

CRIMES OMISSIVOS (1)

ALCIDES MUNHOZ NETTO*

§ 1.º — INTRODUÇÃO

I — OS GRUPOS DE CRIMES OMISSIVOS.

1. No direito positivo brasileiro, a omissão é incriminada de três formas: ora pune-se a simples inobservância do dever de atuar criado pela própria norma incriminadora (ex. omissão de socorro, art. 135); ora a pena deriva da igualdade típica entre a ação que produz o resultado e a omissão em evitá-lo (ex. dano, por introdução ou **abandono** de animais em propriedade alheia, art. 164); ora aplica-se ao omitente pena só cominada expressamente à produção comissiva do resultado, em vista da equiparação legal entre ação e omissão como causas (art. 11), hipótese em que a doutrina e a jurisprudência condicionam a responsabilidade à infração de um dever jurídico de agir (ex. homicídio por infração pela mãe do dever de alimentar o próprio filho, C.P., art. 121 e C. Civil, art. 384).²

2. O que distingue estas formas de crimes omissivos, é que, na primeira, a punição independe da produção de qualquer resultado, enquanto que, nas demais, a superveniência real ou potencial do resultado é elemento caracterizador do crime consumado ou de sua tentativa. A rigor, portanto, a omissão é punida de duas maneiras: ou em si mesma, ou por não ter o omitente evitado a lesão ao bem jurídico que podia e devia evitar. Pode-se assim reduzir as infrações omissivas aos dois grupos em que tradicionalmente são classificadas: o grupo dos crimes omissivos próprios e o grupo dos crimes omissivos **impróprios** (de comissão por omissão). Traço comum entre os dois é que a constatação da ocorrência de qualquer deles baseia-se em que o comportamento verificado não foi o comportamento esperado e imposto pela ordem jurídica.³

* Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná.

II — EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA NO BRASIL

3. Ao tempo do Brasil Colônia⁴ já reconhecia Pereira de Souza que “debaixo da denominação fato se subentende também o não fato ou a omissão”.⁵ Mas nenhum desenvolvimento doutrinário foi dado à omissão, sendo inteiramente desconhecidos os crimes omissivos impróprios.

4. Também os primeiros comentadores do Código Imperial de 1830 pouco trataram da matéria. Quando o fizeram, silenciaram sobre os delitos comissivos por omissão.⁶ Só em 1879, é que Tobias Barreto versou seriamente o assunto. Com base na doutrina alemã de Von Bar, Schwartz, Feuerbach, Glaser e Von Buri, distinguiu entre crimes comissivos e omissivos, conforme a natureza proibitiva ou preceptiva do mandato infringido. Subdividiu os omissivos em próprios e impróprios e acentuou a limitação da autoria dos omissivos próprios a pessoas a quem a lei impõe certas normas de proceder. Relativamente aos omissivos impróprios, Tobias Barreto fundou a responsabilidade exclusivamente na causalidade da omissão, repelindo a idéia de limitá-la através da exigência do dever de agir.⁷

5. Na vigência do Código Penal Republicano de 1890, a doutrina, aceitando ainda a causalidade física nos delitos de omissão imprópria, passou a condicionar a responsabilidade do omitente à possibilidade de agir e ao dever jurídico de agir. Como fontes deste dever, Costa e Silva apontou o preceito positivo da ordem jurídica, a convenção expressa e o ato anterior capaz de produzir o resultado.⁸

6. Autor intelectual do Código Penal de 1940 e seu principal comentador, Nelson Hungria afirmou a causalidade da omissão apenas sob o aspecto lógico e a negou sob o aspecto mecânico. Para ele, tentar demonstrar que a omissão é mecanicamente causal, equivaleria ao esforço de provar a quadratura do círculo, posto que o problema só comporta a solução lógica de considerar também como condição do resultado “a não interferência de forças que podem impedir seu advento”. Paralelamente, Hungria condicionou a relevância da omissão ao descumprimento de um dever jurídico, resultante de um mandamento expresso **ou tácito** da ordem jurídica; de uma relação contratual ou de uma situação de perigo precedentemente criada, ainda que sem culpa.⁹

Antes dos movimentos de reforma do ainda vigente Código Penal brasileiro,¹⁰ a doutrina de um modo geral seguiu o pensamento de Nelson Hungria, embora alguns continuassem a

aceitar a causalidade naturalística da omissão.¹¹ Quanto às fontes do dever de agir, especial destaque merece a posição de Aníbal Bruno. Substituiu ele a referência expressa ao contrato pela **particular aceitação** do dever de evitar o resultado, na qual incluiu situações que decorrem de pertencer o indivíduo a certas associações ou agrupamentos especiais, que criam, embora transitoriamente, uma comunidade de vida e de perigo e um regime de mútua confiança, como acontece com os membros de expedições arriscadas, tripulantes de barcos, grupos de alpinistas, no que se refere a perigo para a vida ou para o corpo.¹²

7. Com os esforços para a elaboração de um novo e mais aperfeiçoado Código Penal, a doutrina brasileira dos anos 60 e 70, em relação aos crimes omissivos impróprios, experimentou sensíveis modificações. A preocupação com a causalidade naturalística da omissão cedeu lugar à negação desta causalidade e sua substituição por uma causalidade normativa ou por um juízo hipotético de causalidade.¹³ Passou-se a questionar acerca da compatibilidade entre o princípio da legalidade e a punição dos crimes comissivos por omissão sem que a lei penal especifique as hipóteses em que há o dever de evitar o resultado.¹⁴ Acentuou-se que o dever de agir surge da posição de garantidor do sujeito, que deve estar em estreita relação com o bem tutelado e acentuou-se, ainda, que tal posição, além de ter como fontes a lei e a anterior atividade causadora do perigo, pode originar-se, independentemente de relação contratual, da assunção, de fato, da responsabilidade de evitar o resultado.¹⁵

8. Evoluiu, destarte, a doutrina brasileira da amplitude na incriminação da omissão imprópria enquanto baseada tão só numa causalidade omissiva naturalística, para a idéia de limitar a equiparação da omissão à comissão produtora do resultado, através da exigência da infração de um dever de agir, cujas fontes a doutrina procurou especificar de forma cada vez mais minuciosa. Tende-se, ultimamente, a que os casos do dever de agir sejam legislativamente explicitados no próprio Código Penal, sistema dos Anteprojetos de 1963 e 1981 e também do revogado Código Penal de 1969.¹⁶

III — PROBLEMAS ATUAIS.

9. De um modo geral, os crimes omissivos apresentam inúmeras dificuldades doutrinárias e acarretam sérias preocupações políticas, ligadas estas às exigências do Estado de Direito.

As dificuldades doutrinárias decorrem da impossibilidade de se lhes aplicar as regras e conceitos dos delitos de comissão. Embora constituam forma de aparição do crime, subsumíveis no conceito superior de comportamento, os crimes omissivos requerem adaptações dogmáticas especiais à vista de sua peculiar estrutura ontológica¹⁷.

Os problemas políticos cifram-se nas necessidades de evitar o arbítrio judicial e de limitar a faculdade do legislador na criação de figuras delituosas desta espécie. Nas democracias, a função preponderante do Direito Penal é a de garantir as liberdades humanas fundamentais, assegurando ao indivíduo larga faixa de ação para o desenvolvimento de sua própria personalidade. Por isso, além de coibir-se o arbítrio judicial, é necessário que também se limite o arbítrio legislativo. Crime só deve haver quando se lesione ou se coloque em perigo "bens inerentes e primaciais do homem ou bens instrumentais indispensáveis à sua realização social"¹⁸. Principalmente nos países em que o Estado de Direito freqüentemente se alterna com o Estado de Polícia, mediante a sucessão entre governos legítimos e ditaduras mais ou menos ferrenhas, é importante preservar a função de garantia do Direito Penal. Afigura-se nos extremamente perigoso considerá-lo como simples instrumento de política social, porque isto implica em dar cobertura ao poder para toda sorte de abusos na criação e no julgamento de crimes.

10. Ora, se os crimes omissivos próprios continuarem a ser considerados como modalidades de crimes de mera desobediência, que se perfazem pela simples inobservância do comando jurídico-penal de agir¹⁹, abre-se a oportunidade a que o Estado-todo-poderoso utilize-se da criação de delitos de omissão própria para a defesa de interesses indignos da tutela penal, ou seja, para a defesa de meras conveniências políticas, econômicas ou administrativas conjunturais, tudo em detrimento do **jus libertatis**. Mister se faz, assim, fixar doutrinariamente limites à punibilidade da omissão própria, substituindo a concepção de crimes de desobediência, característica dos sistemas totalitários²⁰, por outras construções que permitam sujeitar os crimes omissivos próprios ao princípio democrático da objetividade jurídica (infra, § 3.º, 16 a 18).

11. Sob outro prisma, enquanto nos crimes omissivos impróprios permanecer o critério de não definir em lei penal as situações de que surge o dever de evitar o resultado, a pretexto das dificuldades desta especificação²¹, tais delitos con-

tinuarão previstos em tipos abertos, que necessitam de complementação judicial, para que neles possam ser subsumidos determinados comportamentos²². O mesmo inconveniente persistirá quando se trate de examinar se certa omissão deve, ou não, ser classificada como forma de participação em crime alheio.

Ora, a segurança do direito impõe que não se deixe ao livre paladar dos juízes o equiparar a omissão à comissão, para castigá-la como se também esta fosse causadora do resultado. Sem limites obrigatórios, quanto ao dever do omitente em evitar a lesão, enfraquece-se a garantia do **nullum crimen sine lege**, mediante a qual se afirma a função limitadora do Direito Penal. Importante, pois, o esforço de condensar, em fórmulas legislativas precisas, as hipóteses em que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não causou, mas que poderia e deveria evitar.

§ 2.º CONCEITO GERAL DE OMISSÃO

I — ASPECTOS ONTOLÓGICOS, NATURALÍSTICOS E NORMATIVOS DA OMISSÃO.

12. Em essência, ação e omissão são conceitos antagônicos. Segundo Welzel, a omissão não é em si mesma uma ação, já que é a falta de uma ação. Tratam-se de duas classes independentes de comportamento susceptível de ser dirigido pela vontade final. Necessariamente referida à uma ação, a omissão não existe em si: o que existe é a omissão **de uma ação determinada**. O conceito de ação, assim, não é negativo e sim limitativo²³.

13. É impossível conceber a omissão de um ponto de vista puramente naturalístico. O comportamento só assume a qualificação de omissão em relação a uma norma que impõe a alguém o dever de agir.²⁴ Mas, apesar de ser uma realidade normativa, a omissão existe objetivamente: é produto da vontade de não realizar a ação esperada ou da vontade de não impedir o resultado e reveste-se da evidência de um acontecer. Este acontecimento é que constitui o ponto de apoio do juízo de valor. Daí a observação de Costa Junior de que, embora reconhecida a natureza essencialmente normativa da omissão, nenhum empecilho existe em que nela seja divisado um momento na-

turalista.^{25 26} Na verdade, um comportamento real é pressuposto necessário ao juízo de valor que o qualifica como omissão.

A existência normativa da omissão deriva do caráter preceptivo do mandamento violado pelo omitente. Da mesma forma que os delitos de comissão infringem normas proibitivas, todos os delitos de omissão constituem infrações de normas preceptivas ou imperativas.²⁷

II — OMISSÃO E CAUSALIDADE

14. O problema da causalidade da omissão se apresenta sempre que se tem de verificar se determinado resultado é objetivamente imputável ao omitente. Em nosso direito positivo, isto ocorre, quer em relação aos crimes omissivos impróprios, quer, excepcionalmente, quanto aos omissivos próprios nos casos em que as respectivas penas são agravadas por lesões corporais ou morte da vítima (exs. abandono de incapaz, art. 133, §§ 1.º e 2.º; omissão de socorro, art. 135, §§ 1.º e 2.º; maus tratos por privação de alimentos, art. 136, §§ 1.º e 2.º). O resultado consumativo, nos delitos de omissão imprópria, e o resultado agravante, nos de omissão própria, só produzem tais conseqüências se a ação esperada pudesse evitar-lhe a superveniência.²⁸

15. A princípio admitida pela doutrina brasileira, a causalidade na omissão vem encontrando crescente número de opositores (supra, § 1.º, II). Argui-se que do nada, nada pode provir, sendo o resultado conseqüência das forças que o determinaram e não da falta de seu impedimento. A omissão não oferece nenhuma contribuição ao efeito, que é produzido tão somente pelas forças que atuam paralelamente a ela.²⁹

Mecanicamente, pois, omissão jamais é causal. Como categoria do ser, a causalidade requer uma fonte real de energia, capaz de acarretar um desencadeamento de forças. Isto falta na omissão: "**ex nihilo nihil fit**". A omissão, como não execução da ação, não causa absolutamente nada. Consiste, ao contrário, em não interromper uma série causal **in itinere**.³⁰

Mas, se não há causalidade física na omissão nada impede que a lei pressuponha uma relação entre a omissão e o resultado, partindo de um juízo de probabilidade sobre se a ação, possível para o omitente, o teria evitado. Trata-se, portanto, de um juízo de causalidade quanto à ação esperada e não quanto à omissão, isto é, de um "juízo causal hipotético". Para que o

não evitar o resultado equipare-se à respectiva produção, é preciso que se possa prever "com um grau de probabilidade que limita com a certeza", o que o resultado teria sido evitado com a ação omitida.³¹ Aderindo à estas idéias, Heleno Fragoso observa que a indagação a ser feita é apenas esta: a ação omitida teria evitado o resultado?³²

§ 3.º CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES DOS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS

I — NATUREZA DESTES CRIMES

16. Conforme já se mencionou, os delitos omissivos próprios esgotam-se na não realização de uma ação exigida por lei. Tal como nos crimes de mera atividade, a punição independe da produção do resultado, cuja superveniência somente pode determinar uma especial agravação da pena (supra § 1.º, III, 10 e § 2.º, II, 15). À vista destas peculiaridades, doutrina que remonta a Binding considera os crimes omissivos próprios como crimes de simples desobediência, cuja conduta típica se integra com a mera inobservância ao comando de agir.³³

Não é, porém, conveniente admitir, no Direito Penal Democrático, que o comportamento delituoso possa ser constituído por puro ato de rebelião ou desobediência, como afirmaram os teóricos do totalitarismo penal. O crime é agressão a determinado valor. A identificação deste valor é que dá conteúdo à esfera de autonomia do indivíduo. O Direito Penal Democrático é o direito do resultado (**Erfolgsstrafrecht**), que se contrapõe ao direito penal da vontade (**Willensstrafrecht**) do nacional socialismo. Este considerava o crime como mera infidelidade à orientação política, ou seja, à vontade da **Führung**.³⁴

Nem se compatibiliza a idéia de crimes de simples desobediência com o caráter subsidiário do Direito Penal. Segundo Klaus Roxin,³⁵ nos sistemas democráticos, como o poder procede do povo, a função do Direito Penal é a de assegurar ao grupo reunido no Estado condições de existência que lhe satisfaçam as necessidades vitais, ou seja, proteger os bens jurídicos, de sorte a permitir o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. A cominação de penas, por conseguinte, não deve visar a realização de fins transcendentais, nem a imposição de preconceitos morais ou de comportamentos, política ou administrativamente, convenientes aos interesses do grupo do-

minante. É preciso que a criação de figuras delituosas fique sempre subordinada à lesão efetiva ou iminente de um bem jurídico essencial à vida coletiva.

17. Nada obsta que os crimes omissivos próprios sejam submetidos aos princípios acima enunciados. Embora independentes da configuração de um resultado, são eles erigidos à categoria de ilícitos penais à vista da periclitación do bem ou interesse jurídico protegido, cuja lesão se quer prevenir. Não é em função da mera desobediência à vontade estatal que certas omissões são penalmente sancionadas; são incriminadas à vista da preocupação da ordem jurídica em conjurar situações de que possa advir o sacrifício de determinados valores. Em princípio, a omissão só incide em pena criminal quando objetivamente se reunam condições de alta probabilidade de lesão ao bem jurídico merecedor de tutela penal. Tal situação de perigo é que legitima a imposição do dever de agir. Com efeito, a impossibilidade do incapaz, quando exposto à própria sorte, de defender-se dos riscos para sua vida ou saúde é que determina o dever de não abandoná-lo, da parte de quem sobre o mesmo exerce autoridade ou está incumbido de sua guarda ou cuidado, (art. 133); o encontrar-se a criança abandonada, a criança extraviada, a pessoa inválida ou a pessoa ferida, ao desamparo ou em grave ou iminente perigo, é que acarreta o dever de prestar-lhes assistência (art. 135). Portanto, a tipicidade dos crimes omissivos próprios requer a ocorrência de fatos de que deflua o dever de agir. Tal dever é, assim, imposto em função do perigo ao bem jurídico. Tanto isto é certo, que a omissão só é típica se o omitente possuía o poder de fato de atuar, **evitando a lesão**. Se faltar a possibilidade de realizar uma ação que impeça a lesão, não haverá omissão adequada ao tipo penal.³⁶

18. Não são, por conseguinte, de simples desobediência, os crimes omissivos próprios. Constituem-se antes, em crimes de perigo,³⁷ incriminados em função do objetivo de preservar bens jurídicos fundamentais.

Nestas condições, tal como sucede com a criação legislativa dos crimes comissivos, o Estado, ao incriminar a omissão própria, tem de se ater aos limites a que se impõe os sistemas que querem dar efetividade às declarações universais dos direitos do homem. Também aqui, "importa que o legislador tome verdadeiramente a sério a imposição de só colocar sob a ameaça de pena aquelas condutas que impedem ou põem em perigo, de forma intolerável, a livre realização da personalidade ética do homem na comunidade em que vive".³⁸

II — OS CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

19. As Ordenações do Reino previam algumas modalidades de crimes omissivos próprios, tais como: a omissão de comunicação de escravo achado e de entrega de coisa achada, punidas com as penas do furto (t. 62, pr. e § 4.º); a omissão de denúncia do pecado de sodomia com alimárias (t. 13, § 5.º) e a omissão de denúncia de posse de moeda falsa (t. 12, § 6.º).

O Código Penal de 1830 erigiu a crimes omissivos, várias faltas funcionais de autoridades ou funcionários públicos, como: deixar fugir preso (art. 125); deixar de proceder contra delinqüente (art. 129, § 5.º); demorar a administração da justiça (art. 129, § 6.º e art. 166); não dar conta de autos recebidos (art. 129, § 8.º); omitir pagamentos (art. 135, § 4.º); deixar de cumprir leis ou regulamentos (art. 156); deixar de responsabilizar subalternos (art. 156); não empregar meios disponíveis para a prisão de delinqüente (art. 158). Também puniu crimes omissivos praticados por particulares como: a recusa de auxílio a oficial encarregado da execução de **habeas corpus** (art. 188); as omissões de registro de impressoras; de mencionar o nome do impressor em escrito ou estampa, ou de remeter exemplar da obra ao Promotor Público (arts. 303, 304 e 307). Leis complementares acrescentaram-lhes a omissão de remessa de obra impressa à Biblioteca Nacional (D. 26 de Nov, de 1853, art. 2.º); o deixar animais mortos perto da estrada de ferro (R. 26 de Abril de 1857, art. 27) e a omissão de registrar nascimentos (L. 9 de Setembro de 1870, art. 43).

20. No Código Republicano de 1890 e legislação complementar, multiplicaram-se os delitos omissivos imputáveis a funcionários públicos, como: a facilitação de fuga de presos (art. 130); várias modalidades omissivas de prevaricação (art. 208); não devolução de autos (art. 208; falta de exação (art. 210); omissão de atos de ofício por peita ou suborno (art. 215). Nesta categoria foram incluídos crimes omissivos contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais, consistentes no descumprimento de deveres eleitorais em geral (art. 170 e 175), ou de deveres relativos à remessa de papéis comprobatórios de crimes eleitorais, (art. 169) e à omissão de registro de protesto nas atas eleitorais (art. 175).

No setor das omissões imputáveis à particulares, acrescentou-se às figuras do Código anterior (mantidas de um modo

geral), outras, como: a violação de domicílio, na modalidade de não sair (art. 198); as omissões de responsáveis pela criação e guarda de menores em ampará-los, mantê-los ou pagar-lhes pensões alimentícias (art. 292); a omissão do fiscal de sociedade anônima em denunciar distribuição indevida de dividendos (art. 342, § 4.º). Entre as contravenções penais incluiu-se o deixar de avisar a autoridade sobre animais com hidrofobia; o deixar vagar loucos confiados à guarda do omitente; o deixar o médico de denunciar moléstia infecciosa (art. 378); o omitir cuidados com animais (D. 24.645 de jul. de 1934).

Ainda na vigência do Código Penal de 1890, foi instituído o crime eleitoral de deixar o eleitor de alistar-se (Cód. Eleitoral, art. 183, I). Como crimes falimentares, considerou-se as omissões do comerciante de manter escrituração regular; de confessar a insolvência; de registrar pacto ante-nupcial (D. 4746 de Dezembro de 1929, arts. 169 a 172).

21. O Código Penal de 1940 não disciplina os crimes contra a segurança do Estado, contra a economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e Governadores e os crimes militares (art. 360). Todas estas infrações são objeto de leis especiais. Atualmente, portanto, os crimes omissivos próprios podem ser encontrados no Código Penal e em leis extravagantes, existindo ainda contravenções penais omissivas.

No Código Penal, existem crimes omissivos próprios de periclitación da vida e da saúde (abandono de incapaz, abandono de recém nascido, omissão de socorro, maus tratos por privação de alimentos, arts. 133 a 136); de invasão de domicílio (na modalidade de não sair, art. 150); de ofensas ao casamento (por ocultação de impedimento matrimonial, art. 236); de falta de assistência familiar (por abandono material, abandono intelectual, sonegação de incapaz, art. 244, 246 e 248); de perigo para a saúde pública (por omissão do médico em comunicar doença de notificação compulsória, art. 269) e de falsidade ideológica, na modalidade de omitir declaração que deveria ser escrita, art. 299. Além disso, são punidas várias omissões contra a administração pública e contra a administração da justiça, quer praticadas por funcionários (facilitação de contrabando, art. 318; prevaricação por deixar de praticar ato de ofício, art. 319; condescendência criminosa pela omissão de responsabilizar subordinado, art. 320; facilitação culposa de fuga de preso, art. 351, § 4.º), quer imputáveis a particulares (desobediência, na moda-

lidade de deixar de cumprir ordens, art. 330; falso testemunho por calar a verdade, art. 342). Como crimes contra a administração da Justiça, figuram, ainda, omissões especificamente atribuíveis aos advogados, consistentes em patrocínio infiel, na modalidade de omitir o cumprimento do dever profissional (art. 355); e em sonegação de papel ou objeto de valor probatório, por deixar de restituí-los, (art. 356).

22. Em matéria de falência, o Dec.-Lei 7.661, de jul. de 1945, pune as omissões dos comerciantes em manter livros obrigatórios; em apresentar balanços ou em escriturar lançamentos (arts. 186 e 188), punição esta condicionada à decretação da quebra. Como crimes contra a economia popular, a lei 1.521, de dezembro de 1951, em seu art. 2.º, abrange as omissões de comerciantes de fornecimento ao consumidor de nota de venda de gêneros de primeira necessidade (incs. IV e VII); de fixação das respectivas tabelas de preço (inc. VI); de entrega da coisa vendida (inc. X), enquanto que o art. 3.º, incrimina o não cumprimento de cláusulas contratuais, com conseqüente gestão fraudulenta ou temerária de estabelecimentos de créditos, previdência ou beneficiência populares (inc. IX).

23. Ao regular o direito de greve, a lei 4.330, de junho de 1964, define como crime contra a organização do trabalho, o deixar o empregador de cumprir decisões normativas (art. 29).

24. Tutelando os interesses fiscais do Estado, a lei 4.729 de julho de 1965, considera crime de sonegação fiscal, o omitir na declaração de rendimentos, informações que dela deveriam constar, assim como, o omitir ganhos em operações lucrativas, (art. 1.º, I e II).

25. Entre os delitos funcionais, a lei 4.898 de dez. de 1965, incrimina, a título de abuso de autoridade, o deixar o agente de segurança de comunicar imediatamente ao juiz, a prisão ou detenção de qualquer pessoa e o deixar o juiz de ordenar o relaxamento da ilegal prisão ou detenção (art. 4.º, c e d).

26. No resguardo da incolumidade pública, a lei 6.453, de out. de 1977, que dispôs sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade penal por atos relacionados a atividades nucleares, considera crime o deixar de observar normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem (art. 26).

27. Em matéria eleitoral, o respectivo Código, de Julho de 1.965, pune as omissões funcionais (de juízes e funcionários da Justiça eleitoral), relativas ao retardamento de inscrição de eleitores (art. 292); à expedição de boletim de apuração (art. 313); ao recolhimento de cédulas apuradas (art. 314); ao registro em ata de protestos (art. 316); à publicação de decisões da Justiça Eleitoral (art. 341); ao oferecimento de denúncia criminal por delito eleitoral ou à execução de sentença condenatória (art. 343) e à declarações que deveriam constar em documentos eleitorais (art. 350).

28. Pródigo na definição de crimes funcionais omissivos é o Código Penal Militar (D. Lei 1001, de outubro de 1.969), à vista da preocupação em manter a disciplina, valor fundamental na organização das forças armadas. Em tempo de paz são incriminados: o motim por recusa à obediência (art. 149, II); a omissão de delatar ou impedir motim (art. 151); a insubordinação por recusa de obediência (art. 163); o deixar fugir preso por culpa (art. 179); a insubmissão e a deserção por deixar de apresentar-se (arts. 183, 188 e 190); a omissão do oficial em proceder contra o desertor (art. 194); o deixar de desempenhar missões (art. 196); o deixar de restituir documentos (art. 196); o deixar de manter o estado de eficiência da força (art. 199); a omissão de providências para evitar danos, salvar comandados ou salvar navios ou aeronaves (arts. 199 a 201), além de várias outras modalidades de crimes omissivos próprios reproduzidos por direito comum (arts. 213, 226, 249, 282, 297, 301, 312, 319, 322 e 346). Em tempo de guerra são acrescentados os crimes de traição por deixar de cumprir ordens (art. 356, V); de cobardia por subtrair-se ao cumprimento do dever na presença do inimigo; de deixar-se surpreender pelo inimigo (art. 373); de descumprir dever militar (art. 374); de deixar, por culpa, evadir-se prisioneiros (art. 381) e de deixar de apresentar-se o convocado em caso de mobilização (art. 393).

29. Há, ainda, modalidades de crimes omissivos próprios entre os crimes de responsabilidade, compreendidas nesta categoria, infrações de deveres, de parte do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Secretários de Estado, Prefeitos Municipais e outras autoridades públicas (Lei 1079, de abril de 1950 e Dec. Lei 201 de fev. de 1967). Trata-se de modalidades **sui generis** de infrações, classificadas como crimes de **direito penal político**, porque punidos apenas com o "impeachment".³⁹ A Constituição da República, entretanto, os denomina **crimes de responsabilidade** (arts. 38; 82; 119, I, b), pelo

que podem ser incluídos entre as infrações penais. São omissões previstas na lei 1079: o não impedir atentados à forma de governo ou à Constituição (art. 8.º, 5.º); o omitir a publicação de leis; o não prestar contas ao Congresso, o não responsabilizar subordinados (art. 9.º); o não remeter proposta orçamentária ao Poder Legislativo (art. 10); o deixar de atender requisições do S.T.F. para intervenção nos Estados membros (art. 12, 3.º). O Dec. Lei 201 considera crimes de responsabilidade de Prefeitos as omissões de prestar contas à Câmara de Vereadores; de cumprir ordens judiciais; de fornecer certidões de atos administrativos (art. 1.º, VI, VII, XIV, XV).

30. A lei de contravenções penais (D. Lei 3.688, de outubro de 1941) pune as infrações omissivas de: deixar de comunicar à autoridade a internação em estabelecimento psiquiátrico de pessoa apresentada como doente mental (art. 22, § 1.º); omitir, o incumbido da conservação de construção, providência reclamada por seu estado ruinoso (art. 30); deixar animal perigoso em liberdade ou não guardá-lo com a devida cautela (art. 31); deixar de colocar na via pública sinal ou obstáculo destinado a evitar perigo a transeuntes (art. 36); deixar o funcionário público, o médico ou o sanitaria de comunicar à autoridade competente crime de ação pública de que hajam tido conhecimento no exercício de suas respectivas funções (art. 66). Existem, outrossim, contravenções omissivas relacionadas a condomínios e incorporações de prédios (Lei 4.591, de Dezembro de 1964, art. 66); à preservação de florestas (Lei 4.771, de Setembro de 1965, art. 26 j e m); à proteção da fauna (Lei 5.197, de Janeiro de 1967, arts. 27, 13, 14 e 17) e à locação urbana (Lei 6.649, de Maio de 1979, art. 45).

Merece especial referência a contravenção de vadiagem, na modalidade de "entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência". Trata-se de infração omissiva habitual, em que é punida a persistente omissão de trabalho. Como tal omissão só é sancionada quanto a quem não possui renda, sendo penalmente indiferente a vagabundagem dos ricos, a disposição é profundamente desigualitária e de constitucionalidade duvidosa, além de dar margem a toda sorte de abusos policiais, mediante prisões arbitrárias de desempregados e prostitutas.

31. Da enumeração dos delitos e contravenções omissivos próprios em nosso direito positivo, verifica-se que se trata,

em sua maior parte, de delitos próprios por exigirem características especiais de seus autores. Em muitos casos, são necessárias as condições de servidor ou de autoridade pública, de funcionários ou juiz eleitoral, de militares ou agentes de segurança. Em outras modalidades, o dever de agir está ligado ao exercício de certas profissões, como médico, advogado, comerciante, empresário, empregador, encarregado de energia nuclear, diretor de estabelecimento psiquiátrico, incorporador de condomínio, gerente de estabelecimentos de crédito ou de previdência. Há ainda várias hipóteses em que o omitente deve ter encargos de assistência, por parentesco ou funções de educação, guarda ou vigilância.

São de menor número as omissões próprias imputáveis a qualquer pessoa (desde que se depare com a situação geradora do dever de agir). Tal ocorre, por exemplo, na omissão de socorro (art. 135), na omissão em sair de domicílio alheio (art. 164), no abandono de animais em propriedade alheia (art. 164), na omissão de devolver coisa achada (art. 169, II) na desobediência passiva (art. 330), na sonegação fiscal, nas omissões quanto à guarda de animal perigoso e na omissão de colocar sinais indicativos de perigo em via pública.

32. Sob outro aspecto, são da mais variada ordem os bens tutelados através dos tipos omissivos próprios. No Código Penal, resguarda-se a vida e a saúde de menores, de incapazes ou de feridos, a inviolabilidade do domicílio, a família, a saúde pública, a fé pública, a administração pública e a administração da justiça. Na legislação especial protege-se os credores do falido, ou consumidores de gêneros de primeira necessidade, a soberania das decisões normativas da justiça do trabalho, os interesses fiscais do Estado, a liberdade de ir e vir do cidadão contra prisões arbitrárias, a vida, a saúde e o patrimônio comuns contra as irradiações nucleares, o regular funcionamento da justiça eleitoral, a disciplina militar e a fidelidade dos governantes à ordem constitucional.

III — O DOLO NOS CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS.

33. Aos delitos de omissão falta um atuar positivo dirigido por uma vontade final. Neles, portanto, o dolo não pode consistir na consciência e vontade de **realizar** o tipo. Para adaptar o dolo à estrutura dos delitos omissivos puros, deve-se considerar a consciência e a vontade de adaptar o comportamento ao tipo, mediante a **não realização** da ação exigida. O dolo consiste,

pois, na vontade de omitir-se, tendo representação da necessidade e da possibilidade de agir.

34. A vontade de omitir-se não equivale à vontade de permitir a superveniência da efetiva lesão ao bem tutelado. Basta a vontade de não executar a ação esperada, ainda que confiando que a lesão não sobrevenha.

Se a omissão for informada pela vontade de que o resultado se produza, há que se distinguir entre duas situações: a hipótese em que o dever de agir decorre apenas da norma incriminadora (ex. o dever genérico de omissão de socorro, art. 135); e a hipótese em que, além desse dever geral, há um dever jurídico especial de evitar o resultado (ex. o dever legal dos pais, tutores ou curadores de prevenir danos à saúde ou à vida dos filhos menores e dos pupilos; o semelhante dever contratual do guia alpinista em relação aos excursionistas sob seus cuidados). Havendo apenas o dever genérico, a vontade de que sobrevenha o resultado não altera a classificação jurídica do crime (ex. quem omite socorro porque quer a lesão do que é encontrado ferido, em quem reconhece fígadal inimigo, responderá sempre por omissão de socorro e não por lesões corporais ou homicídio, tentado ou consumado). Nestas situações, a superveniência do resultado constituirá causa de aumento da pena (art. 135, § único), à vista, não da vontade de contribuir para o resultado, mas da previsibilidade de sua superveniência, previsibilidade esta que tornava mais intenso o dever de agir. Concorrendo com o dever genérico, um dever especial de garante, a vontade ou a aquiescência em permitir a superveniência do dano para a saúde ou para a vida do sujeito passivo, altera a classificação jurídica do fato para crime omissivo por comissão, (ex. o pai que não socorre o filho menor porque quer-lhe a morte, responde por homicídio tentado ou consumado; o preceptor que priva de alimentos o educando sob sua responsabilidade, para que este morra de inanição, não responde por maus tratos, mas também por homicídio tentado ou consumado). Se o resultado for imputável apenas à título de culpa, nos crimes em que há previsão de conseqüente agravamento de pena, o omitente responde pela infração qualificada pelo resultado (crime preterdoloso) por força do princípio da especialidade (exs. arts. 135, § único e 136, §§ 1.º e 2.º).

35. A representação da necessidade e da possibilidade de agir pressupõe: a) o conhecimento da existência da situação típica, ou seja, a consciência do perigo nos casos de peri-

clitação para a vida ou para a saúde ⁴⁰; b) a consciência do poder de fato quanto à execução da ação omitida; e, c) a consciência da possibilidade real física de levar a efeito a ação ordenada ⁴¹.

36. O erro sobre os pressupostos acima é erro de tipo, excludente do dolo. Não assim o erro sobre o dever de agir, que é erro de mandamento, equivalente ao erro de proibição nos delitos comissivos, a ser tratado como espécie de ignorância da antijuridicidade, pois traduz desconhecimento da norma preceptiva (infra n.º 40).

IV — A CULPA NOS CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS

37. Segundo Heleno Cláudio Fragoso, nossa lei não prevê crimes omissivos próprios na forma culposa.⁴² Entretanto, há pelo menos duas infrações para as quais a culpa basta para a punibilidade: a facilitação de fuga de pessoa legalmente presa, por omissão culposa do funcionário ou do militar (C.P., art. 351, § 4.º e C.P.M., arts. 179 e 381) e as omissões falimentares, nas quais há, muitas vezes, equiparação entre o dolo e a culpa.⁴³

38. A culpa não é, em tese, incompatível com os delitos omissivos próprios, em relação aos quais pode recair o desvalor pela infração de deveres de cuidado, seja na previsão da situação típica ou da própria capacidade de agir, seja na execução defeituosa da ação de salvamento.

V — A CULPABILIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS.

39. Integra-se a culpabilidade na omissão própria, pela potencial consciência do dever de agir e pela exigibilidade do cumprimento de tal dever. Aliados à imputabilidade, tais elementos fundamentam juízo de censura pessoal ao omitente.

40. A consciência do injusto refere-se ao mandamento jurídico de executar determinada ação: "o omitente deve saber que o direito não lhe permite omitir a ação correspondente".

O erro sobre o dever de agir (erro de mandamento) é considerado irrelevante para os que consideram erro de direito, à vista do art. 16 do Código Penal (44 e 45). Atribuem-lhe, porém, efeitos eximentes os que distinguem entre erro de direito, (incidente sobre a lei em seus aspectos técnicos) e erro de proi-

bição ou ignorância da antijuridicidade (significando o desconhecimento do injusto) capaz de excluir a culpabilidade ⁴⁶.

A inexigibilidade do dever de comportamento conforme a norma, em alguns delitos de omissão própria, faz desaparecer o próprio dever de atuar e com isto a tipicidade da conduta, (ex. omissão de socorro, só incriminada quando este possa ser prestado sem risco pessoal, art. 135).

Em outros casos, a inegibilidade pode excluir a culpabilidade pela colisão de deveres, ante a qual o omitente não pode agir sem violar um dever de abster-se (ex. o sacerdote ao testemunhar cala sobre fatos conhecidos em confissão sobre a qual deve manter sigilo, art. 342).

É necessário que o dever de abster-se seja de hierarquia superior ou igual ao dever de agir. Se idênticos os valores, o mais próximo pretere o mais remoto ⁴⁷ (ex. se duas pessoas necessitam de socorro urgente, atende-se primeiro a quem está em estado mais grave; se ambas estiverem em igual estado, atende-se aquele que estiver mais próximo). Não excluem a exigibilidade, motivos inferiores, como o estar o médico de folga; não efetuar o paciente o depósito prévio para internação hospitalar; não possuir o hospital convênio com o empregador do periclitante, ⁴⁸.

VI — A TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS.

41. Nos delitos omissivos próprios, todo atraso na ação exigida, implica na respectiva consumação. Desta forma não há um **iter criminis** fracionável. Ou ocorre a abstenção da ação ordenada e o delito está consumado, ou a ação é prestada e inexistente crime (**cogitationis poenam nemo patitur**). Fundamentada a punibilidade da omissão, pela infração ao dever de agir, o crime já estará consumado. Enquanto existir possibilidade de praticar o ato devido, pode existir simples intenção de delinquir, nunca parcial configuração do tipo; vencido o prazo peremptório, a omissão ter-se-á irremediavelmente verificado ⁴⁹. Nossa jurisprudência tem proclamado o caráter unisubsistente dos crimes omissivos próprios, afirmando que a retenção de autos se consuma pelo não atendimento à intimação para restituí-los; que a omissão de socorro é crime instantâneo; que o abandono material consuma-se no momento em que o devedor deixa de efetuar o pagamento convencionado no desquite; que

a prevaricação configura-se pela omissão do delegado de baixar a portaria de instauração de inquérito policial⁵⁰.

Mesmo nas formas agravadas pela superveniência do resultado, não há possibilidade de tentativa, posto que a agravação decorre da culpa, com a qual é incompatível a idéia do **conatus**⁵¹.

§ 4.º — CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

I — CARACTERÍSTICAS.

42. Os crimes omissivos impróprios decorrem do dever de evitar o resultado ou, pelo menos, de tentar evitá-lo. Tal dever incumbe ao garantidor, isto é, a quem reúne características especiais que o tornam responsável pela preservação do bem ou interesse jurídico.

43. Os delitos comissivos por omissão situam-se, pois, na categoria genérica dos crimes que só podem ser cometidos por determinadas pessoas (delitos especiais, próprios). A simples possibilidade ou poder de fato de evitar o resultado não converte o omitente em autor. Isto só ocorre quanto a quem, de antemão, o Direito obriga a zelar pela incolumidade do bem jurídico,⁵².

44. A antijuridicidade nos delitos omissivos impróprios não reside, por conseguinte, em causar o resultado lesivo, posto que a omissão não é causal (supra n.º 14). A antijuridicidade destes comportamentos reside em descumprir o dever de garantidor. Este dever cria, em verdade, normas preceptivas, ao lado das normas proibitivas, ambas estatuídas para a preservação de bem jurídico comum. Ao mandamento de não causar o resultado, junta-se o comando de evitá-lo⁵³.

45. Ontologicamente estas infrações constituem-se em delitos omissivos, embora denominadas delitos comissivos por omissão. Não é possível submetê-las dogmaticamente às regras dos delitos comissivos por isso que não violam a proibição de produzir o resultado. Tratam-se de autênticos crimes omissivos, dos quais apresentam todas as características. Analisando a hipótese da mãe que não impede a morte do filho por inanição, nota Everardo da Cunha Luna que “o omitir que é a ação, o próprio fato material do crime juntamente com o resultado morte, não pode ser explicado como um meio de matar, equivalente

a qualquer outro instrumento homicida". Mesmo, portanto, para os que admitem a causalidade da omissão (supra n.º 6), estas infrações são autenticamente omissivas,⁵⁴.

II — ESTRUTURA E ELEMENTOS DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.

46. A estrutura dos crimes omissivos impróprios é, basicamente, a mesma dos crimes omissivos próprios (supra n.º 16), com o acréscimo do dever de garantidor e da superveniência, efetiva ou potencial, do resultado. Dai a afirmação de João Bernardino Gonzaga de que "esses crimes se exteriorizam da mesma forma que os omissivos puros, porque em ambos o sujeito se abstém de praticar certo ato. Mas em seguida deles se distinguem, para irem equiparar-se aos de ação, dado que acarretam como estes a responsabilidade pela produção de um evento positivo"⁵⁵. A produção do resultado pertence ao tipo, da mesma forma que o dever de agir fundamenta a anti-juridicidade: o garantidor responde pelo resultado típico porque vulnerou o dever de evitá-lo.

47. A nossa doutrina considera elementos dos crimes comissivos por omissão: a) a abstenção da atividade que a norma impõe; b) a superveniência do resultado típico em vista da omissão; c) a ocorrência da situação de fato de que deflui o dever de agir⁵⁶.

48. Só há abstenção da atividade devida quando o ordenamento jurídico impõe a obrigação de evitar o resultado. Não são tomadas em consideração as obrigações meramente morais, nem os deveres genéricos de agir resultantes da incriminação de comportamentos omissivos próprios (ex. o dever de prestar socorro não transforma o omitente em garantidor da não superveniência do resultado). Só de deveres jurídicos específicos de salvaguardar o bem, surge a condição de garantidor, característica da autoria nos crimes omissivos impróprios (supra n.º 43).

49. A superveniência do resultado só acarreta responsabilidade penal se o garantidor não se esforçou seriamente em impedi-lo. Não há omissão imputável se, apesar de todos os esforços, o resultado não pode ser evitado. Se o fracasso da ação impeditiva era evitável, pode subsistir responsabilidade a título de culpa (infra n.º 68).

50. A situação de fato de que se origina o dever de agir, é o estado de perigo iminente e evitável em que se encontra o bem jurídico cuja incolumidade deve ser garantida pelo autor. É necessária a conjurabilidade do dano, isto é, a real possibilidade física de evitá-lo, com emprego dos meios ao alcance do omitente.

III — CRITÉRIOS NORMATIVOS E PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE.

51. De três maneiras as leis penais do Brasil e seus projetos têm disciplinado a responsabilidade pela omissão imprópria: a) pela simples referência de que a norma pode ser violada pela omissão; b) pela expressa declaração da equivalência entre o causar e o não evitar o resultado; c) pelo acréscimo, a tal equiparação causal, das específicas situações em que há o dever de evitar o resultado.

52. Os Códigos Penais de 1830 e de 1890 limitaram-se a declarar consistir crime toda ação ou omissão **contrária** ou **violadora** das leis penais.

53. O Projeto Alcântara Machado⁵⁷ dispôs, originariamente, que “não impedir o resultado que se tem o dever jurídico de evitar equivale a causá-lo”. A sua edição revista consignou que “faltar à obrigação jurídica de impedir o evento equivale a causá-lo”.

54. Em lugar de aludir à equivalência entre o causar e o não evitar o resultado, o Código Penal de 1940, preferiu considerar a omissão causal: “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (art. 11, segunda parte).

À vista desta equiparação causal entre ação e omissão, a doutrina, a princípio, julgou supérflua a referência legislativa ao dever jurídico de evitar o resultado,⁵⁸ evoluindo, depois, ao reconhecimento de sua utilidade, para promover a omissão à categoria de causa.⁵⁹

55. O Anteprojeto de 1963, refletindo esta evolução, declarou ser a omissão “relevante como causa quando quem omite devia e podia agir para evitar o resultado” (art. 14, § 1.º), fórmula repetida no Código Penal de 1969 (art. 13, § 2.º) e no Anteprojeto de 1981 (art. 13, § 2.º). Além disso, estes três diplomas contém previsão expressa das hipóteses de que surge o dever

jurídico de evitar o resultado: lei, contrato, assunção de responsabilidade de impedi-lo ou criação anterior do perigo (vide nota n.º 16).

56. Enquanto a expressa previsão das hipóteses de dever de evitar o resultado não for incorporada ao nosso direito positivo, persistirá o problema de compatibilizar os crimes de omissão imprópria com o princípio da anterioridade da lei penal.

Esta dificuldade não é peculiar ao direito brasileiro, posto que a maioria dos códigos penais contemporâneos omite a especificação das fontes do dever de evitar o resultado. É geral, em consequência, o reconhecimento de que compete à doutrina e à jurisprudência determinar as posições de garantidor, dos quais se deduz aquele dever. Com isso, o princípio do **nulla poena sine lege** experimenta uma profunda limitação, já que a conduta não está inteiramente determinada. A lei só comina a pena para a produção comissiva do resultado e estende a mesma responsabilidade a quem não o evita, quando devia impedi-lo. Não especifica, contudo, a lei quando ocorre tal dever de impedir. Assim, só uma parte do tipo está legalmente descrita; a outra tem de ser contruída pelo juiz a quem fica a tarefa de complementá-lo. Quanto à segurança do direito, o atual sistema de disciplina legislativa dos crimes omissivos impróprios comporta, destarte, todos os reparos opostos aos tipos penais abertos.⁶⁰

57. Não têm logrado êxito os esforços para harmonizar o princípio da legalidade com a punição da omissão própria sem disciplina legislativa do dever de evitar o resultado. Para tanto, afirma-se que o direito consuetudinário fornece base para a validade de tais delitos.⁶¹ Argui-se também que o sistema jurídico oferece ao juiz pontos de apoio para a elaboração das características típicas da omissão, pois, tanto nos delitos de omissão próprios, como nos delitos especiais, só entram em consideração pessoas que, pela estreita relação jurídica com o bem ameaçado, devam cuidar do mesmo.⁶² Entre nós, sustenta-se que a tipificação de um fato criminoso não é necessariamente expressa de maneira literal, pelo que o fato, pode, a primeira vista, fugir à descrição legal e, no entanto, estar implicitamente contido nela como o que a lei descreve expressamente.⁶³

Estas construções apenas atenuam o problema dogmático e do Estado de Direito dos delitos de omissão imprópria. É o que reconhece expressamente Welzel apesar de tentar limitá-los

pelo critério da especial e próxima relação entre o omitente e o bem jurídico ameaçado.⁶⁴ Atenuam, mas não resolvem o problema. A única fonte das normas incriminadoras é a lei, que não pode ser substituída pelo direito consuetudinário. A estreita relação entre o omitente e o bem jurídico, não constitui critério seguro para prevenir o arbítrio judicial, porque permanece sempre a incerteza sobre quando exista esta relação próxima. Nem a existência de crimes comissivos de tipos abertos resolve a dificuldade, posto que o princípio da legalidade não se limita à exigência da anterioridade da lei incriminadora, mas, como observa Aníbal Bruno, impõe também ao legislador o dever de não formular tipos abertos, em que o enunciado da conduta deixa margens à incertezas, trazendo consigo o germe da imprecisão.⁶⁵

No Estado de Direito, as relações entre a autoridade e a liberdade devem estar claramente definidas. A indeterminação do conteúdo do crime pode suscitar verdadeiras formas de arbítrio por parte do magistrado, causando graves problemas jurídico-políticos que se podem sintetizar no problema da discricionariedade: "pela elasticidade da configuração, enseja-se a elasticidade da repressão".⁶⁶ Num ordenamento jurídico penal que pretenda tutelar a liberdade do indivíduo, os elementos descritivos devem prevalecer sobre os normativos, a fim de que nem tudo seja remetido à concreta decisão do magistrado.⁶⁷

58. Não há motivo para não definir legislativamente as fontes do dever de evitar o resultado. Não vale argumentar com a impossibilidade de circunscrever exhaustivamente em tipos legais a imensa variedade de possíveis situações de dever de agir. Semelhante dificuldade também existe quanto à definição de todos os comportamentos comissivos capazes de ofender bens jurídicos fundamentais à co-existência entre os homens. E nem por isso pensa-se em substituir o princípio da legalidade, que fundamenta o direito penal democrático, pelos sistemas de direito livre ou de permissão à analogia ampliadora das incriminações, próprios dos Estados de Polícia.

IV — AS FONTES DO DEVER DE EVITAR O RESULTADO NO ANTEPROJETO DE 1981

59. Se convertido em lei o Anteprojeto de 1981, o dever de agir incumbirá a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comporta-

mento anterior criou o risco de sua superveniência (art. 13, § 2.º). É útil, pois, analisar o alcance de cada uma destas hipóteses.

60. O dever legal de garantidor é tanto o resultante de preceito expresso de lei, como o derivado de decretos com força da lei, ordem hierárquica ou sentença judicial.⁶⁸ O essencial é que exista um vínculo de natureza jurídica, ainda que deduzível do sistema.⁶⁹ O direito consuetudinário só será fonte do dever quando consolidado juridicamente, isto é, quando puder ser confirmado pela lei. A consolidação jurídica é indispensável, a fim de que se evite perigosa ampliação dos deveres, através de fórmulas vagas, como a da estreita comunhão de vida.⁷⁰

Fontes dos deveres legais de cuidado, proteção ou vigilância serão as instituições do matrimônio, da família, do pátrio poder, tutela ou curatela.⁷¹ Estes deveres específicos, também incumbem a quem é legalmente responsável pela vigilância de bens jurídicos de terceiros, como os agentes policiais. Não basta, entretanto o dever geral de ajuda, imposto a qualquer partícipe da comunidade jurídica. Como assinala Zaffaroni, este dever geral só poderá fundamentar um delito de omissão própria (o que vale para a hipótese do que encontra seu inimigo ferido e não lhe presta socorro).⁷²

61. A assunção da responsabilidade de impedir o resultado decorre de contrato ou da aceitação fática de dever correspondente ao derivado do contrato. Em qualquer dos casos deve-se estabelecer uma particular confiança na execução da ação esperada. Assim, a ama contratada para cuidar da criança, que não assume o seu posto, não responde pelas lesões corporais que esta venha a sofrer por falta de vigilância, apesar da infração ao dever contratual; entrando em serviço, haverá a responsabilidade pela omissão, ainda que o contrato seja nulo.⁷³

A relação de dependência com confiança recíproca, de que se origina o dever de evitar o resultado, pode-se prolongar além do tempo do contrato (ex. mesmo que cumprindo o seu turno, a enfermeira deve permanecer no posto até ser substituída), pode ainda resultar da inicial prestação de um favor (ex. quem começa a ajudar um cego a cruzar uma rua, não pode largá-lo a meio caminho).

O dever de evitar o resultado não se cinge aos danos na pessoa confiada à vigilância. Implica também na obrigação de dominar o perigo que as pessoas submetidas a contrôles possam criar a terceiros (ex. o mestre da escola tem de evitar que seus alunos causem lesões a outrem).

62. Decorre do **nemine laede** a obrigação de ingerência, ou seja, a obrigação de impedir o resultado que possa derivar do anterior atuar perigoso: quem cria o perigo deve cuidar para que este não se converta em dano.

Não é necessário que o comportamento anterior seja anti-jurídico, mas o perigo causado por ação defensiva legítima não cria o dever de impedir o resultado, porque decorre da própria atuação do agressor,⁷⁴ sendo o agredido passível de eventual responsabilidade apenas a título de omissão de socorro. Também é dispensável que o perigo seja próximo,⁷⁵ pois, como observa Stratenwerth, citado por Zaffaroni, no caso de um fabricante de automóveis com falhas que ponham em perigo a segurança do tráfico, pouco importa que a probabilidade seja de dois por cento ou de cinquenta por cento, já que, de qualquer modo, sua conduta precedente o obriga como garante a corrigir tais defeitos.⁷⁶ Nem é de se exigir a previsibilidade do perigo no momento em que se realiza a conduta, como sustentamos anteriormente,⁷⁷ porquanto o dever de evitar o dano apresenta-se no momento em que o autor toma conhecimento do risco decorrente de seu comportamento anterior (ex. ao fechar a loja, o comerciante cuidadoso não percebe que, em seu interior, escondeu-se uma criança, a quem está obrigado a soltar, apesar de imprevisível a involuntária retenção, tão logo tome ciência do sucedido).

63. Talvez a fórmula legislativa do Anteprojeto não seja a mais perfeita, constituindo-se em simples indicação genérica orientadora ou em "mera frase programática".⁷⁸ Forçoso, entretanto, é convir que atende melhor às exigências de segurança do direito realizar tais indicações na lei, do que deixá-las ao livre curso da doutrina, sem qualquer poder vinculatório ao juiz.

64. A idéia central implícita nas três modalidades do dever de evitar o resultado, previstas no Anteprojeto, é a de que a proteção de bem jurídico em perigo depende de uma prestação positiva de uma determinada pessoa e de que os ameaçados confiam na intervenção ativa da mesma. Tal idéia justifica a aplicação daqueles pressupostos à quase todos os delitos de resultado. Exetua-se apenas os crimes em que a produção do resultado por si só não é típica, pois deve decorrer de determinada forma de execução (ex. estelionato), de certa maneira de vida (ex. rufianismo) ou que são de mão própria (ex. bigamia), posto que nestes só pode ser autor quem viva da forma incriminada ou cometa o fato pessoalmente.⁷⁹

V — O DOLO E A CULPA NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

65. Assinala Assis Toledo que os crimes omissivos impróprios são crimes de resultado, nos quais a omissão constitui meio para a obtenção do resultado perseguido.⁸⁰ A conceituação não é das mais felizes porque limita o tipo subjetivo ao dolo direto, com exclusão do dolo eventual e da culpa em sentido estrito.

Ora, os crimes omissivos impróprios podem ser informados por qualquer destas modalidades subjetivas. Tanto comete crime comissivo por omissão o garantidor que se abstém de evitar o resultado por desejar a sua superveniência, quanto o que embora não o querendo, aquiesce em seu advento, ou o que, simplesmente, omite deveres de cuidado, conhecendo ou podendo conhecer o resultado que lhe cumpria evitar.⁸¹

66. Como nos delitos omissivos próprios (supra n.º 33), o dolo na omissão imprópria requer a representação da possibilidade e da necessidade de agir, isto é, a consciência da situação perigosa para o bem jurídico, a consciência do poder de fato quanto à ação omitida⁸² e a consciência da possibilidade física real de levar a efeito a ação ordenada (supra n.º 35). A estes elementos intelectivos, entretanto, tem de ser acrescentadas a representação da probabilidade de evitar o resultado típico e a representação de encontrar-se o autor em posição de garante.

Será erro de tipo o que incidir sobre qualquer destes componentes psicológicos, com o efeito de excluir o dolo, deixando ou não subsistente a culpa, conforme seja invencível ou vencível o erro. Não há que confundir o erro sobre a posição de garantidor com o erro sobre o dever jurídico de evitar o resultado: no primeiro, o omitente desconhece que se encontra revestido da condição que o faz responsável pela preservação do bem jurídico alheio (exs. ignora que é pai, que foi nomeado para cargo público, que assumiu as funções de guarda vida ou de ama seca ou que executou ação anterior perigosa);⁸³ no segundo (erro de mandamento), embora não desconhecendo a sua real posição, supõe que a ordem jurídica o dispensa do dever de evitar o resultado (ex. a enfermeira julga-se exonerada de ministrar medicamentos ao doente porque deveria ter sido substituída ao fim do seu turno de trabalho). Como já assinalamos, este último é modalidade de erro de proibição e como tal de ser tratado (supra n.º 40).

67. Quanto ao elemento volitivo, ao dolo não basta a vontade de omitir-se com consciência da probabilidade do resultado. É preciso que o omitente deseje a sua superveniência, (dolo direto) ou conforme-se com ela, isto é, consinta no advento do resultado típico (dolo eventual). A necessidade da vontade ou da aquiescência decorre dos termos do art. 15 do Código Penal, que considera o crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, o que, adaptado à estrutura dos crimes omissivos impróprios, significa que há dolo quando o omitente quer que o resultado se produza ou assume o risco de seu advento. Se o omitente confia na não superveniência do resultado, por, v.g., supor que, no último momento, a série causal será interrompida por outrem, ocorrerá tão só culpa consciente.

68. Sempre que o correspondente tipo de comissão admita a forma culposa, os delitos de omissão imprópria podem ser cometidos com culpa.⁸⁴

A infração aos deveres de cuidado assemelha-se a que caracteriza os delitos omissivos próprios culposos (supra n.º 38). 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 levemente não se dá conta que são seus próprios alunos aos quais deve proibir a brincadeira);⁸⁵ c) à planificação ou execução da ação para impedir o resultado (ex. o guarda vidas lança a boia muito longe e não se apercebe que ele próprio devia 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).⁸⁶

69. A culpa nos crimes comissivos por omissão também pode decorrer do esquecimento (ex. o guarda ferroviário esquece de acionar os binários para dar passagem livre a comboio vindo este a colidir com outro). Consoante Nelson Hungria, há no esquecimento falta de devida atenção que é governada pela vontade: “não lhe faltou a possibilidade de estar atento e não ignorava que sua desatenção poderia ocasionar o desastre; de modo que sua desatenção resultou **em não ter querido estar atento.**”⁸⁷

Este não ter querido estar atento equivale a não querer a atividade final socialmente desejada, de sorte que não é necessário recorrer à teoria do **aliud agere** para solucionar o problema dos delitos de esquecimento.⁸⁸ É indiferente que o sujeito que olvida pratique ação distinta (ex. sair a passeio) ou permaneça completamente inerte (ex. a contemplar as estrelas): em qualquer dos casos há "o não fazer a ação possível subordinada ao poder final de fato de uma pessoa concreta".⁸⁹

VI — A CULPABILIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

70. O juízo de censura pessoal que incide sobre o autor de um delito omissivo impróprio, é, geralmente, menor do que a reprovação sobre o autor do correspondente crime comissivo. Isto porque o produzir o resultado através de um comportamento ativo requer maior energia e resolução do que contemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo⁹⁰. Executam-se os casos em que há uma relação particularmente íntima entre o garantidor e o lesado (ex. mãe o filho menor)⁹¹, circunstância capaz de aumentar a censura.

Este genérico menor grau de reprovação sobre o autor do crime omissivo próprio (em cotejo com o autor do correspondente crime comissivo) deve se refletir na medida da pena. Nossa legislação, embora não preveja especificamente uma atenuante facultativa para a espécie⁹², comporta tal solução. É que entre as atenuantes genéricas inscreve-se a de ter sido de somenos importância a cooperação do autor no crime (art. 48, II). Tendo-se em vista que o resultado nos crimes omissivos puros é produzido pelas forças que o desencadeiam, limitando-se o omitente a não impedir o seu livre curso, cremos que este dispositivo pode ser analogicamente aplicado, não obstante originariamente dirigido a disciplinar hipóteses de participação⁹³.

71. Também nos delitos de omissão imprópria, a potencial consciência do injusto relaciona-se ao mandamento jurídico de executar determinada ação (supra n.º 40). Só que tal dever não mais decorre de norma incriminadora especificamente destinada a comportamentos omissivos; decorre, sim, da conjugação da norma que proíbe o resultado com a norma que obriga intervir mediante um fazer positivo para proteger o bem jurídico em perigo. Conseqüentemente disto é que o erro do omi-

tente tanto pode incidir sobre a norma proibitiva jurídico-penal, como sobre o dever de garantidor,⁹⁴. Ambos serão erro de proibição (ou de mandamento) (supra n.º 40).

72. Para o garantidor, a exclusão da culpabilidade, por ser-lhe inexigível comportamento adequado à norma, pode se apresentar em hipóteses de estado de necessidade exculpante (ex. em incêndio provocado pelo autor, omite ele a salvação de estranho para salvar parente próximo), bem como nos casos de conflitos de deveres (supra n.º 40).

VII — A TENTATIVA E A DESISTÊNCIA NOS DELITOS DE OMISSÃO IMPRÓPRIA.

73. Delitos de resultado, os omissivos próprios sempre comportam a tentativa. Neles o não fazer importa necessariamente na consumação (supra n.º 41). Entre a omissão e o **summa-tum opus**, pode surgir circunstância imprevista que impeça o advento do resultado (ex. a inesperada atuação de terceiro impede a morte do filho não aleitado pela mãe).

O limite mínimo de tentativa punível não pode, entretanto, ser fixado pelo começo de execução a que alude o Código Penal (art. 12, II). No comportamento omissivo não há nada comparável ao início da comissão ativa. Deve-se recorrer, portanto, ao critério da exposição do bem tutelado a perigo. A tentativa começa no momento em que a demora da ação salvadora faz surgir ou aumenta o perigo imediato⁹⁵.

74. Também a desistência voluntária é possível, mediante uma atividade positiva. Pelos resultados menos graves não impedidos por esta atividade responde o omitente (ex. retrocedendo no propósito de matar de inanição o filho recém nascido, a mãe volta a alimentá-lo e, assim, impede-lhe a morte, mas não o já verificado dano à saúde, pelo qual deve responder).

NOTAS

- 1) Relatório Geral apresentado ao Colóquio de Direito Penal Preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal.
- 2) Sobre espécies de crimes omissivos, ver Hanz Welzel: *Derecho Penal Aleman*, Parte General, 11.^a ed., trad. de Juan Bastos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez, Chile, 1970, § 26, II.
- 3) V. Luiz Luisi: *O tipo penal e a teoria da ação finalista*. Porto Alegre s/d, pág. 51.
- 4) Enquanto colônia portuguesa o Brasil foi regido pelas Ordenações do Reino (Filipinas). Com a independência elaborou-se o Código Criminal de 1830. Proclamada a República, sobreveio o Código Penal de 1890, substituído pelo Código Penal de 1940, ainda em vigor.
- 5) V. Frederico Marques: *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1954, vol. II § 60.
- 6) *idem*.
- 7) Tobias Barreto: *Delictos por omissão*, in *Obras Completas*, vol. VI, *Estudos de Direito*, ed. 1923, págs. 214 ss.
- 8) Antonio José da Costa e Silva: *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, S. Paulo, 1930, pág. 6 e ss.
- 9) Nelson Hungria: *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1949, vol. II, pág. 242.
- 10) A partir de 1.963, houve várias tentativas de elaborar novo Código Penal para o Brasil. Com base no Anteprojeto do próprio Ministro Nelson Hungria, chegou a ser decretado o Código Penal de 1.969, revogado durante o período de *vacatio legis*. Atualmente, discute-se novo Anteprojeto de Parte Geral de Código Penal, elaborado em 1.981.
- 11) Basileu Garcia: *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, 1.954, Vol. I, tomo I, pág. 218 e ss.
José Fredeiro Marques, *ob. cit.*, pág. 62.
Salgado Martins: *Sistema de Direito Penal*, Porto Alegre, 1.957, pág. 165 e ss.
Magalhães Noronha: *Direito Penal*, São Paulo, 1.959, vol. I, pág. 150.
João Bernardino Gonzaga: *Estudos de Direito e Processo Penal, em homenagem a N. Hungria*, Rio de Janeiro, 1.962, pág. 255.
- 12) Anibal Bruno: *Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1.956, vol. I, tomo I, pág. 305.
- 13) Paulo José da Costa Júnior: *Do Nexo Causal*, São Paulo, 1.964, pág. 128; Alcides Munhoz Netto, *Os títulos I a IV do Código Penal de 1.969*, in *Rev. do Ministério Público do Pr.*, 1.977, vol. VII, pág. 71; *O Crime*, in *Rev. Inst. Advogados do Paraná*, vol. IV, págs. 120 e ss; *O Título II do Anteprojeto do Código Penal*, in *Rev. Jurídica Lemi*, 1.981, vol. 165, pág. 28.
Helena Cláudio Fragoso: *Lições de D. Penal*, São Paulo, 1.976, Vol. I, pág. 224; Damásio de Jesus: *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, 1.977, pág. 232; Álvaro Mairink da Costa, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1.982, pág. 589;
(Dissentem: Everardo da Cunha Luna, *Estrutura Jurídica do Crime*, Recife, 1.969, pág. 70; Roque de Brito Alves: *Direito Penal — Parte Geral*, Recife, 1.976, pág. 401; James Tubenlach (parcialmente), *Teoria do Crime (o estudo através de suas divisões)*, Rio de Janeiro, 1.978, pág. 101.

- 14) Admitindo a compatibilidade:
Everardo da Cunha Luna: A causalidade na omissão, in *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto de Código Penal*, São Paulo, 1965, pág. 330. Pondo tal compatibilidade em dúvida: J. Bernardino Gonzaga, ob. cit., pág. 256; Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., n.º 221.
- 15) Paulo José da Costa Júnior, ob. cit. pág. 145; Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., n.º 222.
- 16) O Anteprojeto de 1963 dispunha:
"A omissão é relevante como causa quando quem omite devia e podia agir para evitar o resultado, decorrente esse dever seja da lei, seja da relação contratual ou de perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente ainda que sem culpa". (art. 14, § 1.º). O Código Penal de 1969, repetiu: "A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e a quem com seu comportamento anterior criou o risco de sua superveniência". (art. 13, § 2.º). O atual Anteprojeto de Parte Geral de Código Penal, repete a fórmula do Código de 1969 (art. 13, § 2.º).
- 17) Hans Heirich Jescheck: *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Mir Perig e F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, vol. 2.º, §§ 55 a 60.
- 18) Luiz Luisi: *A função de garantia do Direito Penal Moderno*. Porto Alegre, 1973, pág. 11.
- 19) H. Jescheck, ob. cit., § 58; H. Welzel, ob. cit., § 27, I; Pietro Nuvolone: *Il Sistema del Diritto Penale*, Pádova, ano 1975, pág. 154; Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., n.º 218; João Bernardino Gonzaga: ob. cit., pág. 250.
- 20) Giuseppe Bettiol: *Instituições de Direito e Processo Penal*, trad. de Manuel da Costa Andrade, Coimbra, 1974, págs. 76 e 80.
- 21) Hans Welzel: ob. cit., § 28.
- 22) H. Jescheck: ob. cit., § 58; Welzel, ob. cit., § 28; Heleno Cláudio Fragoso ob. cit., n.º 226.
- 23) H. Welzel: Ob. cit., § 26, I; Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., n.º 217.
- 24) Giuseppe Bettiol: *Diritto Penale*, 7.ª ed., Pádua, 1969, pág. 255; Nuvolone: ob. cit., pág. 153; Heleno Fragoso: ob. cit., n.º 217; Paulo José da Costa Júnior: ob. cit., pág. 37; Everardo Luna: *A estrutura ...*, pág. 65; Juarez E. Xavier Tavares: *Teorias do Delito*, Rio de Janeiro, 1980, pág. 31.
- 25) L. Luisi: *O tipo penal*, pág. 108; Anibal Bruno: ob. cit., pág. 203; J. Bernardino Gonzaga: ob. cit., pág. 249; José Frederico Marques: ob. cit., pág. 59.
- 26) Paulo José da Costa Júnior: ob. cit., pág. 134.
- 27) Hans Jescheck, ob. cit., § 828.
- 28) O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo excluiu a majorante do § 2.º, do art. 135 (morte por omissão de socorro), por julgar inexistente a relação causal. (R.T. 459/384).
- 29) Alcides Munhoz Netto: *O crime*, in *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, 1982 vol. IV, pág. 120; Heleno Cláudio Fragoso: ob. cit., n.º 224; Paulo José da Costa Júnior: ob. cit., pág. 128.

- 30) H. Jescheck: ob. cit., § 59, III; H. Welzel: ob. cit., § 28; P. Nuvolone: ob. cit., pág. 179.
- 31) Idem.
- 32) Heleno C. Fragoso: ob. cit., n.º 224.
- 33) Idem, n.º 218.
- 34) G. Bettiol: Instituições, págs. 80 e 118.
- 35) Klaus Roxim: Problemas Básicos del Derecho Penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976, págs. 20 e ss.
- 36) Heleno Cláudio Fragoso: ob. cit., n.º 218; Enrique Bacigalupo: Lineamentos de la Teoría del delito, Buenos Aires, 1978, pág. 152.
- 37) Pietro Nuvolone classifica-os como os verdadeiros crimes formais sem evento: ob. cit., pág. 154.
- 38) Jorge Figueiredo Dias: A reforma do Direito Penal Português, Coimbra, 1972, pág. 39.
- 39) José Frederico Marques: ob. cit., vol. 1, pág. 21.
- 40) Os tribunais brasileiros têm exigido, para o dolo na omissão de socorro, a “consciência de que a pessoa em perigo iminente não seja salva” (R.T. 486/293); “a segura consciência do perigo” Adcoas/75, n.º 34.684); “o saber que a pessoa em perigo não poderá ser salva” (R.T. 517/361).
- 41) H. Welzel: ob. cit., § 27, 2.
- 42) Heleno C. Fragoso: Ob. cit., n.º 250.
- 43) O Tribunal de Justiça de São Paulo condenou falido por omissão em apresentar balanços à rubrica judicial, sob o fundamento de que a conduta pode ser informada pela culpa. (R.T. 508/336).
- 44) H. Jescheck: ob. cit., § 60, I.
- 45) É a orientação tradicional, acolhida por Heleno C. Fragoso: ob. cit., pág. 218.
- 46) Souza Neto: O Motivo e o Dolo. Rio de Janeiro, 1949, pág. 113; Francisco de Assis Toledo: O erro no Direito Penal, São Paulo, 1977, págs. 71 e 131 e Alcides Munhoz Netto: A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal, Rio de Janeiro, 1978, págs. 125 e ss.
- 47) Paulo José da Costa Júnior: ob. cit., pág. 149.
- 48) Neste sentido têm se pronunciado os tribunais (R.T. 516/347, Adcoas/78 n.º 58.846; R.T. 511/427; R.T. 511/427). Há divergências quanto a não possuir o hospital condições técnicas para o atendimento: acolhendo a escusa: R.T. 514/386; repelindo-a: Adcoas/77, n.º 49.611.
- 49) Alcides Munhoz Netto: Da tentativa no Código Penal Brasileiro, Curitiba, 1958, pág. 84. No mesmo sentido, N. Hungria: ob. cit., pág. 259 e H. Cláudio Fragoso: ob. cit., pág. 219.
- 50) Adcoas/1981, n.º 79.743, R.T. 551/417; 550/382; RTJ 96/662; Adcoas/75 n.º 38.097; 1972 n.º 14.097; RT 460/336; 466/405.
- 51) Alcides Munhoz Netto: Da Tentativa ... pág. 67 e ss.
- 52) H. Jescheck ob. cit., § 58, III, e H. Welzel: ob. cit., § 28, I.
- 53) Heleno C. Fragoso: ob. cit. n.º 221.
- 54) Everardo C. Luna: A estrutura, pág. 68.
- 55) J. Bernardino Gonzaga: ob. cit., pág. 252.
- 56) Heleno C. Fragoso: ob. cit., pág. 233.
- 57) O projeto Alcântara Machado data de 15 de maio de 1938. Revisto por Costa e Silva, Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio

- de Queiroz e Roberto Lira, serviu de base ao Código Penal de 1940, ainda em vigor.
- 58) Nelson Hungria: ob. cit., pág. 243.
 - 59) Paulo José da Costa Júnior: ob. cit., pág. 138.
 - 60) H. Jescheck: ob. cit., § 58, IV; H. Welzel: ob. cit., § 26, II e § 28, Heleno C. Fragoso: ob. cit., n.º 226; João Bernardino Gonzaga: ob. cit., págs. 254, 256 e 262; Damásio de Jesus: Direito Penal, Parte Geral, São Paulo, 1977, pág. 221 e James Tumbenclak: ob. cit., pág. 102.
 - 61) H. Jescheck: ob. cit., § 58, IV.
 - 62) H. Welzel: ob. cit., § 28.
 - 63) Everardo C. Luna: ob. cit., pág. 338.
 - 64) H. Welzel: ob. cit., § 28.
 - 65) A. Bruno: ob. cit., tomo IV, pág. 41.
 - 66) M. Seabra Fagundes: Direitos do homem, a Ordem Pública e a Segurança Nacional, 1974, pág. 4.
 - 67) G. Bettiol: Instituições ..., pág. 116.
 - 68) Everardo da Cunha Luna: ob. cit., pág. 340.
Paulo José da Costa Júnior: ob. cit., pág. 143.
 - 69) G. Bettiol: ob. cit., pág. 253.
P. Nuvolone: ob. cit., pág. 179.
 - 70) H. Welzel: ob. cit., § 28.
 - 71) Negou este dever específico o Tribunal de Alçada de São Paulo, ao decidir que o pai não está obrigado a impedir o suicídio da filha (R.T. 491/336).
 - 72) Eugênio Raul Zaffaroni: Teoria del Delito, Buenos Aires, 1973, pág. 377.
 - 73) H. Welzel: ob. cit., § 28; Paulo José da Costa Júnior: ob. cit., pág. 145.
 - 74) Idem.
 - 75) H. Jescheck: ob. cit., § 59, IV; H. Welzel: ob. cit., § 28.
 - 76) E. R. Zaffaroni: ob. cit., pág. 380.
 - 77) Alcides Munhoz Netto: O Crime, loc. cit. pág. 120; O Título II do Anteprojeto, loc. cit., pág. 27. No mesmo sentido, Enrique Bacigalupo: Lineamentos de la Teoria del Delito, Buenos Aires, 1978, pág. 159; João Bernardino Gonzaga: ob. cit., pág. 211; O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro decidiu que, no atropelamento sem culpa, o motorista só responde por omissão de socorro (Adcoas 1977 n.º 50.786).
 - 78) E. R. Zaffaroni: ob. cit., pág. 376.
 - 79) H. Jescheck: ob. cit., § 58, VI e Heleno Cláudio Fragoso: ob. cit., n.º 221.
 - 80) Francisco de Assis Toledo: Princípios Básicos de Direito Penal, São Paulo, 1982, pág. 195.
 - 81) Heleno Cláudio Fragoso: ob. cit., pág. 225.
 - 82) Dissentem da necessidade da consciência do poder de fato, H. Welzel e Zaffaroni, afirmando este que, pelo óbvio de querer o resultado, o omitente pode nem sequer imaginar a possibilidade de evitá-lo, ob. cit., pág. 386. Pondere-se, entretanto, que, se o omitente julga impossível evitar o resultado desejado incide em erro de tipo, excludente do dolo.
 - 83) H. Welzel: ob. cit., § 28 B.

- 84) H. Jescheck: ob. cit., § 59, VII.
- 85) Idem.
- 86) Hans Welzel: ob. cit., § 28, VI, B.
- 87) Nelson Hungria: ob. cit., vol. I, pág. 365.
- 88) Utiliza o critério do *aliud facere* E. Zaffaroni: ob. cit., pág. 391.
- 89) H. Welzel: ob. cit., § 26, I.
- 90) H. Jescheck: ob. cit., § 58, V.
- 91) H. Welzel: ob. cit., § 28, VI.
- 92) A facultativa atenuação figura no Cód. Penal da Alemanha, § 13, II e no projeto de Cód. italiano de 1949, art. 20.
- 93) Solução semelhante adotou H. Welzel em vista do C. Penal alemão, antes da reforma de 69/70. Reconheceu a facultativa atenuação por aplicação analógica dos §§ 49 e 44, notando que diferentemente dos delitos de comissão nos quais se distingue, de acordo com o domínio final do fato, entre autoria e participação, não existe nos delitos omissivos impróprios uma separação correspondente, posto que as omissões são caracterizadas conceitualmente pela existência de um poder final potencial de fato: ob. cit., § 28, VI.
- 94) H. Jescheck: ob. cit., § 60, I.
- 95) H. Jescheck: ob. cit., § 60, II e Heleno Cláudio Fragoso: ob. cit. n.º 228.