uma conduta (positiva/afirmativa) dirigida a um fim que ultrapassa a esfera individual. De seu turno, a *segunda* (omissão) vem a ser a não-realização de um comportamento finalista.⁵

² KAUFMANN, A. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Trad. Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 139 e ss., 165.

³ Idem, *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 317.

⁴ Vide, sobre o conceito de delito, PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 240-251.

⁵ No interior do conceito finalista de omissão, assinala-se que a diferença de seu tratamento entre Welzel e Kaufmann, radica em ter este último autor posto como “dado fundamental da omissão a censurabilidade, a qual

A omissão de uma ação⁶ “só é possível mediante a inibição de uma decisão de realizar uma ação determinada ou renunciando a uma decisão já tomada de realizar uma ação. Portanto, a proibição não pode ir além, não pode proibir mais do que é possível a uma ação final. Por isso, o alcance da ação esgota, também, o objeto possível da proibição”.⁷ A proibição se efetiva no dever de omitir (norma proibitiva – ação), e o mandato, no dever de agir (norma preceptiva – omissão).

Desse modo, tem cunho sempre *transitivo* – relativo a uma ação concreta: “a omissão é a não-realização de algo e esse algo é uma ação finalista”.⁸

Antes de prosseguir, é de bom alvitre deixar patente a impossibilidade de ser elaborado um conceito genérico, totalizante, de ação que envolva ou abranja a ação propriamente dita e a omissão.⁹

Em relação à matéria, afirma-se que todas as tentativas que têm por objetivo encontrar um conceito de ação em sentido amplo estão condenadas ao fracasso.¹⁰

Em 1904, Radbruch já se manifestava sobre tal impossibilidade: “na medida em que é verdade que um conceito e seu contrário contraposto, posição e negação, A e não-A, não podem caber sob um conceito superior comum, também é verdade que ação e omissão devem permanecer uma junto à outra, sem união”.¹¹

Portanto, são elas (ação e omissão) diferentes e autônomas realidades e como tal devem ser tratadas, tanto no plano do ser como no do dever-ser.

Dessa assertiva, já se pode avançar a conclusão de que não é possível falar-se em nenhuma identidade entre elas, visto que existe, como indicado, uma profunda diferença *estrutural*.¹²

Além de servir de elemento *básico* do delito, ao qual se juntam outros encadeados sucessivamente, dá lugar, *ab initio*, a uma seleção prévia do que pode ou não ser considerado como ação ou omissão penalmente relevante.

recairá sobre aquele que, tendo capacidade de agir, deixou de praticar a ação devida” (COSTA JR., Heitor. Teorias acerca da omissão. *RDPC*, 33, 1971, p. 70).

⁶ Graficamente: “não existe ‘*realização da omissão*’, senão ‘*omissão da realização*’ da ação prescrita, apesar de contar com a capacidade para isso” – grifo no original (KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 320).

⁷ Idem, *Teoría de las normas*, p. 141.

⁸ LACRUZ LOPEZ, J. M. *Comportamiento omisivo y derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 411 e ss.

⁹ Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1998, II, p. 38 e 47.

¹⁰ Cf. GALLAS, W. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p. 16.

¹¹ Cf. CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 418.

¹² Nesse sentido, por exemplo, CADOPPI, A.; VENEZIANI, P. *Elementi di diritto penale*. Parte generale. Padova: Cedam, 2007, p. 194; FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito penal*. Parte penal. São Paulo: Coimbra Editora & RT (co-edição), p. 904.

Em palavras certas, assevera-se que “ação e omissão constituem realidades diversas, irreduzíveis e incompatíveis na esfera ontológica”, sendo que, [...] “as valorações do Direito devem estar condicionadas e encontrar seu limite nas estruturas lógico-objetivas, isto é, nas propriedades ontológicas do substrato submetido à regulação jurídica”.¹³ Ainda que esse vínculo lógico-objetivo seja tão-somente de ordem relativa. A respeito dessa questão, vale transcrever as gráficas palavras de Welzel: “Na verdade o legislador está sempre sujeito a determinados limites imanentes ao direito positivo. A primeira limitação se encontra nas estruturas lógico-objetivas que permeiam integralmente a matéria jurídica, prescrevendo-lhe uma regulação jurídica de determinada espécie. Elas constituem evidentemente o maior grupo de limitações, mas sua função limitadora é tão-somente relativa, quer dizer, obrigam ao legislador no momento em se ocupa de determinado tipo de regulação, e só o fazem logicamente, ou seja, em correspondência à realidade das coisas. A transgressão dessas estruturas não implicam invalidade do regulado juridicamente, mas apenas que não será possível conseguir o fim proposto, isto é, que foi estabelecida uma regulação com lacunas, contraditória e não objetiva”.¹⁴

Todavia, salienta-se, em profundo estudo sobre a teoria da omissão, a existência de um ponto *comum* entre a ação e a omissão: a capacidade de ação final¹⁵. Isso vale dizer: pode-se omitir tão-somente o que é possível realizar. Exige ela os elementos seguintes: capacidade física de agir; possibilidade de direção final da ação; conhecimento da situação típica (o fim, que o objeto do efeito da ação seja conhecido) e das formas e meios empregados.¹⁶ Se inexistente qualquer desses elementos, não há falar-se em omissão.

A capacidade de ação vem a ser capacidade pessoal de realizar uma ação determinada (= ação omitida), isto é, a possibilidade de conduzir o ato a certa finalidade.¹⁷ Como bem se

¹³ GRACIA MARTÍN, L. La comisión por omisión en el Derecho Penal español. *CDJ*, p. 96-97.

¹⁴ WELZEL, H. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*, p. 194 (exemplifica o citado autor: “o legislador não está obrigado de nenhum modo a vincular a aplicação da pena à suposição de que aquele que atua arbitrariamente o faz também dolosamente. Mas se realiza essa vinculação, quer dizer, se pune o dolo, fica obrigado em relação ao que constitui o conteúdo objetivo do dolo” – *ibidem*). Vide também, com detalhes, GRACIA MARTÍN, L. *Fundamentos de dogmática penal*, p. 82-83.

¹⁵ A partir de outra concepção dogmática, reconhece-se também um traço comum, de raiz ontológica, entre a ação e a omissão, que vem a ser a redução do risco ou perigo para o bem jurídico protegido (assim, GIMBERNAT ORDEIG, E., La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 694).

¹⁶ Cf. KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 317-318; WELZEL, H. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yañez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 277. Também JESCHECK, H-H. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Granada: Comares, José Luís Manzanares Samaniego, 1993, p. 560.

¹⁷ Acerca da omissão na doutrina finalista, vide COSTA JR., H., *op. cit.*, p. 68-71.

destaca, “é tão-somente o domínio do fato, concretamente possível de uma pessoa, que converte um não-fazer em omissão”.¹⁸

Na verdade, a capacidade de ação (= poder final sobre o fato ou de domínio do fato) se apresenta como uma *condicionante* da ação e da omissão propriamente ditas.

Para cumprir tal desiderato, faz-se imprescindível a existência de alguns requisitos, seja de ordem objetiva (qualidades externas – alheias ao sujeito – e internas, pertencentes a ele), seja de ordem subjetiva (qualidade psíquica referida ao omitente, incluindo os conhecimentos necessários para desenvolver a ação do ponto de vista material).¹⁹

É de salientar-se que tal capacidade se limita ao curso causal hipotético que pode se referir à capacidade de direção final, sendo que as possíveis consequências não-finais da ação final não estão abrangidas pela capacidade de ação e, portanto, não integram o conceito de omissão.²⁰

Nesses termos, além da possibilidade de conhecer o objetivo da ação (= representação do fim da ação – aspecto subjetivo),²¹ é preciso o concurso dos elementos materiais, temporais e espaciais (aspecto objetivo) que vão permitir o desenvolvimento da ação pelo sujeito, bem como os meios necessários para sua consecução.²²

O primeiro requisito básico objetivo vem a ser a existência de uma situação física própria ao atuar, como dado fático no qual se desenvolve a ação que busca alcançar determinado fim – só nesse caso é possível ao sujeito conhecê-la e levá-la a termo. Pelo segundo, de cunho subjetivo, exige-se que o sujeito tenha capacidade de direção final da ação.²³

Em síntese: tão-somente o sujeito que se encontre em uma situação apropriada – com disposição dos meios, capacidades e conhecimentos necessários – tem a possibilidade de conhecer a concorrência de umas e outros, e de endereçar sua conduta a determinado fim previamente assumido, é capaz de ação.²⁴

Trata-se de um conceito *existencial* referido à possibilidade de realizar uma ação

¹⁸ Ibidem, p. 68

¹⁹ Cf. LACRUZ LÓPEZ, J-M., op. cit., p. 454.

²⁰ KAUFMANN, A. A *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 68.

²¹ A capacidade de ação requer um lastro *cognoscitivo* – possibilidade de conhecimento da situação típica: é capaz de ação, aquele que conta com a possibilidade de realizá-la no sentido de um fim conhecido ou pode contar com tal possibilidade (KAUFMANN, A. op. cit., p. 62).

²² Cf. JESCHEK, H-H.; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada:Comares, 2002, p. 665 (“capacidade individual”); WESSELS, J. *Direito Penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1976, p. 161 (= “real e fisicamente possível ao sujeito”).

²³ LACRUZ LÓPEZ, J-M., op. cit., p. 457 e ss.

²⁴ Ibidem, op. cit., p. 458. Nesse juízo, deve-se ter sempre em conta a presença de determinada pessoa, com suas habilidades e conhecimentos, e a situação concreta com todos os seus componentes espaciais e temporais que vão propiciar a capacidade de ação.

específica em determinadas circunstâncias e momento, sendo que só se encontra obrigado quem é capaz de realizar a ação normada.²⁵

Assim, no tipo de injusto comissivo, essa capacidade de ação é desenvolvida, enquanto no tipo de injusto omissivo não o é, embora devesse ter sido.²⁶

Não se trata, entretanto, de um conceito negativo de ação, mas sim de caráter *limitativo*, isto é, a não-ação finalista com capacidade concreta de ação.²⁷

De logo, importa, então, reter que a ação e a omissão têm, na teoria jurídica do delito, a função de elemento básico, ainda que não unitário do sistema, suficiente para permitir uma regular interpretação de todos os tipos de injusto.²⁸

É de ser enfatizado, ainda, que, para cumprir seu objetivo de elemento de *ligação* entre os vários segmentos do delito, o conceito de ação ou de omissão deve ser formulado de maneira a não prejudicar (ou valorar antecipadamente) qualquer um deles.²⁹

2. TEORIA DA OMISSÃO

2.1 Causalidade e finalidade na omissão

Nos termos da teoria dualista, o desvalor da ação e o desvalor do resultado co-fundamentam o injusto culpável. Assim, tem-se que, no delito omissivo, o *primeiro* é consagrado pela não-ação determinada (dolosa ou culposa), e o *segundo* pela lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

A partir do gizado, fica desde já patente que o conceito pessoal do injusto aqui seguido expressa acertadamente a valoração que subjaz às normas penais incriminadoras.³⁰

É conveniente, nesse passo, sublinhar que o delito comissivo é, em geral, mais grave que o delito omissivo. Isso porque a infração de uma proibição (dever de omissão) tem maior gravidade que a infração de um mandato (dever de ação). Assim, diante de similar desvalor do resultado, ressalvada alguma exceção em sede de omissão imprópria, não há *identidade* de

²⁵ KAUFMANN, A. *Teoría de las normas*, p. 185-188.

²⁶ Assim, CUELLO CONTRERAS, J., op. cit., p. 418.

Emerge na relação contraposta entre ação e omissão o denominado *principio da inversão* (o estabelecido para a ação deve ser invertido para a omissão), por Kaufmann formulado. Em suas palavras: consiste o aludido princípio em que “(...) no delito omissivo aparece o mesmo efeito jurídico que no comissivo, se em relação à ação omitida concorre a estrutura inversa da ação praticada” (*Dogmática de los delitos de omisión*, p. 104 – grifo no original). Isso significa que, em lugar da comissão, deve ser mencionada, no caso da omissão, a não-realização da ação devida.

²⁷ Cf. WELZEL, H., op. cit., p. 277; KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos omisivos*, p. 68; CEREZO MIR, J., op. cit. p. 39 e 50.

²⁸ Cf. CEREZO MIR, J., op. cit., p. 48.

²⁹ Ibidem, p. 46.

³⁰ Ibidem, p. 142, 375.

desvalor (valoração negativa) no plano do injusto. O delito omissivo apresenta um menor conteúdo de injusto que o delito comissivo, visto que a não-ação é menos custosa que o comportamento positivo. Noutro dizer: em geral, o dever de omitir (delito de comissão) é mais oneroso que o dever de atuar (delito de omissão).³¹ Na mesma situação, “(...) o omitir, impedir o resultado é menos grave que realizá-lo dolosamente. A atividade requer energia de decisão e de execução; a passividade se baseia na sua ausência”.³²

Não há relação de *causalidade* alguma³³ na omissão (*ex nihilo nihil fit*), tampouco há *finalidade atual*.³⁴ Noutro dizer: não fazem parte do conceito de omissão penal nem a causalidade nem a finalidade.

O simples fato de o sujeito ter uma atitude passiva deixa evidente a impossibilidade de originar qualquer processo gerador de um resultado, sendo que este último é imputado sem a existência de qualquer nexos causal.

Acentua-se, nesse passo, que a confusão “da ação com a omissão e sua identificação com ela, fez com que a ciência penal perseguisse durante quase dois séculos o fantasma de uma causalidade da omissão, que correspondesse à causalidade da ação. A omissão como não-execução de uma ação não *causa* absolutamente nada. A única pergunta apropriada dentro do marco dos delitos de omissão refere-se ao fato de se a execução da ação omitida teria evitado o resultado”.³⁵

Todavia, a respeito da matéria, reina na doutrina brasileira séria divergência.

A sua origem, talvez, esteja ligada ao conceito *naturalístico* de omissão (teoria da condição)³⁶ acolhido no art. 13, *caput*, do Código Penal, *ipsis litteris*: “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Em justificativa constante da Exposição de Motivos da nova Parte Geral da Lei 7.209/84, consigna-se que “pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas

³¹ Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*, II, p. 293-294; ROMEO CASABONA, C. M., *Limites de los delitos de comisión por omisión*, RBCC, 7, 1994, p. 39.

³² KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 306.

³³ A causalidade só pode ser concebida enquanto causalidade *material*, pertencente ao mundo do ser, regido pelo princípio da causalidade; no mundo axiológico (dever-ser) vige o princípio da finalidade (também, no plano lógico, o princípio da imputação).

³⁴ Cf. KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 84, 318.

³⁵ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 292; JESCHECK, H.-H., *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 562; CEREZO MIR, J. *op. cit.*, II, p. 51.

³⁶ Observa-se que essa teoria (processo de eliminação hipotética) “quando aplicada à omissão não funciona de maneira escoreita. Baseia-se em mera hipótese, não em certeza, assim como qualquer outra teoria da causalidade” (TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 55).

básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo” (n. 12).

De qualquer maneira, alguns autores são favoráveis à existência de uma causalidade naturalística,³⁷ lógico-naturalística;³⁸ lógico-empírica;³⁹ outros a negam, substituindo-a por uma causalidade normativa,⁴⁰ ou enfocam a questão por um prisma normativo-social.⁴¹

Como nexos normativos, afirma-se peremptoriamente que “não há causalidade alguma na omissão. A omissão, como abstenção de atividade devida, nada pode causar”.⁴² Ainda que partilhando da ideia normativa da omissão, diz-se que, “se a omissão é a não-execução – por parte de um sujeito – de determinada ação, isso não implica uma ausência de comportamento”.⁴³ Existe, pois, uma conduta, “entidade sensível e verificável”, podendo ser positiva (atividade diversa daquela imposta pela norma) ou negativa (inatividade, inércia corpórea), e que servirá de ponto de partida para um juízo que irá averiguar se a conduta é contrária ou não a uma norma. Todavia, inexistente obstáculo para que na omissão possa “ser divisado um momento naturalístico. Consequentemente, se não é exato falar numa causalidade omissiva, parece possível mencionar a condicionalidade omissiva, sempre que uma norma imponha o dever de movimentar-se ou de

³⁷ No sentido da existência de uma causalidade naturalística na omissão: MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, II, p. 75 (“um *non facere* relevante para o Direito Penal, porque atinge um bem juridicamente tutelado”); MARTINS, J. S. *Direito penal*, p. 136; BRUNO, A. *Direito penal*, I. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 334; NORONHA, E. M. *Direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, I, p. 95; LUNA, E. da C. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 179; COSTA E SILVA, A. J. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Contasa, 1967, p. 49, entre outros.

³⁸ Essa é a posição de Nelson Hungria: “quem deixa de impedir um evento, podendo fazê-lo, é condição dele” (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, I, 188).

³⁹ É basicamente a postura de Everardo da Cunha Luna: há causalidade na omissão, de ordem empírica ou material, como condição negativa, e não propriamente física. Diz ele: “o nexos causal fato omissivo situa-se na esfera da causalidade real (...). Sendo fato social, a omissão é fenômeno empírico, misto de experiência externa e interna. (...) a não-atividade é *conditio sine qua non* do evitamento da ação do resultado abstida, e o evitamento, por sua vez, é causa da produção do resultado (Baumann)” (O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *RDPC*, 33, p. 52).

⁴⁰ FRAGOSO, H. C., *Lições de direito penal*. Parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 228-234; JESUS, D. E. de. *Direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, I, p. 208; MIRABETE, J. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1995, I, p. 103; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, I, p. 249-251 (“ficção jurídica”); MUNHOZ NETTO, A. Os crimes omissivos no Brasil. *RBCDP*, 33, p. 11-12; FRANCO, A. S. *et alii*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, I, p. 27; JORGE, W. W. *Curso de direito penal*. Parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 245; DELMANTO, C. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 19-20; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, I, p. 229-230.

⁴¹ Cf. TAVARES, J. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *RCJ*, 1, 1997, p. 141 e ss. Idem, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, p. 30 e ss. Acolhia esse autor a concepção roxiniana de ação como expressão da personalidade humana, sendo a omissão de caráter valorativo-social. Todavia, em estudo recente, inclina-se por uma concepção analítico-lingüística de ação, como ação significativa, com lastro na teoria da ação comunicativa.

⁴² FRAGOSO, H. C., op. cit., p. 234.

⁴³ COSTA JUNIOR, P. J. da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1992, I, p. 53.

impedir-se o evento”.⁴⁴

Manifesta-se opinião, também, no sentido de que inexistente omissão pré-típica e de que há, entre a conduta proibida e o resultado, nexos de evitação, isto é, “probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado”.⁴⁵

Ainda aqui, ressaia a diretiva, com matiz ontológico, de que a omissão tem como substrato natural uma ação finalista efetivamente realizada (e não esperada pelo ordenamento jurídico), sendo, todavia, correto “dizer que a omissão é um juízo normativo. Mas não se pode negar que esse juízo pressupõe e tem como base um evento real, isto é, um comportamento realizado (...), a omissão juridicamente relevante é, pois, a que decorre da realização de uma ação finalista que não é aquela prevista em uma norma jurídica. Tem, pois, a omissão, obrigatoriamente, como seu substrato natural uma conduta finalista”.⁴⁶

De seu turno, no que diz respeito mais propriamente ao conceito de omissão, diverge-se sobre o aspecto de ter ela substrato ontológico ou não.

De acordo com a primeira posição, admite-se ter a omissão uma base *real* prévia ao juízo axiológico. É um conceito pré-jurídico, que “não nasce do ordenamento jurídico, nem de outras expectativas”.⁴⁷ Tanto a ação quanto a omissão pertencem igualmente à realidade.⁴⁸ No plano ontológico, não há omissão *em si*, nem é ela uma ação, mas tão-somente omissão de uma ação.⁴⁹ Como se enfatiza, “o acento valorativo não faz surgir algo do nada, mas só pode converter algo em algo valorado”.⁵⁰

Evidencia-se assim através de um juízo objetivo, isento de valoração. Pode-se omitir não só a ação esperada, mas também a proibida pela norma jurídica.⁵¹ Na omissão, o agente não realizou a ação podendo realizá-la numa situação concreta, sendo, portanto, sempre omissão de ação.⁵²

Por outro lado – conforme a *segunda* posição –, concebe-se a omissão como um conceito *puramente* jurídico, despidido de qualquer lastro real ou naturalístico. Dessa maneira, pode ser

⁴⁴ Ibidem, p. 71; vide, ainda, do mesmo autor, *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 113 e ss.

⁴⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997, p. 541.

⁴⁶ LUISI, L. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 96-97. Nesse sentido, vide SANTOS, G. P. dos. *Inovações do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 26; COSTA JR., H. Teorias acerca da omissão. *RT* 587/283 (“a omissão penalmente relevante há de derivar, sempre, de uma norma jurídica que determine a prática de uma ação e também de um substrato natural, deduzido da ação não cumprida”).

⁴⁷ KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 318.

⁴⁸ STRATENWERTH, G. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 2005, p. 103.

⁴⁹ Cf. WELZEL, H., op. cit., p. 276-277.

⁵⁰ KAUFMANN, A., op. cit., p. 69 (grifo no original).

⁵¹ Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1998, III, p. 255. WELZEL, H., op. cit., p. 278.

⁵² Assim, COSTA JR., H., op. cit., p. 73.

definida nos termos seguintes: comportamento passivo consistente em um não-fazer jurídico-penalmente desvalorado.⁵³ De caráter valorativo, a omissão só aparece quando referida à norma penal. No mundo da realidade só há ação (comportamento *positivo*).⁵⁴

De qualquer modo, de acordo com a doutrina neste texto seguida, não há falar-se em *omissão em si* na esfera do real, mas tão-somente em *omissão de uma ação determinada*, sendo que esta última tem substrato no mundo do ser,⁵⁵ existe como dado ou fenômeno da experiência social.

Aliás, convém sublinhar que o fato de se arrancar da realidade concreta – como complexo sociomaterial⁵⁶ – quer significar com mais razão que se tem em conta como dado fundamental o contexto das relações sociais ou socioculturais que envolvem a ação e a omissão humana, visto que não podem ser vistas apartadas do tecido social no qual nascem e desenvolvem-se.

Mas também é verdade que a *omissão penalmente* considerada – omissão de uma ação valorada como típica – implica disposição normativa jurídica.

A particularidade de ser entendida como um dado ontológico⁵⁷ não impede a consideração basilar de que a omissão – enquanto *conceito penal* – vincula-se a um tipo legal de delito. Ou seja: o conceito de omissão penal exige uma relação externa com a ordem normativa. É justamente a norma penal incriminadora que impõe um mandamento, um comando, uma ordem de agir a ser cumprida.⁵⁸

Por conseguinte, cabe afirmar que, em sede jurídico-penal, a omissão se apresenta com propriedade de conceito *existencial-jurídico, real-normativo* ou *ontoaxiológico*.⁵⁹

⁵³ SERRANO PIEDECASAS, J.R. Crítica formal del concepto de omisión. *ADPCP*, 1993, p. 1001. Insiste este último autor na idéia – de ordem lógica – de que a “omissão não é uma forma de comportamento, mas sim uma proposição de dever-ser (norma) atribuída a uma forma de comportamento” (cit., p. 1002).

⁵⁴ Na doutrina brasileira, por exemplo, FRAGOSO, H. C. Crimes omissivos no Direito brasileiro. *RDPC*, 33, p. 44; D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 404; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. PG. 24. ed., I. São Paulo: Atlas, 2007, p. 92. JESUS, Damásio. *Direito penal*. PG. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 238. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. PG., p. 304.

⁵⁵ O *ser* representa certo modo de existir, de realidade, significa uma forma de existência, como fato de ser, seja na percepção, seja como objeto da experiência social, ou fenômeno.

⁵⁶ Nessa linha, LACRUZ LÓPEZ, J-M., op. cit., p. 414.

⁵⁷ Convém explicar que esse conceito abrange toda a realidade do ser, seja física, seja fenomênica, apresentando-se como algo existente, objetivo, e não como ente imaginário, subjetivo ou irreal.

⁵⁸ Cf. WELZEL, H. op., cit., p. 276. Pontifica-se que o fenômeno da omissão só pode ser compreendido como conceito normativamente relevante enquanto objeto de um juízo de relação, consistente na ação anteposta a um dever jurídico de conteúdo positivo (CARACCIOLI, I. Omissione (Diritto Penale). *Novissimo digesto italiano*, XI, p. 895-896).

⁵⁹ Vide MAURACH, R; GÖSSEL, K.H.; ZIPF, H. *Derecho penal*. PG, II. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, v. 2, p. 213, 217-221. De modo similar, entende-se que a omissão no âmbito penal acaba por congrega o ontológico e o normativo (cf. GIMBERNAT ORDEIG, E. op. cit., p. 694 e ss.). Também Miguel Reale Júnior adota uma concepção mista – “naturalista-normativa” –, ainda que admita a causalidade na omissão

Nessa perspectiva, na ação, proíbe-se um resultado *desvalorado* pelo ordenamento jurídico e, na omissão, impõe-se um atuar justamente para impedi-lo (mandato de agir). Em outro dizer: ordena-se um atuar no sentido de impedir o resultado valorado negativamente pelo ordenamento jurídico.

2.2 Dolo e culpa na omissão

Como mencionado, além da causalidade, falta à omissão também a *finalidade*. Esta última observação traz à baila o problema do dolo na omissão.

Não há unanimidade doutrinária a respeito dos elementos que deve conter o dolo, isto é, se os elementos – intelectual e volitivo⁶⁰ –, como no delito comissivo, ou se tão-somente o primeiro deles.

Com efeito, é de se evidenciar que o *dolo* (de fato ou natural) na omissão tem conteúdo diferente daquele do delito comissivo, visto que não vem integrado pelo elemento *volitivo* – vontade de realização. O tipo objetivo – objeto do dolo –, e, de conseguinte, o próprio dolo têm outra estrutura.⁶¹

Essa vontade de realização, no delito omissivo, é substituída pela *consciência* da situação de perigo ao bem jurídico e do modo ou forma de realização da ação que pode evitá-lo.

A vontade de realização não é conata ao conceito de omissão: também omite quem esquece de realizar uma ação quando podia fazê-lo.⁶²

Assim, em sede conceitual e em coerência com os pressupostos teóricos aqui acolhidos, o *dolo* na omissão deve consistir apenas na *consciência* da não-realização de uma ação com conhecimento da capacidade concreta de ação.⁶³

Segundo esse raciocínio, compõe-se o dolo tão-somente do elemento *intelectual* de

(*Instituições de direito penal*. Parte geral, I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 258-259). Tavares destaca também o aspecto pré-jurídico da omissão, entendido como “sentido social” (op. cit., p. 70). Munhoz Netto, de sua vez, afirma que “a omissão existe objetivamente” e se reveste de um acontecer, sendo este acontecer o “ponto de apoio do juízo de valor” (Os crimes comissivos no Brasil. *RDPC*, 33, p. 11). De modo similar manifesta-se Heitor da Costa Júnior: “a omissão penalmente relevante há de derivar sempre de uma norma jurídica que determine a prática de uma ação e também de um substrato natural, deduzido da ação não cumprida” (Teorias acerca da omissão. *RDPC*, 33, p. 71).

⁶⁰ Em geral, a doutrina brasileira não se manifesta expressamente sobre o tema. Contudo, admitem o dolo omissivo, composto pelos elementos intelectual e volitivo, por exemplo, REALE JR., M. *Instituições de direito penal*, I, p. 222-223; TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos delitos omissivos*, p. 192-193; BITTENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, PG, I, p. 426; MUNHOZ NETTO, A. Os crimes omissivos no Brasil. *RDPC*, 33, p. 15 e ss.; FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal*. PG, p. 246; BIERRENBACH, S. A. *Crimes omissivos impróprios*, p. 94-95; SOUZA, Carmo Antonio. *Fundamentos dos crimes omissivos impróprios*, p. 119-120.

⁶¹ Assim, JESCHECK, H.-H., op. cit., p. 573.

⁶² Cf. CERESO MIR. *Curso de derecho penal español*, III, p. 253.

⁶³ De modo similar, DOTTI, R. A., op. cit., p. 305, 396; SANTOS, J. C. dos., op. cit., p. 143-144.

consciência da omissão e da capacidade de atuar para impedir o evento. A omissão consciente é omissão com consciência de poder atuar, é a não-realização de uma ação determinada, quando se é capaz de ação e consciente de seu poder fático (domínio do fato). É inconsciente a omissão quando ausente o poder fático sobre a ação omitida.⁶⁴ Entretanto, o conhecimento do sujeito não precisa abranger a relação de equivalência entre ação e omissão, visto que não integra o tipo de injusto, sendo apenas seu complemento, seu anexo.⁶⁵

Não obstante essas ponderações, em termos legais, o dolo na omissão, como também na ação, integra-se dos elementos intelectual e volitivo por força do conceito de dolo estampado no Código Penal brasileiro (art. 18, I). Isso quer dizer que o dolo omissivo, além do elemento intelectual, deve compreender também a *vontade* da não-realização da ação.

3. DELITOS OMISSIVOS: DIVISÃO

Numa aproximação normológica, os tipos penais incriminadores expressam-se em proibições e mandatos ou ordens, cuja infração dá lugar a delitos de *estrutura* diversa: a) *tipo de injusto comissivo*: a ação viola uma proibição (*delito comissivo*); b) *tipo de injusto omissivo*: a omissão transgride uma ordem ou comando de atuar (*delito omissivo*).

Os delitos *comissivos* (ação/atuar positivo) só podem ser praticados mediante comportamento. De sua vez, os delitos *omissivos* se verificam unicamente através da omissão de uma ação determinada (não-ação final quando capaz de realizá-la).

A omissão penalmente relevante em qualquer de suas modalidades (omissão própria ou imprópria) está sempre fulcrada em uma norma mandamental, que ordena um determinado comportamento.

Nos delitos omissivos, encontra-se presente o dever de agir, seja *geral* (omissão própria), seja *especial* (omissão imprópria).

Esse dever de agir pode ser visto como um dever geral imposto pelo ordenamento jurídico, diante de certo caso concreto por ele mesmo previsto – *dever geral de assistência* –, ou, ainda, como dever decorrente de uma especial relação entre o agente e a vítima, ou entre o agente e a fonte geradora de perigo, de maneira que se apresente como garantidor do bem jurídico relativamente a uma pessoa determinada ou a outras atingidas pela fonte de perigo – *dever de impedir o resultado*.⁶⁶

⁶⁴ Cf. KAUFMANN, A., op. cit., p. 97, 318; WELZEL, H., op. cit., p. 277.

⁶⁵ Nessa diretriz, TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, p. 97.

⁶⁶ Ibidem, p. 43.

A respeito da distinção entre omissão própria e imprópria, aventam-se alguns critérios:⁶⁷

1) *critério tradicional ou clássico* – a delimitação entre essas espécies omissivas é feita com base na consideração de o resultado integrar ou não o tipo legal. No delito omissivo próprio – próximo ao delito de mera atividade – não figura o resultado como parte de sua estrutura típica, já no delito omissivo impróprio – próximo ao delito de resultado – o evento integra o tipo penal; 2) *critério normológico* – a diferença entre elas repousa na natureza da norma penal transgredida. Na omissão própria, viola-se uma norma preceptiva, na omissão imprópria uma norma proibitiva. É tido como incorreto, visto que em toda modalidade omissiva é infringida uma norma preceptiva ou mandamental; 3) *critério tipológico* – o ponto distintivo se encontra na previsão legal ou não de cada forma omissiva. A omissão própria se acha legalmente tipificada, ao passo que a imprópria não, sendo criação doutrinária ou jurisprudencial. Isso além da posição de garante, que é característica desta última. Esse critério foi desenvolvido por Armin Kaufmann, em obra datada de 1959 (*Dogmática dos delitos de omissão*).

Em geral, na apreciação da matéria, costuma-se combinar as teorias tradicional e tipológica (primeira e terceira).⁶⁸

Do fato de ser uma ou outra modalidade de omissão exsurtem duas espécies de delitos omissivos, conforme a doutrina majoritária.

⁶⁷ Vide LEITE, André Lamas. *As posições de garantia na omissão impura*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49 e ss.; RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal na omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 15 e ss.; SILVA SANCHEZ, J-M. *El delito de omisión* – concepto y sistema. Barcelona: Bosch, 1986, p. 150 e ss. D'AVILA, F.R. op. cit., p. 215-222. Gimbernat Ordeig, de sua vez, apresenta, com nomenclatura diversa e variações, a classificação seguinte: a) *critério formal*: o decisivo é a previsão legal da conduta omissiva – a omissão que vem descrita em um tipo legal é *própria ou pura*, ao passo que a omissão não prevista legalmente é a *imprópria ou impura*, com independência da posição de garantia; b) *critério material*: importante é o resultado de lesão ou de perigo atribuído ao agente por ocupar uma posição de garante – omissão *imprópria*, que pode estar legalmente prevista ou não. Por sua vez, surge a omissão *própria* da determinação legal em que se tipifica a omissão de uma pessoa qualquer (não-garante), como delito comum e independente;⁶⁷ c) *critério eclético ou misto*: conjuga os dois anteriores e é o mais aceito. A omissão *imprópria* é aquela prevista ou não de modo expreso na lei penal, na qual o omitente tem especial relação de garantia para com o bem jurídico ameaçado (delito *especial*); ao passo que a omissão é considerada *própria* quando tipificada explicitamente em lei, que impõe ao omitente o dever de agir (delito *comum*). No que toca à primeira modalidade (omissão imprópria), propõe diferenciá-la entre omissão imprópria em sentido estrito (= não-tipificada) e omissão imprópria expressamente tipificada (La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión), p. 702-706).

⁶⁸ A doutrina moderna aprofunda o estudo do tema, propondo inúmeros grupos e subgrupos de modalidades de omissão delitiva. Assim, por exemplo, a) omissões impróprias não-escritas (omissões impróprias-não escritas de lesão e de perigo); b) omissões impróprias expressamente previstas em lei (omissões impróprias de lesão e de perigo (GIMBERNAT ORDEIG, E. op. cit., p. 700-701). Há também proposta no sentido da criação de uma terceira modalidade de omissão (omissão de gravidade intermediária), situada entre a omissão própria e a omissão imprópria – classificação tripartite (SILVA SANCHEZ, J-M., op. cit., p. 344 e ss.). De seu turno, Gracia Martín propugna quatro níveis (= modalidades) diferentes no tratamento da omissão: comissão por omissão em sentido estrito, omissão pura de garante genérico, omissão pura de garante genérico referida ao resultado e omissão pura baseada em deveres gerais de solidariedade – vide infra (La comisión por omisión en el Derecho Penal español. CDJ, cit., p. 96 e ss.).

3.1 Delito omissivo próprio ou puro (*delicta omissiva*)

Consuma-se com a simples infração da ordem ou comando de agir, independentemente do resultado. Transgride-se a mera obrigação de atuar. É delito comum e de mera atividade, visto que não exige um *resultado* como elemento do tipo de injusto (ex.: arts. 135 – omissão de socorro, 168-A – apropriação indébita previdenciária, 244 – abandono material, 246 – abandono intelectual, 269 – omissão de notificação de doença, 359-F – não-cancelamento de restos a pagar –, CP).

Perfaz-se diretamente, pois o próprio modelo legal de forma *implícita* ordena o atuar, independentemente do resultado.⁶⁹ Pune-se, então, a não-realização de uma ação que o autor podia realizar na situação concreta em que se encontrava. Noutro dizer: exaure-se “na infração a uma norma mandamental e na simples omissão de uma atividade exigida pela lei”.⁷⁰

Entre os seus requisitos, cabe mencionar: situação típica; não-realização de uma ação cumpridora do mandato; capacidade concreta de ação, que, por sua vez, exige conhecimento da situação típica e dos meios ou formas de realização da conduta devida.

3.2 Delito omissivo impróprio, impuro ou comissivo por omissão (*delicta comissiva per omissionem*)

Consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (situação típica). O não-impedimento do resultado lesivo pela ação devida omitida. Implícito na norma está uma ordem ou mandato de realizar a ação impeditiva do evento, imputando-o ao omitente que não o evitou, podendo evitá-lo.

Exige-se a ocorrência do *resultado* vedado integrante do tipo de injusto – delito de resultado (ex.: homicídio causado por omissão de alimento por quem podia e devia prestá-lo; genitor ou responsável que permite agressão sexual (atentado violento ao pudor) contra menor, podendo impedi-la); não impedir o funcionário, podendo fazê-lo, a prática do contrabando ou descaminho; do mesmo modo, a fuga de pessoa presa).

O que caracteriza essa espécie delitiva é a transgressão prévia do dever jurídico de

⁶⁹ O injusto se constitui pela simples omissão do comportamento descrito no tipo legal. Assinala-se que a criminalização da omissão própria só deve ocorrer diante da necessidade de proteção de bens jurídicos muito importantes, em nome do princípio da intervenção mínima (cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Direito penal*. Parte geral. Porto: Publicações Universidade Católica, II, p. 416).

⁷⁰ WESSELS, J. *Direito penal*, p. 157.

impedir o resultado, a que se estava obrigado.⁷¹

Trata-se de delito *especial*, pois tão-somente aquele que estando anteriormente em uma *posição de garante* do bem jurídico, diante de certa situação de perigo, não evita o resultado típico, podendo fazê-lo, é autor.⁷² Desse modo, o autor de um delito de comissão por omissão só pode ser o titular de um dever jurídico especial que implique garantia da não-produção do resultado típico. Como elemento normativo do tipo de injusto, serve o especial dever de garante para delimitar o *círculo* dos possíveis autores (qualidade especial do sujeito) do delito de comissão por omissão.

No que tange à origem dessa construção dogmática há certa divergência. Para alguns, a posição/obrigação de garante, como fundamento da responsabilidade penal, não está propriamente nas obras de Stübel ou Luden, mas sim remonta ela às obras de Krug, Glaser e Merkel, enfeixadas sob a denominação de teorias da ingerência, que, a partir de um processo de desformalização (teorias do dever jurídico), contribuem para o nascimento das modernas teorias da posição de garantidor.⁷³

Ainda nesse âmbito histórico, coube a Nagler a formulação da teoria da posição de garantia, quando agrega ao delito omissivo impróprio o dever de garante como elemento do tipo.⁷⁴

3.3 Posição de garantia: teorias

No que tange à posição de garantia,⁷⁵ nos delitos de omissão imprópria, são enumerados três grupos de teorias,⁷⁶ essencialmente:

1) *Teorias formais ou clássicas* – é decorrência do liberalismo jurídico, que arranca do princípio da excepcionalidade da responsabilidade omissiva, e tem como exigência a previsão

⁷¹ FRAGOSO, H. C., op. cit., p. 241.

⁷² Cf. WELZEL, H., op. cit., p. 298; KAUFMANN, A., op. p. 282, 286; MAURACH, R; GÖSSEL, K.H.; ZIPF, H., op. cit., p. 244-246; JESCHECK, H-H; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal*. P.G. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 668; WESSELS, op. cit., p. 158; CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*, III, p. 260, 262; CUADRADO RUIZ, M. A. La posición de garante, *RDPC*, 6, 2000, p. 11 e ss. .

⁷³ Cf. GÓMEZ-ALLER, J.D. *Omisión e injerencia en derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 841-846.

⁷⁴ Cf. KAUFMANN, A., op. cit., p. 259; CUADRADO RUIZ, M.A., op. cit., p. 19.

⁷⁵ Mantovani propõe o conceito seguinte: a posição (= obrigação) de garantia vem a ser “a *obrigação jurídica* que gravita sobre *específicas categorias predeterminadas* de sujeitos previamente revestidos dos adequados *poderes jurídicos* de impedir resultados que ofendem bens alheios, confiados a sua tutela pela incapacidade dos titulares para protegê-los adequadamente” (Idem, La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 488).

⁷⁶ Vide JESCHECK, H-H; WEIGEND, T., op. cit., p.668 e ss.; LEITE, A. L. *As posições de garantia na omissão impura*, p. 147 e ss.; WESSELS, J. *Direito penal*, p. 163.

expressa da *obrigação* de atuar nas *fontes jurídicas formais*, que estão individualizadas na lei e no contrato. Apresenta, como mérito, a “exigência de imprescindível fundamento jurídico-formal da obrigação de garantia, como tributo ao princípio da legalidade”.⁷⁷

Em síntese: a posição de garantia é derivada das fontes formais, com previsão legal explícita. Em geral, são a lei, o contrato e a ingerência (atuar precedente de risco/perigoso).

Apresentam essas correntes um aspecto *restritivo* em relação às teorias funcionais ou substanciais, o que favorece a segurança jurídica;

2) *Teorias funcionais, materiais ou substanciais* – a posição de garantia (equiparação entre fazer/ação e omitir/omissão) desloca-se do plano meramente formal, da lei positiva, para o plano jurídico-material ou substancial, tendo-se em conta o “sentido social inerente aos diversos deveres”.⁷⁸ Parte da idéia de posição de garante fática – assumida por sujeitos especiais –, e “individualiza a função da responsabilidade por não haver impedido o resultado na exigência solidária da tutela reforçada de bens jurídicos mediante a predisposição de garantidores adequados”.⁷⁹

Por essa teoria, a posição de garantia está em função de proteção do bem jurídico específico (dever de assistência, custódia) e de vigilância ou controle em relação a uma fonte de perigo ou risco (dever de supervisão, domínio, segurança);⁸⁰

3) *Teoria mista* ou formal/material – na caracterização da posição de garantia conjugam-se as duas teorias anteriores, buscando uma síntese entre elas. À lei, contrato e ingerência são agregados outros critérios de ordem material – proteção de bens jurídicos, controle de fontes de perigo. Consideram-se, de primeiro, as fontes das relações do sujeito com o bem jurídico, e, de segundo, procura-se esclarecer ditas relações do ponto de vista substancial (v.g., “relações recíprocas de expectativas geralmente reconhecidas”; “baseadas em uma função social especial”;⁸¹ posições de proteção e de controle,⁸² solidariedade social ou comunitária, etc.).

Na verdade, bem se anota que o fundamento *comum* a todas as posições de garantia nos delitos omissivos impróprios repousa na “[...] ideia de ‘confiança’ penalmente relevante e, por isso, tutelada. Seja no âmbito dos deveres de protecção, seja nos de vigilância e controlo de

⁷⁷ MANTOVANI, F. La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 485.

⁷⁸ Assim, JESCHECK, H-H; WEIGEND, T., op. cit., p. 669. Para uma exposição sobre a teoria das funções de Kaufmann, vide SILVA SANCHEZ, J-M, op. cit., p. 169 e ss.; GÓMEZ-ALLER, J.D., op. cit., p. 218 e ss.; LEITE, A. L., op. cit., p. 168 e ss.

⁷⁹ MANTOVANI, F., op. cit., p. 485.

⁸⁰ Posição de garante como proteção de bens jurídicos e como supervisão de determinadas fontes de perigo (KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 289-290).

⁸¹ MAURACH, R; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H., op. cit., p. 250.

⁸² Cf. KAUFMANN, A., op. cit., p. 289 e ss.

fontes de perigo, partindo de um conceito material ancorado numa perspectiva de ilicitude também ela material, o que singulariza o ‘dever especialíssimo’ de intervir é, em última análise, a expectativa do carente de intervenção e da própria comunidade em que o obrigado não deixará de cumprir a acção esperada”.⁸³

Como elemento objetivo normativo da autoria, a posição de garante decorre do estreito vínculo existente *a priori* ou *ex ante* entre o omitente e o bem jurídico protegido.⁸⁴ Não basta, contudo, que o autor esteja na posição de garantia; é preciso que tenha capacidade de ação (possibilidade material de evitar o resultado).

Em nível de tipo de injusto, faz-se necessária então a concorrência de uma situação típica; da não-realização de uma ação impeditiva (= evitadora) do resultado; da capacidade concreta de ação (possibilidade de conhecimento da situação típica e do modo de evitar o resultado/possibilidade real de fazê-lo); da posição de garantidor do bem jurídico; da equivalência entre a omissão e a ação, de acordo com o conteúdo do injusto penal.

Convém evidenciar que a situação de garantia, enquanto ente fático, integra o tipo propriamente dito, e o dever de agir dela originado se refere à ilicitude, colorindo com especial matiz o conteúdo do injusto no delito omissivo impróprio ou comissivo por omissão.⁸⁵

Daí resulta, em consequência, que o erro sobre a situação de garantia em si constitui erro de tipo (art. 20, CP), ao passo que o erro versando o dever de agir que dela decorre vem a ser erro de proibição (art. 21, CP).⁸⁶ Isso porque é possível ocupar uma situação de garantia (= situação de fato), sem ter necessariamente o dever de atuar (por exemplo, o agente que se encontra amparado por uma causa de justificação).

Pode ser o delito omissivo realizado na forma dolosa ou culposa. Nesta última, a transgressão do dever objetivo de cuidado pode referir-se aos elementos específicos da omissão, seja própria, seja imprópria (situação típica, execução da ação de impedimento do evento, etc.).⁸⁷

⁸³ LEITE, A. L. *As posições de garantia na omissão impura*, p. 197-198.

⁸⁴ Cf. BACIGALUPO, E. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 120.

⁸⁵ Cf. WELZEL, H., op. cit., p. 302; CURY URZÚA, E. *Derecho penal*. P.G. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, II, 1997, p. 295 e ss. TAIPA DE CARVALHO, A. A., op. cit., p. 439-440.

⁸⁶ Cf. MUNHOZ NETTO, A. op. cit., p. 16; TAVARES, J. op. cit., p. 98-99.

⁸⁷ Alguns exemplos de omissão culposa são didaticamente agrupados: “A culpa pode decorrer ainda de várias formas de imprevisão referentes; a) à iminência da produção do resultado típico (ex: a mãe deixa sem cuidados o recém-nascido sem pensar que isto pode lhe produzir danos à saúde); b) à posição de garante (ex: a professora vê meninos brincando perigosamente, um dos quais sofreria acidente mortal, mas levianamente não se dá conta que são seus próprios alunos, aos quais deve proibir a brincadeira); c) à planificação ou execução da ação para impedir o resultado (ex: o guarda-vidas lança a bóia muito longe e não se apercebe que ele próprio deveria atirar-se à água para intervir eficazmente); d) à avaliação da situação típica (ex: o guarda-vidas desatento não ouve os gritos de socorro, ou ouvindo-os, não crê na produção do resultado, por supor que a pessoa está em águas rasas, das quais pode se safar facilmente)” (MUNHOZ NETTO, A. op. cit., p. 27, citando Jescheck e Welzel).

4. OMISSÃO NA LEI PENAL BRASILEIRA. FONTES DO DEVER DE ATUAR. POSIÇÃO DE GARANTE. CLÁUSULA DE EQUIVALÊNCIA

No Brasil, a legislação penal pretérita⁸⁸ considerou a matéria de modo perfunctório, e o mesmo se verificou no campo doutrinário.

O Código Criminal do Império (1830) versou sobre ela nos termos seguintes: “Julgar-se-há crime ou delicto: Toda a acção ou omissão voluntária contrarias ás Leis penaes” (art. 2.º, § 1.º).

De seu turno, o Código Penal republicano (1890) estabeleceu que “a violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção” (art. 2.º).

O primeiro não consignou a omissão imprópria e o segundo acatou sua causalidade naturalística.⁸⁹

Na seara doutrinária, coube ao penalista Tobias Barreto – no estudo intitulado *Os delictos por omissão* – a primazia de tratar do crime omissivo impróprio – em base causal e como espécie do delito comissivo –, revelando-se “surpreendentemente em dia com a ciência penal de seu tempo”.⁹⁰

A lei penal brasileira em vigor disciplinou expressamente as fontes do especial dever de agir, isto é, a posição de garantidor decorre de fontes formais (teoria *formal* do dever jurídico). Assim, “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem; a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (art. 13, § 2.º, CP).

Dessa forma, consigna-se no dispositivo *ut supra* uma *cláusula geral múltíplice*,⁹¹ com enumeração das posições de garante, em que se busca estabelecer parâmetros legais para a matéria. Não se trata, pois, de uma cláusula de extensão típica.

A partir daí, e em síntese, tão-somente a lei, o contrato e a ingerência podem ser tidos como elementos fundantes do aparecimento de um dever especial de agir para evitar o resultado

⁸⁸ A respeito da evolução histórica da omissão penal, vide MUNHOZ NETTO, A. Os crimes omissivos no Brasil. *RDPC*, 33, 1971, p. 6 e ss.; FRAGOSO, H. C. Crimes omissivos no Direito brasileiro. *RDPC*, 33, 1971, p. 41 e ss.; BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 47 e ss.; LUNA, Everardo da Cunha. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *RDPC*, 33, 1971, p. 56-57; SOUZA, Carmo Antonio de. *Fundamentos dos crimes omissivos impróprios*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11 e ss.; MARQUES, J. F., op. cit., p. 74-75;

⁸⁹ Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes comissivos no Brasil. *RDPC*, 33, 1971, p. 6-7.

⁹⁰ FRAGOSO, H-C, op. cit., p. 41.

⁹¹ HUERTA TOCILDO, S. *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 26.

típico.

De outro lado, e lamentavelmente, absteve-se o legislador de 1984 de prever de modo explícito uma *cláusula geral de equivalência punitiva* entre omissão e ação para efeito de omissão imprópria, como em grande parte das legislações penais modernas,⁹² restando o tema adstrito à interpretação judicial, com lastro nos paradigmas da legislação comparada e nas sugestões doutrinárias. Essa falta de previsão tem, portanto, grave impacto em um sistema penal de ordem garantista.⁹³

Demais disso, “o problema da omissão do garante com a causação positiva do resultado típico é o mais difícil – e, ao mesmo tempo, o mais importante – da dogmática da omissão imprópria, pois por mais posição de garantia que tenha o omitente não existirá uma comissão por omissão se a inatividade deste garante não for equiparável à produção do resultado mediante comportamento positivo”.⁹⁴

Por essa cláusula reitoria, deve haver, para que se afirme a existência de hipótese de omissão imprópria (= comissão por omissão), a equivalência entre a infração do dever de agir para evitar o resultado típico e sua realização por meio de um atuar positivo/ativo. Isso significa uma correspondência/equiparação substancial no âmbito do injusto específico entre o delito

⁹² Vide, por exemplo: o Direito positivo espanhol (Código Penal de 1995) versa sobre a comissão por omissão no art. 11: “Os delitos ou contravenções que consistam na produção de um resultado serão considerados como praticados por omissão quando sua não-evitação, ao infringir um especial dever de agir do autor, equivalha, segundo o texto legal, a sua causação. Para tal efeito, omissão será equiparada à ação: a) quando exista uma específica obrigação legal ou contratual de atuar; b) quando o omitente tenha criado uma ocasião de risco para o bem juridicamente protegido mediante uma ação ou omissão precedente”. O Código Penal português dispõe no art. 10: “1. Quando um tipo legal de crime compreender certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2. A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3. No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada”. Já a Lei Penal italiana reza que “ninguém pode ser punido por um fato previsto pela lei como crime, se o resultado lesivo ou perigoso, do qual depende a sua existência, não é consequência de uma ação ou omissão. Não impedir um resultado, que se tem o dever jurídico de impedir, equivale a causá-lo” (art. 40, Código Penal italiano). De seu turno, prevê o Código Penal alemão: “Aquele que não evitar um resultado que integre um tipo penal, apenas será punível (...) quando lhe seja imposto pela ordem jurídica o dever de garantir que o resultado não venha a ocorrer, e quando essa omissão seja equivalente à realização de um tipo penal por ação” (§ 13.1). Também o Código Penal austríaco dispõe: “Quando a lei pune a produção de um determinado resultado, será também punível quem omita evitá-lo apesar de estar obrigado a isso em virtude de um especial dever que lhe impõe o sistema legal vigente e sempre que a omissão de evitar dito resultado seja equivalente à realização dos elementos de um fato comissivo previsto em lei” (§ 2). A partir de 1994, no sistema legal francês, a equivalência entre a omissão e a ação deve vir consignada expressamente no tipo legal incriminador da omissão, salvo algumas hipóteses de delitos culposos.

⁹³ Cf. CONTE, P.; MAISTRE DU CHAMBON, P. *Droit pénal général*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 164. Pela inconstitucionalidade da cláusula de equivalência, por transgressão do princípio da legalidade, manifesta-se TAVARES. E, em razão do silêncio do Código Penal, entende o citado autor que “a relação entre delito comissivo e omissivo não pode ser efetivada através do critério da *equivalência*, mas exclusivamente pelo critério da *identidade*” (TAVARES, J. cit., p. 81). No Direito português, em razão da exceção constante do art. 10 do Código Penal (“salvo se outra for a intenção da lei”), levanta-se dúvida sobre a constitucionalidade desse critério (vide TAIPA DE CARVALHO, A. A., op. cit., p. 422).

⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E. op. cit., p. 699.

omissivo impróprio e o delito comissivo correspondente.⁹⁵

Advirta-se, no entanto, que não basta, como assinalado, para a configuração da omissão imprópria, a mera transgressão de um dever legal, contratual ou decorrente de um atuar anterior de risco ou perigoso.

É dizer: faz-se indispensável também comprovar, em termos materiais, para além do dever jurídico de impedir o resultado, se o seu não-impedimento corresponde (= equipara-se) à sua produção ativa ('o não-evitar é equivalente ao causar').

Como visto, no Direito brasileiro, o *dever de agir* que deriva da posição de garantia⁹⁶ – incumbe a quem:

a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância* – aqui se encontram as relações de ordem familiar; exemplo: pai em relação ao filho e cônjuges (arts. 1.566, III e IV e 1.568, CC/2002).

b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado* – essa fonte é consequência da aceitação voluntária, contratual ou negocial, de um dever de atuar, decorrente do exercício profissional; exemplo: encarregados de obra – engenheiros/arquitetos –, e usuários; médico em relação aos pacientes; salva-vidas de praia ou piscina e banhistas; guia alpino, safári ou turístico e seus seguidores ou excursionistas.

c) *com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado* – responsabilidade pela fonte geradora de perigo, isto é, aquele que detém o seu controle responde por eventual resultado lesivo dela proveniente (pais pelos atos dos filhos; relação de autoridade: o superior hierárquico e o seu subordinado; proprietário de imóvel (edifício/casa) para com o material empregado em sua construção).

Esse grupo pode ser subdividido em: o atuar precedente perigoso desencadeia uma situação perigosa para outra pessoa (= terceiro) que o garante deve elidir; as fontes de perigo ínsitas no contexto social podem dar lugar ao dever de garante; o dever de vigilância ou controle sobre o agir de pessoas que o sujeito na posição de garantia tem o dever de supervisionar.⁹⁷

Deriva ele também de uma atuação precedente, criadora de uma situação de perigo para o bem jurídico – *princípio da ingerência*:⁹⁸ esta fonte, atuar anterior ou precedente, repousa na

⁹⁵ Nesse particular aspecto, acentua-se que a equivalência não decorre tanto da imposição, quanto da assunção do dever de evitar o resultado com potencial afastamento de outras possíveis intervenções (SOLA RECHE, E. Delitos de omisión pura y sistema penal. In: Díez Ripollés, J. L.; Romeo Casabona, C. M.; Gracia Martín, L.; Higuera Guimerá, J. F. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo*, p. 1.000-1.001).

⁹⁶ Cf. TAVARES, J., op. cit., p. 69. Para Assis Toledo, o legislador de 1984 estabeleceu aqui um nexo de causalidade normativo (*Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116).

⁹⁷ Assim, JESCHECK, H-H; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal*, 5. ed., p. 673.

⁹⁸ Sobre a teoria da ingerência, vide GÓMEZ-ALLER, J. D., op. cit., p. 841 e ss.

proibição de lesar a outrem: quem com seu agir precedente dá lugar (= cria/causa/provoca) a um perigo de lesão a certo bem jurídico responde pelo eventual resultado típico, como se o tivesse causado por ação.⁹⁹ Em suma: há aqui uma sucessão de duas condutas, sendo a primeira desencadeadora de um curso de risco ou perigoso e a segunda consistente no não-impedimento do resultado que aquele devia conduzir.¹⁰⁰

Essa fonte da posição de garante – a ingerência (= atuar precedente) – deve ser sempre ingerência *perigosa ou de risco*, até como modo de limitá-la. Todavia, não basta pura e simplesmente causar o perigo, devendo ser ainda restringida de três formas: o perigo causado pelo atuar precedente deve ser próximo à ocorrência do dano; a atuação anterior deve ser contrária ao dever, objetivamente considerado; a anteposição ao dever diz respeito à transgressão da norma protetora do bem jurídico lesado.¹⁰¹

Por outro lado, e ainda no que atine à posição de garante por ingerência, discute-se, na doutrina, se o atuar antecedente deve ter ou não caráter ilícito (= contra dever). Para fundamentar a posição de garante, deve a anterior conduta perigosa ser preferencialmente ilícita,¹⁰² e não decorrente, por exemplo, de caso fortuito.

Aliás, a ingerência, como fonte do dever de agir na omissão imprópria, em razão de sua extensão, não é aceita de maneira pacífica pela doutrina. A respeito desse ponto, assinala com veemência Welzel: “O princípio jurídico sobre a posição de garante por um ‘atuar precedente’ empregado pela jurisprudência atual com segurança apodítica, é tudo menos evidente e inobjetable”.¹⁰³ Não é diferente a posição de alguns autores modernos.¹⁰⁴ Exemplos: um hábil nadador convida alguém a acompanhá-lo em um longo nado e, a certa altura, percebendo que o companheiro perde forças, não o acode, deixando-o perecer afogado;¹⁰⁵ após uma seca

⁹⁹ JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T., op. cit., p. 673.

¹⁰⁰ GÓMEZ-ALLER, J. D., op. cit., 841.

¹⁰¹ Ibidem, p. 673-674. Aduz o referido autor que, no caso de a ingerência do sujeito consistir na usurpação de um foco de perigo alheio (= de terceiro), responde por ele como se próprio fosse – por exemplo, furtar um cão perigoso (cit., p. 873).

¹⁰² Taipa de Carvalho fala em criação não-lícita do perigo, explicando que “dentro do conceito de ‘não-lícita’ cabem quer a *ingerência ilícita* (criação dolosa ou negligente da situação de perigo), quer a *ingerência objectiva*, i.é, a criação de uma situação de perigo que, embora não ilícita, fundamenta, no plano jurídico-civil uma responsabilidade objectiva ou pelo risco” (op. cit., p. 433 – grifo no original).

¹⁰³ WELZEL, H., op. cit., p. 297. Em outro escrito, pronuncia-se da seguinte maneira: “a fórmula do dever de garante em virtude do atuar precedente já é por si suficientemente ampla, mas em nenhum caso deve se converter em fundamento da responsabilidade para todo aquele vinculado de alguma maneira na sucessão causal ao atuar precedente, porque então tudo se evapora e todo mundo responde por tudo” (citado por GIMBERNAT ORDEIG, E., op. cit., p. 274).

¹⁰⁴ Assim, por exemplo, Gracia Martín se manifesta em princípio contra a possibilidade de a posição de garante ser fundamentada no atuar precedente em si. “A posição de garante específica poderá ser fundamentada tão-somente se o sujeito depois do seu atuar precedente realiza um ato de assunção de domínio da situação perigosa, mas não no mesmo atuar precedente” (La comisión por omisión, cit., p. 93, e nota 148). Também Schünemann (vide GIMBERNAT ORDEIG, E., cit., p. 280-282).

¹⁰⁵ Cf. HUNGRIA, N., op. cit., p. 243-244.

prolongada, um fumante acende o cigarro e fuma em um bosque de eucaliptos, deixando, ao final, resto do cigarro que acaba por causar incêndio, com efeitos desastrosos.

Sobre a matéria, explica a Exposição de Motivos da nova Parte geral, Lei 7.209/84, que “ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas” (item 13).

Ao que consta, tal enumeração foi inicialmente proposta por Mezger, basicamente nos termos seguintes: a) fundamentação do dever em virtude de um preceito jurídico – incluem-se aqui os deveres derivados das relações familiares; b) fundamentação do dever por especial aceitação – contratual ou negocial; c) fundamentação do dever por um agir precedente, mediante o qual se requer ulterior intervenção; d) fundamentação do dever por outras relações concretas da vida.¹⁰⁶

Essa relação *formal* das fontes do dever de atuar (art. 13, § 2.º, CP) é, contudo, insuficiente para solucionar a totalidade dos casos, além de ensejar dúvida e insegurança, sob o ângulo da legalidade penal.

Aliás, o preferível seria a previsão legal em cada tipo delitivo, de modo específico, da modalidade comissiva por omissão, inclusive, para melhor salvaguarda do princípio da reserva legal, no particular aspecto da *determinação* ou *taxatividade*.

A problemática do injusto de omissão imprópria deve ser resolvida na esfera do tipo de injusto.

Entre o critério da *equivalência*¹⁰⁷ e o da *identidade*, apontados pela doutrina, dá-se preferência ao primeiro, visto ser mais consentâneo com a realidade fática. Além disso, de acordo com os princípios lógico/ontológico de identidade – reitores da matéria –, tem-se que “a” pertence a todo “a” (lógica dos termos), e que “todo objeto só é idêntico a si mesmo” (*ens est ens*).

Nesse pensar, a relação entre a ação e omissão não é em sede jurídica e lógica propriamente de identidade, mas sim de equivalência, visto que no plano jurídico – conforme a postura aqui adotada –, têm a ação e a omissão estruturas diferentes, e, no plano lógico, dois objetos são equivalentes quando não se diferem em relação à ordem de idéias (vetor *axiológico*) ou à finalidade prática (vetor *teleológico*) em que são considerados. Na verdade, em alguns

¹⁰⁶ Cf. MEZGER, E. *Derecho penal*. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: DNT, 1989, p. 122-123. Crítico a respeito, TAVARES, J., op. cit., p. 66-68.

¹⁰⁷ A essa *equivalência* (correspondência material entre ação e omissão) referem-se expressamente o Código Penal espanhol (art. 11) e o Código Penal alemão (art. 13, 1).

casos não é possível sequer falar-se em equivalência.¹⁰⁸

Assim, basta que a omissão seja tão-somente *equivalente* à ação (que o conteúdo do injusto omissivo seja equiparável ao da correspondente ação).¹⁰⁹

Então, como explicado, na omissão imprópria, o seu autor (omitente) só responde pelo resultado típico quando tem o dever específico de agir para evitar o resultado (assume a posição de garante do bem jurídico). Isso significa que nessa hipótese o *desvalor* da omissão *equivale* ao da ação. Vale dizer: ao conteúdo do injusto comissivo se equipara o conteúdo de injusto do delito omissivo. Há, por assim dizer, uma correspondência no plano material/axiológico entre ambas as modalidades de injusto.

Realiza-se através da omissão o injusto típico exigido para a verificação do resultado.¹¹⁰

Nesse particular enfoque, de cunho inclusive restritivo, autores há que encontram essa equivalência (para alguns, identidade) no princípio da criação ou aumento do risco;¹¹¹ no fato de assumir um compromisso sobre o risco para o bem jurídico – como uma espécie de “barreira de contenção”¹¹² –, na relação de domínio sobre a fonte do resultado,¹¹³ ou na relação de domínio social do autor sobre o bem jurídico.¹¹⁴

Este último critério substancial – *domínio social* – deve ser entendido como o conjunto de condições, previstas no tipo de injusto, que fundamentam uma relação específica no que toca a um autor ou a uma espécie de autor e que são determinantes da possibilidade de atualização

¹⁰⁸ Vide CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*, III, p. 267 e ss.

¹⁰⁹ Nesse sentido, por exemplo, JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T., op. cit., p. 677; WESSELS, J. *Direito penal*, p. 162; MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H., op. cit., p. 247.

¹¹⁰ Cf. JESCHECK, H.-H., op. cit., p. 564-572.

¹¹¹ Vide MIR PUIG, S. *Derecho penal*. Parte general. Barcelona: PPU, 1996, p. 334, que estabelece como condicionantes à posição de garantidor: a criação ou aumento de um perigo atribuível ao autor e que o perigo determine uma situação de dependência pessoal em relação ao bem jurídico (op. cit., p. 334). Juarez Tavares expõe com simpatia a fórmula criada por Roxin do incremento do risco, afirmando que esse critério encontra supedâneo legal no art. 13, § 2.º, c, do Código Penal, que versa sobre a ingerência (op. cit., p. 58-59). Todavia, o critério de equivalência (ou de identidade) não pode ser o incremento ou aumento do risco pela própria omissão, visto que a omissão, em termos naturalísticos, nada cria de positivo, nem mesmo perigo (cf. MIR PUIG, S. *Adições ao tratado de derecho penal* de Jescheck, Trad. Francisco Muñoz Conde; Santiago Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1981, II, p. 874). Corretamente, explica-se que nunca a omissão cria ou incrementa o risco, visto que não há relação de causalidade entre a omissão e o resultado. O omitente não evita a criação do perigo ou o incremento do risco, quando podia e devia fazê-lo. Portanto, só se pode falar em criação ou aumento de um perigo por omissão em sentido normativo (CEREZO MIR, J. op. cit., III, p. 267-268).

¹¹² Apenas nos casos em que o compromisso de garantidor é inequívoco torna-se possível falar que o autor toma em suas mãos o risco real ou hipotético, atuando como “barreira de contenção” deste. Uma vez estabelecido com o compromisso tal barreira, ao ser retirada, isto é, ao não conter o risco quando esse ameaça concretizar-se em relação ao bem objeto de proteção, aparece uma autêntica identidade estrutural no plano normativo, com o fato comissivo (SILVA SANCHEZ, J.-M., op. cit., p. 371).

¹¹³ SCHUNEMANN, B. Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania. GIMBERNAT ORDEIG, E.; SCHUNEMANN, B.; WOLTER, J. *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Univ. Complutense, 1994, p. 12 e ss.

¹¹⁴ GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en lugar de otro en el derecho penal*, I, p. 354 e ss.; Idem, La comisión por omisión en el derecho penal español. *CDJ*, p. 57 e ss. Vide, com detalhes, GÓMEZ-ALLER, J.D., op. cit., p. 643 e ss.

do domínio finalista do fato típico. Nos delitos com elementos especiais da autoria, a possibilidade de atuar com domínio do fato (esfera ontológica) e ser, portanto, autor, pressupõe alguma exigência normativa como conteúdo do tipo de injusto.¹¹⁵ Nas palavras de seu criador, para que haja delito de omissão imprópria devem estar presentes determinadas condicionantes: “tão-somente se um sujeito possui a capacidade de ação de domínio da causa fundamental do resultado, e, além disso, assume mediante um ato pessoal esse domínio de um modo efetivo se situa na posição específica de garantia do tipo comissivo por omissão e poderá ser sua ação idêntica à realização do tipo mediante uma ação positiva”.¹¹⁶

Exige-se, além da capacidade de ação que “o sujeito tenha realizado um ato pessoal de assunção do domínio efetivo da causa fundamental do resultado, quer dizer: um compromisso efetivo de pôr em prática sua capacidade específica de ação”.¹¹⁷

Dá vislumbrar o citado autor quatro modalidades de omissão – tendo em conta sua gravidade: comissão por omissão em sentido estrito (omissão de garantia idêntica à ação em matéria de injusto); omissão pura (entre o omitente e o bem jurídico não há um dever específico de proteção); em decorrência da relação entre o omitente e o bem jurídico, na hipótese de posição de garantia chamada genérica, faz-se uma diferenciação relativamente à capacidade de ação: se o garante genérico carece da capacidade específica de ação de domínio da causa fundamental do resultado”, tem-se omissão própria, caso contrário corresponde a um injusto agravado, quando o sujeito fraudar seu dever genérico de garante; e omissão genérica referida ao resultado, quando o sujeito detentor da posição genérica de garante possui capacidade específica de domínio da causa essencial do resultado “de modo que poderia evitá-lo realizando a ação idônea de contenção de seu potencial lesivo”; ocorre uma omissão mais grave que a omissão pura de garante e “como se lhe atribui um resultado se encontra mais próxima da comissão por omissão em sentido estrito do que do delito de omissão pura”.¹¹⁸

Assim, tem-se acentuado que o *dever de garantia* não decorre apenas do Direito positivo (fontes *formais*), mas também de fontes *materiais* que procuram desenvolver seu conteúdo e função, pois só estas últimas permitem captar a possível equivalência entre ação e omissão.¹¹⁹

No que tange à admissão de crimes omissivos impróprios culposos, em princípio, de

¹¹⁵ Idem, *El actuar en lugar de otro en el derecho penal*, I, p. 354 e ss.

¹¹⁶ Idem. La comisión por omisión en el derecho penal español. *CDJ*, p. 101.

¹¹⁷ Ibidem, cit., p. 101.

¹¹⁸ Ibidem, cit., p. 102-103.

¹¹⁹ Cf. ROMEO CASABONA, C. M. Límites de los delitos de comisión por omisión. *RBCCrim*, 7, 1994, p. 38. As relações baseadas na solidariedade humana ou nas relações fáticas entre o autor e a fonte de perigo são também destacadas (vide FRANCO, A. S. Crimes comissivos por omissão. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 35).

acordo com a nossa lei penal, não há impedimento, desde que presentes seus caracteres.

Nessa espécie delitiva, não se impede a ocorrência de um resultado ilícito por infração a uma norma objetiva de cuidado.¹²⁰ Exige-se que a inevitabilidade do evento seja resultante do fato de não ter sido observado o dever de cuidado e que o evento se enquadre exatamente entre aqueles que a norma infringida procurava evitar. Exemplo: A, salva-vidas, não se dá conta de que B está se afogando, porque se encontra distraído conversando com outras pessoas. A, agente ferroviário, deixa, por “distração” ou “esquecimento”, de mudar os binários na hora exata da passagem do trem, o que dá lugar a grave desastre ferroviário.

¹²⁰ Na lei penal brasileira, o atuar precedente culposo em certas hipóteses não leva necessariamente ao delito omissivo impróprio, como nos arts. 121, § 4.º, e 129, § 7.º, do CP (causas especiais de aumento de pena), em que para essa situação específica de garante já há previsão legal de aumento de pena (corretamente, BIERRENBACH, Sheila, op. cit., p. 87; TAVARES, J., op. cit., p. 72).