

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

LUCIANA DE BRITO FREITAS LEITE

A IMPUTAÇÃO NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Uberlândia

2011

LUCIANA DE BRITO FREITAS LEITE

A IMPUTAÇÃO NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho.

Uberlândia

2011

LUCIANA DE BRITO FREITAS LEITE

A IMPUTAÇÃO NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais.

Uberlândia, 15 de dezembro de 2011.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Edihermes Marques Coelho
(Orientador - Universidade Federal de Uberlândia – UFU)

Professora Dra. Débora Regina Pastana
(Examinadora – Universidade Federal de Uberlândia – UFU)

Professor Dr. Paulo César Corrêa Borges
(Examinador – Universidade do Estado de São Paulo – UNESP)

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Dr. Edihermes Marques Coelho pela dedicação, paciência, apoio intelectual e humano, que tanto me inspiraram na consecução desta dissertação, em um momento de grande dificuldade pessoal.

À minha filha Carolina, que minha dedicação possa lhe servir de espelho no futuro.

Ao professor Dr. Alexandre Walmott pela disponibilidade e pelo constante estímulo acadêmico.

Ao Dr. Vinícius de Àvila Leite, pelo apoio, incentivo e amizade.

Ao amigo Junior Guedes, cujo apoio moral e carinho foram essenciais para o término dos estudos.

“Onde estejam em jogo paixões humanas – e em que processo penal não o estão – a fonte mais turva de conhecimentos é um sentimento jurídico não articulável conceitualmente.”

Roxin.

RESUMO

A criminalização primária dos crimes omissivos impróprios vem sofrendo grande alargamento, com vistas à extensão da figura típica e à igualdade de tratamento em relação a punibilidade da ação, sendo necessário o seu estudo aprofundado. A omissão nem sempre pode ser tipificada em todos os seus aspectos, portanto, a existência dos crimes omissivos impróprios é indicada para que atitudes reprováveis não fiquem impunes, ou não sejam punidas de maneira desproporcional. Os crimes podem ocorrer através de ação e omissão. A omissão, conforme se observará neste estudo, é dividida classicamente em própria e imprópria. Aquelas são as previstas expressamente pela lei e estas, necessitam de cláusula de equiparação. Os crimes omissivos impróprios acarretam a tipicidade de conduta de apenas algumas pessoas que recebem a posição de garante, que mereceu atenção no presente estudo, para que se consolidem os casos em que uma pessoa realmente deve responder por um resultado, quando não agiu.

Palavras-chave: Omissão- Comissão- Omissão Própria e Imprópria- Garantes- Imputação de resultado aos garantes- Ofensa à legalidade.

ABSTRACT

Criminalization has Primary diurnal covering crimes omissive, requiring your further study. The omission can not always be typed in all its aspects, therefore, the existence of crimes omissive is inappropriate given that reprehensible attitudes do not go unpunished. The crimes may occur through action and omission. The omission, as shown in this study, is classically divided into proper and improper. Those are expressly provided for by law and these require matching clause. Omissive crimes can be distinguished by their crimes commissive elements. The position ensures attention has been paid in the present study, in order to consolidate the cases in which a person really must answer the inaction.

Keywords: Omission-Commission-Default-proper and improper allocation of profit-guarantors guarantors Offense-Legality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS TEORIAS DA CONDUTA	13
1.1 O sistema clássico (Liszt-Beling-Radbruch)	15
1.2 A fase neokantiana ou neoclássica(Frank-Mezger).....	16
1.3 A teoria finalista da ação (Hans Welzel)	18
1.4 As teorias sociais da ação	22
1.5 O sistema funcionalista (Roxin-Jakobs)	24
1.6 Críticas aos sistemas	26
2 A OMISSÃO À LUZ DO DIREITO PENAL	30
2.1 Apontamentos históricos sobre a omissão criminosa	31
2.2 Crimes comissivos e omissivos: distinção	35
2.3. Classificação da omissão	40
2.3.1 As diferenças entre os crimes omissivos próprios e os crimes omissivos impróprios	41
2.4 As teorias sobre o nexo de causalidade na omissão.....	44
2.5 A omissão criminosa no direito positivo brasileiro	53
2.5.1 Precedentes judiciais brasileiros	62
2.5.1.1 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	62
2.5.1.2 Tribunal de Justiça do Estado de Goiás	65
2.5.1.3 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	66
2.5.1.4 Superior Tribunal de Justiça	69
2.5.1.5 Supremo Tribunal Federal	73
3 SELEÇÃO DAS POSIÇÕES DE GARANTIA	76
3.1 A posição de garante e o dever de impedir o resultado	77
3.2 Teoria Clássica das fontes jurídicas	80
3.3 Teoria das Funções	81
3.4 Teoria material-formal	83

3.5 Critério da competência organizativa e competência institucional de Jakobs	84
3.6 Sociedade de risco e Direito penal do risco.....	89
3.7 A condição de garantidor e os crimes culposos	94
 4 A IMPUTAÇÃO DOS CRIMES OMISSIVOS IMPROPRIOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	97
4.1 O princípio da legalidade como balizador da responsabilidade penal	99
4.1.1 A medida da pena e o princípio da proporcionalidade.....	107
4.2 Questões polêmicas acerca dos crimes omissivos impróprios	110
4.2.1 A tentativa	111
4.2.2 Desistência voluntária e arrependimento eficaz	114
4.2.3 Concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios	116
4.2.4 Causas de exclusão da ilicitude	117
4.2.4.1 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito	118
4.2.4.2 Estado de necessidade	119
4.2.4.3 Legítima defesa	121
4.2.5 O erro na omissão imprópria	122
4.2.6 A culpabilidade na omissão imprópria	123
4.3 O problema da equiparação entre crimes omissivos impróprios e os delitos comissivos	124
4.3.1 Imputação do resultado em crimes omissivos impróprios	128
 CONCLUSÃO	131
 REFERÊNCIAS	136
 ANEXOS	150

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo crítico da evolução histórico-dogmática que conduziu a idéia dominante na atualidade, de que os delitos de comissão por omissão encontram previsão e tipicidade, junto aos delitos de comissão, na mesma norma da parte especial.

O Código Penal Brasileiro é dividido em parte geral, onde se encontram as normas fundantes para sustentar a aplicação pelo Estado do *jus puniendi*, bem como para definir quando uma conduta será relevante penalmente e sofrerá a sanção prevista no preceito secundário dos tipos penais; e em parte especial, onde são descritos os modelos abstratos de conduta que merecerão a reprovação do Estado.

As condutas que o legislador entende que merecem ser tipificadas, porque causam instabilidade social e conflitos, serão descritas e apenadas. Pode-se apenar uma conduta ativa, uma ação, que são os crimes comissivos, ou pode-se apenar um deixar de agir, uma omissão.

A omissão criminosa existe quando há uma desobediência ao comando do Estado que determina ao indivíduo que atue, diante de determinada situação, quando o bem jurídico que se pretenda proteger sofre perigo ou lesão, em nome da solidariedade ou como preferem outros autores, em nome mesmo da saúde, da vida ou da integridade física.

A omissão quando está descrita em um tipo penal recebe a classificação doutrinária ou *nomem juris* de omissão própria (na classificação clássica) ou de omissão imprópria, quando não há descrição da conduta, mas atribui-se o resultado, previsto em um tipo penal comissivo, porque considera-se que o resultado ocorreu em razão da omissão do agente/garante, que estava por lei, obrigado a agir.

Segundo se adote um ponto de vista valorativo ou imperativo, se denominará norma proibitiva de produção de resultado ou norma proibitiva de determinadas condutas (ativas ou omissivas) perigosas para os bens jurídicos que elas contemplam.

Com a imputação da omissão imprópria em uma norma da parte especial, a indeterminação da concreta modalidade de conduta que se pretende evitar permite incluir,

através de certa interpretação do verbo típico, tanto a causação ativa do resultado como a sua não-evitação por quem teria o dever de evitá-lo. Pretende-se investigar o problema derivado do enfrentamento detectável entre a afirmação de que existem delitos de comissão por omissão não especificamente previstos pela lei penal e as exigências próprias do princípio da legalidade (de sua expressão dogmática, o princípio da tipicidade).

Desta forma, a mencionada categoria delitiva já não se encaixaria nos tipos de injusto de caráter não escrito em sua totalidade, incompatíveis com tais exigências, senão, que ao estar contida em uma norma penal, satisfaria ao menos o aspecto formal do princípio da legalidade expressado na máxima: *“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”*.

Não obstante ser um avanço importante no processo de cumprimento por parte dos delitos de omissão imprópria do requisito da tipicidade que emana do princípio da Legalidade, não consegue, todavia, a determinação das condições em razão das quais cabe dizer que a não evitação do resultado é punitivamente equiparável à sua causação mediante uma conduta ativa.

Por mais que se diga que dita equiparação se produz quando aquele que se omite de atuar para evitar o resultado de lesão a certo bem jurídico teria o dever de garantir que tal lesão não aconteceria, na verdade é que a norma da parte especial na qual se afirma incluído o delito de comissão por omissão carece de toda referência às fontes desse dever de garantia, o que, entre outras coisas, tem como consequência que não indique quem são os possíveis sujeitos ativos do delito de comissão por omissão.

Essa falta de concretude não foi eliminada pelo art. 13, §2º da parte geral do Código Penal, onde se tentou incluir, uma cláusula complementar que prevê expressamente as fontes formais do mencionado dever de atuar para evitar o resultado típico.

Desta forma, existe a necessidade do intérprete supor, que o verbo típico empregado pelos artigos que definem crimes na parte especial permitem tanto a causação ativa (dolosa ou culposa) quanto a sua não evitação por quem teria obrigação de atuar com o fim de impedir o resultado e ainda definir o elemento subjetivo.

Longe de solucionar o problema, ele se complica ainda mais ao tentar delimitar o círculo de possíveis sujeitos ativos de um delito de omissão imprópria. Se se faz uso do critério causal, entende-se assim que, por exemplo, a mãe que não alimenta o filho recém-

nascido deve ser castigada como autora de homicídio, em comissão por omissão porque causou sua morte da mesma forma como se o tivesse estrangulado (comissão) com suas mãos.

No plano ontológico em que se move o argumento causal resulta impossível concluir que a omissão seja causa de algo, já que do nada, nada surge. Dessa afirmação se segue o fracasso espinhoso das chamadas teorias causais, na sua pretensão de justificar a inclusão dos delitos de comissão por omissão na mesma norma da parte especial que os delitos de comissão sobre a dupla base de que dita norma proíbe a produção do resultado, e que a ação e a omissão são igualmente causas do resultado.

Abandonadas essas teorias causais, a solução do problema de tentar equiparar a causação ativa do resultado e sua não evitação passaria pela teoria da garantia, a teor da qual autor de um delito de omissão imprópria somente poderá ser aquele que tenha um dever especial de assegurar a proteção do bem jurídico e dever de atuar para evitar a lesão ao bem jurídico.

Houve uma evolução do plano ontológico-causal em que se situava a equiparação entre a causação ativa de um resultado e sua não evitação por determinadas pessoas, para o terreno normativo.

Manter uma cláusula genérica para determinar a posição dos garantes ao invés de explicitamente fazer referência no tipo, é justificado em razão da constante evolução social onde novas fontes do dever de garantia aparecem continuamente. A presença de uma cláusula geral como a prevista no art. 13, §2º do CP apresenta problemas de subsunção das hipóteses concretas de comissão por omissão punível. As posições de garantia prefixadas não podem ser extrapoladas e não abrangem todas as possibilidades, além de receberem a mesma pena prevista para os delitos comissivos.

Surge então a necessidade de se questionar a possibilidade ou não de determinação legal expressa assim como a conveniência de manter uma cláusula geral na parte geral ou mudar para específicas tipificações na parte especial, com alteração de pena, assim como existe para os tipos penais culposos, de maneira proporcional à culpabilidade do agente.

Para evitar o mal da indeterminação, o melhor caminho é aprofundar o estudo dos possíveis fundamentos comuns das distintas posições de garantia, das quais emerge um dever

de atuar para evitar o resultado típico, o que pode ser questionado diante de um impulso social individualizatório criado pela sociedade de risco, fruto de uma nova modernidade.

Por isso necessário investigar o direito alienígena, principalmente o direito alemão, espanhol, italiano e português, porque produziram um senso teórico com maior determinação e preocupação da questão da equivalência da causação ativa de um resultado e a sua não evitação por quem teria o dever de evitá-lo.

O presente estudo tem a intenção de investigar, através da análise dos distintos fundamentos propostos pela ciência, a origem do dever de garantia, as causas da aparição das possíveis posições de garantes, que por simples enumeração, podem ser consideradas suficientes frente ao princípio da legalidade. A averiguação é necessária porque uma vez sabendo o que faz com que uma pessoa ocupe essa especial situação social que a constitui obrigada a atuar para salvar o bem jurídico em perigo, parece que já não será tão difícil a tarefa de criar uma norma legal, diante da já existente cláusula geral do art. 13, §2º do Código Penal, tipos penais – *numerus clausus* – de omissão imprópria – que não mais terão elementos não escritos, se previstos junto aos tipos comissivos, com penas proporcionais à culpabilidade de uma conduta omissiva.

Diante disso alguns questionamentos devem ser respondidos no decorrer da investigação: do ponto de vista político-criminal, a não evitação do resultado típico merece a mesma sanção que a causação do resultado por meio de uma conduta ativa? A quem deve ser atribuído o resultado diante de uma omissão? Quando inicia-se a possibilidade de punir o garante? Com o processo individualizatório e a libertação do indivíduo de vínculos sociais de classe e de posições de gênero de homens e mulheres a figura do garante deve receber tratamento diferenciado?

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS TEORIAS DA CONDUTA

Para a pretensão de estudo dos crimes classificados como omissivos impróprios, necessário alguns apontamentos sobre as teorias da conduta.

Um primeiro contato com o conceito de omissão mostra como a terminologia não é sinônimo de quietude, inatividade, passividade ou não fazer nada, mas ao contrário, o verbo omitir é sempre um verbo transitivo: se omite fazer algo. O conceito de omissão supõe que a mesma contém em si um elemento de referência sem o qual não pode se compreender: uma referência a uma determinada ação cuja realização não se empreende. Nesse sentido Armin Kaufmann, que tratou em sua monografia da dogmática dos delitos de omissão, afirmou que a omissão é uma negação referida a uma ação, com a qual se apresenta necessariamente relacionada¹.

Conforme magistério de Fábio Guaragni,² “todo crime é uma conduta (compreendida por ora em sentido amplo como a ação e omissão – formas do agir humano)”.

No entanto, existe grande divergência entre as principais escolas que estudam a evolução do conceito de ação, no que pertine a existência de um super conceito que possa englobar a ação e a omissão. A discussão caminha para a análise da omissão possuir natureza ontológica ou normativa.

Um dos mais fascinantes temas do direito penal é o estudo da conduta, não só pelas suas próprias características, mas pelas divergências das várias teorias que tentaram conceituá-la.

Conforme se adote uma ou outra das principais teorias, seja o conceito de conduta no pensamento clássico, neokantista, finalista ou funcionalista, os requisitos do conceito analítico de crime e da própria tipicidade, sofrem grande alteração e também alteram as

¹ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Joaquín Cuello Contreras: José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.25-26.

² GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2 ed. rev. E atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pág. 31.

consequências no que pertine à imputação de responsabilidade ao autor do crime, daí a importância da máxima *nullum crimen sine conducta*.

Conforme dito, de acordo com a teoria da conduta que se adote, todos os aspectos que cercam a estrutura do crime sofrem profunda variação. O entendimento da dogmática jurídico penal pátria é no sentido de que o Código Penal Brasileiro, após a reforma de 1984, se filiou por inteiro a Teoria Finalista, adotando o critério tripartido do crime, considerando como conceito analítico do crime o fato típico, que abraça a conduta (ação ou omissão), a ilicitude e a culpabilidade. Necessário então, expor o pensamento das principais teorias para uma análise crítica do que se deve entender por conduta humana, relevante para o Direito Penal, que deve ser utilizado como *ultima ratio*.

A importância do estudo da teoria da ação constitui, sem dúvida, o setor mais debatido da teoria do crime, onde surgem os maiores problemas e as mais graves incertezas.³ Necessário, diante dos princípios reitores do Direito Penal brasileiro, que a definição da conduta, pelo legislador, seja taxativa, sob pena de ofensa às garantias constitucionais e ao direito de liberdade do ser humano, além de ofender o princípio da humanidade, culpabilidade e razoabilidade, que devem existir nos preceitos e nas sanções. Conduta que não está prevista na lei como crime, é fato atípico. Logo, a primeira restrição ao poder punitivo estatal, que hoje caracteriza-se pela grande inflação legislativa, responsável por um tipo de direito penal do autor, do terror e do inimigo, é justamente a descrição da conduta, que se pretenda punir.

A intervenção pontual do Estado nas condutas humanas, reflete um justicamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia, criando uma falsa sensação para a sociedade de que algo está sendo feito, correndo-se o risco de abrir oportunidade para ofensa às garantias individuais e ao pilar do direito penal: o princípio da Legalidade.

Neste diapasão, podemos apontar na evolução das teorias da conduta, a passagem da responsabilidade objetiva, para a escola causal ou clássica, e com algumas novas nuances, a evolução para a escola Neo-Kantista, com as contribuições de Frank e nos idos de 1930 a Teoria Finalista da ação, o pós-finalismo com as teorias sociais da ação e o pensamento funcionalista, com a necessária análise das vertentes de Claus Roxin e de Gunther Jakobs.

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta punível**. São Paulo: José Bushatsky, 1961. p. XI.

1.1 O sistema clássico (Liszt-Beling-Radbruch)

No que concerne à Teoria Naturalista, também denominada causal, mecanicista ou clássica, a conduta - segundo os postulados de Franz Von Liszt e Ernest Beling com as contribuições de Gustav Radbruch- representaria tão só uma produção de resultado mediante o emprego de força física. A conduta seria o comportamento humano voluntário que produz um resultado modificativo do mundo exterior, cujas sistematizações e classificações possuíam critérios objetivos e avaliados.

Atribui-se a esta fase da dogmática o mérito de espantar de vez a responsabilidade penal objetiva, visto que o dolo e a culpa foram erigidos a elementos essenciais do crime (como espécies de culpabilidade), sem os quais ele não existe.

O sistema clássico sofreu grande influência, em suas bases filosóficas, do positivismo científico (final do século XIX), pretendendo-se submeter a ciência do Direito ao ideal de exatidão das ciências naturais. Os cientistas encontravam-se deslumbrados com os avanços da Biologia, da Medicina, da Física etc. Por esse motivo, o sistema em questão buscava empregar dados da realidade mensuráveis e empiricamente comprováveis⁴.

Veja-se que para os que trilham esta linha de pensamento o único vínculo necessário a ser estabelecido é a relação de causa e efeito, afastando-se, neste particular, os elementos de vontade do atuar humano, vale dizer, o volitivo (dolo) e o normativo (culpa). O questionamento primordial desta teoria é saber quem foi o causador material da modificação física no mundo, perceptível pelos sentidos, sem análise de elemento subjetivo, ou finalidade da conduta. A análise sobre o resultado e sobre a conduta, para a Teoria Causal, era empírica.

O conceito de crime para a idéia naturalista ou clássica é o injusto culpável, estando o dolo e a culpa alojados na culpabilidade, que representava unicamente vínculo do agente com a realidade, sendo que não há consenso sobre ser o dolo normativo, ou seja, portador da consciência da ilicitude, já que Von Lizst e Belling, seus principais expoentes, não concordavam neste ponto. Dolo e culpa eram as formas de culpabilidade.

⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. Da 2.ed. (1994) por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz e Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas. Reimpressão: 2008. p. 20.

A culpabilidade era compreendida como o vínculo psicológico que unia o autor ao fato por intermédio do dolo ou da culpa. A imputabilidade do agente, entendida como capacidade de ser culpável, atuava como seu pressuposto.

Desde a perspectiva do conceito causal, o tema do enquadramento da omissão apresenta características próprias e, em ocasiões variantes. Só existiam duas opções: negar que a omissão pudesse subordinar-se no conceito de ação ou como Von Liszt, adotar um procedimento analógico, através do qual se pretendia encontrar na omissão elementos similares aos presentes na comissão⁵.

Conforme Jescheck a omissão carece de realidade, é, em um plano ôntico, um nada. Esta diversidade entre ação e omissão dificulta a compreensão da conduta humana em um conceito superior e comum a ambas. As primeiras tentativas realizadas no sentido de um conceito único se esforçaram para encontrar na omissão as características próprias da ação. Foram em vão tais tentativas, porque partiram de uma premissa falsa, já que não se pode negar a diferença estrutural existente entre a ação e a omissão⁶.

Restou frustrada a tentativa da teoria causal em situar sob o mesmo manto a ação comissiva e a omissiva, porque não abandonou a idéia central de naturalismo, com método empírico. Nesta linha, para que houvesse crime omissivo, seria necessária distensão muscular, ou seja, a pessoa deveria estar em estado biológico de relaxamento muscular⁷.

1.2 A fase neokantista ou neoclássica (Frank-Mezger)

O pensamento chamado “neoclássico” surgiu pouco tempo depois do sistema anterior. A data que é considerada como seu marco, 1907, coincide com a publicação da obra de Reinhard Frank sobre a culpabilidade, no entanto a obra de Edmund Mezger, é apontada como a que melhor sintetiza a presente teoria.

⁵ LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**, Trad. De Jiménez de Asúa e adicionado por Q. Saldanha. T. II. 3 ed. Madrid, sin fecha. p. 314-316.

⁶ TOCILDO, Suzana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? **Cuadernos de Política Criminal**. Madrid, 1982.p. 231-256.

⁷ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 84-85.

O conceito analítico de crime no Neokantismo, que sucedeu à escola causal clássica, trouxe mudanças em todos os elementos do crime, que passaram a sofrer juízo de valor, não obstante a estrutura continuar bipartida, continuou sendo o injusto o requisito objetivo e o requisito subjetivo, a culpabilidade psicológica-normativa (de Frank), portadora do *dolus malus* dos antigos romanos, ou dolo normativo.

No campo da tipicidade a teoria neokantista, que passou a trabalhar com conteúdo axiológico, reconheceu os elementos subjetivos do tipo penal, principalmente pela análise das excludentes de ilicitude na qual para sua interpretação foi desenvolvida uma concepção material. A culpabilidade também sofreu mudanças, no que diz respeito ao abandono da noção de puro nexó psicológico, que existia na escola clássica, passando-se a entendê-la como reprovabilidade: censurabilidade do agente pelo ato.

No entanto, em relação ao supraconceito comportamento humano, como em relação ao conceito de comissão, foram mantidos à semelhança do naturalismo (em vez de movimento corporal voluntário, modificação voluntária no mundo exterior). É importante frisar que se desapegaram ambos à essência da conduta humana na realidade. O supraconceito genérico implicava ausência de qualquer essência na conduta, ao passo que o outro lhe retirava o conteúdo da finalidade. Ambos eram conceitos idealistas de conduta, conforme esclarece Zaffaroni em sua obra⁸.

Mezger, um dos expoentes dessa escola, com as contribuições de Frank, entende que a ação em sentido amplo compreende conjuntamente ambas as formas de conduta humana, a ação e a omissão, enquanto que, em sentido estrito, somente se refere à primeira delas.

Suzana Tocildo Huerta, citando Mezger, dispõe que aquele que atua sempre faz algo e o que se omite não é que “ não faz nada” mas sim que “ deixa de fazer algo”, “ não faz algo”. Em sua opinião por trás de toda omissão há sempre uma ação esperada. Encontra Mezger um ponto em comum entre o fazer algo (em sentido estrito) e não fazer nada (omissão): ambos são conceitos que se referem aos valores que estão contidos em um sistema

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais..p. 352.

de valor unitário. Da forma como expõe Mezger os conceitos de ação e omissão não se contrapõem, mas podem estar sob um conceito comum de ação em sentido amplo⁹.

No entanto, ao tentar Mezger unir a referência a uma ação esperada e ao conteúdo axiológico, extrapola o tema para o terreno da ilicitude, abandonando dessa forma o lugar tradicional do conceito de ação, e em consequência, perdendo toda a possibilidade de constituir dito superconceito aglutinador em sentido amplo em conceito base do sistema.

Com a debandada para o terreno da ilicitude ocorre uma confusão com a essência da omissão e a ilicitude da mesma.

A omissão é ilícita somente quando a ação esperada também for exigida pelo Direito.

Os conceitos são separados, praticamente toda ação “exigida” é também “esperada”; e uma ação esperada, que não for exigida, não possui interesse para o direito Penal.

Para os adeptos da teoria psicológico-normativa, a culpabilidade é um juízo de valor sobre uma situação fática, e seus elementos psicológicos, quais sejam, dolo e culpa, estão no agente do crime, no requisito da culpabilidade, como elementos e não mais como forma, enquanto seu elemento normativo está no juiz.

1.3 A teoria finalista da ação (Hans Welzel)

Convencionou-se indicar como marco do sistema finalista o ano de 1931, quando Hans Welzel publicou um trabalho intitulado causalidade e omissão.

A teoria finalista consiste no reconhecimento de que toda conduta (ação ou omissão) é um acontecimento final. Hans Welzel, seu principal expoente e grande sistematizador, consignou que toda ação humana é o exercício da atividade finalista e

⁹ TOCILDO, Suzana Huerta. Op. cit., p. 231-256

compreende, além da finalidade da conduta, os meios empregados e as conseqüências necessárias da ação ou omissão.

Sintetizando o pensamento Welzeliano, a vida em sociedade se estrutura sobre a atividade final do homem.

A Teoria Finalista rechaçou a idéia de que a conduta era um mero acontecimento causal e trouxe para a ciência penal algo que era inatingível para os naturalistas: o fato de que a conduta é a ação humana, voluntária e consciente, dirigida a um fim. E passou a afirmar: “a causalidade é cega, enquanto que a finalidade vê”.

Importante dentro desta linha de pensamento é asseverar o maior mérito do finalismo, ao afirmar que não se pode desmembrar a ação da vontade do agente, vale dizer, sempre que o homem pratica um determinado comportamento é porque antes refletiu e seu raciocínio o levou a praticá-lo, identificando os elementos intelectual e volitivo do dolo, na conduta.

Neste passo, para os finalistas, há o deslocamento do dolo e da culpa que antes eram elementos da culpabilidade, para a conduta, que é o primeiro elemento do fato típico. Portanto, para os que se filiam a teoria finalista da ação o crime é um fato típico e ilícito e o dolo, que antes era normativo, passa a ser natural, prescindindo da consciência da ilicitude, que agora é tida como potencial consciência da ilicitude (aumentando assim as possibilidades do Estado exercer seu *jus puniendi*) e elemento da culpabilidade.

Para Welzel¹⁰ a omissão ontologicamente considerada não é uma ação. Ação e omissão se encontram, em uma relação do tipo da existente entre “A” e “não A”. Ambas são formas de aparição de uma conduta humana dominada pela vontade final. A omissão está necessariamente relacionada com uma ação: não há omissão *per si*, senão omissão de uma determinada ação. O conceito de omissão não é um conceito meramente negativo, mas um conceito limitativo: é a omissão de uma ação cuja realização é possível ao autor por estar sob seu poder de ação final. Define Welzel, neste ponto, a omissão como a não utilização da finalidade potencial de um homem em relação com uma determinada ação.

¹⁰ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 49.

A construção de Welzel é similar a de Armin Kaufmann, já que este introduz um novo elemento em seu conceito de omissão: a capacidade de ação. E vai além, em sua opinião não basta uma capacidade de ação meramente física, senão que esta tenha também um lado intelectual. Quem não sabe que diante de sua casa houve um acidente, não pode prestar socorro. Junto com a capacidade de ação pertencem todos aqueles requisitos de caráter intelectual que permitem planificar a realização de um ato. Insere Armin Kaufmann no conceito de omissão como elemento da capacidade de ação, a exigência do conhecimento por parte do omitente do fim da ação possível¹¹.

Para Armin Kaufmann a ação omitida é quase sempre final. E entende o conceito de omissão como relativamente negativo. É negativo porque se nega a realização da vontade, mas é relativamente negativo porque se nega esta negação, se coloca em relação com uma determinada ação final de um determinado sujeito cuja realização lhe era possível¹².

Vale colacionar o exemplo dado pelo Professor Flávio Augusto Monteiro de Barros¹³ em sua obra, comentando o crime que estava previsto no art. 216 :

[...] O médico que toca nas partes íntimas da paciente pode ou não cometer o delito do art. 216 do CP. Tudo vai depender do seu "querer interno". Se assim agiu para melhor realizar o diagnóstico, não haverá crime. Se, ao inverso, quis satisfazer a sua lascívia responderá pelo delito [...]

Na comparação com a proposta causal-naturalista e neokantiana – a vontade passou a ser mais abrangente, por estar dotada de um conteúdo; a finalidade, amparada na capacidade do homem de autodeterminação; de representar mentalmente o objetivo a ser alcançado com o movimento físico.

Conforme lição de Fabio Guaragni¹⁴:

A partir do pensamento de Welzel, a conduta passou a conter um fim, um para que, consistente na finalidade, que lhe dá sentido, rumo, vidência. Com a concepção finalista da ação preencheu-se o vazio da voluntariedade da conduta humana nas teorias causais, representado por uma vontade de movimentar-se desprovida de direção, *ipso facto*, cega, na figuração de Welzel.

¹¹ KAUFMANN, Armin. Op. cit., 2006, p. 41-42.

¹² _____. Op. cit., p.35

¹³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal Parte Geral**, vol. 1, Ed. Saraiva, p. 100.

¹⁴ GUARAGNI, Fabio André. Op. cit., p.137.

A teoria finalista, impulsionada pela vontade consciente, incluiu na conduta o conceito omissivo, bem como conceituou condutas configuradoras de crimes dolosos e culposos. No entanto, referida teoria foi alvo de grandes críticas no tocante aos crimes omissivos e culposos.

No que pertine aos delitos omissivos as controvérsias se detiveram em dois sentidos; a uma porque nos crimes omissivos não há um fazer guiado pela finalidade, porque o curso causal nestes delitos é fruto de fatores alheios à conduta humana. Conforme esclarece Fabio Guaragni “não é o salva vidas que mata o banhista por não o salvar do afogamento, mas a ingestão de água pelas vias aéreas. O crime omissivo justamente fica caracterizado pelo não fazer”¹⁵.

A duas, porque a omissão não se esgota num puro não fazer, mas sim num não fazer aquilo que deveria ser feito, e este dever de agir está contido nas normas ordinatórias, preceptivas ou mandamentais que se encontram por trás dos tipos omissivos próprios (ou são obtidas pela inversão do comando das normas proibitivas, no caso dos crimes comissivos por omissão), há uma impossibilidade de reduzir-se o conceito de omissão relevante em direito penal a um plano pré-normativo, presente apenas no mundo do ser, puramente ontológico e alheio a valorações. A primeira linha crítica ainda existe na atualidade. Neste sentido Jeschek: “ a condução do processo causal mediante impulsos da vontade, característica da ação final, falta na omissão, por mais forte que seja a participação emocional do autor no processo que se desenvolve ante ele” ¹⁶.

Deduz-se das opiniões de Kaufmann e de Welzel que ambos sustentam que também na omissão existe uma finalidade, mesmo que potencial, e que a capacidade de ação final é requisito positivo comum tanto da ação quanto da omissão, constituindo a base para a construção de um superconceito – a conduta – que compreende ambas.

No entanto, este mesmo reconhecimento de que a finalidade característica da omissão não é da mesma índole que o presente na ação – é uma finalidade potencial na omissão e uma finalidade atual na ação, persiste a fundamental diferença entre ação e omissão: entre a finalidade atual e a finalidade potencial, e esta diferença não desaparece com

¹⁵ _____. Op. cit. p.167

¹⁶ JESCHEK, Hans-Heririch: WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. Granada: Comares, 2002. p. 201.

a simples afirmação de que tanto na ação como na omissão há capacidade de ação, e desta forma não se diz nada sobre a omissão!

A omissão é, em sua essência, um “nada”, que unicamente alcança significado, no terreno normativo, quando se pronunciam determinados juízos de valor sobre o dito “nada”. Do que se infere que a omissão não possui realidade, senão que é um puro juízo de valor. A mesma “capacidade de ação” também é um juízo de valor e não um elemento ontológico da omissão.

No mesmo sentido Claus Roxin afasta a possibilidade do conceito finalista de conduta realizar a função de elemento básico quanto aos crimes omissivos porque o omitente não dirige nenhum curso causal, tampouco pode atuar de modo final¹⁷.

Conforme Fábio Guaragni a segunda das críticas pretende superar o conceito finalista de conduta confrontando seu fundamento filosófico ontológico com a estrutura da omissão que, necessariamente é axiológico, querendo dizer que a omissão não se ajusta à condição de estrutura lógico-objetiva prévia ao direito e dele vinculante¹⁸.

1.4 As teorias sociais da ação

Nas teorias surgidas pós-finalismo merece destaque a Teoria Social da Ação, em que pese não ter sido “adotada” por nosso ordenamento, a teor do que pregam os teóricos pátrios¹⁹. Para os adeptos desta corrente a conduta é o comportamento humano socialmente relevante. Somente há que se considerar a conduta humana para efeitos penais quando atingir o meio social em que vive o agente de forma relevante. Ao contrário do que possa parecer ao estudioso mais incauto a teoria social da ação não exclui os postulados naturalistas e finalistas, mas sim acrescenta a estes o conceito de relevância social.

¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 240.

¹⁸ GUARAGNI, Fabio André. Op. cit., p. 169.

¹⁹ Por todos, Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando Capez, Celso Delmanto, Damásio de Jesus Evangelista, Julio F. Mirabete.

Houve uma retomada do conceito social de ação na década de 60. Jescheck²⁰ preocupou-se em reunir ação e omissão sob um mesmo supraconceito. Forjou-o de modo axiológico, uma vez que a omissão é inconcebível ontologicamente, conforme dito alhures, já que omite-se algo que se espera jurídica e moralmente, bem como a partir de regras de costume ou experiência. Força concluir que o conceito de omissão pré-típico de Jescheck depende de outros parâmetros. O conceito de omissão apenas opera a partir do tipo, com a retomada da teoria do *aliud agere* de luden, para a qual a teoria finalista dá suporte a título de elemento básico²¹.

Cerezo critica a posição de Jescheck, por entender que sucessivas abstrações negativas carecem da concretude necessária para poder servir de base às constatações e valorações da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, resultando por ele, muito discutível sua utilidade como elemento de enlace; e de outra parte, sua neutralidade valorativa é duvidosa, ao ser o critério da previsibilidade objetiva um critério para a determinação do cuidado objetivo necessário, elemento do tipo de injusto dos delitos culposos²².

Nesse sentido Fábio Guaragni;

Se a expectativa de conduta, na omissão, pode fundar-se não juridicamente, mas também a partir da moral, dos costumes e da experiência, dentro de um conjunto de parâmetros derivados da ética social, a variedade e volubilidade destes parâmetros acabam por gerar uma insegurança conceitual que levará, por exemplo, a considerar existente omissão – e, portanto, conduta humana – num local em que os costumes firmem determinada expectativa, enquanto noutro local inexistirá omissão e, portanto, conduta²³.

A relevância social, fruto das teorias sociais da ação, não serve, no sentido de estabelecer quais as situações que desde o início não interessam ao direito penal, pois existem atos reflexos, hipóteses de *vis absoluta* e ocorrências sob estado de inconsciência socialmente relevantes. A capacitação das teorias sociais da ação para funcionarem como elemento-limite depende da teoria da conduta finalista.

²⁰ JESCHECK, Hans-Heririch; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p.295.

²¹ GUARAGNI, Fabio André. Op. cit., p. 240.

²² CEREZO, **Curso de Derecho Penal español**: parte general II, teoria jurídica del delito. 6 ed. Madrid 1988; III Teoria jurídica del delito – 2, Madrid, 2001.p.333.

²³ GUARAGNI, Fabio André. Op. cit., p. 239.

1.5 O sistema funcionalista (Roxin – Jakobs)

O pensamento funcionalista retoma o método neokantista, de forma que os conceitos dos requisitos do conceito analítico de crime são obtidos a partir do universo dos valores, segundo a finalidade que cada requisito deve realizar. Todos os requisitos do crime são “funcionalizados”.

Diferem os funcionalistas dos neokantianos porque dirige a elaboração de todos os conceitos esquema do crime para um mesmo fim, marcado pelas funções e finalidades político-criminais que o direito penal assume a partir das funções e finalidades das teorias da pena.

O funcionalismo de Roxin²⁴ marca-se valorativamente pela necessidade de cumprir as funções preventivas da pena, revelando então as metas político-criminais que o levam a atribuir aos requisitos do crime determinadas funções. A tipicidade fica encarregada de realizar o princípio da legalidade e por meio dele a prevenção geral e a culpabilidade, rebatizada de responsabilidade, apóia-se na dirigibilidade normativa e na dependência entre a existência do crime e a necessidade preventiva de punir. Roxin conceitua a conduta como manifestação da personalidade. A manifestação da personalidade esbarra nos crimes omissivos, porquanto o mandamento está fundado em normas contidas nos tipos penais e não pré-tipicamente.

No funcionalismo de Jakobs²⁵, o direito penal tem por missão a proteção de suas próprias normas, e a pena serve, sobretudo para restaurar a confiança na validade delas. O direito procura manter a si mesmo. Para que se impute a alguém a quebra da norma em que se fundava a expectativa e o determine como responsável por suportar os custos da pena, necessário um mecanismo de análise; a teoria do crime. Na teoria de Jakobs a conduta perde sua neutralidade perante o extrato posterior da tipicidade.

Jakobs constrói um novo sistema de direito penal, sendo que a influência da estrutura social se reflete em três aspectos: nos fundamentos da responsabilidade através da

²⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p.55-94.

²⁵ CALLEGARI, André Luís et. al. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2005. p.12.

competência por organização e a competência institucional; em sua teoria da imputação objetiva; e em uma nova concepção do bem jurídico. Conforme sua teoria da pena, há uma influência na determinação da culpabilidade a partir da prevenção. Para o referido autor, sem culpabilidade não há ação. A ação é uma ação culpável.

Fazendo um paralelo entre as posições funcionalistas de Jakobs e Roxin, observa-se que Jakobs leva até as últimas conseqüências a posição de Roxin, que considerou que a prevenção geral explicava o fundamento de certas causas de exculpação. A necessidade ou não de pena servia para assinalar a razão pela qual uma pessoa não era culpável. Entretanto, Roxin não integra completamente culpabilidade e prevenção, porque existem limitações mútuas entre ambos os conceitos. Jakobs funde integralmente a prevenção na culpabilidade, concluindo que o fim da pena determina o conteúdo da culpabilidade.

A Teoria Jurídico-Penal preleciona que o estudo da conduta deve se pautar pelo prisma da norma, isto é, somente devem ser agasalhados pelo direito penal aqueles comportamentos que de alguma forma atinjam determinado bem jurídico protegido pelo ordenamento. Não faz sentido dar relevo às condutas que para a norma jurídica são insignificantes.

Conclui-se, por isso, que as teorias da conduta sob o olhar dos que adotam a teoria jurídico-penal é a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que lesa ou põe em perigo de lesão um bem jurídico penalmente protegido.

Importa analisar se efetivamente a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro foi a finalista como se difunde largamente na ciência penal. Efetivamente a pura e simples adoção dos postulados finalistas de forma exclusiva não explica o fato de que, por vezes, não é toda conduta que é direcionada para um fim previamente deliberado, como a conduta omissiva e especificamente a omissiva imprópria, onde o agente responde por possuir determinada condição perante a vítima, beirando a teoria pessoal da ação, de Roxin, ao enfatizar a conduta como manifestação da personalidade, aproximando-se perigosamente de um direito penal de autor.

Welzel definiu que o não poder atuar de outra maneira era a estrutura lógico-objetiva sobre a qual se edificava a culpabilidade. Conforme este modelo, este elemento da culpabilidade se converte num limite material à intervenção punitiva do Estado e as

necessidades de prevenção²⁶. Nesse sentido, se a função da pena determina o conteúdo das categorias dogmáticas e, portanto da culpabilidade.

A perspectiva de Jakobs rompe com esse limite material, porque apesar de que um sujeito não possa atuar de outra maneira, pode ser culpável, quando as necessidades de prevenção geral assim o indiquem.

A estrutura do crime no sistema funcionalista, seguindo Roxin, possui como elementos estruturais a conduta, a tipicidade a antijuridicidade e a culpabilidade. A contribuição intrassistemática mais relevante é a utilização da imputação como critério que substitui (Roxin) ou restringe (Jakobs) a relação de causalidade fundamentada na teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*.

A ilicitude é, em parte, esvaziada, isto é, tem seu conteúdo reduzido, uma vez que diversas situações tradicionalmente solucionadas sob seu manto (como os casos de consentimento do ofendido, violência desportiva e intervenções médico-cirúrgicas) são analisadas à luz da teoria da imputação objetiva, como hipóteses em que o comportamento do agente é penalmente atípico por gerar riscos permitidos.

A culpabilidade por fim, deixa de ser considerada como reprovabilidade do ato que até hoje ainda tem grande aceitação, passando a ser expandida para a noção de responsabilidade.

1.6 Críticas aos sistemas

Aponta Bacigalupo que o desenvolvimento do Direito Penal pode certamente ser entendido à luz da “teoria das gerações” de Ortega y Gasset: “cada geração consiste em uma peculiar sensibilidade, em um repertório orgânico de íntimas propensões; quer dizer que cada geração tem sua vocação própria, sua histórica missão”²⁷

²⁶ _____. Op. cit., p.16.

²⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.p.20.

Conforme Jescheck a omissão carece de realidade, é, em um plano ôntico, um nada. Esta diversidade entre ação e omissão dificulta a compreensão da conduta humana em um conceito superior e comum a ambas, como se pretendeu na escola clássica. As primeiras tentativas realizadas no sentido de um conceito único se esforçaram para encontrar na omissão as características próprias da ação. Foram em vão tais tentativas, porque partiram de uma premissa falsa, já que não se pode negar a diferença estrutural existente entre a ação e a omissão²⁸.

Os autores clássicos davam à ação, como dito, uma definição muito ampla, compreendendo a ação em sentido estrito (um fazer) e a omissão (não fazer). Era como se a ação fosse um gênero dividido em duas espécies: a ação em sentido estrito e a omissão. Além disso, ambas eram consideradas causais (teoria causal ou naturalista da ação), ou seja, produtoras de modificações no mundo exterior. Significa que tanto a ação quanto a omissão produz relações de causa e efeito.

Conforme magistério de André Estefam²⁹ a omissão não dá ensejo a relações de causalidade do ponto de vista natural, visto que consiste em um “nada”, e do “nada, nada vem” (*ex nihilo, nihil*). O não agir não constitui causa real e efetiva de algum evento. Aquele que não age, quando muito, deixa de interferir numa relação de causalidade preexistente, mas não cria uma por si só. Por esse motivo, por exemplo, a pessoa que presencia um homicídio praticado por terceiro e nada faz, embora pudesse fazê-lo, não pode ser considerada responsável pela morte da vítima, a não ser que possua algum dever jurídico de impedir esse resultado (como um policial em serviço).

Depois de uma breve análise das escolas causais, e das versões distintas que foram adotadas em relação ao tema de um conceito englobador da ação e da omissão, conclui-se que o conceito causal de ação não está em condições de servir de base comum a ação e a omissão senão fazendo uso de valoração e, por conseguinte, ocorre a perda de sua neutralidade valorativa, assim como de seu caráter pré-jurídico. Necessária ainda a continuação da análise das outras escolas para verificação da existência de um conceito geral de ação e omissão.

Após as escolas causais surgiu o finalismo, cujo grande mérito foi demonstrar que a conduta era inseparável do elemento subjetivo. Todo querer é um querer final. Quem quer,

²⁸ TOCILDO, Suzana Huerta. Op. cit., p. 231-256.

²⁹ ESTEFAN, André. **Direito Penal**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.p.165.

quer algo. O finalismo recebeu diversas críticas. As principais foram endereçadas pelos adeptos do pensamento clássico-neoclássico. Os questionamentos, nesta fase, eram notadamente intrassistemáticos; questionavam aspectos relativos à coerência interna do sistema e assinalavam eventuais incompatibilidades entre ele e o texto legal.

Conforme visto, alguns teóricos entendem que a teoria finalista se mostra mais adequada quanto ao conceito de ação, que embora reconheçam seja movida por uma intenção, encontra-se formulada de maneira insatisfatória. Visando suprir esta suposta falha surgiu a teoria social da ação (Wessels e Jescheck). Segundo esta, a ação deveria ser entendida como a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela ação e dirigida a uma finalidade. Tal concepção não angariou muito adeptos, dentre outros motivos, pelo fato de que a teoria social da ação faz com que condutas socialmente aceitas constituam irrelevantes penais, o que, em última análise, significa a revogação de uma lei penal por um costume social.

Quanto ao funcionalismo existem questionamentos quanto à opção de sobrelevar a importância da política criminal e fundi-la com a teoria, que misturaria a missão do legislador (elaborar a Política Criminal) com a do jurista (responsável pela teoria).

Imperioso concluir que no reverso da maioria da dogmática penal preferimos entender que não houve filiação exclusiva do legislador penal à teoria finalista. Houve sim, uma espécie de adoção mista pelo Código Penal. Há pontos em que se vislumbra a filiação à teoria finalista, no sentido de orientar a dogmática brasileira, por ser a única proposta que reconhece a categoria da conduta dentro de limites ônticos, necessários para garantir um direito penal de ato e não de resultado, bem como há pontos em que se nota necessária a orientação funcionalista.

Quanto ao pretendido superconceito englobador da ação e omissão, o mesmo perde seu caráter de necessidade, porque o conceito de ação perderia seu caráter e sua aptidão de ser limitadora e classificatória. O problema se resolve através do conceito de ação típica.

Rodriguez Mourullo afirma que a omissão não pode ser pura criação da mesma lei que a castiga. A lei apenas pode apenar comportamentos humanos que têm uma existência pré-jurídica, e são necessariamente, neste sentido, anteriores à lei que os apena. De forma que,

em sua opinião, deve afastar a teoria que pretende reduzir a omissão a pura criação normativa, como um não fazer o que se deve (*non facere quod debetur*)³⁰.

Importante frisar que para Roxin cada vez mais ganha terreno a concepção de que para o direito penal é menos importante averiguar se e com que requisitos se pode qualificar como ação uma conduta humana, que estabelecer quando e até que ponto lhe deve ser imputada como fundamentador da responsabilidade um resultado a uma pessoa³¹. O que vislumbramos como um retorno a escola Clássica do conceito de ação.

Do que foi exposto resta definir a omissão como a não realização de uma determinada ação possível, que vem exigida pelo ordenamento jurídico, possuindo essência normativa.

³⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **La omisión de socorro em el Código Penal**. Madrid: Tecnos, 1966. p. 226.

³¹ ROXIN, Claus. Artigo **Reflexiones sobre la problemática de la imputacion em el derecho penal**. p. 147.

2 A OMISSÃO À LUZ DO DIREITO PENAL

No Direito Penal contemporâneo o estudo da omissão, especialmente da omissão imprópria, ganha relevo diante da ingerência excessiva do Estado na vida do indivíduo, justificada principalmente pela sociedade de risco, o que pode ser confirmado pela análise de algumas decisões judiciais relativas à responsabilização penal por omissão.

Neste sentido, Eduardo Novoa Monreal afirma que estudar os crimes omissivos, considerando a complexidade apresentada pela dogmática mais difundida, transformou-se mais em um exercício para calibrar a capacidade intelectual que para proporcionar soluções legislativas e judiciais socialmente úteis³².

Não obstante o posicionamento do referido autor, o estudo se faz necessário para verificação da legitimidade do Estado ao utilizar o Direito Penal para imputar condutas com grande margem de alargamento, principalmente na seleção das posições de garantia, especificamente a figura do ingerente e assim contribuir para a imputação adequada da responsabilidade penal, com base em um Direito penal de culpabilidade e a aplicação proporcional da pena.

Durante a investigação veremos que a grande dificuldade está em saber se a omissão merece a mesma reprovação que a comissão, quais as diferenças para sua tipificação e que tipo de mandato estatal está sendo descumprido ao ser tipificado um crime omissivo ou um crime comissivo.

A dogmática penal pressupõe o Direito Penal, o Direito Penal pressupõe a pena, a pena pressupõe a culpabilidade, que para alguns autores, não existe³³. A dogmática deve nos ensinar o que é devido com base no Direito, deve averiguar o conteúdo do Direito Penal, quais são os pressupostos que devem ocorrer para que entre em jogo um tipo penal, o que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impunível e onde começa o punível. A dogmática penal torna possível ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtraí-lo da irracionalidade, da

³² MONREAL, Eduardo Novoa . **Los Delitos de omisión**. Doctrina Penal: teoría y práctica em las ciencias penales, Buenos Aires, año 6, n. 21-24, 1983. p. 20.

³³ Pode-se citar o autor Henrique Gimbernat Ordeig, que em sua obra O futuro do Direito Penal, afirma que a culpabilidade é apenas pressuposto para aplicação da pena. p.36.

arbitrariedade e da improvisação. Quanto menos desenvolve o Direito Penal uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos Tribunais, mas dependerão do azar e de fatores incontroláveis a condenação ou a absolvição.

Se não se conhecem os limites de um tipo penal, se não se estabeleceu dogmaticamente seu alcance, a punição ou a impunidade de uma conduta não será a atividade ordenada e meticulosa que deveria ser. Quanto menor for o desenvolvimento dogmático, mais imprevisibilidade, até chegar à mais caótica e anárquica aplicação de um Direito Penal do qual, por não ter sido objeto de um estudo sistemático e científico, se desconhecem o alcance e o limite.

2.1 Apontamentos históricos sobre a omissão criminosa

A idéia de solidariedade, ou seja, a imposição social de ajudar os seus pares em comunidade, provavelmente foi o que fez surgir o delito omissivo, tendo em vista que havia a necessidade de reconhecimento do dever de ajudar o próximo, entretanto, tal dever está intimamente ligado às características de cada civilização.

As primeiras referências sobre a omissão criminosa ocorreram no século XIX, quando foi estabelecida a responsabilização dos proprietários de animais selvagens que provocavam danos em terceiros, principalmente causando morte ou ferimento em pessoas, além deste caso, pode ser citado o do carcereiro que não provê alimentos ao prisioneiro e a mãe de um recém-nascido que não o alimenta ³⁴.

Na Antiguidade, a legislação egípcia já prescrevia, conforme cita Assunção (1994)³⁵: “Se alguém encontrar no caminho um homem que é vítima de maus-tratos ou de tentativa de homicídio e, podendo, não o socorrer, que seja condenado à morte”.

³⁴ MONREAL, Eduardo Novoa. **Fundamentos de los delitos de omisión**. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 9

³⁵ ASSUNÇÃO, Maria Leonor. **Contributo para a interpretação do artigo 219 do Código Penal**, in: Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, 1994, p. 25.

O Direito Hebraico e Direito Romano reconheciam a omissão como evento criminoso, sua punição ocorria quando existia a violação de uma norma de interesse geral, não se vinculando a uma obrigação particular³⁶.

Desde a Antiguidade já havia a menção à omissão como crime, porém, os seus fundamentos e conceitos não estavam com os limites totalmente previstos.

Durante a vigência do Código de Justiniano, o escravo deveria socorrer o patrão em perigo, mesmo que isto implicasse em risco para si mesmo, ou seria condenado à morte. A mesma condenação sofreria o soldado que não se arriscasse pelo seu superior quando este fosse agredido por outrem³⁷.

Sobre o antigo direito espanhol, Francisco Orts Alberdi esclarece que existiam disposições que puniam a omissão. O “Fuero Juzgo” possuía dispositivo prevendo a sanção ao juiz que deixasse de ouvir ou dar seu selo a um querelante, sob o título de o “alcaide que omite a justiça³⁸”.

A menção ao desenvolvimento do conceito dogmático da omissão é necessária para a melhor compreensão da forma em que a omissão está inserida na teoria da conduta penal.

Jiménez de Asúa faz esclarecimentos sobre os delitos por omissão ao longo da história, citando que desde os tempos mais remotos existia uma idéia clara sobre os delitos de omissão.

Afirma o autor que no Oriente Antigo e no Direito Hebraico, a omissão era um *delictum* opondo-se à comissão que era crime. Punia-se a omissão quando ela violava uma norma de interesse geral, não se punindo a omissão que era referente a uma norma que se referia a um vínculo particular.

Assim, era furto não entregar o dinheiro, ao qual se confiou para entrega de um pagamento, mas a mera falta de entrega não era punida. A sanção estava prevista apenas no caso de apropriação com a finalidade de obtenção de lucro.

³⁶ ASÚA, Luis Jimenez de. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. 5 a. ed. at., Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1960, p. 395.

³⁷ ASSUNÇÃO, Maria Leonor. Op. cit., p. 26-27.

³⁸ ORTS ALBERDI, Francisco. **Delitos de comisión por omisión**. Buenos Aires: Ghesi-Editor, 1978. p. 133.

Em Roma, o exagero era tanto, que havia previsão de falsificação de moeda para quem não impedia a falsificação.

Na Idade Média e no início da Era Moderna, os glosadores previam as omissões, diferenciando-as e comparando-as aos delitos comissivos. Defendia-se a tese de que os delitos omissivos deveriam ter uma pena mais branda em relação aos delitos comissivos.

Na Alemanha, Carpzovio e Beyer seguiam esta linha, porém Boehmero possuía um critério mais severo, assinalando que o castigo deveria ser igual para as omissões, pelo menos no que se referia ao homicídio.

No século XVII, segundo os princípios da Escola Filosófica de Wolf, entre os atos puníveis estão previstas as omissões, mas em alguns casos para elas estavam previstas penas mais leves.

Na Prússia, era deixado ao critério do juiz a pena para os enfermeiros que se omitiam nos cuidados dos pacientes e estes vinham a falecer.

Em 1768, a Teresiana previa punição para a mãe que causasse a morte de seu filho através da omissão, com pena capital, sem empalhamento.

Na Áustria, o Código de 1852, previa que à morte por omissão de uma criança deveria ser prevista uma pena menos severa do que se ela tivesse sido causada através de comissão³⁹.

Conforme preceitua Carmo Antônio de Souza⁴⁰, em um processo mais recente, a dogmática, no que se refere às definições positivas dos delitos, descobriu a possibilidade de tipificar as formas de comissão por omissão, em praticamente quase todas as hipóteses. Isto porque se ampliou a interpretação da legislação penal, tendo em vista que os juristas reconheciam somente os crimes comissivos e omissivos próprios.

Assim, a dogmática pretende esclarecer as lacunas existentes em relação aos crimes omissivos impróprios, prevendo expressamente as suas hipóteses.

³⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 331-332.

⁴⁰ SOUZA, Carmo Antônio de. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 9.

É mister esclarecer que Luden realizou a primeira diferenciação entre crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios, ao vislumbrar as categorias de crimes omissivos em sentido próprio, ou seja, os que violavam um dever previsto em lei, mesmo que não causassem lesão a direito subjetivo de outrem e as categorias de crimes cometidos através de uma omissão, ou seja, as que se fundamentavam no resultado que possuía as características de conduta comissiva. Esta distinção não mencionava a questão de bem jurídico, portanto, não partia da premissa de lesão ao bem jurídico e sim, da lesão a um direito subjetivo de outrem⁴¹.

As condutas omissivas impróprias, segundo Luden, não se limitavam a uma mera desobediência à lei, mas a ausência do agir causaria um resultado que normalmente seria produzido por uma comissão. Destarte, os crimes omissivos impróprios teriam a consistência dos “próprios delitos de comissão”⁴².

Assim, a partir da distinção trazida por Luden, atinou-se sobre a possibilidade de a maioria dos delitos serem cometidos também por uma inação, além dos crimes que já tinham em sua tipificação um não-fazer relativo a normas imperativas.

O Código Penal Argentino dispõe em seu artigo 106 acerca da pena de prisão de 2 a 6 anos para aquele que puser em perigo a vida ou a saúde de outrem, seja através da colocação do terceiro em situação de desamparo ou abandonando um incapaz de valer-se à sua própria sorte. No caso de consequência grave para o corpo ou a saúde da vítima é prevista a pena de 3 a 10 anos. Se do evento omissivo resultar a morte, a pena será de 5 a 15 anos de reclusão ou prisão⁴³.

O Código Penal Francês também estabelece pena de 5 (cinco) anos e 75.000 (setenta e cinco mil euros) de multa para aquele que podendo impedir por sua ação imediata, sem risco para si ou para terceiros, abstém-se voluntariamente de realizar o ato que poderia assistir terceiro em perigo⁴⁴.

⁴¹ D’AVILA, Fábio. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Stvdia Ivridica* nº 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 216 e ss.

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. parte genereal**. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 832.

⁴³ Argentina. **Ley 11.179** (T.O. 1984 atualizado). Código penal de la nación argentina. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>>. Acesso em 13 de março de 2011.

⁴⁴ França. **Code pénal**. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D35533822BB7644715FA69850E77A3CD.tpdjo17v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20110515>. Acesso em 16 de março de 2011.

A maioria dos códigos penais modernos traz dispositivos sobre delitos omissivos, em forma de disposição genérica, na parte geral, excetuando-se o Código Penal Russo de 1995⁴⁵.

O Código Alemão dispõe em seu § 13 punição para aquele que estando legalmente obrigado a evitar um dano integrante de um tipo penal, deixa que o tipo ocorra e desta omissão ocorre equiparação à realização ativa de um tipo penal⁴⁶.

Não existe um nexo causal físico nos crimes omissivos impróprios, porém, para fins de responsabilização penal é necessário que a lei considere a existência de um elo entre o omitente e o resultado naturalístico sempre que existir o dever jurídico de agir, para que o responsável possa responder pelo evento.

Assim, o início deste movimento deu-se com o Código Penal Italiano de 1930, que estabelecia em seu art. 40 que não impedir um evento, quem possuía a obrigação jurídica de impedir equivale a causá-lo⁴⁷:

Jescheck comenta que nos delitos de omissão imprópria, o direito comparado apresenta semelhanças com a tipificação alemã, reduzindo-se o círculo dos deveres dos garantes, protegendo-se somente os bens jurídicos mais importantes, através da tipificação das infrações ao dever por omissão⁴⁸.

2.2 Crimes comissivos e omissivos: distinção

Ao selecionar os bens jurídicos que merecem a tutela do Direito Penal, o legislador utiliza duas técnicas para proibir condutas humanas indesejáveis na vida em sociedade - a ação e a omissão. Naquela, ocorre um emprego de energia visando uma finalidade e nesta o agente abstém-se de empregar energia visando uma finalidade. A

⁴⁵ SOUZA, Carmo Antônio de. Op. cit., p. 10.

⁴⁶ Alemanha. **Strafgesetzbuch**. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>>. Acesso em 16 de março de 2011.

⁴⁷ Itália. **Codice penale**. Disponível em <http://it.wikisource.org/wiki/Codice_penale>. Acesso em 13 de março de 2011.

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p.840.

omissão, portanto, é mais do que um não fazer, trata-se de deixar de fazer algo que a lei determina que deva ser realizado.

Às pessoas exige-se a realização de uma ação finalista, ou seja, a norma mandamental ou preceptiva se dirige à pessoas. Em certos momentos, os destinatários das normas mandamentais são um determinado grupo ou classe de pessoas, trata-se da existência de mandatos especiais.

As normas proibitivas vedam que se realizem determinadas condutas finalistas. A norma será mandamental ou proibitiva de acordo com a conduta que a lei requer: a ação ou omissão.

Existem ações que apesar de causarem lesão a bens jurídicos são penalmente irrelevantes, da mesma forma, existem omissões que apesar de lesionarem um bem jurídico são irrelevantes penalmente e configuram ausência de conduta. A omissão penalmente relevante caracteriza-se pela inação de um sujeito que deixa de realizar o que a lei determina que seja feito, quando lhe é possível fazer.

Sobre os crimes comissivos e omissivos é necessário conceituá-los e distingui-los. Conforme o pensamento de Fragoso: omissão e ação são distintas, pois ontologicamente existem apenas ações. Entende o autor que a omissão não é inércia, não é apenas não-fato, não é o simples-não fazer, mas se trata de não fazer algo que o sujeito podia e devia realizar. Assim, a partir da realidade fenomênica não se pode dizer que alguém omitiu alguma coisa, mas para a omissão ficar caracterizada quando se refere a atividade ou inatividade corpórea, necessário uma norma que impõe o dever de fazer algo que não está sendo feito e que o sujeito tinha o dever e podia realizá-lo⁴⁹.

Faria Costa tem o mesmo posicionamento que Fragoso, entendendo que a ação é revelada através de qualquer conduta, que realiza uma mudança exterior, porém, para que a omissão possa produzir o mesmo efeito, é necessário olhá-la por uma visão atenta à compreensão global da vida enquanto manifestação inequívoca do modo de ser humano, ou

⁴⁹ FRAGOSO. Heleno Cláudio. **Crimes omissivos no direito brasileiro**. Revista de Direito Penal e Criminologia, v. 33, p. 44.

seja, um comportamento que deve ser valorado, porém que não desencadeia por sua própria natureza alteração no mundo exterior, alterações físicas, perceptíveis pelos sentidos⁵⁰.

A existência do crime omissivo está condicionada à existência da norma jurídico-penal. Diante do descumprimento de um mandamento que obrigava o sujeito a atuar, previsto pelo sistema, surge a omissão para assumir sua função como um fenômeno jurídico penal importante⁵¹.

Os delitos podem ser descritos por condutas exclusivamente comissivas, como o art. 121, do Estatuto Penal Pátrio: matar alguém⁵², posto que a tipicidade existe na identidade entre a conduta (ato positivo) e a descrição típica⁵³, em outros casos, os tipos penais são descritos em casos em que uma conduta deixa de ser tomada⁵⁴ (omissão), verificando-se a tipicidade entre a diferença da conduta realizada e a descrita, como exemplo pode ser citado a omissão de socorro, constante do art. 135, do Código Penal Brasileiro⁵⁵.

Existe a necessidade de distinguir os delitos comissivos dos delitos omissivos, porém, tal distinção não é tão fácil, quanto aparenta uma análise superficial, através de interpretação gramatical ou através da análise da origem etimológica dessa conceituação.

Alguns autores, como Figueiredo Dias, entendem que é o tipo que distingue a ação e a omissão⁵⁶, concebendo-os como duas formas estruturalmente diversas, que não possuem nada em comum⁵⁷.

Zaffaroni aduz que as normas mandamentais podem ser interpretadas de forma proibitiva, mas não o inverso, portanto, o dever de prestar assistência deve ser entendido como: é proibido deixar de prestar assistência, porém, o é proibido matar não pode ser

⁵⁰ FARIA COSTA, José de. **Omissão** (reflexões em redor da omissão imprópria). Boletim da Faculdade de Direito. v. LXXII, 1996, p. 392.

⁵¹ D'AVILA, Fábio Roberto. Op. cit., p. 189

⁵² Códigos Penal: Processo Penal e Constituição Federal- Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al.. **Derecho penal**: parte general. 2. ed.. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 570.

⁵⁴ Idem ibidem.

⁵⁵ Códigos Penal: Processo Penal e Constituição Federal- Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral (questões fundamentais; a doutrina geral do crime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 673.

⁵⁷ _____. Op. cit., p. 671.

interpretado como “deves deixar viver”⁵⁸. Assim, a diferenciação entre ação e omissão não parte do conteúdo da norma: proibitivo ou mandamental.

Não é possível compreender a distinção baseando-se na natureza das coisas, posto que a complexidade destes assuntos é infundável.

Juarez Tavares afirma que para se verificar se a estrutura é de crime omissivo é necessário verificar se há o dever de agir⁵⁹.

A utilização positiva de energia define o conteúdo da conduta, em omissiva ou comissiva⁶⁰. É o denominado critério da energia ou critério da causalidade: se se empregou energia é ação, se não se empregou energia é omissão, esta é a dogmática alemã, aclamada no Brasil, inspirada por Engisch, Roxin⁶¹, Jescheck, Weigend⁶², Otto, Welzel⁶³, Liszt⁶⁴ e Beling⁶⁵. Todos trazem informações semelhantes, tratando ação e omissão como movimentos corporais exteriorizados.

Stratenwerth⁶⁶ adaptou o critério naturalístico às teorias da imputação objetiva do resultado à conduta, não se afastando da causalidade. O autor afirma que existe ação quando o autor criou ou aumentou o perigo que causou o resultado, a omissão existe quando o autor não reduziu o perigo que causou o resultado.

Novoa Monreal dispõe que o critério da subsidiariedade, defendido por ele na mesma linha defendida por Kaufmann, é aplicado quando não se pode estabelecer a produção de energia⁶⁷. O direito penal não pode distinguir categorias materiais por princípios processuais, posto que o princípio *in dubio pro reo* poderia converter-se em *in dubio pro commissione*, conforme assevera Figueiredo Dias⁶⁸.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 571.

⁵⁹ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: ILCP, 1996. p. 37.

⁶⁰ D'AVILA, Fábio Roberto. Op. cit., p. 186.

⁶¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 269.

⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 650.

⁶³ WELZEL, Hans. Op. cit., 1976, p. 277.

⁶⁴ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito penal alemão**. Trad. de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 220 e ss.

⁶⁵ BELING, Ernst Von. **Ação punível e a pena**. São Paulo: Rideel, 2007. p.15 e ss.

⁶⁶ STRATENWERTH apud MONREAL, Eduardo Novoa. **Fundamentos de los delitos de omisión**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984. p. 205.

⁶⁷ MONREAL, Eduardo Novoa. **Fundamentos de los delitos de omisión**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984. p.206

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 676.

O ponto de gravidade da conduta penalmente relevante procura resolver esta questão, baseando-se no sentido social da ação⁶⁹. Conforme o pensamento de Juarez Tavares: “A caracterização do comportamento como ação ou omissão, no entanto, só pode ser inferida pelo sentido imprimido pela ordem social, jamais por critérios objetivos materiais”⁷⁰. O autor entende que nos delitos dolosos seria proibido lesionar os bens jurídicos, nos imprudentes, violar o dever de cuidado objetivo e na omissão, violar um comando.

Nos crimes comissivos, o sujeito responde pelos seus atos e na omissão o indivíduo não teria escolha, não exerceria a sua liberdade.

Na Inglaterra há uma relutância no concernente aos crimes omissivos, sob o entendimento que seu reconhecimento violaria os princípios da taxatividade. Necessário, pois distinguir o que e como se deve fazer, da dicotomia entre Direito e Moral e em relação à liberdade dos indivíduos⁷¹. Com o mesmo fundamento inglês, a proibição de omissões, conforme o pensamento estadunidense contraria a liberdade e autonomia das pessoas, destarte, resistem à criminalização primária dos crimes omissivos⁷², valendo frisar que tais países adotam o direito costumeiro e não o nosso sistema, romano-germânico.

Do que se expôs, os crimes omissivos são possuidores de uma situação típica concreta, onde há a exigência jurídica de que o sujeito realize determinada conduta.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo nos delitos omissivos próprios, desde que se encontre numa situação concreta em que é necessária a sua ação e que ele tenha capacidade para tal. A capacidade de agir é a aptidão do agente na situação concreta de realizar uma ação final que possa proteger o bem jurídico que se encontra tutelado pela norma mandamental.

Assim, pode-se dizer que os crimes omissivos próprios e os crimes comissivos tem em comum o fato de ambos possuírem previsão expressa no texto da lei, na parte especial. Nos crimes comissivos existe uma desobediência a um tipo penal incriminador e nos crimes omissivos próprios existe uma afronta a um tipo penal mandamental. Possuem

⁶⁹ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral: aspectos gerais. Trad. da 5ª edição alemã por Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976, p. 159.

⁷⁰ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 301.

⁷¹ ASHWORTH, Andrew. **Principles of criminal law**. 4. ed.. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 47-48.

⁷² SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G. R.. **Criminal law**: theory and doctrine. 2. ed.. Portland: Oregon, 2003, p. 73.

diferença no que pertine à reprovação, já que os tipos omissivos próprios são apenados com menor severidade que os delitos comissivos.

Diante desse paralelo faz-se necessário agora abordar a classificação dos crimes omissivos.

2.3 Classificação da omissão

A classificação tradicional é a que prevê os crimes comissivos, omissivos próprios e omissivos impróprios (que será discutida adiante).

A princípio os crimes eram classificados apenas em comissivos e omissivos, até que em 1840, Luden dividiu os delitos de omissão em delitos omissivos próprios e delitos omissivos impróprios.

A partir daí verificou-se a possibilidade de crimes comissivos serem praticados mediante a omissão. Surge então o crime omissivo impróprio, designado na França como crime comissivo (o tipo descreve conduta positiva) por omissão (forma de conduta utilizada pelo autor do delito para conseguir o resultado criminoso desejado)⁷³.

Manzini classifica os delitos em comissivos, omissivos e de mera suspeita, os quais não possuem um comportamento nem negativo nem positivo, porém um simples estado individual. Somente o fato de despertar a suspeita já é incriminado⁷⁴.

Jiménez de Asúa traz novos elementos no que tange a classificação dos crimes, discorrendo sobre delitos de ação, de simples omissão, de comissão por omissão e de ação com accidental médio omissivo, este sendo o delito no qual o momento subjetivo intervém para o início da omissão comissiva e exemplifica com o caso da mãe que deixa o seu filho morrer por inanição⁷⁵.

⁷³ SOUZA, Carmo Antonio de. Op. cit., p. 57.

⁷⁴ MANZINI, Vincenzo: **Tratado de Derecho Penal**, tomo II. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, p. 89.

⁷⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. Buenos Aires: Losada, 1962, p. 403-404.

No Brasil, existem teóricos que defendem a existência de crimes de conduta mista. Costa Júnior exemplifica tal delito:

“uma funcionária pública está passando mal e é socorrida pelos colegas, o chefe da seção tem desavenças com ela e proíbe os subordinados de lhe prestarem assistência, portanto, houve uma conduta positiva do chefe, que impediu o atendimento e uma conduta negativa por parte dos colegas” (deixar de atender a mulher que passa mal)⁷⁶.

A mera classificação não produz a relevância que se esperava ou se faz crer com a *mens legislatoris*. Existem crimes comissivos por omissão tratados como crimes omissivos e vice e versa. A distinção também não se opera no que tange a reprovabilidade, já que não se tem observado a proporcionalidade na aplicação das penas, o que se constatará no decorrer do estudo.

2.3.1 As diferenças entre os crimes omissivos próprios e os crimes omissivos impróprios

Conforme dito alhures, atribui-se a Luden a classificação dos crimes omissivos, em crimes omissivos próprios e impróprios.

Heinrich Luden não foi o primeiro a vislumbrar a diferença entre crimes omissivos próprios e crimes cometidos através de uma ação omissiva, no entanto, ficou com o mérito de tal distinção.

Afirma que os crimes omissivos próprios são infrações de um dever mandamental, previsto em lei, mesmo que não haja lesão a direito de outrem, enquanto os crimes omissivos impróprios estão fundamentados no resultado que confere à omissão características de uma conduta comissiva, violando-se o direito de terceiros. Não havia no séc. XIX, menção de lesão ao bem jurídico, idéia pouco discutida na época, mas mencionava-se o direito subjetivo de terceiros.

⁷⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**: Parte geral – Vol 1 – 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 37.

Susana Huerta Tocildo comenta que a bipartição é totalmente relevante para o estudo em questão, esclarecendo que a falta de conduta, para se evitar o resultado é idêntica no plano causal, à causa do mesmo através de um comportamento ativo.

Sendo assim, a omissão imprópria deve ser compreendida com o mesmo padrão da Parte Especial, sem necessidade da existência de um dever jurídico especial, derivando-se a equiparação punitiva à comissão.

Comissão e omissão imprópria são para Luden compreendidas no tipo penal, porque ambas as modalidades de comportamento são igualmente causais para o dito resultado⁷⁷.

Segundo Sanchez, após Luden, uma série de autores foram influenciados pelo empirismo, acreditando que a omissão possui uma causalidade natural em si⁷⁸. Divulgando a partir daí a teoria Naturalista da omissão.

A teoria de Luden ficou conhecida como *aliud agere* ou conduta diversa, como menciona Carmo Antônio de Souza⁷⁹.

Esta teoria foi criticada por vários autores, conforme afirma Alberdi, citando que Krug a contestou alegando que se uma mãe, ao invés de alimentar o seu filho, tece meias, o tecer seria considerado a causa da morte.⁸⁰

Acrescenta ainda que a teoria foi combatida por Träeger, sob a alegação que pode haver casos em que a ação precedente não existiu, exemplificando o caso de uma mãe que estando em estado de inconsciência, não amamenta o seu filho, que vem a morrer.

Von Liszt e Enrique Bacigalupo não concordam com esta teoria que requer a presença do dolo subsequente⁸¹, modalidade em que o agente inicia uma ação lícitamente e, no seu decorrer, comete a infração penal.

⁷⁷ TOCILDO, Susana Huerta. **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. Madrid: Centro de publicaciones, 1987, p. 32-33.

⁷⁸ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **El delito de omision concepto y sistema**. Barcelona: Editora Cometa, 1986, p. 9.

⁷⁹ SOUZA, Carmo Antonio de. Op. cit., p. 73.

⁸⁰ ALBERDI, Francisco Orts. Op. cit., p. 60.

⁸¹ _____. Op. cit., p. 62.

Zaffaroni afirma que esta teoria se baseia em que qualquer ação que não seja a omitida é a penalmente proibida⁸².

Existe a omissão própria diante da previsão do dever jurídico específico fornecido pelo tipo penal⁸³. O fundamento da criminalização primária de tais crimes é o dever de solidariedade que deve existir entre os membros da sociedade⁸⁴ ou para parte da ciência penal, a proteção específica do bem jurídico, que vai além da solidariedade, como a defesa da vida, da incolumidade física e da saúde.

Crimes omissivos impróprios são crimes de conteúdo comissivo, mas que podem tomar conotações omissivas, desde que os agentes/garantes tenham a obrigação de evitar um resultado, podendo fazê-lo⁸⁵. Fundamenta-se a criminalização primária no dever de agir de certas pessoas que têm a obrigação de garantir determinados bens jurídicos⁸⁶, em razão de vinculação específica com a vítima, através de fontes selecionadas pelo legislador.

O embasamento de tal distinção é legal, posto que os crimes omissivos estão previstos como delitos específicos e os impróprios não estão, mas são passíveis de uma equiparação entre ação e omissão⁸⁷.

Von Liszt destacou que omitir é um verbo transitivo que não significa “não fazer nada”, senão “não fazer algo”, esta idéia é de domínio público. O conceito de omissão está, pois, sempre referido a determinada ação em que se pensa. Liszt preconizou o chamado critério normológico, considerando que a omissão própria é violadora de um preceito mandamental e a omissão imprópria, de um preceito proibitivo⁸⁸.

Juarez Tavares entende que o critério legal não é suficiente, sendo necessário distinguir os crimes omissivos próprios dos impróprios por um critério normativo, analisando-se a estrutura normativa e a própria posição do garantidor⁸⁹.

⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Teoria del delito**, Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 123.

⁸³ STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal**: parte general (el hecho punible). Trad. da 4ª edição alemã por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 456-457.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo et al.. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 652.

⁸⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 200.

⁸⁷ D'AVILA, Fábio Roberto. Op. cit., p. 225.

⁸⁸ LISZT, Franz von. Op. cit., 228-9.

⁸⁹ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 72-73.

A simples conduta negativa já faz surgir o delito omissivo próprio, mesmo que o resultado posterior não se realize. Trata-se da violação de uma norma preceptiva, a qual impõe o dever de atuar, desconsiderando o resultado, como deixar de prestar assistência, deixar de prover a subsistência ou deixar o médico de denunciar doença de notificação compulsória.

Delitos de omissão simples são de perigo abstrato, previstos em lei através da forma preceptiva. Nos crimes de comissão por omissão a vontade externa de inação tende a um resultado: é um perigo concreto que não é especificado em lei. Para a comissão por uma omissão entram em questão preponderantemente só os tipos de resultado (tipos de lesão e de perigo)⁹⁰.

A infração omissiva imprópria é proveniente da inação de um sujeito que estava obrigado a agir e não evita o resultado, apesar de ter condições para fazê-lo.

2.4 Teorias sobre o nexo de causalidade na omissão.

Várias têm sido as teorias formuladas para se compreender o nexo causal, e assim com segurança, atribuir ao autor da conduta a consequência que advenha deste agir ou deixar de agir conforme o preceito legal.

Drapkin enumera as seguintes teorias: teoria da causa necessária, que determina que a causa é uma situação determinada, que deve se seguir a outra, igualmente determinada, de modo necessário e geral; teoria da causa eficiente, que eleva a categoria da causa em si à condição mais ativa na produção do resultado; teoria da causa predominante, que distingue condições positivas e negativas, na produção do resultado, considerando causa como conjunto de condições positivas na sua preponderância sobre as negativas; teorias da causa adequada que busca uma que, de modo ordinário, regular e previsível, no conjunto de condições, é suscetível de produzir o resultado considerado pela lei penal; teoria da causa típica que afirma a condição mais destacada na relação ao tipo legal descrito pelo legislador; teoria da equivalência das condições, nega toda a diferença entre causa e condição, porque a causa é

⁹⁰ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p.300.

toda condição do resultado concreto, na forma que, eliminada esta condição, o resultado não se produziria, porque todas as condições são equivalentes, não só no estrito sentido causal, mas também no jurídico; a posição negativa de Mayer determina que nunca pode ser considerada a simples atividade do sujeito como causa do resultado, porque a indagação da relação existente entre o puro ato voluntário e o resultado punível, pressupõe uma idéia errônea sobre o problema⁹¹.

O primeiro grupo de teorias traz a idéia da existência de um dever jurídico como fundamento da equiparação entre a causação do resultado e sua não evitação. São autores que concordam com esta assertiva: Feuerbach, Sapnengenberg, Henke e Stúbel.

Para Feuerbach, a responsabilidade no caso da omissão há de ser sempre restritivamente entendida, limitando-se a punibilidade da omissão em casos em que haja a infração de um dever jurídico-formal de atuar, posto que a obrigação originária do indivíduo é somente a de abster-se de levar a cabo atos ilegais. O delito de omissão requer sempre a existência de uma particular razão jurídica – lei ou contrato – na qual se baseia o dever de atuar, sem este fundamento a omissão não é um delito⁹².

No caso de delito de omissão cuja infração foi contra um dever de atuar, para Feuerbach é de caráter excepcional e deve vir juridicamente fundamentado, o dever de abster-se de realizar comportamentos lesivos aos interesses coletivos é de caráter geral e não precisa de fundamento especial algum, possuindo tal pensamento conexão com a ideologia liberal. Conforme afirma Huerta Tocildo a conexão deste modo de pensar com a ideologia liberal é patente, posto que o princípio da não ingerência nos direitos subjetivos alheios, característico da dita ideologia, leva à regra geral, desde a perspectiva do iluminismo burguês, que vê o ilícito penal como um ataque a direitos subjetivos, através de uma conduta de índole positiva⁹³.

O teor da idéia de Feuerbach é extremamente rudimentar, porém, busca sistematizar os delitos de omissão, sendo, portanto, inovador para sua época. Desconhece a responsabilidade na omissão imprópria, o que é explicado tendo em vista que esta foi inaugurada por Luden em 1840, portanto, desconhecida deste autor.

⁹¹ DRAPKIN, Abrahan. **Relacion de causalidad y delito**. Santiago de Chile: Cruz del sur, 1943, p. 39.

⁹² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Trad. da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

⁹³ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p.28.

Spangenberg, logo após Feuerbach, afirmou que a lei possui um catálogo de intenção exíguo no que tange a formação de deveres, portanto, era necessário suplementá-la e, por isso, reconheceu outros deveres, provindos de relações jurídicas especiais que não a lei⁹⁴.

Henke fez as mesmas observações que Spangenberg, considerando que existiam deveres gerados por leis e outros advindos de relações jurídicas especiais, obrigando mutuamente a prestação de ajuda e amparo, como o existente no casamento e entre soldados em guerra⁹⁵.

O conceito de estreita comunidade de vida nasceu a partir destas conceituações, materializando-se no Julgado da Sala 1ª em assuntos penais do Tribunal Supremo do Reich (RGSt) alemão, de 10 de outubro de 1935, confirmando a posição de determinada pessoa como garantidora de um bem, mesmo sem a regulação legal. Deveres morais, tais como os matrimoniais e parentais, geram deveres jurídicos, acima da lei e do contrato.

Stübel criou o conceito de autor imediato, demonstrando a existência de uma relação especial que obriga um dever⁹⁶, em uma monografia de 1928. Em determinadas situações, um *atuar precedente* que coloque alguém em perigo também geraria tal dever. Eis o conceito de *ingerência*.

Segundo Huerta Tocildo as teorias que fundamentam o castigo da omissão no descumprimento de um dever de atuar juridicamente fundamentado tiveram mérito indiscutível, mas podem a eles ser dirigidas objeções, como a necessidade de uma base legal para punição do delito omissivo, com a conseqüente restrição que ele supõe do elenco de omissões puníveis. Mas, como se há visto, a enumeração que a elas se atribuem é defeituosa. Defeito a que contribuía a indistinção existente entre os delitos próprios de omissão e os delitos de comissão por omissão. O reconhecimento da distinção entre estas duas categorias, marca uma nova época na evolução do problema que aqui se ocupa.⁹⁷

Conforme já foi dito anteriormente, Luden foi o primeiro a vislumbrar a diferença entre omissão própria (a omissão supõe a infração de um mandato) e omissão imprópria (a omissão infringe direitos subjetivos alheios).

⁹⁴ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. **La problemática de la posición de garante em los delitos de comisión por omisión**. Bogotá: Universidad Externado de Co-lombia, 2001, p. 23-24.

⁹⁵ Idem ibidem.

⁹⁶ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p. 31-32.

⁹⁷ Idem ibidem.

Krug se opôs à tese de ação coetânea de Luden, posto que segundo ele, esta idéia elevaria qualquer omissão à causa do evento, sem nenhum limite.

Este autor aponta a ação precedente como causa do evento e não a ação coetânea. Assim como Luden entende que não é a omissão que causa o resultado não evitado, mas a conduta ativa prévia do omitente que pode ser relacionada ao resultado. Preceitua que o omitente deve ser juridicamente obrigado a evitar o resultado, para que a ação precedente possa ser considerada causa daquele⁹⁸.

Segundo Huerta Tocildo, Krug incorre em um círculo vicioso, porque entende que é o atuar precedente que está causalmente conectado com o resultado produzido o que origina este dever de atuar, cujo descumprimento justifica a punição a título de omissão imprópria, sem se dar conta que o que está precisamente por demonstrar é a causalidade do atuar precedente em relação com o resultado não evitado. E, por outra parte, não pode evitar a construção de Krug a tradicional introdução do *dolus subsequens*, já que o dolo não está presente na ação precedente, mas na posterior omissão⁹⁹.

Glaser também nega a possibilidade da omissão ser a causa do resultado, entendendo, assim como Krug, que a causa do resultado é a ação anterior do omitente, livrando a teoria da ação precedente da mácula do *dolus subsequens*. Para ele, a ação precedente e a omissão posterior fazem parte da mesma unidade. Estabelecendo o critério normológico de distinção entre a omissão própria e a imprópria. Entendendo que a omissão própria viola uma norma imperativa e a omissão imprópria, a proibição de causar o resultado. Assim, ele conseguiu destacar dois momentos da omissão imprópria: o normativo e o causal, aquele é a infração do dever de atuar e este, representado pela exigência de que a ação precedente produza o evento¹⁰⁰.

A. Merkel entende que a ação precedente é a causa do resultado, tal qual Krug e Glaser, porém acrescenta a existência da previsibilidade do resultado, que está ao lado da relação da causalidade material entre aquela ação e o evento e o descumprimento do dever de agir, a qual deve ser analisada no momento do atuar precedente. Assim, ele limita o elenco de

⁹⁸ BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. Uma análise à luz do código penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31.

⁹⁹ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p. 34.

¹⁰⁰ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 31.

omissões impróprias puníveis, ao introduzir elementos normativos na determinação da causalidade. Merkel também procura afastar-se da crítica quanto ao dolo subsequente¹⁰¹.

Träeger criticou a teoria da ação precedente, alegando que pode haver casos em que a ação precedente não existiu, exemplifica com o caso da mãe que estando em estado de inconsciência deixa o seu filho morrer de fome. Von Liszt e Bacicalupo não concordam com esta teoria posto que ela requer a presença do dolo subsequente¹⁰².

Contra a teoria da ação precedente pode argumentar-se que nem sempre será possível distinguir-se uma ação anterior à omissão. Portanto, a culpabilidade não poderá suceder à causalidade, a retroação à culpabilidade subsequente para o momento que antecede a produção do evento nem sempre será possível, destarte a culpabilidade e causalidade serão simultâneas¹⁰³.

As teorias causais da interferência buscam o fundamento da responsabilidade penal do omitente pelo evento não evitado. São representantes desta teoria: Landsberg, Paul Merkel, Haschner, Lobe e Ortmann.

Tais autores são da opinião que o fundamento da responsabilidade penal do omitente pelo resultado não impedido reside na causalidade. Concebendo a causalidade omissiva como uma energia impeditiva, a qual se interpõe entre a atividade precedente e o evento, constituindo um freio para o impulso de evitar o resultado. A mudança no mundo exterior é um produto no confronto entre condições positivas (favorecedoras do surgimento do resultado) e condições negativas (impedientes do resultado). O evento acontece quando as condições positivas superam as negativas. O comportamento anterior obriga o seu autor a se movimentar no sentido de impedir o evento, se ele não atua depois de assumir a obrigação, esta omissão é a causa do evento¹⁰⁴.

Contra essa concepção se levanta Costa Júnior alegando que nas omissões culposas inconscientes jamais haveria a interferência, posto que onde não há previsão do evento não pode existir obstáculo ao impulso para evitá-lo. Mesmo que haja repulsa ao

¹⁰¹ _____. Op. cit., p. 32.

¹⁰² ALBERDI, Francisco Orts. Op. cit., p. 63.

¹⁰³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit., p. 118.

¹⁰⁴ SOUZA, Carmo Antonio de. Op. cit., p. 76.

ímpeto de atuação, esta recusa explica somente a gênese psicológica da omissão, não elucidando a causa do evento¹⁰⁵.

Binding situa o momento causal na própria omissão. Von Buri num primeiro momento segue Binding, entendendo que a causalidade é oriunda de um dever legal de evitar o resultado, cabível a certas pessoas pelo fato de terem uma atuação perigosa. Porém, o autor não traz esclarecimentos do que seria esta ação perigosa¹⁰⁶.

As teorias normativas da causalidade possuem como representantes Von Bar, Von Rohland e Kohler, buscam na concepção normativa uma causalidade jurídica, afastando-se das concepções ontológicas da causalidade¹⁰⁷.

Von Bar, citado por Tocildo Huerta, entende que a omissão não pode ser, do ponto de vista natural ou mecânico, a causa de um resultado, porque a constatação de sua causalidade depende das valorações de índole jurídica, assim sendo Von Bar chega a importante conclusão para a posterior evolução das idéias sobre o tema – de que a omissão só será causal quanto ao resultado quando a ação salvadora a realizar é tão evidente que todos os implicados a esperam, sendo dita esperança cognoscível ao omitente¹⁰⁸.

Portanto, a não-realização da ação esperada é o critério normativo determinante da causalidade da omissão.

Von Bar exige que a ação precedente contenha em si um perigo da superveniência do resultado, sendo que este perigo deve ser previsível de forma objetiva. Portanto, há uma limitação no pensamento da ingerência: não pode o atuar precedente, doloso ou imprudente, gerar responsabilidade a título de comissão por omissão¹⁰⁹.

O conceito de ação esperada é aprofundado por Von Rohland, concluindo que a expectativa se dará sempre que anterior à omissão haja um dever jurídico de agir, sendo que àquele a quem incumbe tal dever confia-se a evitação de determinado resultado¹¹⁰.

¹⁰⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit., p.118.

¹⁰⁶ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p.32-33.

¹⁰⁷ _____. Op. cit., p 33.

¹⁰⁸ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p.41.

¹⁰⁹ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 33.

¹¹⁰ Idem ibidem.

Conforme o parecer de Huerta Tocildo: Von Rohland, com esta opinião, praticamente abandona o terreno da causalidade para adentrar no da antijuridicidade da omissão, nas suas palavras a contrariedade ao dever vem implícita na não realização da ação esperada, e segue sendo dirigida a fundamentar a causalidade da omissão¹¹¹.

Segundo o pensamento de Kohler, a alguns se impõe o dever de evitar certas conseqüências jurídicas, com o escopo que o ordenamento jurídico atinja sua finalidade. Impede a movimentação do ordenamento social quem não age quando é necessário, destarte a eficiência causal é fornecida à omissão¹¹².

O segundo grupo de teorias trata da equiparação como questão de equivalência dos respectivos injustos do delito comissivo e dos delitos omissivos impróprios, são elas: a teoria do dever jurídico-formal e a teoria da antijuridicidade material de Sauer e Kissin.

Para as teorias do dever jurídico formal não há a necessidade de discutir a causalidade da omissão, tendo em vista, que esta integra o “tipo proibitivo de causar”¹¹³.

Huerta Tocildo salienta a diferenciação entre as teorias causais e a teoria do dever jurídico: o esquema para fundamentar a responsabilidade a título de comissão por omissão varia assim na comparação com o próprio das teorias causais. Nestas, a causalidade da omissão inclui o tipo proibitivo de causar e, na forma imediata, a responsabilidade pelo resultado “não evitado” (de acordo com citada perspectiva, “causado”). Na teoria do dever jurídico-formal, o referido esquema se complica, não se trata de causalidade da omissão=tipicidade=responsabilidade pelo resultado, mas causalidade=tipicidade+infração do dever jurídico de atuar=antijuridicidade=responsabilidade pelo resultado¹¹⁴.

As teorias do dever jurídico-formal têm por entendimento que a causalidade típica da omissão não é suficiente para que seja afirmada a responsabilidade pelo resultado na forma de comissão por omissão, é necessário que a omissão seja eivada de antijuridicidade assim como o agir. Destarte, a omissão causal típica é antijurídica quando no caso concreto, o

¹¹¹ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p. 42.

¹¹² SOUZA, Carmo Antonio de. Op. cit., p.79-80.

¹¹³ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p 34.

¹¹⁴ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p. 49.

omitente tenha o dever juridicamente fundamentado no sentido de agir para evitar o resultado¹¹⁵.

Huerta Tocildo critica esta teoria, entendendo que a teoria do dever jurídico formal, como em todo pressuposto em que a antijuridicidade se faz depender da idéia de contrariedade a dever, com seu excessivo formalismo e sua escassa concreção conduzem a resultados insatisfatórios à adequada fundamentação da responsabilidade penal a título de comissão por omissão. Por um lado, a idéia de contrariedade a dever é, como diz Rudolph, tão abstrata e vazia de conteúdo como a exigência de causalidade, não sendo menos pacífica sua compreensão pelos distintos autores, pelo que deriva em um conceito puramente formal do dito elemento, inutilizável aos efeitos perseguidos de delimitação do âmbito das comissões por omissões puníveis¹¹⁶.

A teoria da antijuridicidade material foi composta por Sauer e seu discípulo Kissin. Para estes autores, a responsabilidade a título de comissão por omissão é justificada pela antijuridicidade. Entendem que a ação e omissão dão causa ao resultado¹¹⁷.

Sauer afirma que em relação à identidade de elementos dos crimes de comissão e omissão imprópria, um tutor que realiza um tipo por um ato ou por uma omissão, tem nos pressupostos de criminalidade os mesmos elementos. Entende que é errado negar a causalidade da omissão ao invés de exigir sua antijuridicidade¹¹⁸.

Conforme Sauer, o ponto de vista decisivo é a relação social entre os interessados, em especial entre o omitente e o lesionado, com referência a distribuição dos deveres assim como o dano ou a utilidade, sobre o qual deve convergir necessariamente toda afirmação de uma antijuridicidade material¹¹⁹.

Pelo pensamento de Sauer e Kissin, conclui-se que toda omissão causal é formalmente antijurídica, Armin Kaufmann critica tal posicionamento, afirmando que esta abordagem é uma extensão desmensurada do elenco de omissões formalmente jurídicas, que não está prevista pela lei, nunca tendo sido aceita pela dogmática penal ou pela jurisprudência. Este autor entende que uma omissão só é formalmente antijurídica quando

¹¹⁵ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 35.

¹¹⁶ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p. 50.

¹¹⁷ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 35.

¹¹⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omision**. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p.32.

¹¹⁹ _____. Op. cit., p. 33.

vem proibida pela lei. Do silêncio da lei no que se refere a uma omissão poderia concluir-se que o legislador quis compreender nas normas da Parte especial alguns itens de não evitação que seriam causais, do ponto de vista normativo, que é adotado por Sauer e Kissin, porém não quis considerar antijurídica toda "não evitação do resultado"¹²⁰.

O terceiro grupo de teorias engloba o retorno à idéia de que a punição da omissão imprópria se fundamenta na realização do tipo da Parte Especial.

A ciência penal retornou ao ponto anterior, por não conseguir superar as críticas às teorias da antijuridicidade, mormente no que se refere a uma dupla antijuridicidade na omissão imprópria e à negação de que o tipo no caso dos crimes comissivos seja o mesmo nos crimes comissivos por omissão. Assim sendo, passou a se acreditar que determinadas não-evitações do resultado são puníveis a título de comissão por omissão, tendo em vista que o tipo do correspondente delito está numa norma da Parte Especial. Punem-se as não evitações porque elas são típicas no respectivo delito de resultado¹²¹.

Segundo Huerta Tocildo a idéia não é nova, mas sim é a fundamentação desta tipicidade da omissão. Fundamentação que não radica, pelo menos não exclusivamente – na busca de uma causalidade normativa na omissão (com que pode justificar sua inclusão, junto à comissão, no tipo proibitivo de causar), mas na própria omissão de um elemento típico característico, a posição de garantia, que não só vai permitir estabelecer quem entre todos os possíveis omitentes há de responder a título de comissão por omissão e não de simples omissão própria (em seu caso), mas que será, precisamente, a pedra de toque para poder afirmar a tipicidade da não evitação do resultado. Este é a fundamentação de Nagler à problemática em questão, existindo um esboço da mesma no pensamento de Dahm e Scaffstein¹²².

Dahm e Schaffstein são representantes do terceiro grupo de teorias. Schaffstein entende que responde pelo resultado típico não evitado o omitente que pudesse evitar o resultado pela intervenção, quando a omissão seja contrária a um dever e quando o omitente

¹²⁰ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p.54.

¹²¹ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 36.

¹²² TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p. 55.

aparece como autor do delito (de acordo com um sentimento popular) do qual se quer fazê-lo responsável¹²³.

Dahm tenta resolver a problemática no âmbito da Parte Geral e também nos concretos tipos de injusto. Segundo este pensamento, a referência ao tipo de autor é uma linha de orientação para decidir a equiparação entre a ação e a omissão ou para que se estabeleça o conteúdo do dever jurídico. Ele procura outros meios de orientação, através de critérios gerais por meio dos quais possa determinar-se o conteúdo exato do dever de atuar e não só uma consideração e interpretação exata dos crimes. Assim, o desenvolvimento do tipo de autor e da equiparação está entre: o âmbito dos concretos tipos de injusto e o da teoria geral do injusto e do dever¹²⁴. A teoria do garante de Nagler, também incorporando o terceiro grupo, dispõe que a equiparação entre o fazer e o omitir se situa na possibilidade de fazer equivalentes as tipicidades de um e outro delito e não na causalidade ou na antijuridicidade. Para ele, a antijuridicidade da omissão é idêntica à da comissão¹²⁵.

Sobre a teoria de Nagler, Kaufmann comenta que a tese de que o mandato de garante (abstrato) ou o dever de garante (concreto) constitui um elemento implícito do tipo de delito comissivo e priva de base a crítica à solução do tipo defendida por Nagler. O delito de omissão imprópria tem seu tipo próprio e autônomo, que não é um tipo de proibição, mas um tipo de mandato de garante. Já se retirou dos delitos de omissão própria, que no tipo de mandato o dever de agir não pode ser elemento do tipo, ao que é igual ao tipo de proibição do dever de omitir não é elemento do tipo, exatamente o mesmo é de aplicação ao tipo de mandato dos delitos de omissão imprópria. Certamente, os requisitos (elementos) aos que o ordenamento jurídico vincula o dever de garante são elementos do tipo, que formam parte da descrição da situação típica¹²⁶.

De nenhum modo se deduz que o próprio dever de garante seja elemento do tipo, assim como no delito comissivo o dever de omitir tampouco pode ser considerado elemento do tipo.

¹²³ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 37.

¹²⁴ TOCILDO, Susana Huerta. Op. cit., p.57.

¹²⁵ KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 311.

¹²⁶ Idem ibidem.

2.5 A omissão criminosa no direito positivo brasileiro

Necessário se torna analisar a previsão da omissão na legislação pátria que inicialmente não reconhecia os crimes omissivos impróprios.

Desde o período do Brasil colonial, quando o país estava sob a égide do Código Imperial de 1830, subtendia-se que a denominação do fato englobava tanto a ação quanto a omissão. Porém, a dogmática não se ocupou dos crimes omissivos impróprios¹²⁷.

As leis brasileiras não foram elaboradas imediatamente após a Proclamação da Independência do país, por razões óbvias, tendo em vista que toda a legislação brasileira era de origem portuguesa, portanto, estabeleceu-se que as normas portuguesas estariam em vigor até que se promulgasse a legislação pátria¹²⁸.

Neste período estiveram em vigor as Ordenações Filipinas, sendo que a parte penal estava contida no Livro V, o qual denotava um claro pensamento medieval, onde pecado e crime confundiam-se, não atendendo, pois às necessidades da nova nação.

Tal fato pode ser comprovado pela tipificação da conduta das pessoas que negavam ou blasfemavam contra Deus e contra os santos, com punição de multa de vinte cruzados e degradação para a África por um ano¹²⁹.

O Código Criminal do Império, considerado um dos melhores estatutos penais de seu período, tratou da omissão, porém, como dito alhures, não mencionou os crimes omissivos impróprios.

Foi inovador, tendo em vista que o diploma anterior nem tratou do assunto. O art. 2º, § 1º, do Código Criminal do Império dispunha: “*Julgar-se-ha crime, ou delicto: 1º Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes*”¹³⁰.

¹²⁷ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil**. Ajuris, v. 10, n. 29, p. 30-59, nov., 1983, p. 31.

¹²⁸ SOUZA, Carmo Antônio de. Op. cit., p. 11.

¹²⁹ Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Arquivo capturado em 20 de abril de 2011.

Em 1879, Tobias Barreto fez a distinção entre crimes comissivos e omissivos, subdividindo os omissivos em próprios e impróprios, limitando a autoria dos omissivos próprios às pessoas que tinham o dever de obediência a determinadas leis. Sobre os crimes omissivos impróprios, fundou a responsabilidade na causalidade da omissão, de forma exclusiva¹³¹.

Durante o ano de 1888, João Batista Pereira, então Conselheiro, recebeu a incumbência de elaborar um projeto de reforma da legislação penal. Durante a execução de seu trabalho, ocorreu a Proclamação da República, porém, o Ministro da Justiça da República, Campos Sales, permitiu que ele continuasse o seu mister, apresentando o projeto que tornou-se o Decreto 847, de 11 de outubro de 1890.

Conforme afirma Magalhães de Noronha, “o novo estatuto estava longe de seu antecessor e logo se viu alvo de veementes e severas críticas”. Carvalho Durão foi um crítico ferrenho e João Monteiro chegou a chamá-lo “o pior de todos os códigos conhecidos”¹³².

A descrição legal deste código era extremamente sucinta. Previa o art. 2º: “A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção”¹³³.

O Código de 1890 estabelecia em seu artigo 293, § 2.º: “Incorrerão em pena de prisão celular por um a seis mezes: (...) § 2º *Aquelle que, encontrando recém-nascido exposto, ou menor de 7 annos abandonado em logar ermo, não o apresentar, ou não der aviso, á autoridade publica mais próxima*”¹³⁴.

Citado por Fragoso, João Vieira Araújo, escrevendo sobre o Código Criminal do Império de 1889, definia a omissão como não-fato, fato negativo ou inação. Dizia que a teoria dos crimes omissivos não difere da dos comissivos, nem quanto à sua forma, nem quanto ao dolo, dano, etc.

¹³⁰ BRASIL. **LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Arquivo capturado em 13 de março de 2011.

¹³¹ BARRETO, Tobias: **Delictos por omissão**, in obras completas. VI/214 e segs, Estudos de Direito. 1923.p.58

¹³² Idem ibidem.

¹³³ BRASIL. **Decreto n. 847** – de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Arquivo capturado em 13 de março de 2011.

¹³⁴ Idem ibidem.

Entendia Fragoso, como Tobias Barreto, que há cumplicidade por omissão no caso de quem não previne a outrem que alguém prepara uma bebida para envenená-lo¹³⁵.

Segundo Galdino de Siqueira a "chamada indolência culposa" é crime ofensivo "de um direito elementar e fundamental da conveniência social, o direito de assistência em caso de evidente necessidade"¹³⁶.

Durante a vigência do Código Penal da República, datado de 1890, os teóricos passaram a condicionar a responsabilidade da pessoa que se omitia à possibilidade de agir e ao dever jurídico de agir, baseando-se na causalidade física dos delitos de omissão imprópria¹³⁷.

Afirma Carmo Antônio de Souza que grande parte dos penalistas brasileiros não trata da omissão imprópria, apesar da relevância do tema, o que não possui justificativa, tendo em vista a distinção elaborada por Luden, em 1840 e desenvolvida na Europa e no Brasil, em 1879, principalmente por Tobias Barreto. Oscar Soares, Severiano Ribeiro e Vieira de Araújo não mencionam o assunto¹³⁸.

João Vieira de Araújo apresentou dois projetos de Código Penal, em 1893 e em 1899, porém, nenhum dos dois se consolidou, no segundo projeto, havia a previsão da omissão como conduta¹³⁹.

O projeto Sá Pereira, sob o título: "Desumanidade"; no artigo 418 punia como contravenção, "o fato de, sem expor a própria vida, não acudir a quem estiver na iminência de perdê-la; não assistir a menor exposto ou abandonado, ou adulto inanimado ou malferido que assim tiver encontrado, ou não levar imediatamente o fato ao conhecimento da autoridade"¹⁴⁰. Este projeto apenas mencionou como crime a ação humana violadora da lei penal, não mencionando os delitos comissivos por omissão.

Em nove de dezembro de 1937, o Ministro da Justiça Francisco Campos confiou a Alcântara Machado a tarefa de reformar a legislação penal vigente. A comissão que revisou o

¹³⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 42.

¹³⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. v. 3, p. 219.

¹³⁷ MUNHOZ NETTO, Alcides. Op. cit., p. 32.

¹³⁸ SOUZA, Carmo Antônio de. Op. cit., p. 15.

¹³⁹ _____. Op. cit., p. 16.

¹⁴⁰ SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 145-147.

projeto era composta por: Costa e Silva, Vieira Braga, Nélson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra e Francisco Campos; originando o Código Penal de 1940¹⁴¹.

Quando houve a reforma na Parte Geral do Código Penal Brasileiro, o legislador introduziu dispositivo específico tratando dos crimes comissivos por omissão, semelhantemente ao Código Penal 1969¹⁴².

Percebe-se que nos códigos brasileiros no que se refere à cláusula de equiparação o Código Criminal do Império do Brasil, equiparava ação e omissão como modalidades de conduta; no mesmo sentido seguiu o Código Penal de 1890; o Código Penal de 1940, em seu art. 11 da Parte Geral (revogado atualmente) equiparou a ação e a omissão em matéria de causalidade, seguindo o que dispunha também o Código Italiano (arts. 40 e 41); Uruguiaio (arts. 3º e 4º; Português (art. 350); Equatoriano (art.13); Paramenho (art. 314; Iogoslavo (art. 13).

O atual Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*, tratando do tema no art. 13.

Conforme Carmo Antônio de Souza, o legislador não redigiu este dispositivo com a melhor técnica¹⁴³, pois consta no *caput* - “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”¹⁴⁴, equiparando, desta forma, a causalidade omissiva com a ativa, no plano naturalista.

Segundo o professor Edihermes, em sua obra, o art. 13 do Código Penal estabelece os parâmetros legais para a caracterização da tipicidade no seu aspecto objetivo. O Legislador descreve que o resultado típico somente será imputado a quem lhe deu causa. Sendo assim, no próprio dispositivo legal existe uma distinção entre causalidade, que diz respeito ao plano fático, e imputação, que diz respeito à atribuição jurídica do resultado à conduta humana. Quando o legislador se refere separadamente às palavras “causa” e “imputável” (o resultado) no *caput* do artigo 13, acabou por possibilitar que casuisticamente

¹⁴¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal.**: parte geral, vol 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16.

¹⁴² SOUZA, Carmo Antonio de. Op. cit., p.49.

¹⁴³ Idem ibidem.

¹⁴⁴ Códigos Penal: Processo Penal e Constituição Federal- Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colação de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

uma conduta humana possa ser causa de um resultado no plano fático sem que esse resultado seja atribuível juridicamente à conduta no âmbito penal. Enfatiza o autor que causa e imputação são dois aspectos diversos, embora complementares, para a incidência de tal dispositivo sobre situações fático-jurídicas reais¹⁴⁵.

Assim conclui o referido autor que para a imputação é necessário, primeiramente, que a conduta humana seja causa do resultado típico. Afirmar que a causalidade é elemento necessário, embora não suficiente, para que se possa caracterizar objetivamente a tipicidade. Uma conduta interessará ao Direito Penal se for causa de um resultado típico, seja tal resultado meramente jurídico, seja ele também naturalístico.

No parágrafo 2º, do art. 13, o legislador fez uma distinção, a partir da orientação normativa, mostrando que a omissão é relevante para o universo do direito penal quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado¹⁴⁶.

A adoção deste critério híbrido é explicada pela Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, a qual justifica “inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias”¹⁴⁷.

A exposição de motivos considera duas formas básicas de comportamento humano: ação e omissão. Assim o destinatário da norma é o homem que realiza ação proibida ou se omite de ação determinada, conforme o indivíduo possua o dever de realizar o ato ou se abster dele.

O art. 13 do atual Código Penal Brasileiro, em seu § 2º, apresenta o conceito de omissão relevante, identificando através de um rol taxativo, os sujeitos a quem se destinam as normas preceptivas, no qual se lê ser garante quem tem por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, e quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Uma omissão necessariamente supõe uma ação, pois não existe uma omissão em si, mas tão só a omissão de uma ação determinada¹⁴⁸. Por consequência, a imputação do

¹⁴⁵ COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008. p.158.

¹⁴⁶ SOUZA, Carmo Antonio de. Op. cit., p.50.

¹⁴⁷ CAMPOS, F. **Exposição de motivos**: Código Penal de 1940 Decreto-Lei 2.848, de dezembro de 1940. In: PIERANGELI, J. H. (2001). **Códigos Penais do Brasil**: Evolução Histórica. São Paulo: Revista dos Tribunais. (p.405-440)

resultado por causa de uma omissão supõe sempre que o agente se ache em condições concretas de realizar a ação que se lhe exige. O primeiro requisito, pois, da imputação nos crimes omissivos (requisito comum aos crimes omissivos próprios e impróprios) é a possibilidade efetiva de realização da ação, evitando o resultado lesivo de que se trate, já que a lei, não se destinando a heróis ou santos, não pode pretender exigir o inexigível. Por isso dispõe o Código que a “omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Mas não basta o poder agir para evitar o resultado: é preciso mais, que essa ação que se omite seja realmente capaz de evitar o resultado, pois do contrário, isto é, ficando demonstrada a inocuidade da possível atuação do sujeito, não caberá a imputação do resultado, porque em tal caso não existe relação causal entre a omissão exigida e o resultado que se realiza (princípio da proporcionalidade).

Para o professor Edihermes quando o legislador trata da omissão penalmente relevante cuida precisamente da imputação objetiva de resultado. A omissão não é, sob o ponto de vista naturalístico, causa de alteração do mundo. Desse modo, não há propriamente causalidade quando o indivíduo se omite. Foi definido pelo legislador um critério de imputação: se o indivíduo estiver na posição de garantidor, terá o dever de agir para impedir o dano a direito de outrem. Se não o fizer, tal dano ser-lhe-á objetivamente imputável, pois ele, com sua omissão, incrementou a situação de risco (já que esta, se ele agisse seguindo seu dever, seria menor)¹⁴⁹.

Afirma Kelsen que 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 imputação¹⁵⁰, como seria o caso dos crimes omissivos impróprios.

Para Paulo Queiroz, a omissão imprópria, aquela praticada pelo agente/garante é uma omissão qualificada, por isso mais gravemente punida¹⁵¹, referido autor prefere a classificação usada por Jescheck quando intitula os crimes omissivos em crimes de “omissão

¹⁴⁸ WELZEL, Hans. Derecho penal. Cit.p.238.

¹⁴⁹ COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008. p.159.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.211.

¹⁵¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.197.

simples” e crimes de “omissão qualificada”, referindo-se aos crimes omissivos próprios e impróprios, respectivamente.

Resta saber qual o critério para se exigir de um indivíduo o dever de agir, porque a seleção feita pelo legislador parece se ater à relação especial de proximidade do agente/garante com o bem jurídico lesionado, e este sujeito deve estar determinado. Conforme Tavares, no que se refere ao art. 13, § 2º, do Estatuto Penal, não se leva em consideração a relação de parentesco, mas somente a legal, portanto, o irmão que não socorre o outro que se afoga em um rio, comete o delito de omissão de socorro (crime omissivo próprio).

A primeira hipótese do rol do art. 13§2º do Código Penal, a justificar a equiparação da omissão à ação, devendo o agente responder como se tivesse ele mesmo produzido o resultado, diz respeito àqueles que tenham o dever legal de proteger, cuidar ou vigiar (*v.g.*, policiais, bombeiros, médicos, pais, tutores). A segunda, residual em relação à primeira, pretende alcançar situações em que o agente, embora não tendo o dever legal, assume, por qualquer outro modo, a responsabilidade de impedir o resultado, isto é, assume o dever de cuidar, proteger ou vigiar, que pode resultar tanto de uma manifestação unilateral de vontade como de acordo (*v.g.*, guarda de segurança particular, guia de turismo). Por último, a lei refere a hipótese de o agente criar o risco de ocorrência do resultado (*v.g.*, o causador de um incêndio, o alpinista, em relação àquele que instiga a acompanhá-lo).

Em se configurando a relevância jurídico-penal da omissão, nos exatos termos do §2º do art. 13, o agente responderá a título de dolo ou culpa, conforme tenha se omitido intencional ou imprudentemente, também em respeito ao princípio da legalidade. A estrutura do dolo e da culpa no crime omissivo impróprio é basicamente a mesma do delito comissivo, admitindo-se a punição a título de culpa tão só quando houver previsão legal expressa¹⁵².

English¹⁵³ caracteriza a omissão como sendo negativa e relativamente determinada; negativa porque se nega uma realização de vontade; relativamente porque esta negação se refere a uma ação final de um sujeito determinado.

¹⁵² BIERRENBACH, Sheila. **Crimes Omissivos impróprios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.95.

¹⁵³ English, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Nota introdutória e trad. da 3ª ed. Alemã por J. Baptista Machado, 1966.p.20.

Outro ponto que merece destaque é que a alínea “b” do §2º do art 13 do CP, trata da aceitação voluntária, contratual ou negocial para o impedimento do resultado, neste caso, enquadra-se o guia que não indica o caminho mais adequado para sair da mata, assim como o salva-vidas que não salva a vítima que se afoga e a mãe que deixa o filho menor aos cuidados de terceiro, que concorda com tal situação, esses casos configuram a assunção fática de responsabilidade de proteção. Em caso de morte, numa dessas situações, quem estava na posição de garantidor responderá pelo delito de homicídio¹⁵⁴.

É necessário que o legislador disponha expressamente sobre as fontes do dever de garantia, para que sejam identificados os autores de crimes omissivos impróprios, para que haja segurança jurídica e observância do princípio da legalidade.

Sobre o assunto Munhoz Neto explica que é possível imaginar formas omissivas em quase todos os crimes comissivos, porém, não é necessário punir todas as infrações ao dever de evitar o resultado, posto que ocorrem casos em que o bem jurídico ofendido é de somenos importância.

A ciência penal e a jurisprudência fazem referência aos delitos impróprios de omissão, considerando os bens jurídicos mais caros para a sociedade, observando a gradação feita pelo legislador, no texto constitucional, tais como a vida, liberdade e a integridade física.

Em relação a outros bens jurídicos, não tão preciosos, é difícil enquadrá-los nesta construção quando houver a possibilidade de incluí-los em outro modelo de conduta.

O professor paranaense entende que haveria maior segurança jurídica se houvesse a limitação legislativa; punindo-se as omissões impróprias, através de cláusula, na parte geral, de que a omissão imprópria seja punida em casos expressos e na parte especial, a cominação da pena quando o crime comissivo fosse praticado mediante omissão. Destarte, aos crimes omissivos impróprios aplicar-se-iam critérios análogos aos dos crimes culposos¹⁵⁵.

O estabelecimento de teorias, como a acima pretendida, permite que algumas delas possam converter-se em dominantes, sobre a base da força racional de convicção de sua fundamentação, e permite que desse modo saibamos qual é o tratamento que recebe de fato um grupo de casos. Um tratamento jurídico que talvez seja falso, injusto e desproporcional,

¹⁵⁴ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 83.

¹⁵⁵ MUNHOZ NETTO, Alcides. Op. cit., p. 54.

mas que já conhecemos produz segurança jurídica; também existe segurança jurídica baseada numa opinião errônea, mas de qualquer modo é melhor do que a insegurança jurídica, de não existir a norma expressa, e não sabermos o que ocorre na mente do aplicador da lei. Sem a previsão do tipo específico fica mais difícil argumentar, perceber onde está um possível erro e fazer uso da razão para combatê-lo.

2.5.1 Precedentes judiciais brasileiros

Na medida em que a presente investigação visa determinar o modo como o Direito Penal brasileiro enquadra a problemática dos crimes comissivos por omissão, impõe-se uma análise de casos julgados pelos Tribunais pátrios.

2.5.1.1 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Foram encontrados apenas dois julgados no tribunal de Minas Gerais, o que comprova o que foi dito no corpo do trabalho; que o tema ainda não foi debatido o suficientemente nem pela dogmática penal, nem pelos Tribunais pátrios, devendo cada um assumir sua parcela de omissão, em relação ao enfrentamento do instituto dos crimes omissivos impróprios, que produz tantas dúvidas e que pode trazer grande prejuízo aos direitos e garantias individuais.

1 - EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO - MOMENTO CONSUMATIVO QUE SE PROLONGA NO TEMPO - CARACTERIZAÇÃO - DECISÃO QUE, ANTECIPANDO O JULGAMENTO DO FEITO, DECRETA EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO - VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - IMPEDIMENTO DA APRECIÇÃO DE TESE ABSOLUTÓRIA. Nos CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS ou comissivos por omissão, a prescrição inicia-se na data do resultado e, uma vez que o dano se prolonga no tempo, a consumação do crime torna-se permanente, aplicando-se a regra prevista no art. 111, III, do Código Penal. No presente caso, a cada dia da suposta omissão, renovou-se o momento consumativo com a provocação de mais e mais danos ao imóvel. A decisão que antecipadamente extingue a

punibilidade pela prescrição, obstaculizando à defesa a arguição e apreciação de tese absolutória, viola o devido processo legal. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.02.727260-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - RECORRENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RECORRIDO(A)(S): MARIA AUXILIADORA MURTA, MAURÍCIO MURTA, MAURÍLIO MURTA, MARCELA ÁLVARES DA SILVA MURTA, MARGARET ÁLVARES DA SILVA MURTA, EULALIA MARIA GOMES MURTA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Trata a ementa e o inteiro teor do acórdão da consideração feita pelo Desembargador, Dr. Alexandre Vitor de Carvalho, de considerar os crimes comissivos por omissão como crimes materiais e permanentes, o que permite aplicar a pena mais severa e ainda considerar a contagem do prazo prescricional quando ocorrer a consumação, que nos crimes permanentes, se protraí no tempo. Considerou-se então, situação mais gravosa para o réu, porque sua omissão foi considerada permanente, interpretação que afronta a razoabilidade, a culpabilidade e o direito penal minimalista. Diante do fato da previsão da responsabilidade do garante encontrar-se em norma em branco, através de cláusula genérica de extensão da figura típica no que se refere aos delitos comissivos, o razoável seria considerar os crimes comissivos por omissão, condicionados ao resultado e instantâneos.

2 - EMENTA: ROUBO QUALIFICADO - ESTUPRO - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - CAUSA DE ISENÇÃO DE PENA DO ARTIGO 19 DA LEI 6.368/1976 - CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO - FORMAÇÃO DE QUADRILHA - APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA A CONDENADO POBRE - APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 65, I - MUDANÇA DE REGIME - FECHADO PARA O SEMI-ABERTO E FECHADO PARA O INTEGRALMENTE FECHADO. Não merece ser cassada decisão na qual a magistrada analisou corretamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como aplicou corretamente as circunstâncias atenuantes. A causa de isenção de pena prevista no artigo 19 da Lei 6.368/1976 só deve ser aplicada quando provado nos autos que o agente não só agiu sob o efeito de substância entorpecente, mas também que era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. O indeferimento de prova incapaz de acrescentar qualquer fato novo ao processo não enseja qualquer nulidade. Nos CRIMES COMISSIVOS por OMISSÃO é indispensável que o sujeito ativo tenha consciência de sua condição de garantidor da não-ocorrência do resultado. Para a configuração do crime de formação de quadrilha é necessário a associação de no mínimo quatro pessoas para a prática de CRIMES, não sendo suficiente que se reúnam essas pessoas para a prática de um crime somente. Nenhum prejuízo é acarretado ao condenado pobre em seu sentido legal que continua a ter a devida assistência jurídica, nem tal entendimento fere a instrução da Corregedoria de Justiça, que se refere, precipuamente, à demanda que se desenvolve no juízo cível, pois, no juízo criminal, o pagamento das custas a que foi o apelante condenado, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/1950, fica suspenso, mediante a impossibilidade de o réu saldá-lo, pelo prazo de

cinco anos, e, decorrido tal lapso temporal, persistindo a situação de miserabilidade, ficará o réu isento de seu pagamento. Constitui prova suficiente da autoria o reconhecimento por três vítimas diferentes de que o acusado foi participante do grupo que praticou os delitos. Não faz jus à aplicação da atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, o réu que, à época dos fatos, possuía 22 anos de idade. O regime semi-aberto será concedido ao réu não reincidente condenado a menos de oito anos de reclusão, desde que observadas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal. O regime inicial fechado, que possibilita eventual progressão, deve ser estabelecido como medida individualizadora da pena, na fase de execução, mostrando-se não só favorável ao réu, como também para garantir a sociedade, a ela restituindo-se pessoa que contribuiu com seu comportamento para a sua liberdade e foi rigorosamente observado durante o cumprimento da pena, através dos estágios de progressão por ele conquistados, mostrando-se capaz de viver no convívio social do qual se alijou e foi alijado. Restituir à sociedade o apenado, tão-só pelo cumprimento de dois terços da pena, sem qualquer progressão anterior que possa ensejar melhor observação de sua conduta, é contribuir para o aumento da violência social. Inadmissível a imposição de regime integralmente fechado quando o Supremo Tribunal Federal declarou a sua inconstitucionalidade, estendendo os seus efeitos a todas as penas em execução. APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.04.538822-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS PRIMEIRO(A)(S), VALDIR SILVA FILHO SEGUNDO(A)(S), RONALDO DA SILVA DOMINGOS TERCEIRO(A)(S), JOSÉ MAGNO COSTA QUARTO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, VALDIR SILVA FILHO, RONALDO DA SILVA DOMINGOS, RONEI DA SILVA DOMINGOS, JOSÉ MAGNO COSTA - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. JANE SILVA

Insurge-se o representante ministerial contra a decisão que absolveu dois réus do crime previsto no artigo 213 do Código Penal, sob a alegação de que estes sabiam da intenção libidinosa do comparsa, que estuprou a vítima do roubo, e nada fizeram para impedir o estupro, devendo nesta situação serem considerados garantes. Conforme previsão legal, no art. 13 do Código Penal, a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. No caso em análise, os réus absolvidos estavam sendo considerados como garantes, na figura específica do ingerente, entendendo contribuíram, com seu comportamento anterior no roubo, para que o um dos co-autores do roubo praticasse o crime de estupro. Conforme estudado, na omissão imprópria é indispensável, além do enquadramento do agente na condição de garante, que haja a vontade de omitir a ação devida. Os pressupostos de fato que configuram a situação de garantidor do agente devem ser abrangidos pelo dolo e o sujeito ativo precisa ter a consciência de que está na posição de garantidor, o que não ficou provado no julgado.

Destaca-se na hipótese o que se entende por erro de tipo incriminador, que ainda poderia beneficiar os réus que acabaram absolvidos, pelo reconhecimento da inexistência do elemento subjetivo. Apesar da existência da figura do erro de tipo, tal instituto não foi mencionado no julgado. Diante de uma cláusula aberta como a que prevê as fontes do dever de garantia, existe uma tendência ao arbítrio e aumentam as chances de enquadramento de condutas em tipos penais incriminadores. Percebe-se que diante do enquadramento do agente como garante, ficam relegados a segundo plano a possibilidade de agir, a condição de evitar o resultado e a consciência do agente, fundamental em um Direito penal de culpabilidade.

2.5.1.2 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Encontrou-se apenas uma decisão deste Tribunal, sendo certo que a pesquisa feita pretendeu dar uma visão geral das decisões dos tribunais regionais, não tendo sido encontrada nenhuma decisão no Tribunal de Pernambuco, também pesquisado, para que o estudo não ficasse concentrado no sudeste do nosso país.

1- EMENTA "TENTATIVA DE HOMICIDIO. CONCURSO DE PESSOAS. O FATO TIPICO. - O FATO TIPICO E O COMPORTAMENTO HUMANO (POSITIVO OU NEGATIVO) QUE PROVOCA UM RESULTADO (DE REGRA) E E PREVISTO NA LEI PENAL COMO INFRACAO, E, PARA HAVER CONCURSO DE PESSOAS NO FATO TIPICO INDISPENSAVEL O NEXO DE CAUSALIDADE, O QUAL, TODAVIA, NOS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSAO, ESTA SO E RELEVANTE QUANDO O OMITENTE DEVIA E PODIA AGIR PARA EVITAR O RESULTADO. - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONHECIDO E PROVIDO". Decisão: conhecido e provido, a unanimidade. (Recurso em Sentido Estrito: 4037-0/220, Relator: Des. Byron Seabra Guimaraes, D.J.: 14/11/1990).

Referida ementa não possui o inteiro teor disponível no site, não constando nos anexos deste trabalho. Do que extrai-se da ementa, sendo o nexo causal nos crimes omissivos impróprios fictícios, necessário que o garante tenha condições de evitar o resultado e não apenas encontrar-se em situação onde possa ser considerado garante. Ademais, como os crimes omissivos impróprios exigem do sujeito ativo qualidades especiais em relação à proteção do bem jurídico que sofre a lesão ou corre o risco de lesão, a coautoria não é viável,

porque cada um responderia autonomamente pelo seu crime. Se o considerarmos de mão própria, somente viável a participação. Se se trata de extraneus, que se omite seu crime é omissivo próprio, se induz ou instiga o garante a não atuar, será partícipe no crime omissivo impróprio. Neste caso, somente diante de acordo prévio. Não dá para imaginar uma participação omissiva em crime omissivo.

2.5.1.3 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Foram encontradas apenas três decisões neste tribunal que é tido pela maioria dos teóricos e estudiosos, como um dos mais avançados do país, no que se refere à dogmática penal. Percebe-se já na primeira ementa, que existe uma limitação no que pertine à origem das fontes de garantia, o que traz muito mais segurança jurídica e razoabilidade, no que se pretende ser um Estado Democrático de Direito.

1-EMENTA: ESTUPRO. PARTICIPAÇÃO. PARA SER JURIDICAMENTE PUNÍVEL, A PRESENÇA ENCORAJADORA DO CRIME PRECISA MANIFESTAR-SE POR ATOS INEQUÍVOCOS, QUE EVIDENCIEM A VONTADE ADESIVA DO AGENTE AO PROJETO EXECUTADO POR OUTREM. PUNIBILIDADE POR OMISSÃO. POSIÇÃO DE GARANTE. A PUNIBILIDADE DO OMITENTE, NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS, TEM CARACTERÍSTICAS SINGULARES, DENTRE ELAS A PRESSUPOSIÇÃO DA CONDIÇÃO DE GARANTE, POIS, DO CONTRÁRIO, A VIDA DE RELAÇÕES SERIA INVIÁVEL, POIS QUALQUER PESSOA PODERIA SER ACUSADA DE NÃO TER FEITO ALGO PARA EVITAR O RESULTADO. CONFIRMARAM A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. (Apelação Crime Nº 698475365, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Paganella Boschi, Julgado em 18/03/1999).

Trata-se da não imputação do resultado ao agente, a título de crime omissivo impróprio, porque o Tribunal não o considerou como garante, porque se assim o fosse, vulgarizando tal condição, as relações sociais ficariam inviáveis, todos nós, vivendo em uma sociedade de risco, poderíamos ser apontados como obrigados a evitar resultados, mais uma vez, na situação de ingerência : o comportamento anterior criou essa condição. O Tribunal se mostra contrário aos que defendem uma ampliação da posição de garantia.

2-EMENTA: PRONUNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ATIVIDADE MEDICA. HOMICIDIO DOLOSO. 1. ALEGACAO DE INEPCIA DA DENUNCIA POR APRESENTAR CONTRADICAO ENTRE A DESCRICAO E A TIPIFICACAO DA CONDUTA DO AGENTE. MOMENTO PARA ALEGACAO. DESACOLHIMENTO DA PREFACIAL, POR INOCORRENTE. A_RELACAO DE CAUSALIDADE NOS CHAMADOS CRIMES OMISSIVOS IMPROPRIOS OU COMISSIVOS POR OMISSAO E NORMATIVA: NAO HA NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSAO (ABSTENCAO) E O RESULTADO, MAS, SIM, ENTRE O RESULTADO E O COMPORTAMENTO A QUE O AGENTE ESTAVA JURIDICAMENTE OBRIGADO A FAZER, MAS SE OMITIU (ART-13, PAR-2, CP). A INEPCIA DA DENUNCIA SO PODE SER ALEGADA ENQUANTO NAO HOVER SENTENCA DE MERITO. SE O JUIZ JULGOU PROCEDENTE A PRETENSAO PUNITIVA PENA CONTIDA, DEVE SER ATACADA A SENTENCA E NAO A DENUNCIA. 2. AUSENCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO PROVA DA MATERIALIDADE. AFASTAMENTO DA PRELIMINAR. O ATESTADO MEDICO EMBASADOR DA CERTIDAO DE OBITO PASSADO INCLUSIVE PELO PROPRIO REU, INCONTESTADO DURANTE A INSTRUCAO, E DEMONSTRATIVO DA EXISTENCIA MATERIAL DO CRIME. 3. ARGUICAO DE EXCECAO DE COISA JULGADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR NAO CONHECIDA, POR IMPERTINENTE. SEM RELEVO NENHUM TAL ARGUICAO QUANDO A DECISAO JUDICIAL SE REFERE A FATO DISTINTO DO CASO "SUB JUDICE". A PRESENCA DE PROCESSO REFERENTE AO REU ACOSTADO AOS AUTOS EM TRAMITACAO EVIDENTEMENTE NAO CARACTERIZA CERCEAMENTO DE DEFESA. E MATERIA QUE AS PARTES PODEM USAR APENAS COMO MERA REFERENCIA SOBRE OS ANTECEDENTES DO REU E QUE ATE PODERIA TER CHEGADO AOS AUTOS ATRAVES DE CERTIDOES JUDICIAIS. 4. PEDIDO DE DESCLASSIFICACAO PARA OMISSAO DE SOCORRO. SOMENTE NAS HIPOTHESES PERFEITAMENTE CLARAS, LIMPIDAS, INDISCUTIVAS, CABE NESTA FASE O PRONUNCIAMENTO DESCLASSIFICATORIO, PORQUANTO, NOS PROCESSOS DE COMPETENCIA DO JURI, SO A ESTE CABE MANIFESTAR-SE A RESPEITO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA ACAO DESENVOLVIDA PELO REU. AUSENTE CERTEZA OBJETIVA DA INEXISTENCIA DO AGIR DOLOSO, APLICA-SE O BROCARDO "IN DUBIO PRO SOCIETATE". PRONUNCIA MANTIDA. VOTO VENCIDO. (23 FLS - D) (Recurso Crime Nº 690089859, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 23/05/1991).

No referido julgado não existe disponível no site o inteiro teor, pelo que também não consta no anexo. A relevância do julgado colacionado é em relação ao ha nexo de causalidade. Afirma o Tribunal que entre a omissão (abstenção) e o resultado não existe nexo causal físico, mas, sim, entre o resultado e o comportamento a que o agente estava juridicamente obrigado a fazer, mas se omitiu, e neste caso é normativo. (art-13, par-2, CP).

3-EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO CULPOSO. Não comprovada a culpa do embargante na determinação da morte da vítima, acusado de omissão culposa na morte de operário morto no trabalho em razão de provável falta de uso obrigatório de equipamento de proteção, é de se manter a sentença absolutória, acolhendo-se os presentes embargos infringentes. (Embargos Infringentes Nº 70021262035, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 09/11/2007).

É inegável que a omissão de quem assumiu a responsabilidade de impedir o resultado pode levar à responsabilização criminal. No capítulo 2 da dissertação, às fls. Foi informado que a Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, que serviu de base ao Código Penal em vigor, sem a alteração da Lei 7.209/1984, suprimiu a regra que assim dispunha: “Não impedir um evento que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo”, porque foi muito criticada (por todos, Paulo José da Costa Júnior – Comentários ao Código Penal – pág. 44 – Ed. Saraiva, 6ª edição – 2000). Daí porque com a reforma de 1984 o Código Penal passou a dispor que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”, esclarecendo que “o dever de agir incumbe a quem tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado ou que tenha por lei a obrigação de proteção” (CP art. 13, § 2º).

Nos crimes omissivos impróprios, o que primeiro deve ser examinado é se o agente tinha o dever de agir e qual a fonte desta obrigação (Sheila de Albuquerque Bierrenbach – Crimes Omissivos Impróprios).

No caso em exame a responsabilidade do acusado pela empreiteira, conforme relatório anexo, ficou vaga ou diluída. O réu aparece apenas “responsável pelos trabalhadores”. Era o “chefe” dos demais operários. Ao que parece responsável pela distribuição das tarefas entre os trabalhadores no local de trabalho. Os trabalhos eram supervisionados pelo Estaleiro e para velar pela segurança dos trabalhadores havia duas técnicas de segurança do trabalho. Estas técnicas em segurança do trabalho que permaneciam no canteiro de obra o dia todo e todos os dias, não foram, no entanto ouvidas.

Houve manifestação acompanhando o voto dissidente e entendendo que o réu não poderia ser considerado garante, para impedir o resultado, nem havia prova da sua negligência, sendo pessoa com instrução primária, subalterno na empresa empreiteira, que acabou sendo responsabilizado pelo evento na suposição de que lhe cumpria fornecer os equipamentos de segurança faltantes ou, no mínimo, exigir que as vítimas os utilizassem

quando da execução dos trabalhos. Destacou o desembargador serem insatisfatórios os dados constantes dos autos quanto a obrigação que se cobrou do acusado, quando se sabe que, na prática, normalmente a matéria relacionada com a segurança no trabalho é confiada a uma ou mais pessoas, a uma equipe ou comissão especial, não sendo provada a indispensável culpa em que teria incorrido o recorrente na determinação da morte das vítimas.

Percebe-se que as decisões deste tribunal restringem a figura do garante, o que já se disse, é uma decisão importante diante da vulgarização desta figura, e da imputação errônea que ocorre nas decisões monocráticas e nos estudos realizados pelos teóricos brasileiros.

2.5.1.4 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ

Foram encontrados cinco casos onde foram abordados os crimes comissivos por omissão. Mais uma vez constata-se que o problema da escassez de decisões não é apenas regional. As abordagens são superficiais e sempre com intuito de atribuir responsabilidade, tratando a omissão com rigor maior que a própria comissão.

1 – EMENTA. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADO PELOS CRIMES DE INUNDAÇÃO, POLUIÇÃO E NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL (ARTS. 254 DO CPB E 54, *CAPUT*, § 2º, III, E 68, *CAPUT*, DA LEI 9.605/98). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS OU COMISSIVOS POR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NO EVENTO DELITUOSO. QUESTÃO CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O *MANDAMUS*. MATERIALIDADE COMPROVADA. SITUAÇÃO IDÊNTICA, TODAVIA, AO HC 94.543/RJ (RELATOR P/ O ACÓRDÃO MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09). POSIÇÃO DE GARANTE. ART. 13, § 2º, DO CPB. IMPOSSIBILIDADE DE AGIR (REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO AUSENTES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, CONTUDO, COM A RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR, PARA TRANCAR, COM RELAÇÃO AO PACIENTE, A AÇÃO PENAL 2004.51.03.000047-9. 1. O trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de

elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. Neste caso, não se pode negar que se apuram condutas lesivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade da barragem que se rompeu e causou o gigantesco desastre ambiental, bem como da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico. 3. As decisões tomadas em determinada data podem ser decisivas quando se trata de crime ambiental, pois suas conseqüências só aparecem tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental. 4. Na hipótese, não se pode olvidar que bem antes de os pacientes perderem a propriedade da fazenda em que situada a barragem que se rompeu, foram alertados sobre a necessidade de seu esvaziamento, eis que construída em caráter absolutamente provisório. Havendo omissão em atender a essa advertência, sua relevância e o nexo de causalidade com o evento criminoso, ocorrido anos depois, somente poderá ser verificado por meio do regular andamento da Ação Penal, sob o crivo do amplo contraditório. 5. Todavia, no julgamento do HC 94.543/RJ (Rel. p/ o acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09), consignou-se que, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal, isto é, uma situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor. 6. Assim, ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – no caso em exame, o poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem concedida, todavia, com a ressalva do entendimento do Relator, para trancar, com relação ao paciente, a Ação Penal 2004.51.03.000047-9. HABEAS CORPUS Nº 95.941 - RJ (2007/0288371-0). RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA. IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

Consignou-se que, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal, isto é, uma situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor.

Assim, ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – no caso da ementa, o poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal.

2 – EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . INUNDAÇÃO E CRIME AMBIENTAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. OCORRÊNCIA. DELITOS OMISSIVOS. GARANTE. ART. 13, § 2º, DO CÓDIGO PENAL.

REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor. 2. Ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta. 3. Ordem concedida. HABEAS CORPUS Nº 94.543 - RJ (2007/0269461-2). RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA. IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO E OUTRO. ADVOGADO : FREDERICO DONATI BARBOSA. IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. PACIENTE : MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO. PACIENTE : VICTOR JOSÉ VELO PEREZ. PACIENTE : RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ.

O referido HC trata da mesma matéria anterior e avalia a existência ou não dos requisitos configuradores do crime omissivo impróprio, entendendo a falta da elementar “poder agir”, que assim retira a justa causa da ação penal, justificando o seu trancamento.

3 - Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO CULPOSO. CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO. PLANTÃO MÉDICO. DENÚNCIA: JUSTA CAUSA. I - Se a denúncia, permitindo a adequação típica, encontra respaldo no material cognitivo, não há que se falar de falta de justa causa. II - A ausência de alicerces válidos para a "persecutio criminis in iudicio" deve, em sede de "habeas corpus", ser detectável de plano, sem controvérsias. III - No crime comissivo por omissão tem-se a evitação que equivale, sem ser sinônimo, à causação dos crimes comissivos. IV - Se há suporte fático nos autos de que a médica especializada, plantonista, preferiu agir de forma diversa, não comparecendo ao local em que deveria estar para, em evento previsível, agir no sentido de impedir o resultado lesivo, então, a justa causa, para a ação penal, existe e a pretensão punitiva deve ser apreciada, posteriormente, no "iudicium causae". "Writ" indeferido. Acórdão Por unanimidade, indeferir o pedido. Processo HC 7153/SP Habeas Corpus 1998/0017285-8. Relator: Min. Felix Fischer. Órgão Julgador: Quinta Turma . D.J.: 13/10/1998.

Pretendeu-se o trancamento de ação penal, sob a alegação de falta de justa causa, o que não foi concedido, porque uma médica plantonista, deixou de comparecer e assim não evitou o resultado. O interessante na hipótese é que ficou consignado que a não evitação não equivale a causação. Assim, neste momento a omissão não foi igualada à ação. Mas o resultado será atribuído a medica, garante. Devendo durante a instrução identificar o seu elemento subjetivo (dolo ou culpa).

4 - Ementa : PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. HABEAS-CORPUS DE OFICIO. COMPETENCIA. NOS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO, O NÃO IMPEDIMENTO DO RESULTADO É EQUIPARADO A CAUSAÇÃO. SO TEM RELEVANCIA PENAL, POIS, A OMISSÃO DE PROVIDENCIA COM VIRTUDE DE IMPEDIR O RESULTADO, POR QUEM PODIA E DEVIA AGIR NESSE SENTIDO, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 13, PAR. 2., DO CODIGO PENAL. CONCESSÃO DE HABEAS-CORPUS DE OFICIO A UM DOS RECORRENTES, CUJO RECURSO CINGIU-SE A QUESTÕES DE NATUREZA PROCESSUAL, PARA CASSAR A CONDENAÇÃO. COMPETENCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECONHECIDA, DADO O CARATER INCIDENTAL DO HABEAS-CORPUS DE OFICIO, COMO FILTRA DO ART. 654, PAR. 2., DO CODIGO DE PROCESSO PENAL. Acórdão. POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO INTERPOSTO POR JORGE ANTONIO LOPES DE OLIVEIRA PELA LETRA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL E PROVIMENTO E NÃO CONHECER DO RECURSO INTERPOSTO POR FERNANDO CELSO LOPES FERNANDES DE BARROS, A QUEM DEFERIU ORDEM DE HABEAS-CORPUS DE OFICIO, PARA CASSAR A CONDENAÇÃO QUE LHE FOI IMPOSTA E TRANCAR A PENAL EM RELAÇÃO A ELE. Processo: REsp 8127/RS – Recurso Especial 1991/0002272-1. Relator: Min. Paulo Costa Leite. Órgão Julgador: Sexta Turma. D.J.: 16/03/1992.

A insegurança jurídica fica patente no caso presente, onde a sexta turma difere da quinta turma (decisão anterior). O relator da sexta turma (Costa Leite) considera a não evitação do resultado como causação do resultado. O que traz grande perplexidade, por se tratar de decisões conflitantes dentro de um mesmo tribunal. Traduz-se assim, a grande dificuldade existente em equiparar ou não omissão e comissão e a desproporcionalidade de culpabilidade ao igualar as situações.

5 - Ementa: PROCESSO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO. NO DIREITO PENAL, NÃO SE ADMITE A CULPA PRESUMIDA. NÃO DESPONTANDO, *IN CASU*, COMO SERIA DE RIGOR, EIS QUE AS IMPUTAÇÕES CONCERNEM A CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO, A PROVIDENCIA OMITIDA PELO PACIENTE QUE PODERIA TER IMPEDIDO O RESULTADO, IMPÕE-SE O RECONHECIMENTO DA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO. Acórdão. POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO, PARA CASSAR O ACORDÃO RECORRIDO E, EM CONSEQUENCIA, EXCLUIR DA DENUNCIA O PACIENTE. Processo: RHC 794/SP – Recurso Ordinário em Habeas Corpus 1990/0008911-5. Relator: Min. Costa Leite . Órgão Julgador: Sexta Turma D.J.: 17/12/1990.

O acórdão entende que não há crime porque não existe nexos causal entre o paciente e os fatos. A denúncia alegou negligência, verificada na omissão do supervisor da

empresa em prover um ambiente de trabalho, com meios de segurança necessários a impedir a aquisição de moléstias.

No caso, mais uma vez houve restrição no que pertine ao alargamento das posições de garantia, e tais limites devem equacionar a configuração da omissão imprópria. Do contrário, estaremos criando um retorno *ad infinitum*, a deveres ou condutas omitidas sem qualquer liame direto com o evento lesivo. Não pode existir presunção de elemento subjetivo, sob o pretexto de dar uma satisfação social sobre o infortúnio ou sobre a punição equivocada de alguns crimes (por exemplo, a consideração de dolo eventual e não culpa nos delitos de trânsito se há combinação de álcool com alta velocidade).

2.5.1.5 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Encontrou-se apenas um julgado na Corte Superiora, e as decisões da relatora e dos procuradores revelam a possibilidade de punição pelo crime omissivo impróprio diante da presença do elemento subjetivo, DOLO ou culpa, sem enfrentar a polêmica de confusão entre a comissão imprópria culposa e a negligência (culpa *stricto sensu*).

1- EMENTA - HABEAS CORPUS. SENDO DESCRITO NA DENUNCIA FATOS QUE CONFIGURAM CRIME EM TESE, NÃO CABE O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL SOB ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. A CAUSALIDADE, NOS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO, NÃO É FÁTICA, MAS JURÍDICA, CONSISTENTE EM NÃO HAVER ATUADO O OMITENTE, COMO DEVIA E PODIA, PARA IMPEDIR O RESULTADO. Processo: RHC 63428/SC, Relator: Min. Carlos Madeira, Órgão Julgador: Segunda Turma, D.J.:14/11/1985

Conforme o voto da ministra Ellen Gracie, revela-se incabível eventual imputação do crime previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, e sua modalidade culposa, uma vez que a análise valorativa exigida na tipificação do crime culposos imprescinde da demonstração da desobediência ao dever de cuidado objetivo, o que não se verificou no caso diante da escassez de provas relativas a qualquer comportamento negligente dos indigitados.

A ministra ainda pondera que não se comprovou qualquer conduta omissiva que pudesse, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal, responsabilizar os acusados pela prática do delito em apreço. É que mesmo nos crimes omissivos impróprios há a necessidade de demonstração do elemento subjetivo do agente, que represente a omissão dolosa ou culposa. Assevera a ministra que os acusados, mesmo na condição de diretores-presidente da empresa "CIPA Indústria de Produtos Alimentares Ltda", tinham o dever de agir para evitar resultados ofensivos aos consumidores e, por isso, deveriam assumir responsabilidades por irregularidades constatadas na produção e comercialização das respectivas mercadorias. Contudo, para que a omissão seja penalmente relevante, permitindo a imputação criminal do resultado ofensivo, é necessário, além da condição de garante, que o agente se omita dolosa ou culposamente, deixando de adotar as providências necessárias para que o processo de industrialização obedeça às regras de segurança alimentar, circunstância que não foi verificada na hipótese.

Pela análise da Ministra Ellen Gracie, não há nenhum elemento de prova evidenciando conduta dolosa ou culposa dos imputados, indispensável à caracterização da infração penal examinada e em face da ausência de base empírica comprovando que os acusados concorreram dolosa ou culposamente, ambos na qualidade de diretores-presidente da empresa "CIPA Indústria de Produtos Alimentares Ltda", para a prática do delito previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, não havia como formalizar acusação criminal. Vale ressaltar que a presença ou não dos elementos subjetivos foi analisada superficialmente. Não houve discussão sobre a possibilidade da omissão imprópria ser praticada por culpa, nem se havia a previsão do crime imputado a título de culpa.

Os elementos subjetivos foram analisados em conjunto e foi entendido pela inexistência de ambos, como se dolo e culpa fossem o mesmo móvel interno da conduta. O procurador Geral da República entendeu no mesmo sentido do voto da ministra, porque para ele não se comprovou qualquer conduta omissiva que pudesse, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal, responsabilizar os acusados pela prática do delito. Para ele também nos crimes omissivos impróprios há a necessidade de demonstração do elemento subjetivo do agente, que represente a omissão dolosa ou culposa, sem enfrentamento do tema no que concerne a confusão que pode existir entre a negligência e a comissão por omissão culposa.

Assim como os autores pátrios, os tribunais aceitam a possibilidade de punição da comissão por omissão a título de culpa, sem avaliar se a imputação não está no terreno da

omissão pura, necessitando tipificação expressa, ou então, previsão da punição por omissão, junto ao tipo comissivo, com pena proporcional e razoável.

3 SELEÇÃO DAS POSIÇÕES DE GARANTIA

A dogmática dominante afirma que uma posição de garante somente pode vir fundamentada pelo dever jurídico. Existem teses defendendo que os deveres morais e sociais também podem tornar o omitente responsável pelo resultado. Não obstante o sustentáculo do direito penal estar no princípio da Legalidade, tais teses estão se fortalecendo cada vez mais.

Há atualmente uma tendência a juridificar deveres de ação que originariamente somente se consideravam como uma vinculação moral. Neste sentido, Gallas Studien, citado por Enrique Gimbernat Ordeig¹⁵⁶.

Razoável concordar com Enrique Gimbernat Ordeig quando afirma que “lo único seguro em los delitos imprópios de omisión es que no hay nada seguro”¹⁵⁷.

Existe hoje grande facilidade para ampliar a figura típica, não obstante as fontes formais previstas no art. 13, §2º do Código Penal, principalmente no que concerne a figura do ingerente, (descrita na alínea “c”). Somente este ponto sombrio neste estudo incipiente, seria bastante para uma nova dissertação.

A ampliação da reprovação daquele que se omite, no caso concreto existe numa tentativa de se justificar a omissão legislativa e dar uma satisfação social, diante de omissões que se apresentam até mais graves do que os crimes comissivos.

No entanto, essas interferências estatais pontuais não solucionam o problema e criam desajustes no sistema. Qualquer que seja a positivação feita, ela é preferível à omissão e ao alargamento das posições de garantia em verdadeira afronta aos princípios da culpabilidade, legalidade e razoabilidade.

¹⁵⁶ STUDIEN, Gallas apud ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Revista de Derecho Penal Y criminologia**. 2 epoca. Julio 1999. n.4 - Universidad Nacional de Educacion a Distancia . Facultad de derecho. “ El delito de Omision impropia”. p. 527.

¹⁵⁷ _____. Op. cit., p. 526

3.1 A posição de garante e o dever de impedir o resultado

Necessário explicar como em certas situações algumas pessoas são responsáveis pela evitação do resultado, ou seja, por que sobre tais pessoas recai a condição de garantidor de determinado bem jurídico. A análise formal das fontes de garantia pode induzir o intérprete, bem como o aplicador da lei, a erro. Não basta ser garante, ele tem que estar em condições de atuar e sua atuação deve estar em grau próximo ao da certeza, de que se atuasse o resultado seria evitado ou diminuiria o risco de que o resultado se produzisse, o que vale também para a exposição do bem jurídico a perigo.

Estamos diante de um dos temas mais tortuosos da dogmática penal, porque existe grande margem de discricionariedade para se imputar o resultado a alguém, que se encontra na posição de agente/garante, através da cláusula geral de equiparação do crime omissivo ao comissivo, prevista no art. 13, §2º do Código Penal. Vale o mesmo para a atribuição ao garante do crime tentado sem ao menos ter iniciado a execução, que é considerada a partir de um juízo hipotético e de probabilidade, ocorrido apenas no mundo das idéias, condição para atribuir-lhe o resultado, o que não ocorre nos crimes comissivos.

O que é determinante para a atribuição do resultado é a análise do critério das fontes formais do dever de garantia, expressamente previsto na lei, e não a análise material e valorativa sobre se o resultado de lesão ou de perigo de lesão deve ser imputado ao omitente por ocupar uma posição de garante em relação ao bem jurídico.

No campo da omissão própria, porque assim dispôs o legislador, o omitente não responde pelo resultado. A omissão está tipificada como delito independente e qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime.

Aos garantes será imputado o resultado precisamente porque para eles concorre esta condição, e tal omissão imprópria não está expressamente escrita.

Na omissão própria o campo de imputação está limitado àquelas omissões cometidas pelos não-garantes, como acontece com a omissão de socorro e o dever de impedir determinados delitos, expressamente tipificados.

De acordo com este critério, a omissão é imprópria quando pode ser equiparada jurídico-penalmente a realização de um fazer ativo, independentemente de haver previsão expressa do legislador na parte especial do código penal.

Além do risco de se adotar um nexos causal fictício e estarem as razões da seleção dos garantidos mais ligadas a questões éticas e morais, a atribuição do resultado iguala em consequências a omissão imprópria à ação. Se para atribuição de resultado nos crimes comissivos é necessário nexos causal físico, sendo desconsiderados para efeito de punição a cogitação e os atos preparatórios, a lógica e o razoável seria atribuir pena diferenciada àqueles que praticam crimes comissivos por omissão.

Não podemos nos deslembrar que em algumas hipóteses a omissão de uma ação pode ser mais reprovável que a própria ação, no entanto isso reflete na culpabilidade e não na imputação de crime a pessoa tida como garante, no terreno da tipicidade.

A determinação da imputação do resultado ao agente/garante, obtida através da previsão da cláusula geral, com as fontes formais taxativas, continua sendo um problema, porque necessita do caso concreto e da valoração para esclarecer quando é que alguém se encontra jurídica e pessoalmente obrigado a impedir o resultado típico.

Qualquer que seja a fonte jurídica do dever especial, certo é que a juridicidade dessa fonte da obrigação, embora condição necessária, ainda não constitui condição suficiente de uma punição a título de comissão por omissão. É necessário, como dito, que o garante, além de estar juridicamente obrigado a evitar o resultado, se encontre também pessoalmente vinculado a fazê-lo.

Se entendermos que a exigência da pessoalidade do dever, mais do que recortar o círculo restrito dos possíveis autores de um crime comissivo por omissão, visa o apuramento de uma particular “relação fática de proximidade do omitente com o bem jurídico a proteger

ou a fonte de perigo a controlar”, então forçosamente teremos de concluir que a lei penal não resolveu o mencionado problema, por este não ser suscetível de uma solução em abstrato¹⁵⁸.

Mesmo com a previsão no art. 13, §2º do CP, indicando que o dever apenas se considera pessoal, quando exista uma estreita relação do garante com o bem jurídico ou com a fonte de perigo, nem por isso deixa de ser necessária uma apreciação casuística, orientada para a averiguação da existência de tal proximidade sócio-existencial.

Somente a partir do caso concreto a especial ligação do garante pode ser afirmada, bem como o dever de evitar o resultado, que além de jurídico, é também pessoal. A norma que impõe um dever pessoal de obstar a verificação do resultado típico sempre será o produto da valoração de um substrato concreto, de uma certa relação da vida; em consequência, esta norma não existirá fora dessa concreta situação da vida que lhe deu origem.

Sendo assim, o dever de garantia não resulta dos fundamentos positivos, antes sim de uma valoração ético-social autônoma, complementadora do tipo, através da qual a omissão vem fundamentalmente a equiparar-se à ação na situação concreta, por virtude de exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade. Diante da fragilidade do bem jurídico “solidariedade”, que não combina com um direito penal subsidiário, existe uma reinterpretação, do bem jurídico nos crimes omissivos, para entendê-los não mais por um vínculo ético ou moral, mas como ofensa à saúde, à integridade e à vida.

Da forma como está prevista a obrigação de evitar o resultado, é possível receber no seu âmbito deveres de afastamento do evento típico, oriundos de outros setores do ordenamento jurídico, num procedimento final idêntico àquele que, em geral o Código Penal adota em matéria de violação do dever.

A determinação do dever de cuidado, a que o agente está obrigado, implica o recurso a regras técnicas extra-penais ou, até a mera regras de diligência, socialmente impostas para certo âmbito da vida comunitária. A apuração de quem seja o responsável, de quais sejam os seus deveres inerentes ao cargo, que foram violados ao levar a cabo certa conduta descrita no tipo legal de crime ou a competência necessária para poder ser autor de certa infração criminal, inevitavelmente envolverá o recurso a regras extra-penais e, por isso,

¹⁵⁸ QUINTELA DE BRITO, Teresa. A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.p.125.

destituídas das especiais garantias que acompanham toda a criação e aplicação de uma norma penal.

A delimitação do específico tipo comissivo por omissão sempre haverá de alicerçar-se na especificação dos particulares destinatários de um dever; de conteúdo jurídico-penalmente fundamentado. Em primeiro lugar, a determinação dos sujeitos de um tal dever far-se-á em função de uma norma, porventura extra-penal, que lhes impõe uma obrigação funcionalmente dirigida ao impedimento do evento ou, também, de uma certa forma do seu aparecimento, descritos na incriminação da parte especial (responsabilidade jurídica pela não produção desse resultado). Mas, como a fonte jurídica do dever apenas relevará em virtude de uma especial ligação do garante com o bem jurídico a proteger ou com a fonte do perigo a controlar (dever jurídico pessoal), será necessário proceder à valoração casuística de uma tal relação. Só no término deste procedimento, sem dúvida complexo, se poderá confirmar a existência de um dever, pelo menos recebido no âmbito do Direito Penal, que jurídica e pessoalmente obriga certos indivíduos a evitar um determinado resultado típico.

3.2 Teoria clássica das fontes jurídicas

Um dos primeiros a lidar com o tema sobre este especial dever de agir foi Feuerbach, preocupando-se com a equiparação entre ação e omissão, o que já é um vislumbre da posição de garante. Segundo o seu pensamento, a sociedade civil tem por objetivo garantir a liberdade recíproca de todos os seus integrantes, o que se caracteriza como uma condição jurídica. A lesão jurídica se contrapõe aos objetivos do Estado, portanto é necessária a existência de determinados institutos que possam evitá-la. A coação pode ser prévia ou posterior. A prevenção posterior não consegue impedir as lesões, então, é necessário que o Estado faça uso de uma coação psicológica, objetivando evitar que o indivíduo cometa delitos¹⁵⁹.

O Estado possui a prerrogativa de legislar sobre proibições e também determinar que o cidadão se omita de praticar ações proibidas. O crime omissivo se caracteriza quando a pessoa tem a obrigação da efetiva ação, tendo em vista que a omissão é a obrigação originária

¹⁵⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Op. cit., p. 58-60.

do indivíduo: omitir-se de descumprir a lei. Portanto, o crime omissivo deve possuir um fundamento jurídico específico (lei ou contrato), sobre o qual se baseia a obrigatoriedade da atuação¹⁶⁰.

A legitimidade da existência do crime omissivo, para Feuerbach, é uma forma de garantir a liberdade de outros e não de impor uma determinada moral. A lei é composta de deveres que devem ser observados e cujo descumprimento torna o cidadão passível de sofrer uma coação; o conteúdo destas normas é uma omissão (não matará). Os crimes omissivos possuem um conteúdo que obriga a pessoa a ajudar outrem, determinado por lei ou por contrato. Porém, só são punidos comportamentos exteriorizados pelo indivíduo¹⁶¹.

Desta forma separa-se a moral do direito, o que constitui o princípio da secularização¹⁶², a punibilidade de certas pessoas, obrigadas a agir, depende da existência de lei ou contrato, que os obrigam a atuar¹⁶³.

É necessário ultrapassar os motivos que originaram as relações jurídicas, posto que a lei é carente de fundamentos a respeito de formação de deveres.

Existem deveres que são gerados por lei e outros que são gerados por relações jurídicas especiais, como os advindos do casamento, o existente entre soldados e superiores, as relações paternas, de comunidade estreita e convencionadas pela sociedade, que estão sendo usadas como fundamento para um dever de garantia, mas que possuem natureza de dever moral ou ético, sem aptidão para uma reprovação penal. É necessário para pretensão de criação de uma posição legal de garante, uma ordem social estreita, como o matrimônio e a coabitação, o que depende do caráter axiológico, no que concerne ao merecimento de pena, passando anteriormente pela avaliação do conteúdo ontológico.

3.3 Teoria das funções

¹⁶⁰ _____. Op. cit., p. 64-65.

¹⁶¹ _____. Op. cit., p.151.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 2. ed.. Roma: Laterza, 2002, p. 203.

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 22-24.

Após o período das teorias clássicas, adveio o sistema neokantiano, que imperou nas teorias de garante, reconhecendo a equiparação entre ação e omissão, tendo em vista a ausência de clareza por parte do legislador¹⁶⁴, concluindo que haveria uma causalidade na omissão.

Iniciou-se a preocupação com a escassa delimitação formal dos deveres de garante, fundamentando a infração do dever através da ilicitude material¹⁶⁵.

Kaufmann inaugurou a teoria das funções de garante, afirmando a existência de omissões absolutamente autônomas, representando manifestações de delitos comissivos fundamentadas em uma proibição legal, porém entende que nem toda omissão equivale a uma comissão, sendo necessária a existência de uma relação de dever especial, originando a obrigação de proteger um determinado bem jurídico. A pessoa que é obrigada a agir é o garante, o qual é elemento não escrito do delito.¹⁶⁶

Nesta teoria não há uma explicação do motivo da posição de garante, Androulakis, opositor de Kaufmann, dizia que para a equiparação entre ação e omissão o importante é a proximidade social, respondida através de perguntas ontológicas e axiológicas, posto que o não atuar deve ser ontologicamente comparável a uma ação possível¹⁶⁷.

Outros autores utilizam critérios fáticos e normativos como fundamento da posição de garante através de princípios e regras decisórias do conteúdo de injusto da ação à omissão. Como ação e omissão são igualmente injustas devem ser punidas igualmente¹⁶⁸.

Kaufmann afirma que existem posições de garante primárias e secundárias; aquelas visam proteger os que por si só não o consegue e estas, derivam de um comportamento anterior perturbador. Cita o conceito de provocação que é trazido à baila por Wolff, considerando que a equivalência provém do fato de se provocar um mal na ação e também na omissão. A não evitação tem importância jurídica quando há uma relação de

¹⁶⁴ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Trad. de Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 40.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 701.

¹⁶⁶ KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 458.

¹⁶⁷ Idem ibidem.

¹⁶⁸ RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Die gleichstellungsproblematik der unechten unter-lassungsdelikte und der gedanke der ingrenz**. Göttingen: Schwartz, 1966, p. 96.

dependência originária ou de ingerência, nestes casos, é esperado que a pessoa responsável evite o resultado, se não o faz deve ser penalizado¹⁶⁹.

Conforme o pensamento de Bärwinkel, citado por Kaufmann o conceito de injusto é fundamental para a determinação das relações de garantia, de forma que o valor seja o bem-estar da coletividade. Existe, portanto, um determinado número de situações cujo objetivo é proteger bens jurídicos, caso estas situações fossem deletadas a própria coexistência social sofreria danos, posto que a sociedade depende de certos bens, portanto, a necessidade do garante, uma pessoa de quem se espera um agir¹⁷⁰.

O cerne da responsabilidade do garante reside no domínio sobre a causa do resultado, conforme preceitua Schünemann, entendendo que a equiparação entre a ação e a omissão existe em determinados casos, cujo centro de imputação está no domínio que a pessoa tem sobre o seu corpo, sendo, portanto, responsável por elas¹⁷¹. Para ele, as causas do resultado da omissão podem ser divididas em uma de cunho causal e outra de desamparo especial da vítima. Sendo que o omitente responderá pelo delito quando dominar uma dessas causas da mesma maneira que dominaria as causas se o crime fosse proveniente de uma ação¹⁷².

Alguns autores negam a questão da posição de garante, como fazem Freund e Gallas. O primeiro entende que o conceito de garante não pode fazer parte do tipo omissivo, questionando por que a posição de garante substituiu a equivalência como elemento do tipo. Defende que a questão da equivalência refere-se à conduta típica, pois o conteúdo da omissão e da comissão é equivalente, tendo em vista que a utilidade da norma é a mesma¹⁷³.

As relações paternas, matrimoniais e de comunidade estreita, convencionadas pela sociedade, possuem critérios materiais que não servem de fundamento para um dever quer seja moral, jurídico ou penal, conforme preceitua Gallas¹⁷⁴.

¹⁶⁹ KAUFMANN, Armin. Op. cit., p.106-110.

¹⁷⁰ _____. Op. cit., p. 105-106.

¹⁷¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania**. Revista Del Poder Judicial, Madrid, n. 51, p.201-222, 1998.

¹⁷² _____. Op. cit., p. 222.

¹⁷³ GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959. p. 54-60.

¹⁷⁴ Idem ibidem.

No que se refere aos crimes omissivos, a imputação está na esfera objetiva que gerou os riscos, portanto, o omitente deve ser punido, tendo em vista que domina os riscos em potencial que geraram o resultado, o que é um poder de decisão absoluto do omitente, que fatalmente deve levá-lo à punição.

3.4 Teoria material-formal

Juarez Tavares afirma que no que se refere aos crimes omissivos não podemos limitar a possibilidade de aplicação de penas diante da previsão das fontes meramente formais, posto que tais delitos possuem um conteúdo abrangente, entendendo que a omissão não é matéria exclusivamente jurídica, mas possui um componente de caráter pré-jurídico – o sentido social – que deve existir entre as pessoas, que exige que haja proteção de umas para com as outras. O fundamento segundo este autor deve ser jurídico, ainda que tenha suas bases no sentido social, mas deve possuir amparo no ordenamento jurídico vigente.

Nagler¹⁷⁵, embora partidário de uma teoria formal das posições de garante, teve o mérito de fundar a equivalência entre a ação e a omissão, não ao nível da causalidade ou da ilicitude, mas do tipo legal de crime. Assim, os delitos omissivos impróprios seriam diretamente subsumíveis à norma da parte especial, na medida em que constituiriam simples modalidades de comissão do evento típico. Contudo, as chamadas omissões impróprias só se apresentariam como típicas quando o seu autor estivesse investido numa especial posição de garante de determinados bens jurídicos.

Como crítica global a teoria do dever jurídico formal cabe alegar, além do que já foi dito, que como em toda hipótese em que a antijuridicidade depende da idéia de contrariedade ao dever, seu excessivo formalismo e sua escassa concreção conduzem a resultados insatisfatórios imediatamente a uma adequada fundamentação da responsabilidade penal a título de comissão por omissão. Pois, por um lado, a idéia de contrariedade ao dever é, como disse RUDOLPHI¹⁷⁶, tão abstrata e vazia de conteúdo como a exigência de causalidade, não sendo nem muito menos pacífica sua compreensão pelos distintos teóricos, pelo que deriva

¹⁷⁵ NAGLER, Johannes. **Die problematik der begehung durch unterlassung**. Berlin: Der Gerichtsaal, vol. 111, 1938.. p.1 e ss.

¹⁷⁶ Pag. 27

em um conceito puramente formal de dito elemento, inútil aos efeitos perseguidos da delimitação do âmbito das comissões por omissão puníveis. E, por outro lado, a remissão que, na busca de tal catálogo formal dos deveres de atuar, efetuam os defensores desta teoria ao resto do ordenamento jurídico não parece justificada pois, como também disse RUDOLPHI nada há na lei penal que obrigue a socorrer a preceitos extra-penais para estabelecer o repertório de deveres de atuar penalmente relevantes: ditos deveres de atuar, presentes em outros ramos do ordenamento distintos da lei penal, podem servir de orientação mas não de base, pois somente as valorações extraídas da lei penal cabe deduzir tal elenco. Por outro lado, de pouco vale o procedimento formal de precisão das fontes do dever de atuar seguido pela tese que agora se critica, já que seus partidários seguem desenvolvendo-se em torno ao já conhecido desde STUBEL, caráter tríplice de fontes, representado pela lei, pelo contrato e pela ingerência.

Cabe uma crítica o dever jurídico formal, a de que, ao aceitar-se suas premissas conduziria irremediavelmente a uma antinomia característica: a do caráter de dupla ilicitude que nela representam os delitos de omissão imprópria. Pois como entre outros há demonstrado WELP, se se diz que ação e omissão são igualmente típicas por serem ambas causais em relação ao resultado produzido, por que se exige nesta segunda uma dupla ilicitude? A genérica de cumprir o tipo sem presença de causa de justificação alguma e a específica de infringir um dever especial de atuar para evitar o resultado? Não será porque se está reconhecendo que, como antes dizia-se estas duas modalidades de comportamento não são nem igualmente causais nem igualmente típicas? A aludida inconsequência não somente recoloca o problema da inclusão de uma e outra no tipo “proibitivo de causar”, senão que desemboca em um resultado absurdo: se ação e omissão não se distinguem no tipo senão na ilicitude, não será possível construir a autoria até chegar a este momento já que o tipo não oferecerá dados suficientes para concluir quem, dentre todos os possíveis omitentes, teriam um dever jurídico especial de evitar o resultado. O que é completamente insustentável, especialmente se se pensa, como TOCILDO HUERTA, que o tipo deve conter todos os elementos constitutivos do injusto da respectiva espécie de delito¹⁷⁷.

¹⁷⁷ TOCILDO HUERTA. Problemas fundamentales de los delitos de omisión. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones: Madrid, 1987. p. 51

3.5 Critério da competência organizativa e competência institucional de Jakobs

Na atualidade, um setor importante da contemporânea teoria da imputação objetiva (a nova escola de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Mussig, Vehling) estuda o problema das posições de garante de uma perspectiva distinta da tradicional de Armin Kaufmann. A origem das posições de garante se encontra na estrutura da sociedade, na qual existem dois fundamentos da responsabilidade: na interação social se reconhece uma liberdade de configuração do mundo (competência por organização), e à frente da liberdade de configuração, há deveres que procedem de instituições básicas para a estrutura social (competência institucional)¹⁷⁸.

Jakobs trata da responsabilidade em virtude de uma competência organizativa e ressalta que o direito penal visualiza as normas como imperativos dirigidos às pessoas e não como expectativas institucionalizadas¹⁷⁹.

Adverte que o domínio de uma pessoa sobre seu corpo não é a única circunstância que pode produzir mandatos, em uma sociedade de proprietários livres e titulares de direitos.

Bacigalupo afirma que atualmente existe uma clara tendência a não tomar como ponto de partida a distinção entre comportamento ativo e omissivo, mas a troca por outra, a responsabilidade pela liberdade de organização, em cujo marco a distinção entre ação e omissão tem reduzida transcendência e a responsabilidade pelo descumprimento de deveres institucionais¹⁸⁰.

O mesmo autor continua a explicar que nos últimos decênios nem todos os tipos de delitos tem uma estrutura que permite a explicação das questões da autoria através da teoria do domínio do fato. Em 1963, Roxin se propôs a distinguir os delitos de domínio do fato dos delitos de infração de dever. Na sua versão originária os delitos de infração de dever se caracterizam porque a autoria da realização do tipo penal não depende do domínio do fato,

¹⁷⁸ CALLEGARI, André Luís, et. al. Op. cit., p.22-24.

¹⁷⁹ JAKOBS, Günther. La imputación penal de La acción y de La omisión. In: **Cuadernos de conferencias y artículos**, n. 12, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 31-32.

¹⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general, 2 edição. Buenos Aires: José Luis de Palma Editor, 1999, p. 243.

mas da infração de um dever que incumbe ao agente. Os delitos de infração de dever se dão em tipos penais, nos quais a autoria se encontra reduzida àqueles a quem incumbe um determinado dever. Portanto, nestes delitos de infração de dever, é fato que quem domina a ação não será o autor nem o coautor, porque a autoria é definida por uma infração de dever e não pelo domínio do fato¹⁸¹.

Jakobs modifica a caracterização dos delitos de infração de dever, não elaborando a teoria do delito com base na distinção entre ações e omissões, mas em deveres que provém da organização da intervenção do agente e deveres que provém da posição institucional deste. Portanto, os delitos de domínio se correspondem com o âmbito da organização (sendo irrelevante se é uma ação ou uma omissão) e os delitos de infração se referem ao âmbito institucional. Do ponto de vista de Jakobs, nos delitos de infração de dever a competência do autor se fundamenta na lesão de deveres protegidos institucionalmente¹⁸².

Contra a teoria dos delitos de infração do dever tem se argumentado que, na medida em que todas as normas impõem deveres, e todos os delitos são infrações de uma norma, deduz-se que todos os delitos tendem ao caráter de delitos de infração de dever. Este ponto de vista foi desenvolvido a partir da concepção do direito penal como defraudação de expectativas. A distinção entre delitos de domínio e delitos de infração de dever foi mantida por Jakobs sobre a base da diversidade entre os deveres que provém da organização da própria atividade e os que derivam de uma instituição¹⁸³.

Niklas Luhmann através da teoria dos sistemas¹⁸⁴ influenciou o pensamento de Jakobs, considerando que o homem é um subsistema, entendendo que a obrigação originária humana contém um conteúdo negativo, que é o de não ser perturbado em sua existência. Não existem deveres negativos, devem existir deveres positivos de prestação, portanto, não faz sentido distinguir ação e omissão¹⁸⁵.

¹⁸¹ _____. Op. cit., p. 496.

¹⁸² _____. Op. cit., p. 497.

¹⁸³ _____. Op. cit., p. 498.

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Trad. de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 41.

É necessário distinguir as responsabilidades decorrentes de competência pela organização e as existentes em virtude de incumbência institucional¹⁸⁶.

A responsabilidade em virtude de organização é baseada em deveres gerais e a responsabilidade em virtude de competência institucional é baseada em deveres especiais.

O primeiro fundamento da responsabilidade é a lesão dos limites gerais da liberdade no que se refere à configuração exterior do mundo. Mas os seres humanos vivem em um mundo socialmente configurado de uma determinada maneira e possuem um *status* especial, como a testemunha que é chamada perante uma Comissão de Investigação, como o funcionário público, como médico ou como padre, que possuem direitos e deveres (como o dever de comparecer e o dever de dizer a verdade). O segundo fundamento da responsabilidade é a inobservância dos limites existentes em função deste *status* especial. Trata-se de distinguir não sobre a base da aparência externa da conduta, mas com base na razão normativa da responsabilidade penal¹⁸⁷.

O *status* geral configura a competência por organização. A cada um compete garantir que no contato com uma organização alheia, a própria tenha uma configuração que se mantenha dentro do risco permitido, em virtude do seu *status* geral, como sinal de seu direito de organização. Todos têm que assegurar sua própria organização de modo que ela não corra risco além do nível permitido. Todo ordenamento social contém como dever que uma pessoa não cause dano a outra. Não é necessário que todos prestem ajuda a todos, mas somente a expectativas de que não se perturbem ou causem danos¹⁸⁸.

Para Jakobs no que se refere às relações positivas a situação é diferente, posto que elas contenham como pressuposto o estado da organização de outra pessoa ou o estado de uma instituição do Estado. Existe uma diferença entre os deveres que a todos competem em relação negativa, ou seja, os deveres que cabem a todos os cidadãos e os deveres especiais na relação positiva, ou seja, os deveres dos titulares de um *status* especial. As infrações do dever existem quando há infração dos deveres derivados de um *status* especial¹⁸⁹.

¹⁸⁶ _____. Op. cit., p. 949.

¹⁸⁷ _____. **Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre acción y omisión.** Traducción Peñaranda Ramos. En Estudios de Derecho penal. Madrid, p. 347-348.

¹⁸⁸ _____. **Injerencia y dominio del hecho.** Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 12

¹⁸⁹ _____. Op. cit., p. 13

Nos delitos de domínio, o comportamento delitivo é o que reúne o autor e a vítima; se o delito não houvesse ocorrido, não haveria vinculação entre eles. Porém, nos delitos de infração de dever ou em virtude de responsabilidade institucional, o bem jurídico e o autor estão vinculados através de uma relação institucional positiva, anterior ao ato delitivo¹⁹⁰.

Algumas pessoas possuem deveres positivos e negativos perante uma organização; os deveres positivos são deveres especiais que se referem aos grupos específicos de pessoas e os deveres negativos são deveres gerais que incumbem a todos. As pessoas são titulares de direitos e de modo recíproco devem respeitar os direitos uns dos outros.

Toda pessoa responsável tem a liberdade de organização interna que está sujeita a uma contraprestação: o cidadão tem que cuidar de que seu âmbito de organização não traga processos causais danosos; se não cumpre este dever não pode querer liberdade alguma¹⁹¹. Como preceitua Lesch, a pessoa que se auto administra deve assumir a responsabilidade de uma administração deficiente¹⁹².

Os deveres negativos são resultantes da ligação entre a liberdade de organização/responsabilidade com as conseqüências da organização defeituosa, se trata do âmbito da organização do comportamento em geral, se não houvesse esta relação entre liberdade de comportamento e responsabilidade pelas conseqüências seria impossível organizar as relações humanas e não seria possível a existência da sociedade. Assim cada pessoa garante a inocuidade de sua conduta¹⁹³.

Segundo Jakobs, a obrigação originária tem como conteúdo pagar o preço da liberdade, ou seja, manter o próprio âmbito da livre organização, porém numa situação inócua para os demais. Junto com a proibição "não cause dano", aparece um novo mandato: "eliminar os perigos que surjam do seu âmbito de organização"¹⁹⁴.

¹⁹⁰ _____. **Acción y omisión en derecho penal**. Trad.: Luís carlos Rey Sanfiz e Javier Sánchez Vera. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2000, p. 278.

¹⁹¹ _____. **Derecho penal**: parte general. 2. ed.. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p 25

¹⁹² LESCH, Heiko Harmut. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad.: Javier Sánchez e Vera Gómez Trelles. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1995, p. 32

¹⁹³ Idem ibidem.

¹⁹⁴ JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Sánchez-Vera (trad.), en JAKOBS, Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Madrid, 2004, p. 118.

Existem deveres positivos para melhorar a situação de outras pessoas ou para a realização de instituições estatais, trata-se de deveres de estabelecer um mundo em comum, pelo menos parcialmente com um beneficiário, é necessária uma expectativa de que as instituições elementares funcionem ordenadamente. Esta expectativa possui um conteúdo positivo, as instituições estão em harmonia com as esferas de organização dos indivíduos. O pressuposto destes deveres e expectativas é a existência de um autor com um *status* especial: um médico, um funcionário. A ausência de cumprimento da expectativa e a infração desses deveres positivos faz surgir os delitos de infração de dever¹⁹⁵.

A instituição negativa traz o comando do que se deve fazer, ao contrário das instituições positivas, que dizem o que deve ser feito¹⁹⁶.

Jakobs desenvolve a idéia de que os *status* especiais estão vinculados estreitamente a contextos regulados pelo que denomina de instituições. As instituições são estruturas relacionais, constitutivas e características de uma determinada sociedade, não disponíveis em sua própria configuração para as pessoas.

Jakobs elenca as instituições positivas possíveis: a relação entre pais e filhos e seus institutos, o matrimônio, a confiança especial, assim como os deveres genuinamente estatais¹⁹⁷, em uma fase superior elimina o matrimônio deste rol¹⁹⁸.

Conclui-se, parcialmente, da exposição do pensamento do autor que esta dualidade na fundamentação da responsabilidade tem incidências muito importantes na estrutura do delito, porque, contrariamente ao finalismo, as diferenças entre as diversas categorias do delito (como autoria, participação e formas de imputação objetiva) não se encontram no fato de que se trata de uma conduta dolosa ou culposa, de ação ou omissão. Dependem de que situemos a conduta no campo da competência institucional ou na competência por organização. Pretende Jakobs fundamentar a possibilidade de atenuação especial da pena na inexistência de uma efetiva vivência da instituição, também imputável ao garantido, no caso de um dever de garante fundado numa “competência institucional”. Isto,

¹⁹⁵ _____. **La omisión**: estado de la cuestión. Madri: Civitas, 2000.

¹⁹⁶ TRELLES, Javier Sanchez Vera Gomez. **Delito de infracción de deber y participación delictiva**. Madri: Marcial Pons, 2002, p. 115-116.

¹⁹⁷ GÜNTHER, Jakobs. La imputación penal de la acción y de la omisión, Tradução de Javier Sánchez Vera. In: **Cuadernos de Conferencias y artículos**, número 12, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia 1996, p. 56.

¹⁹⁸ _____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2004, p. 128.

por considerar que, neste grupo de posições de garantia, “a razão da responsabilidade reside na instituição, sem considerar a sua configuração no caso individual”.

3.6 Sociedade de risco e direito penal do risco

O intuito desta breve incursão acerca do Direito Penal do risco e da sociedade de risco, não é abordar detalhada e profundamente a questão. O objetivo é aduzir, com todo o respeito aos estudiosos que tanto se dedicam à matéria e que têm maior autoridade para chegar a conclusões, que o argumento dos riscos não controláveis de outrora e dos riscos controláveis da modernidade não convence.

Neste mesmo sentido a posição de Janaína Conceição Paschoal¹⁹⁹.

A rede mundial de computadores invadiu os lares propagando a globalização e a democratização do conhecimento. Hoje assistimos à censura e a proposta da internet aberta mas não totalmente gratuita. Os sites que distribuíam informações há vários anos, agora são considerados criminosos que atacam os direitos intelectuais e existe mão de ferro contra esses “terroristas” ou “piratas” do mundo “on line”, e estão sendo presos, perseguidos e estão sendo votadas leis, no Congresso Americano, para punir essa grave ameaça.

O simples relato desse fato já causa estranheza, mas o que mais aflige é a naturalidade com que essa responsabilização penal por omissão é recebida. Não há qualquer ponderação acerca da necessidade de dolo para caracterização do delito de ofensa aos direitos autorais, como no caso citado da S.O.P.A (Stop online piracy acty) ou quando ocorrem desmoronamentos de prédios em uma das capitais brasileiras. A população fica muito tranquila, assim como o Estado em aceitar a condição de garante do engenheiro, ou dos funcionários dos sites perseguidos, como se eles houvessem planejado utilizar os bens alheios e se enriquecessem com isto ou como se eles houvessem logrado qualquer vantagem com os crimes. Atribui-se idêntica reprovação ao usar o direito de outrem e deixar que se usem obras alheias, por não se tomarem os cuidados cabíveis.

¹⁹⁹ Janaína Conceição Paschoal. **Ingerência Indevida**. 2009. Tese (livre-docência em direito Penal). Faculdade de direito de São Paulo. São Paulo. p.133.

Ocorre hoje a exacerbação do aspecto preventivo geral positivo do Direito Penal. Há décadas quando se estudavam os crimes omissivos impróprios, avaliavam-se os tradicionais exemplos da mãe que deixa de amamentar o filho que acaba por falecer por inanição, porque está deprimida e se torna negligente.

Atualmente, estuda-se a responsabilidade de um funcionário de uma agência bancária localizada em um país, relativamente à operação que favorece a lavagem de dinheiro praticada em agência bancária sediada em outro país²⁰⁰. A globalização se deu também no âmbito das relações interpessoais. Crenças como a de que cada casal deve decidir como melhor educar seus próprios filhos se desvaneceram diante da aprovação da “Lei da Palmada”. A omissão de um dos pais diante das agressões que continuam acontecendo independente das leis que sejam criadas, é punida com a mesma severidade como se a tivesse diretamente causado.

A criação, o incremento e a não diminuição do risco passam a ser o centro de todas as questões, e a máxima de que fazer o mal é pior que não fazer o bem finda invertida.

Jorge Figueiredo Dias, tentando apegar-se à função subsidiária do Direito Penal de proteção de bens jurídicos penais, dadas as necessidades modernas e os riscos que comprometem as gerações futuras, aceita inúmeras flexibilizações, dentre elas, a da revalorização dos crimes omissivos e da própria negligência, valendo destacar a proposta de elevarem-se as penas para estas modalidades de crimes, muito mais relacionadas à sociedade moderna²⁰¹.

Como já abordado, o estudo dos crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, passa a ser importante e necessário, na medida em que se verifica, na prática, um alargamento do conceito de garante, que chega à extensão para os crimes comissivos. O estudo da sociedade de risco em conjunto com esse fenômeno se justifica em virtude de a globalização ser tomada como fundamento para tal alargamento. Tem-se verificado o estabelecimento de deveres de relatar, de noticiar, em termos mais explícitos, de delatar.

²⁰⁰ Janaína Conceição Paschoal. **Ingerência Indevida**. 2009. Tese (livre-docência em direito Penal). Faculdade de direito de São Paulo. São Paulo. p.129.

²⁰¹ Jorge de Figueiredo Dias. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001. p.158.

A partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, ocorrido em 08/02/2012 o cidadão que agredir uma mulher pode ser enquadrado mesmo se for denunciado por um vizinho, pelo Ministério Público, ou simplesmente por alguém que tenha presenciado a agressão. Trata-se de mais uma amostra da grande inflação legislativa, fundamentada no risco, e apoiada pela sociedade, que não se dá conta da invasão do Estado e na ingerência excessiva na esfera privada do cidadão, retirando-lhe direitos, avalizado pelo argumento do risco.

Existe uma intervenção excessiva do Estado na vida do cidadão, não respeitando mais o direito fundamental de privacidade e inviolabilidade do lar, com a autorização dos próprios indivíduos, que abrem mão de seus direitos em face de uma falsa legitimação que o Estado se apropria, quando divulga os riscos que lhe são interessantes.

A sociedade abre mão de seus direitos, conquistados, em razão do medo, e dos riscos que são manipulados, diante da falta de conhecimentos técnicos e específicos, que somente são divulgados ou propalados de maneira que seja conveniente. Se o estado confirmar as ameaças estará ao mesmo tempo confirmando o seu fracasso como titular do monopólio de distribuir a segurança jurídica e de fazer justiça. O Estado se apossou do feitiço da invisibilidade do risco. Os riscos são manipulados pelo Estado e são um fator de fomento econômico de primeira ordem²⁰².

Ulrich Beck, a quem se atribui a criação, ou a constatação dessa sociedade de risco, passa a falar em uma sociedade de risco mundial, que tem o dever de criar símbolos que, em todas as épocas e, em todos os lugares, possam significar perigo. Seria similar à atual imagem da caveira com dois ossos em cruz²⁰³.

Vale aqui avaliar os fundamentos da sociedade de risco, desenvolvidos pelo sociólogo Ulrich Beck, na sua obra, onde avalia a lógica distributiva dos riscos da modernização²⁰⁴.

²⁰² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p.67.

²⁰³ _____, **Sobre el terrorismo y la guerra**. Trad. R.S.Carbó. Barcelona: Paidós, 2003.

²⁰⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34, 2010. p. 107-110.

Vislumbra-se em sua obra uma vaga proposta. Apesar de Beck afirmar que o conceito de sociedade global de riscos não exclui que algumas pessoas, países ou regiões sejam mais afetados que outros pelos riscos ambientais e tecnológicos, dois problemas centrais são discutidos: a perspectiva evolucionista/linear/eurocentrista na descrição da dinâmica da globalização dos riscos e a imprecisão sobre como sua proposta de subpolítica pode ser implementada.

Para o referido autor a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais e deve-se considerar a soma dos riscos e inseguranças com o processo individualizatório. O processo individualizatório reclamado predominantemente pela burguesia ascendente liberta o indivíduo de vínculos sociais, de classe e de posições de gênero de homens e mulheres. É como uma deslegitimação do Estado, diante da nova modernidade ou modernidade reflexiva, de selecionar pessoas para serem punidas porque possuem potencialidade de se responsabilizar por outras em razão de solidariedade ou vínculo social ou de sangue, numa visão invertida e otimista do que propõe o autor.

Assim, nas formas de vida destradicionalizadas surge uma nova imediação entre indivíduo e sociedade. A imediação entre crise e enfermidade, na medida em que as crises sociais surgem como se fossem individuais, sendo que somente sob uma série de condições e mediações seu caráter social pode ser percebido²⁰⁵.

Diante das profissões catastrofistas do sociólogo alemão, fica desautorizado o Estado a selecionar pessoas, em razão de sua especial proximidade com o bem jurídico lesionado, já que estaríamos vivendo uma segunda modernidade, uma modernidade reflexiva, que liberta o cidadão do jugo estatal e os tornam seres individuais, já que fica deslegitimado se as ameaças diante de tipos penas abertos, caracterizam a própria falência do Estado, quando não consegue impedir conflitos sociais.

A teoria de Ulrich Beck é frágil e sua sociedade de risco não consegue distribuir os riscos, mesmo retirando as castas sociais e relações familiares ou de convivência, ficando apenas em um terreno profético. Não foram consideradas pelo autor as diferenças existentes nos blocos de países ditos ocidentais ou aqueles que se considera como pobres e esfomeados. Dentro de um mesmo município percebemos discrepâncias absurdas, sendo certo que, alguns

²⁰⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34, 2010. p. 111.

bairros merecem maior vigilância que outros, e não existe uma teoria única para os riscos a serem suportados, porque as desigualdades de classe continuam existindo, apesar do enfraquecimento da classe social como sujeito histórico e do fim da modernidade industrial.

Vale citar Ulrich Beck:

“Cada vez mais daquilo que é sistematicamente produzido em termos de sofrimento e opressão se torna visível, tendo de ser reconhecido por aqueles que o negavam. O direito ajusta suas velas – de modo algum voluntariamente, e sim com o vigoroso apoio das ruas e da política – na direção em que sopra o vento: sufrágio universal, direitos sociais, direitos trabalhistas, direitos de participação. Os paralelos com o presente são evidentes: O que era inofensivo acaba revelando-se perigoso – vinho, chá, macarrão, etc. Fertilizantes convertem-se em venenos de longa duração com efeitos que se estendem mundialmente. As anteriormente celebradas fontes de riqueza (energia atômica, indústria química, tecnologia genética, etc.) transformam-se em imprevisíveis fontes de perigos. A evidência dos perigos oferece cada vez mais resistência aos habituais procedimentos de minimização e encobrimento. Os agentes da modernização – na economia, na ciência e na política – veem-se colocados na desconfortável posição de um réu que pleiteia inocência diante de uma série de indícios que lhe fazem suar frio)²⁰⁶”.

A globalização e, conseqüentemente, a idéia de sociedade de risco têm imposto novos deveres aos indivíduos, seja no âmbito social, seja no âmbito privado. Esses deveres implicam novas posições de garante e, ato contínuo permitem ao Estado atribuir resultados criminosos, cuja imputação, anteriormente, nem poderia ser pensada.

Trabalhar com o risco e, sobretudo com a sociedade de risco, de uma forma, ou de outra, acaba legitimando ou justificando um abandono das garantias que informam o Direito Penal mínimo e tudo com a pretensão de estar-se em um caminho democrático.

Os estudos que versam sobre a sociedade de risco mostram esse abandono. Alguns o fazem com entusiasmo. Outros com pesar. Outros com uma certa neutralidade, quase um relato; não obstante, a convicção de que essa nova realidade justifica um Direito Penal diferenciado praticamente não é questionada.

²⁰⁶ BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 62.

Reconhecer que, atualmente, há maior possibilidade de controlar e responsabilizar pelos riscos inerentes às novidades tecnológicas implica, justamente, constatar que também há maiores recursos para esses controles.

A sociedade é sempre nova. Tem-se recorrido às necessidades da sociedade de risco para justificar a expansão do Direito Penal. Expansão essa que menos tem a ver com a efetiva necessidade de intervenção e mais tem relação com a vontade de controlar. Sendo assim, a limitação do poder punitivo estatal se dá com a tipificação e não com cláusulas abertas, tipos penais em branco, quando se está lidando com a liberdade, que poderá ser restringida, apenas com alargamentos que ocorrem no mundo das idéias e com análises valorativas e parciais.

O fortalecimento do controle estatal, justificado pelas necessidades da sociedade de risco, revela-se, não só pela proliferação de tipos penais, sobretudo de tipos penais abertos e de perigo abstrato, mas também pela total modificação do tratamento dispensado aos crimes omissivos, sejam os omissivos próprios, sejam os impróprios, mediante o abandono até dos critérios fluidos, a duras penas, conquistados. A sociedade de risco não justifica o alargamento dos crimes comissivos por omissão; porém está sendo utilizada para tal fim.

3.7 A condição de garantidor e os crimes culposos

A controvérsia persiste quando se trata da importância teórica e pragmática da condição de garantidor para a caracterização dos crimes culposos, porque o deixar de atuar já caracteriza a negligência, que é uma modalidade da culpa *stricto sensu*.

É preciso destacar que alguns autores se vêem obrigados a identificar se é possível haver crime comissivo por omissão culposos²⁰⁷.

Marco Antonio Terragni, adverte que uma primeira análise superficial do tema descartaria a possibilidade de delitos de comissão por omissão culposos, pois nos tipos

²⁰⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência Indevida**. Tese apresentada a USP para livre-docência. São Paulo. 2009. p. 81.

culposos o resultado acontece por uma deficiente utilização dos meios que poderiam evitá-lo, e nesse caso a solução para o fato culposos seria regido pelas regras comuns²⁰⁸.

Sem embargo das posições apresentadas a dogmática pátria admite a possibilidade da existência de culpa na produção do resultado por omissão do dever de cuidado, derivado do descumprimento de um contrato. Assim, a proteção do bem jurídico ou sua defesa diante dos perigos, como por exemplo, os serviços de um guia de alpinismo, de certos instrutores desportivos ou de enfermeiras.

Os obrigados, através da previsão das fontes formais, causam a morte ou lesão (comissão) quando deixam de realizar os atos que deles se esperam (omissão), sem que esses resultados sejam por eles desejados ou aceitos (ausência de dolo).

A culpa omissiva possui as mesmas características existentes nos crimes comissivos, depende, portanto, de previsão expressa no tipo específico da omissão no tipo ativo que corresponde à omissão imprópria.

Tratar-se-á da violação do dever de cuidado, por imprudência, imperícia ou negligência, dentro da previsibilidade objetiva, que consiste na possibilidade do omitente antever que através da inação poderá resultar um perigo ao bem jurídico ou agravar o risco que já existe.

A culpa omissiva possui duas modalidades de negligência: a culpa consciente (onde há a antevisão da possível situação de risco a originar-se ou agravar-se com sua inação, porém, o omitente acredita que não virá a ocorrer) e a culpa inconsciente, onde o omitente não chega a ter a representação do perigo, classificada como delitos de esquecimento.

Nos crimes de esquecimento, o garante, por olvido, deixa de cumprir o seu dever, ao esquecer um produto de limpeza altamente tóxico numa garrafa de refrigerante que vem a provocar a morte de uma criança sob sua responsabilidade, por exemplo. São omissões involuntárias. A presente situação causa transtorno na dogmática penal porque alguns entendem que ela não é punível, outros, entendem que com o esquecimento, o omitente deu causa voluntária ao evento danoso.

²⁰⁸ ANTONIO TERRAGNI, Marco. Omission Impropria y posicion de garante. **Revista de Ciencias Penales**. N. 3-1997 Montevideo.

O omitente deverá possuir a obrigação de impedir o resultado que decorre da posição de garante e que haja a identidade material de ilícito entre a abstenção do comportamento exigido para que haja o impedimento do evento lesivo e o ato violador do preceito proibitivo correspondente.

Observa-se que a violação do dever de cuidado que é imposto ao garante é oriundo da apreciação descuidada da situação típica (o salva-vidas, ao ouvir alguém gritando, pensa tratar-se de uma brincadeira); da execução defeituosa da ação salvadora (o garante usa gasolina ao invés de água para apagar o fogo); da apreciação errônea da própria capacidade física para prestar o salvamento (o garante não socorre a vítima de afogamento por imaginar que a água é profunda, quando na verdade não o é) e do desconhecimento da condição de garante (o único médico plantonista, ignorando este fato, não atende um paciente).

O omitente responderá somente se houver o resultado a que se refere a norma proibitiva, o que nos faz adentrar em um novo labirinto: quando há o início de execução da omissão por culpa e se é possível punir a omissão tentada.

Do que se expôs, há necessidade de alteração na classificação dos crimes comissivos de omissão, entendendo-os condicionados à produção de um resultado, o que descartaria, à princípio, a possibilidade de punição pela tentativa e necessidade de se adequar a reprovação, no tipo da parte especial de maneira diferenciada em relação aos tipos comissivos.

4 A IMPUTAÇÃO NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A descrição da finalidade da lei não tem qualquer função limitadora da pena. O Direito Penal deve ser o último instrumento do Estado, para conter e pacificar os conflitos. Sendo assim, o direito penal deveria ser aplicado como *ultima ratio*. O caráter do Direito penal deve ser subsidiário em relação aos demais ramos do direito.

Não se deve permitir uma ingerência excessiva por parte do Estado que se diz democrático, sob o pretexto de diminuir a criminalidade ou inocuizar o inimigo, diminuir os riscos ou ameaças.

O alargamento dos tipos penais, com o uso de elementares normativas ou subjetivas, traz insegurança jurídica, assim como normas de extensão, como a norma que prevê as fontes formais do dever de garantia.

Roxin, citando Kant, lembra que decorre da dignidade da pessoa humana a proibição de que se instrumentalize o homem, ou seja, a exigência de que o homem nunca deva ser tratado por outro homem como simples meio, mas sempre também como fim²⁰⁹.

Constatou-se que no ordenamento jurídico brasileiro, assim como no ordenamento jurídico italiano, austríaco, alemão e espanhol, o tipo do delito omissivo impróprio possui previsão autônoma em relação à norma da parte essencial, que, implicitamente, se assume como abrangendo tão só o comportamento ativo.

Este tipo autônomo foi construído por referência à incriminação da parte especial, mas partindo de um dever que, embora possa fundar-se num preceito penal, não se encontra imediatamente determinado pela norma incriminadora do crime omissivo impróprio²¹⁰.

Na cláusula genérica ou de equiparação entre ação e omissão penalmente relevante, prevista no art 13, § 2º do Código Penal Brasileiro, o seu conteúdo não está relacionado pela própria lei penal à norma incriminadora da parte especial, como se dá com o

²⁰⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

²¹⁰ BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 94-95.

direito penal português, que possui previsão também na parte especial, junto aos delitos comissivos.

Toda a adaptação desse dever, à forma de tutela do bem jurídico, assegurada pela incriminação do respectivo crime comissivo por ação, ou ao peculiar modo de comissão do evento aí descrito, ficará a cargo do aplicador do direito e do intérprete.

O julgador assim como o exegeta desempenhará a tarefa de adequação típica partindo de um caso concreto, de vida, de modo que a construção do específico tipo do delito omissivo impróprio se confundirá com a sua aplicação a uma dada hipótese concreta de violação do dever.

Desta forma, o tipo comissivo por omissão acabará por não existir, para além da sua construção casuística e da sua aplicação a uma certa situação da vida. Existirão tantos tipos de delitos omissivos impuros, quantas as diferentes hipóteses de concreta violação do dever em razão das quais aqueles foram construídos.

Pode-se pensar que este foi o resultado pretendido com a formulação deste tipo de cláusula de identidade, na medida em que, para evitar lacunas de punibilidade, se optou pela incriminação de toda uma categoria de crimes através da mera exigência de um dever de evitar o resultado, cuja (concreta) violação corresponda à realização de um tipo por ação.

A equivalência terá de operar-se casuisticamente, já que se substituiu uma equiparação, originariamente fundada na norma da parte especial, por uma outra, alicerçada na alusão a um dever de evitar o resultado típico, cuja violação equivalha à sua causação ou à realização de um tipo legal por ação. Na verdade, parece que uma cláusula, com esta estrutura, apenas poderá tornar-se operacional caso a caso, numa inequívoca renúncia à prévia delimitação de um tipo comissivo por omissão, válido para toda uma categoria de situações²¹¹.

O Direito Penal tem por escopo a tutela dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, possuindo um caráter subsidiário conforme o princípio da intervenção penal mínima, para que o Estado não infrinja os direitos e liberdades de seus súditos.

²¹¹ Neste sentido, Teresa Quintela de Brito, op. cit, p. 95.

O Estado protege tais bens através da vedação de prática de condutas lesivas, porém, em determinados casos, é necessária a intervenção do Estado para proteger bens que só podem ser defendidos pela intervenção positiva do homem.

Quando o homem pratica um crime omissivo, ele infringe um preceito positivo, o qual ordena que determinada conduta seja realizada para a proteção do bem jurídico.

Como já se sabe, os crimes omissivos próprios estão dispostos na Parte Especial do Código Penal, porém, o mesmo não ocorre com os crimes omissivos impróprios.

Por não terem previsão específica na Parte Especial, questiona-se se os crimes omissivos impróprios violam o princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal, mesmo com a existência de norma de caráter geral que permite a punição de omissões praticadas por pessoas “especiais”.

4.1 O princípio da legalidade como balizador da responsabilidade penal

O que mais preocupa quando se trata de delitos de omissão imprópria é se o seu reconhecimento pode colidir com o princípio da legalidade, pois trata de tipos que não estão escritos, ou seja, tipos que dependem da interpretação e até mesmo da discricionariedade do julgador. Porém, a não aceitação do reconhecimento dos crimes comissivos por omissão traria uma lacuna na realidade jurídica e a possibilidade de ataques a bens jurídicos relevantes.

Segundo Luigi Ferrajoli²¹² o problema do quando (ou do que) punir é o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal. A resposta que geralmente é dada a esta pergunta por parte do pensamento jurídico-filosófico está expressa na máxima *nulla poena sine crimine*. A pena segundo este axioma, é uma sanção cominada quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica. Trata-se do princípio de retribuição ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas.

²¹²FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.338.

O ilícito de acordo com a estrutura lógica das garantias de Ferrajoli é uma condição normativa somente necessária, mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.

Pondera Ferrajoli que existe uma conexão clara entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva ou intimidatória, sobretudo se se castiga a quem “merece”²¹³.

A idéia utilitarista de prevenção, quando apartada do princípio de retribuição, tem-se transformado num dos principais ingredientes do moderno autoritarismo penal, associando-se às dogmáticas correcionalistas da defesa social e da prevenção especial e legitimando as tentações subjetivistas nas quais, nutrem-se as atuais tendências em favor do direito penal máximo²¹⁴.

A omissão imprópria pode ser tratada como uma extensão do tipo quando o legislador a prevê taxativamente, o que, para alguns rechaçaria a impossibilidade de convivência com o princípio da legalidade, sem nenhuma referência junto aos tipos comissivos da parte especial. Necessário averiguar pois se as condições formais ou legais são suficientes, além de necessárias, ou se, pelo contrário, as conotações substanciais ou extralegis são necessárias, ainda que não sejam suficientes, para definir o conceito de delito.

As orientações substancialistas apresentam desde o ponto de vista jurídico ou interno, o defeito de conflitar com o princípio de estrita legalidade e de serem por isso, acordes com sistemas autoritários de direito penal máximo. Preocupadas sobretudo em dar à noção de delito fundamentos ontológicos – como a imoralidade, a periculosidade, a anormalidade psicofísica etc, têm favorecido o desenvolvimento de sistemas penais caracterizados pela incorporação potestativa dessa classe de juízos de valor como condições suficientes e não só necessárias de identificação dos delitos.

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.339.

²¹⁴ Op.cit.p.340.

Vale distinguir aqui estrita legalidade de mera legalidade. O princípio de mera legalidade pode ser definido como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal; e o princípio de estrita legalidade como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados “verdadeiros” dos fatos processualmente comprovados.

O princípio da mera legalidade se limita a exigir que os pressupostos das penas estejam estabelecidos de antemão por um ato legislativo, constitui o pressuposto elementar somente do princípio da retribuição, que não se completa na falta daquele; o princípio da estrita legalidade, que exige, ademais, uma lei penal dotada de referências empíricas para que seja possível a sua aplicação em proposições verificáveis, pressupõe, ao contrário, todas as demais garantias – as penais (ou substanciais) da materialidade da ação, da lesividade do resultado e da culpabilidade, e as processuais (ou instrumentais) da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa -, na falta das quais não se perfaz.

Por meio da distinta forma lógica de um e de outro princípio se compreende a diferente função que atribuem à lei: condicionante em razão do princípio de mera legalidade (*nulla poena nullum crimen sine lege*), que é uma norma dirigida aos juízes acerca das leis vigentes à quais estão sujeitos; condicionada em razão do princípio da estrita legalidade (*nulla lex poenalis, sine damno, sine actione, sine defensione*), que é, ao contrário, uma norma dirigida ao legislador concernentemente à formação válida de leis penais²¹⁵.

A lei se bem exigida em qualquer caso para a configuração do delito em virtude do primeiro princípio, exige, por sua vez, em virtude do segundo, uma técnica legislativa específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos do delito, sendo pois o conjunto: *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.

A não evitação do resultado é fato típico no sentido de um delito de omissão imprópria existir somente para determinadas pessoas com poder de fato, que de antemão possuem uma estreita relação com o bem jurídico. Os delitos de omissão imprópria compartilham com os delitos especiais próprios, a particularidade de caráter típico de que a

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.350.

antijuridicidade da conduta do autor só se fundamenta mediante a adição de características objetivas especiais do autor.

Conforme dito anteriormente, nos delitos de omissão imprópria, o juiz mediante uma complementação do tipo, tem que encontrar as características objetivas do autor. Assim, o princípio da legalidade experimenta uma profunda limitação: somente a omissão do autor sofre equivalência com a ação diante da determinação objetiva de suas características de garantidor. Do vazio da descrição legal típica resulta dogmaticamente a insegurança para o juiz de circunscrever com suficiente precisão as características típicas não escritas do autor da omissão e da sua capacidade de agir, bem como de quando se considera iniciada a execução diante da ausência física de nexo causal. É possível, definir concreta e exhaustivamente os tipos legais de uma imensa variedade de possíveis autores de omissão.

Alberto Silva Franco entende a necessidade da especificação dos tipos que permitem a omissão, caso contrário ofender-se-ia o princípio da reserva legal²¹⁶.

Alguns autores, dentre eles, Luiz Regis Prado afirmam a necessidade de que haja a previsão legal em cada tipo penal de ação, especificamente da comissão por omissão, para que haja maior resguardo do princípio da reserva legal²¹⁷.

A toda evidência a questão não é pacífica. É necessário ressaltar que existe o ponto de vista de que quando o Código Penal indica o dever jurídico de agir na parte geral, já há a satisfação ao princípio da mera legalidade ou legalidade formal, sendo assim, a cláusula genérica de equiparação que existe na Parte Geral do Código seria suficiente para que as omissões impróprias possam ser punidas. Mas outra corrente tem por pensamento que a cláusula genérica não é suficiente para as exigências do princípio da reserva legal, especificamente a estrita legalidade.

Se não se limitar a punibilidade dos crimes omissivos impróprios na parte especial, nem definir-se legislativamente as situações de que surge o dever de evitar o resultado, esses delitos continuarão sendo tipos abertos, necessitando de complementação

²¹⁶ FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 74.

²¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Ed. RT. 2004. vol. 1, p. 309.

judicial, visando a subsunção de determinadas inações, o que provoca decisões conflitantes, até mesmo dentro de um mesmo Tribunal (conforme visto entre as turmas do STJ).

Não se deve submeter à discricionariedade dos julgadores a equiparação da omissão à comissão, sob pena de prejuízo à segurança do Direito. Sem limites obrigatórios, em relação ao dever do omitente em evitar a lesão e quanto à punibilidade do comportamento, o princípio da legalidade é abalado, em sua função de limitador da intervenção do Estado através do Direito Penal e de garantia para o cidadão de não sofrer limitação ou ameaça ao seu direito de liberdade.

A remissão inicial e genérica, mesmo que através de fontes formais, ditas taxativas, para um dever de evitar o resultado típico começa por dissociar a equiparação da norma da parte especial, apelando à construção de um tipo omissivo impróprio completamente autônomo, centrado na violação daquele dever. Só que a comprovação da existência de um tal dever e da respectiva violação são insuficientes para estabelecer a equivalência com o correspondente crime comissivo por ação. Ainda é necessário que aquela violação equivalha à causação do resultado típico ou à realização do respectivo tipo por ação. Depois de se haver centrado a equivalência da omissão à ação na violação do dever, apenas em concreto, se pode proceder a esta equiparação.

É necessário, portanto, a criação de fórmulas legislativas precisas, em que o agente possa ser responsabilizado por um resultado que não causou, mas que poderia e deveria evitar. Devem ser criados tipos fechados de crimes omissivos impróprios.

Além da necessidade de previsão penal anterior, o princípio da legalidade exige a não formulação de tipos penais abertos.

O legislador que reformou o Código Penal em 1984 preferiu enumerar em artigo de lei, as fontes geradoras do dever de atuar, porém, a melhor alternativa seria a composição de figuras típicas de omissão imprópria, como ocorre com o crime culposos e como foi feito no direito penal português.

Na legislação penal brasileira o tipo genérico é incompleto, ofendendo o princípio da reserva legal, dada a inexistência de tipos omissivos impróprios na parte especial, ao lado dos tipos comissivos. A fórmula recomendada seria a mesma existente entre os tipos dolosos e os tipos culposos, com punibilidade diferenciada.

Conforme o pensamento de Zaffaroni e Pierangeli é impossível que se preveja todas as hipóteses omissivas. Entendem que a segurança jurídica é sobrepujada, e ao se aceitarem os crimes omissivos não expressos, haverá o esgotamento do tipo ativo, que não descreveu certas condutas além da proibição²¹⁸.

Juarez Tavares entende que é necessária a previsão dos delitos que pudessem ser punidos na modalidade omissiva, porém, entende que deve existir punição quando não haja dúvida de que o ato é descumpridor de norma mandamental, identificando-se materialmente com o ato que viola a norma proibidora, em função da conformidade do injusto e a proteção do bem jurídico²¹⁹.

No Direito Penal da Nação argentina não se admite a causalidade omissiva em tipo próprio da Parte Geral. O que mais preocupa a dogmática contemporânea, ao tratar dos delitos de comissão por omissão, é o fato de que seu reconhecimento pode colidir com o princípio da legalidade quando se refere a tipos não escritos, porém, deixar de reconhecer estes tipos não escritos seria colocar em descoberto um amplo campo de permissividade ao ataque do bem jurídico.

A objeção ao princípio da legalidade se rebate quando a omissão imprópria é tratada legalmente como uma extensão do tipo ou quando excepcionalmente o legislador o prevê taxativamente. A correção jurídica da causalidade inclui toda condição típica de um resultado, seja o de produzir – quando não se deveria produzir ou o de não impedir – quando se devia impedir – pelo qual não parece violatória do princípio da legalidade formal a consideração da comissão por omissão (em um significado socialmente adequado da ação de “matar”, tanto mata o que tira a vida do outro, quanto o que permite que a vida se extinga quando poderia impedir o resultado).

Mesmo com a previsão da cláusula de equiparação feita pelo legislador brasileiro, não se está diante de uma autêntica operação de subsunção, de uma concreta situação da vida a um tipo omissivo impróprio, previamente determinado pela lei penal. Ao contrário, trata-se verdadeiramente de uma construção casuística de um tipo comissivo por omissão, cujos elementos são, por isso, completamente delimitados pelo aplicador do direito.

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 541.

²¹⁹ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 70.

Esta problemática ainda persiste, pois não é pacífica a existência de ofensa ao princípio da legalidade quando não haja uma norma previsora expressa da extensão do fato típico, junto aos delitos comissivos da parte especial. Também na Argentina, Nuñez tenta solucionar esta questão, entendendo que fracassada a tese da relação causal física, a atribuição do resultado físico ao omitente encontrou um novo fundamento no princípio da ação esperada. A omissão é causal se o resultado desaprovado pelo ordenamento jurídico havia sido impedido pela ação que se esperava do autor.

No entanto, a ação esperada não pode explicar satisfatoriamente o fundamento jurídico da obrigação de atuar para evitar o resultado no caso de ingerência, isto é, no caso em que esse dever tem como fonte um feito precedente à omissão realizada pelo autor²²⁰.

Welzel parece esclarecer o problema, ao entender que se se deseja desenvolver os tipos dos delitos de omissão impróprios mediante uma conversão dos tipos de comissão, se evidencia vazia a elaboração dos tipos legais. O não evitar o resultado típico no sentido de um delito de comissão, por uma pessoa com poder para isto, nunca é suficiente para fundamentar a autoria, no sentido de correspondente delito de omissão impróprio. Nestes casos, a autoria deve ser fundada junto à conduta típica, por características especiais do autor: só o não evitar um resultado típico por parte de uma determinada pessoa com poder para isto, converte a pessoa no autor no sentido de um delito de omissão impróprio²²¹.

Ainda que se continue a ser verdade que a equiparação da omissão à ação se realiza ao nível da tipicidade, certo é que inexistente *a priori* um tipo omissivo impróprio, moldado pela norma incriminadora do correspondente crime material, que seja válido para toda uma categoria de comportamentos delitivos²²².

Welzel aceita a exceção ao princípio da legalidade, dizendo que nos delitos de omissão imprópria, o juiz mesmo através de uma complementação do tipo, tem que encontrar as características objetivas do autor, assim, o princípio *nulla poena sine lege* experimenta nestes casos uma limitação: só a conduta do autor está ‘legalmente determinada’ e não as características objetivas do autor, assim, a lacuna na descrição legal típica resulta dogmaticamente na insegurança para o juiz de decidir precisamente as características típicas não escritas do autor da omissão. Portanto, para o referido autor, é impossível descrever

²²⁰ NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. 3ª ed. Córdoba: Marcos Lerner, p. 160.

²²¹ WELZEL, Hans. Op. cit., p. 286-287.

²²² Neste sentido professor FIGUEIREDO DIAS. Sumários. p. 164.

concreta e exaustivamente os tipos legais na imensa variedade de possíveis autores de omissão²²³.

Conforme já foi citado, uma solução seria incluir na Parte Geral cláusula pela qual a omissão imprópria seja punida apenas em casos extremos e excepcionais, onde a conduta estivesse preceituada na parte especial, como previsto para os crimes culposos e como já foi feito no direito penal português.

A omissão juridicamente relevante infringe uma obrigação jurídica de fazer, prevista pela própria lei ou que esteja compondo uma norma jurídica diferente, que possa ser deduzida do sistema, porém, para se cumprir rigorosamente o princípio da estrita legalidade, é necessária a previsão no Código Penal, na parte especial, porque não se pode dispensar a exigência da ligação entre o juízo de responsabilidade à norma de comando.

Conforme salienta Munhoz Neto lembrando Zaffaroni “o uso indiscriminado da tipificação pode redundar num autoritarismo penal muito restritivo do âmbito ou espaço da liberdade das pessoas e em abertas violações a direitos fundamentais do homem”²²⁴.

A punibilidade dos crimes omissivos impróprios deve estar limitada na Parte Especial, onde haja a definição das situações que implicam em dever de evitar o resultado, de outra forma, continuarão como cláusulas abertas. Não se deve deixar à discricionariedade dos juízes a equiparação da omissão à comissão, sem a existência de limites obrigatórios em relação ao dever do omitente em evitar a lesão e em relação à punibilidade do comportamento, para que não haja o enfraquecimento do princípio da reserva legal e o aumento do arbítrio Estatal.

Aníbal Bruno defende que o princípio da legalidade exige que não sejam formulados tipos penais abertos²²⁵. Da mesma forma se posicionam Cunha Luna, fornecendo soluções para o dilema, ao preceituar que os crimes comissivos por omissão não estão explicitados nos tipos penais, como regra geral, surgindo a questão da inconstitucionalidade da omissão imprópria. Destarte, resta refletir se na tipificação desses crimes considerados implícitos nos tipos penais de resultado reside uma ofensa ao princípio da reserva legal ou da estrita legalidade.

²²³ WELZEL, Hans. Op. cit., p. 288.

²²⁴ MUNHOZ NETTO, Alcides. Op. cit., p. 35.

²²⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Forense, tomo I, 1967, p. 321.

O conteúdo dos deveres jurídicos emanados de outras fontes que não sejam as legalmente previstas resulta no afastamento da legalidade. Em relação aos requisitos implícitos, é necessário ter em mente que em vários delitos, elementos constitutivos estão implícitos, necessitando de uma investigação especial.

No que se refere a outras fontes de deveres jurídicos também resta à lembrança que estes vão além das elementares descritivas dos tipos penais, sendo necessária a realização de juízos de valor. Portanto, o ponto fundamental não está na essência da omissão imprópria, mas sobre a forma como ela deve ser tratada pelo Direito Penal.

A tipificação na Parte Especial não deve ser a única constitucionalmente adequada e eficaz, posto que poderiam escapar uma série de fatos que mereceriam punição. Assim, é necessário limitar o número de bens jurídicos e agrupar vários crimes da mesma natureza, num tipo omissivo²²⁶.

Em uma próxima revisão legislativa, é necessário que as limitações do dever de agir sejam revistas e passem a não depender da interpretação do julgador, nem do exegeta, o que desrespeita e contradiz os princípios da certeza do direito e da legalidade, da culpabilidade e da razoabilidade.

Por isso, longe se está do cumprimento, pela lei penal, da exigência de determinação ou de determinabilidade dos comportamentos puníveis, existindo ofensa à legalidade.

4.1.1 A medida da pena e o princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do sistema penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem *dignidade penal*, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, posto que

²²⁶ LUNA, Everardo da Cunha. **O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão**. Separata de: Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 20, n. 80, p. 125-136, out./dez. 1983, p. 134.

estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.

No âmbito do direito penal, vale ressaltar, a noção de que deve existir uma medida de proporcionalidade no estabelecimento dos delitos e das penas não é recente, uma vez que já constituiu de forma significativa o conteúdo da lei do talião. Assim, a lei do talião, que traduz seu conteúdo através da expressão “olho por olho, dente por dente” pode ser considerada a primeira resposta encontrada para se estabelecer a qualidade da pena a ser imposta a cada conduta delitiva, tendo estado presente em todos os ordenamentos jurídicos arcaicos, desde o Código de Hamurabi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas.

No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, foi desenvolvido a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII .

O princípio da proporcionalidade pode ser facilmente deduzido a partir da previsão de proteção de direitos fundamentais amparados pela Constituição de 1988, tais como a declaração da liberdade como um valor superior do ordenamento jurídico, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a igualdade – que proíbe o legislador ordinário de discriminações arbitrárias –, a proibição da aplicação de penas cruéis e desumanas, dentre outros. No entanto, estes são meros exemplos da presença do princípio da proporcionalidade na Constituição brasileira. Seu campo de atuação é ainda maior. Sua abrangência, e, por que não dizer, influência, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam este princípio. Ele atinge, inclusive, o ato de legislar do poder legislativo, que aqui será avaliado.

Ressalta-se, como uma manifestação inequívoca do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal, a consagração do *princípio da liberdade*, considerado um valor supremo no ordenamento jurídico; é onde o direito penal atua diretamente, pois cabe a ele proteger bens jurídicos à custa do sacrifício da liberdade das pessoas. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma regra dirigida à maximização da liberdade.

O princípio de proporcionalidade expressado na máxima *poena debet commensurari delicto* é um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico. Conforme Ferrajoli²²⁷ o fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. O caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro.

Só com o advento das penas abstratas e convencionais privativas e pecuniárias realiza-se, mediante a possibilidade de quantificação em tempo e em dinheiro, o pressuposto técnico da proporcionalidade da pena. A idéia aparentemente elementar da proporcionalidade da pena ao delito não oferece, por si só, nenhum critério objetivo de ponderação. Não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito.

O problema da justificação do tipo e da medida da pena aplicáveis em cada caso, da mesma forma que os limites máximos da pena, independentemente do delito cometido, é um problema moral e político, exclusivamente de legitimação externa.

Para os crimes omissivos impróprios que são equiparados aos crimes comissivos, recebendo idêntica sanção, suficiente avaliar o problema da predeterminação legal da pena.

A primeira dificuldade originada do problema da eleição pelo legislador da entidade da pena em relação à gravidade do delito correspondente à noção de “gravidade” do delito. Não foram encontrados, apesar dos esforços, um meio de reduzir esta heterogeneidade por meio de técnicas desenvolvidas com o propósito de medir a gravidade dos delitos, tanto as referidas aos graus do dano, como sobretudo, aos da culpabilidade. O utilitarismo penal pode oferecer algumas indicações que têm o valor de parâmetros de valoração tanto do limite mínimo como do limite máximo da pena em relação com a gravidade do delito.

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. E ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.366.

As penas não evoluíram numa escala ascendente, acompanhando o ritmo da evolução tecnológica e científica. O sistema de penas assinala a escala de valores historicamente determinada de uma dada sociedade, além de seu grau de autoritarismo, tolerância e humanidade. Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio da proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo. Disso segue-se que se do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um estima-se menos grave do que outro, contraria o princípio de proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena, ou, pior ainda, o primeiro com uma pena mais elevada do que a prevista para o segundo. Em todos os casos, o princípio de proporcionalidade equivale ao princípio da igualdade em matéria penal²²⁸.

Um dos critérios que podem ser utilizados pelo legislador no momento de fixar o patamar mínimo e máximo da pena é avaliar a culpabilidade do agente. Não podemos considerar que a culpabilidade daquele que se omite é idêntica a do que efetivamente ofende o bem jurídico. Com esta constatação verifica-se desproporcional a pena aplicada aos crimes omissivos impróprios, que são considerados idênticos aos crimes comissivos, valendo dizer que sendo o princípio da proporcionalidade um complemento do princípio da legalidade, fica flagrante a ofensa à legalidade estrita, à culpabilidade e à proporcionalidade.

4.2 Questões polêmicas acerca dos crimes omissivos impróprios

A ciência penal brasileira contemporânea prefere o silêncio no que concerne à temática do crime comissivo por omissão. A jurisprudência tem evitado enfrentar essa matéria, e quando o faz, conforme percebeu-se no capítulo pertinente, anexo, são notórias as dificuldades.

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.370.

As dificuldades no terreno da omissão imprópria existem porque não dispomos de critérios delimitadores seguros. Algumas omissões são tratadas como puras, sendo na realidade crimes de comissão por omissão. A ciência juspenalista brasileira deve assumir sua parcela de responsabilidade, sendo certo que quase todo o trabalho dogmático está por fazer. Assim também acontece nos demais países de tradição romano-germânica.

Comungo das mesmas críticas que Teresa Quintela de Brito faz ao ordenamento Português, que, se comparado ao Brasil, está avançado, pois o ordenamento daquele país é o único que, de modo expresso, inclui o tipo comissivo por omissão na norma da parte especial, em que se contém um crime material comum à ação e à omissão²²⁹.

Existe neste trabalho a tentativa de mencionar alguns problemas que ainda estão por resolver, estudo este bastante incipiente, dado a grande abrangência do tema, sendo certo que qualquer das questões aqui abordadas poderiam ser temas de outra dissertação.

4.2.1 A possibilidade da punição do crime tentado

Crime tentado é aquele em que ocorre a realização incompleta de uma conduta típica, que não está prevista como crime autônomo. Não há previsão, em cada tipo penal, da figura tentada; a punição se dá através de uma norma de extensão da figura típica, onde o legislador prevê a mesma pena do crime consumado, reduzida. O Crime tentado, conforme descrição legal é aquele onde, iniciada a execução, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Quando se fala da tentativa no crime omissivo impróprio, está-se referindo à omissão da tentativa de impedir o resultado. Portanto, não se pode dizer do sujeito que não atuou, quando outro estava se afogando e se salva por um imprevisto, que fez uma tentativa de impedir o resultado e sim, que se omitiu de fazer uma tentativa de salvamento.

²²⁹ BRITO, Teresa Quintela de. Op. cit., p.9.

Alberdi esclarece na diferenciação entre crimes próprios e impróprios, que aqueles admitem tentativa e estes, não²³⁰. Exemplifica um caso onde a tentativa é cabível: a enfermeira visando a morte de um paciente não lhe fornece o medicamento adequado (tentativa de homicídio), porém o médico percebe a manobra e intervém a tempo, fornecendo ao paciente a medicação adequada ou a própria enfermeira pode arrepender-se e dar a medicação ao enfermo. Na omissão a desistência voluntária se dá mediante a ação²³¹.

A idéia de tentativa em um delito omissivo impróprio é a omissão de intentar cumprir com o mandato de ação. A punibilidade da omissão de cumprir o dever depende de um ponto de vista subjetivo, pelo qual a tentativa omissiva começa e acaba no último momento no qual o obrigado deveria ter realizado eficazmente a ação conforme sua representação e também da análise do ponto de vista de um observador externo *ex ante*. Desta forma ocorreria a tentativa acabada ou delito frustrado. Se no mundo das idéias a possibilidade se mostra possível, o mesmo raciocínio não acontece diante da tentativa imperfeita e de um ordenamento como o nosso que não prevê expressamente a figura do crime omissivo impróprio. Tudo se reduz ao terreno subjetivo, tanto do omitente quanto do ponto de vista da punição estatal, o que provoca insegurança.

Conforme dito, a tentativa só existe, conforme previsão legal expressa no artigo 14 inciso II do Código Penal, e quando inicia-se a execução do crime, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. A tentativa também é uma norma de extensão da figura típica, já que não consta junto aos delitos previstos na parte especial a possibilidade de se punir a tentativa. No entanto, a regra geral de extensão para punir pelo crime tentado, diferentemente da previsão da possibilidade de se punir com o resultado aquele que se omite sendo garante, permite a redução da pena. Para a tentativa há uma redução de pena, comparado ao crime consumado e esse patamar de redução foi expressamente previsto pelo legislador.

Conforme esclarece Bierrenbach, os autores finalistas como Welzel e Kauffmann, consideram que a tentativa da omissão é a omissão da tentativa de cumprir o mandamento legal; as hipóteses não podem se confundir. Assim, o garante que voluntariamente cria situação de perigo ou permite que situação perigosa preexistente continue, deve responder, mesmo que ocorra o resgate realizado por outrem. Porém, a omissão da tentativa configurará

²³⁰ ALBERDI, Francisco Orts. Op. cit., p. 56.

²³¹ _____. Op. cit., p. 97.

por si só crime, quando não houver conduta salvadora de terceiro e sobrevier o resultado típico, porque a lei impõe ao garante o dever de agir para salvar ou tentar salvar o bem.

De forma contrária, se o garante atua no momento oportuno e salva o bem, a conduta é atípica, ainda que o resultado descrito na lei ocorra²³².

Os crimes omissivos próprios não possuem um *iter criminis* fracionável, posto que o agente só tem duas opções: prestar a ação devida ou abster-se da prestação, portanto, não há a possibilidade do *conatus* neste caso.

Admitem a tentativa nos crimes omissivos impróprios, o entendimento majoritário da ciência penal pátria²³³, assim sendo, o não fazer não refletirá necessariamente na consumação, existindo hipóteses de ocorrência de uma circunstância imprevista que impeça o resultado, porém, não pode ser fixado pelo começo da execução o limite mínimo da tentativa punível, porque neste caso não há nada que seja análogo ao início da comissão ativa.

A maior parte da dogmática alemã considera que a tentativa tem início quando da inatividade do garante, decorrente do aumento do perigo objetivo em relação ao bem que é tutelado pelo Direito. Se não ocorre o incremento do perigo, existe apenas ato preparatório e não a tentativa, o que demonstra ser uma solução adequada para este assunto, no que pertine a tentativa perfeita, acabada ou crime falho, mas considera-se tentado o crime omissivo impróprio em momento que para os crimes de ação seria considerado apenas ato preparatório não punível.

Bierrenbach vislumbra a dificuldade em demonstrar o último momento hábil a caracterizar a tentativa, por ser difícil caracterizar o momento onde o agente é capaz de resgatar o bem jurídico. Entende a autora que se demonstrado que o garantidor descartou a primeira possibilidade de salvação que lhe foi apresentada, é necessário imputar-lhe a tentativa. Destarte, um salva-vidas que desatende a um pedido de socorro feito por alguém que está em risco, de forma dolosa, e a vítima é salva por terceiro, responderá por tentativa de homicídio²³⁴.

²³² BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 119.

²³³ Por todos: Rogério Greco. Damásio de Jesus Evangelista; Fernando Capez, Cezar Roberto Bitterncourt, etc.

²³⁴ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 121.

A caracterização da tentativa nos crimes omissivos impróprios não é uma tarefa que a legislação tem solucionado eficazmente, cabendo, mais uma vez aos teóricos e intérpretes da lei estabelecer o momento em que esta ocorre e se a mesma é possível para os crimes omissivos impróprios, considerando-se que toda atribuição da imputação da responsabilidade ocorre de maneira hipotética, normativa e fictícia.

Assim, do que se depreende dos estudos realizados, o agente somente incorrerá em crime omissivo impróprio tentado se o bem jurídico tutelado salvar-se por intervenção de terceiro, caso contrário, o garante responde por crime consumado, e para visualização da hipótese, necessário que o agente tenha esgotado as possibilidades na tentativa de salvar o bem (ou seja, se é possível punir o crime tentado, a hipótese plausível é a da tentativa perfeita) e o agente só pode desistir mediante um comportamento ativo, dirigido ao impedimento da verificação do resultado típico. Mesmo assim, não se pode afirmar o elemento subjetivo do agente, no caso, exclusivamente o dolo, para poder ser imputada a tentativa. Seria muita abstração e incorreríamos em sério risco de atribuição de responsabilidade por algo que o agente não fez, porque se omitiu (sem consciência de que sua omissão contribui para o resultado).

Mais seguro seria, em atenção aos princípios da *ultima ratio* do direito penal e da ofensividade ao bem jurídico, alterar a classificação dos crimes omissivos impróprios para crimes condicionados a ocorrência de um resultado, e assim o agente responder pelo que efetivamente ocorrer com o bem jurídico, deixando isso expresso no tipo geral, a exemplo do que ocorre na tipificação do induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal). Além disso, parece que há muito se ultrapassou a fronteira de um mero Direito Penal de atitude, quando se colocar o início da realização típica na dependência de uma inércia do garante, ante a derradeira possibilidade de empreender a ação adequada a evitar o resultado típico. Nesse momento, o observador, que contempla o sucesso a partir da configuração que o autor lhe imprime em ordem à consecução do seu desígnio criminoso, tem razões suficientes para rezear que ele venha a adotar uma conduta omissiva idônea à produção do resultado omitindo a ação adequada a esse efeito.

4.2.2 Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Se o agente iniciou a execução, mas não a leva adiante, desistindo da realização do verbo do tipo, ocorre o instituto da desistência voluntária. Porém, para que a desistência voluntária se caracterize, é mister que a desistência tenha ocorrido pelo livre-arbítrio do agente, inexistindo coação moral ou material, à interrupção do *iter criminis*.

Na desistência voluntária, o agente interrompe voluntariamente o processo de execução que iniciou, mas que não foi a termo. Vale dizer que o ato voluntário do agente não precisa ser espontâneo, não precisa ocorrer pelo arrependimento sincero. Mesmo que os sentimentos que tenham motivado a desistência durante a execução sejam reprováveis ou cruéis, ainda assim o agente será beneficiado. Não responderá pelo crime tentado, apenas pelos atos anteriormente praticados.

No arrependimento eficaz, o agente evita eficazmente que se consume o resultado, após dar completo desenvolvimento ao processo de execução. A desistência voluntária ocorre em relação à tentativa imperfeita e o arrependimento eficaz refere-se ao crime falho ou tentativa perfeita. Ambos os institutos possuem as mesmas consequências, não punir pelo crime tentado, mas o momento de ocorrência atinge fases distintas do *iter criminis*.

É trabalho árduo distinguir nos crimes comissivos por omissão a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, justamente pela dificuldade em delimitar-se o termo inicial e o termo final da execução, que *in casu*, é omissão de atuação ou diminuição do risco, em razão do desatendimento de uma norma mandamental.

Se o garante decide atuar, não persistindo na execução (omissão) ocorre a desistência voluntária, no arrependimento eficaz deve existir um atuar positivo que impeça eficazmente o resultado do agente, conforme o art. 15 do Código Penal.

Teresa Quintela de Brito entende discutível já que em sede de desistência terá de valorar-se a favor do garante essa incerteza, relativamente à possibilidade de obstar à verificação do evento, no próprio momento em que ele entra no acontecimento²³⁵.

Das duas modalidades a que condiz com a omissão imprópria é o arrependimento eficaz e não a desistência voluntária. É possível uma atuação do garante no sentido de evitar o resultado. Deve ser imputado o fracasso da salvação, àquele que se arrepende, atuando com

²³⁵ BRITO, Teresa Quintela de. Op. cit., p. 363.

o fim de salvar o bem jurídico e não obtém êxito. Se a mãe salva o filho de morte por inanição, que era o seu propósito, ao alimentá-lo, não ocorre fato típico, porém, se não consegue salvá-lo, responderá por homicídio.

4.2.3 Concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios

No concurso de pessoas existe a cooperação entre duas ou mais pessoas para o cometimento de uma mesma infração penal, onde todas as condutas possuam relevância para a consecução da empreitada criminosa, atuando os agentes com vínculo subjetivo.

No concurso de pessoas existe a distinção feita pela própria lei de punir de maneira diferenciada o co-autor e o partícipe, na medida da culpabilidade de cada um.

Das teorias que pretenderam identificar quem são autores e quem são os partícipes a que goza de maior prestígio no direito penal contemporâneo é a teoria do domínio do fato, que considera autores aqueles que praticam o verbo do tipo, que possuem o domínio funcional do fato e numa divisão de tarefas exerça atividade imprescindível para a realização do tipo. Partícipes seriam as pessoas que ficam na periferia do tipo, ou exerçam atividade secundária.

A co-autoria em crimes omissivos impróprios não se mostra possível. O vigia de uma casa, que é garante em razão de um contrato, que não atua quando percebe a entrada de estranhos na casa, sem que haja o consentimento ou contra a vontade de quem de direito, pratica violação de domicílio, através de sua omissão e não apenas como partícipe do crime, o que aconteceria se não possuísse a condição especial de ser garante. Da mesma forma, o pai que percebe que sua esposa está matando o filho por inanição e nada faz, pratica de maneira autônoma o delito de homicídio, porque também é garante, por uma imposição legal (Código Civil).

A participação, nos crimes omissivos próprios, pode ocorrer de duas maneiras: instigação, que é a participação moral ou cumplicidade e o auxílio material. Mirabete afirma que ela é comum nos crimes omissivos puros, exemplifica com casos de terceiros que

convencem o prestador de alimentos a cometer abandono material ou convencem o médico a não denunciar a doença que é de notificação compulsória²³⁶.

A indução por omissão própria não é possível, pois a indução deve possuir o condão de criar o dolo do delito no autor, a quem cabe a decisão. Pela omissão não se cria a decisão, porém, não se impede que a decisão surja. Para que o autor tome a decisão é necessário um ato positivo de induzir ou instigar o omitente.

A coautoria não é admitida nas formas omissivas próprias, pois cada um que se omite responde por um delito autônomo de omissão, pois na omissão falta uma vontade de realização que impede de conceber uma realização comum ao ato, no entanto, Cezar Roberto Bittencourt²³⁷ entende possível se existir o ajuste prévio.

A omissão e o domínio do fato são incompatíveis, em relação aos delitos de infração de dever, nos quais se incluem os crimes especiais ou próprios ou culposos e os omissivos impróprios. A autoria refere-se à infração de dever, à realização do resultado por quem está obrigado por um dever, mesmo que lhe falte o domínio do fato. Entendia Tobias Barreto, que há cumplicidade por omissão no caso de quem não previne a outrem que alguém prepara uma bebida para envenená-lo²³⁸.

Assim sendo, nos delitos omissivos impróprios, o autor é o garante, aquele a quem incumbe o dever de agir para evitar o resultado típico, não sendo cabível falar-se em concurso de pessoas, porque cada um terá de maneira autônoma sua responsabilidade, mas parte da dogmática reconhece o não-garante como partícipe.

4.2.4 Causas de exclusão da ilicitude

Entende-se como ilicitude, a oposição existente entre o fato e a norma jurídica, porém, existem causas que autorizam, excepcionalmente, a atuação do indivíduo, quando o

²³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 233.

²³⁷ BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 498.

²³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 42.

Estado não pode estar presente para exercer o monopólio da segurança jurídica que chamou para si. Podem existir causas que excluem a ilicitude de uma conduta considerada como um fato típico. O cerne da ilicitude é a violação do dever de omitir-se ou de atuar, em obediência à norma.

Estas causas recebem nomes diversos: causas excludentes da criminalidade, causas excludentes da antijuridicidade, justificantes, causas excludentes da ilicitude, eximentes e descriminantes. Tratam-se de normas permissivas, pois justificam a prática de um fato típico.

No que tange aos crimes omissivos impróprios, a ilicitude é a violação ao dever de agir imposto pela lei objetivando evitar ou tentar evitar o resultado típico. Se inexistir a ação paira sobre o bem jurídico protegido a possibilidade de dano ou lesão.

4.2.4.1 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito

O estrito cumprimento do dever legal refere-se à ação praticada visando o cumprimento de um dever que a lei impõe, seja lei penal ou extrapenal, ainda que causadora de dano a bem jurídico de outrem, assim são casos de estrito cumprimento de dever legal: a prisão em flagrante delito executada por policiais, a violação de domicílio pela polícia ou servidor judiciário para cumprir mandato judicial de busca e apreensão ou mesmo para prestar socorro a alguém ou impedir a prática de crime.

O exercício regular de direito refere-se à atividade autorizada por lei, que torna lícito um fato típico, assim sendo, a crítica literária, artística ou científica não pode ser considerada ilícita, assim como o tratamento médico e a intervenção cirúrgica que são admitidas por lei, mesmo ausente o consentimento do paciente, em caso de risco de morte e a coação para impedir o suicídio.

Observa-se, portanto, que não se aplica o estrito cumprimento do dever e o exercício regular de direito no crime omissivo impróprio, pois este é oriundo da omissão do sujeito que permite que o resultado típico ocorra.

4.2.4.2 Estado de necessidade

O Estado de necessidade ocorre quando dois interesses juridicamente protegidos se colidem, devendo sacrificar-se um deles, porque tal sacrifício nas circunstâncias em que se encontrava o agente não era razoável exigir-se. Portanto, alguém que se vê agredido por um cão bravo não pratica conduta ilícita ao matá-lo, além do clássico exemplo de dois naufragos que lutam para obter o único bote salva-vidas.

As elementares exigidas pela lei para que seja reconhecido o estado de necessidade justificante são: a) a ameaça a direito próprio ou alheio; a existência de um perigo atual e inevitável (que os teóricos e a jurisprudência ampliam também para perigo iminente); a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado; uma situação não provocada voluntariamente pelo agente; a inexistência de dever legal de enfrentar o perigo e o conhecimento da situação de fato justificante.

É preciso distinguir o estado de necessidade propriamente dito e a colisão de deveres justificante. O conflito de deveres faz desaparecer o injusto da conduta, sendo irrelevante que os deveres sejam equivalentes ou de desigual valor, de natureza ativa ou omissiva. Se o agente escolhe proteger o bem jurídico de valor mais elevado quando existem diferenças valorativas e cumpre qualquer um dos deveres equivalentes, sua conduta está justificada pela colisão de deveres.

Roxin entendia que a jurisprudência alemã inicialmente afirmou que a colisão de deveres era uma forma de necessidade supralegal. Portanto, para a dogmática alemã a colisão de deveres de igual ou similar hierarquia encontra sua solução não em uma causa de justificação especificamente prevista na lei, mas em uma construção dogmática e por tanto se considera uma causa de justificação supralegal²³⁹.

A colisão de interesses ocorre quando aparecem diversos deveres de agir dirigidos ao destinatário da norma, impedindo-o faticamente de cumprir todos os deveres, então ele poderá cumprir somente um e descumprir os demais.

²³⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 724.

Quem cumpre um dos deveres não age antijuridicamente, pois na prática se apresentam com maior frequência casos de estado de necessidade por colisão de deveres: o dever de garante (que impõe a realização da ação tendente a evitar o resultado) e outro dever, que no mesmo momento, é excludente daquele. Neste ponto, só cabe apontar a teoria contemporânea que admite a existência de um estado de necessidade justificante nos casos de colisão de deveres de igual hierarquia, pois se afirma com razão, que quem de todos os modos cumpre com um dever não age ilicitamente.

É necessário, portanto, avaliar qual dos interesses deve prevalecer, existindo um conflito entre os bens jurídicos que requerem atuação e a impossibilidade do agente de atuar para proteção de todos e seleciona um. Roxin assevera que no caso de conflito de deveres de ação equivalentes, um desses deveres é prioritário, sendo necessário que o obrigado eleja a seu arbítrio, sem que se analise a causa de sua eleição. A conduta que seja efetuada no caso estará justificada, porque nos casos de "conflito de deveres de ação" não existe nenhuma colisão de deveres em sentido próprio, mas que se trata de cumprir um dever. Exemplifica o autor: Se "A" tem o dever de salvar seu filho "B" e também o dever de salvar seu outro filho "C" de uma situação de perigo comum para ambos e salva somente "B", atuará justificadamente a respeito da não salvação de "C"²⁴⁰.

Quando houver o conflito entre um dever de atuar e um dever de omissão, no que se refere a bens hierarquicamente iguais, o dever de omissão é o preponderante, como no caso de um médico que ao procurar uma máquina de coração e pulmão para salvar um ferido grave, que chegou ao hospital, com chances de sobrevivência, encontra-a conectada a um paciente sem esperanças de vida, o agente não pode justificar o dever de atuar infringindo o dever de omitir-se, deve considerar os deveres como equivalentes.

A diferença entre a colisão de deveres e o estado de necessidade é que aquele ocorre entre bens da mesma hierarquia e este ocorre entre bens jurídicos de valores desiguais, portanto, o homem deve agir para salvar o bem de maior valor.

Resta saber até que ponto o agente tem o dever de enfrentar o perigo, se tal circunstância (o dever) é absoluta. O comportamento daquele que tem a obrigação de enfrentar o perigo deve submeter-se a um juízo de valor, de acordo com a opção tomada, a

²⁴⁰ _____. Op. cit., p. 727.

motivação do agir e não o desvalor da obrigação, levando-se em conta as circunstâncias concretas da situação do agente e não a existência do dever ou não de enfrentar o perigo.

4.2.4.3 Legítima defesa

O Estado chamou para si o dever de distribuir a justiça e impediu a vingança privada, porém, por não ser onipotente na proteção de seus súditos, permite que eles tenham o direito de ao serem agredidos injustamente, fazerem uso da legítima defesa.

A legítima defesa possui como elementares relativas à agressão; a injustiça; a atualidade ou iminência; a ofensa a direito próprio ou de terceiro e elementares relativos à repulsa: utilização de meios necessários e a moderação e quanto ao ânimo do agente que ele possua o elemento subjetivo da necessidade de se defender.

A questão da legítima defesa deve ser objeto de uma profunda reflexão, decorrente da análise da presença dos requisitos indispensáveis exigidos pelo legislador, para que haja o reconhecimento se o agente não atuou de forma a menosprezar o valor do bem jurídico atingido, em decorrência de outro igualmente tutelado.

A legítima defesa decorre de uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem e quando se está nestas condições, a lei permite a defesa moderada por parte do agente, destarte, a conduta típica não possuirá caráter ilícito.

Portanto, quando à omissão concorre uma causa de justificação a omissão perde o seu caráter ilícito.

Alberdi exemplifica com o caso de um guia de montanha que é agredido por seu cliente, abandonando-o no meio da excursão para defender sua integridade física, agindo assim em legítima defesa, não poderá ser responsável por omissão do acidente que eventualmente seu agressor venha a sofrer ao voltar sozinho²⁴¹.

²⁴¹ ALBERDI, Francisco Orts. Op. cit., p. 93.

4.2.5 O erro na omissão imprópria

Existia no Direito Romano a dicotomia erro de fato e erro de direito que não corresponde atualmente à classificação erro de tipo, aquele incide sobre o tipo penal que constitui o delito; e o erro de proibição, que elimina a potencial consciência da ilicitude.

O erro de tipo não incide sobre o fato, mas sobre os elementos do tipo penal. Portanto, o erro sobre um elemento do tipo exclui o dolo, ou seja, o próprio fato típico. O erro de proibição não se refere à tipicidade, mas a sua ilicitude. Portanto, na hipótese de erro de proibição não existe a consciência da ilicitude do fato, o qual integra o requisito da culpabilidade. O agente não pode merecer censura pelo fato que praticou ignorando a sua ilicitude, desde que o erro seja inevitável. Não elimina o dolo, o erro de proibição, o agente, portanto, pratica um fato típico e ilícito, mas sua conduta não merece reprovação.

No caso dos crimes omissivos poderá existir o erro de mandamento, o qual equivale ao erro de proibição incidente sobre os crimes comissivos. Não importa a terminologia, mas a incidência do erro sobre a ilicitude da conduta.

O tipo de erro que pode incidir sobre os crimes omissivos impróprios só pode ser o erro de proibição e não o de tipo, pois nos delitos de comissão por omissão o dever geralmente não surge do tipo, mas de outras fontes jurídicas e obriga a um limitado e determinado número de pessoas que estão colocadas na posição de garantir que o resultado não se produza. O dever tem que possuir suas origens em fontes jurídicas. Os deveres morais, sociais, religiosos, dentre outros, não obrigam a impedir o resultado²⁴².

Em sentido oposto, Bierrenbach define e exemplifica casos em que o erro de tipo pode recair sobre a omissão: o erro incidente sobre a situação típica (perigo que pode lesar o bem jurídico) é o caso da mãe que ouve o filho gritar e ele está em perigo, porém, ela pensa que é uma brincadeira; erro que incide sobre o poder de agir (capacidade do omitente em obter êxito): babá que não entra na água para resgatar criança, porque não sabe nadar, porém,

²⁴² _____. Op. cit., , p. 74.

a água não é profunda e erro que incide sobre a posição de garante: pai que vê uma criança em perigo, mas não o atende por não ter consciência que é o seu filho²⁴³.

O erro quanto a qualquer dos pressupostos do fato exclui o dolo. Porém, deve-se verificar a conduta do agente sob o aspecto das atividades tendentes a impedir o resultado que lhe eram impostas.

O dever de evitar o resultado, na omissão imprópria, como já foi dito, provém da posição de garante, destarte, duas situações podem acontecer: o erro é de proibição inevitável (isentando o agente) ou é evitável (diminuindo a pena) ou o erro é de tipo inevitável, como o caso do tutor que não sabe que é obrigado a arriscar sua vida para salvar a do pupilo, o seu erro foi tocante ao dever de agir que se refere à posição de garantia., retirando o dolo e a conduta, nesse caso, é atípica.

4.2.6 A Culpabilidade na omissão imprópria

A culpabilidade é a reprovabilidade da conduta típica e ilícita.

Entende-se a culpabilidade formal como a censurabilidade que o autor do fato típico e ilícito merece. Desde que haja imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de atuação em conformidade com o Direito.

A culpabilidade material é a censura que se vislumbra concretamente, ao se visualizar o fato típico e ilícito, conhecendo-se o agente, imputável que atuou consciente da potencialidade do ilícito e utilizando-se do seu livre-arbítrio, preferiu optar pelo injusto sem que estivesse amparado por alguma causa de exclusão de culpabilidade. A culpabilidade material auxilia o juiz a atingir o limite concreto da pena.

Entende-se que a reprovabilidade que recai sobre os delitos omissivos impróprios é menor do que o juízo de censura que recai sobre o sujeito de crime comissivo

²⁴³ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 114.

correspondente. Portanto, se a censurabilidade é pressuposto da pena, a sanção para a prática omissiva deve ser menor do que a imposta nos casos de conduta comissiva.

No que se refere aos elementos da culpabilidade se um deles estiver ausente, esta ausência implicará em afastamento da censurabilidade, nos seguintes casos: ausente a imputabilidade, conforme as hipóteses dos arts. 26 e 28, § 1º, do Código Penal, a culpabilidade estará afastada em qualquer tipo de delito; presença de erro de proibição inevitável ou escusável e as discriminantes putativas, desde que o erro seja plenamente justificado pelas circunstâncias, o que tornaria impossível o conhecimento da ilicitude, implicando em ausência de reprovabilidade; existência de coação moral irresistível e a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, o que torna a conduta imposta ao garante não exigível e, portanto, não há que se discutir a reprovabilidade da inação, sem falar nas dirimentes supralegais.

A imputabilidade é um dos elementos da reprovabilidade da conduta do agente, se este for inimputável exclui-se a culpabilidade, seja o crime doloso ou culposos.

Da mesma forma, se o erro de proibição era inevitável ou inescusável, elimina-se o pressuposto da possibilidade do conhecimento da ilicitude do fato, desde que o erro seja plenamente justificável pelas circunstâncias.

Referindo-se às discriminantes putativas, há que se observar se as suas correspondentes justificativas são compatíveis com os crimes omissivos impróprios, caso a excludente de ilicitude correspondente não seja compatível com estes crimes, obviamente as discriminantes putativas também não o serão.

A coação moral irresistível faz com que o não-garante coaja o garantidor a omitir-se da conduta devida, neste caso, ocorrerá o concurso de pessoas, o autor será o omitente garante, que não será punível, porque sua conduta não está isentada de reprovabilidade, porém, o não-garante, coator, responderá pelo delito. O mesmo raciocínio se aplica aos casos de obediência hierárquica de ordem que possua aparência de legalidade.

4.4 O problema da equiparação com os delitos comissivos

Pode-se afirmar com segurança que não pode haver conceitualmente omissão se não existe a possibilidade de executar a ação exigida. Os agentes/garantes não praticam fisicamente o resultado que lhes é atribuído e não figura no tipo penal da parte especial a previsão de imputação do resultado para quem se omite. Antes da cláusula geral prevista no art. 13, §2º do CP, assim como ocorreu nos demais códigos alienígenas, a imputação do resultado ao garante acontecia como consequência de uma interpretação, sem respaldo em uma descrição expressa da conduta omissiva.

Depois da entrada em vigor da cláusula geral do art. 13, §2º do Código Penal, continua sem existir uma descrição expressa de tal conduta omissiva, mas o omitente/garante responde no tipo penal incriminador comissivo.

A cláusula de equiparação se refere ao fato de que haja dentro da norma penal uma norma que estabeleça que se pode equiparar a omissão de determinada conduta que gere um resultado de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, com a lesão ativa do mesmo e a forma na qual ele seria aplicável e os casos em que se daria.

Para os teóricos que compreendem que o essencial da comissão por omissão é a infração de um dever há a necessidade da existência de uma cláusula de equiparação, para que seja atendido o princípio da reserva legal, ao menos formal. O legislador deve esboçar claramente as condições desse dever e as situações nas quais se poderia dar a posição especial de garante, cujo dever de agir deve estar configurado na lei anteriormente ao fato.

A comissão por omissão trata de tipos penais abertos, de onde os sistemas positivos determinam legislativamente o resultado, mas os seus elementos e requisitos constituem um aporte da dogmática e da jurisprudência, gerando um problema de adequação deste instituto com os princípios da legalidade e da intervenção mínima do Estado.

Sobre o assunto Huerta Tocildo comenta que havia insegurança e institucionalismo na forma como a punição dos delitos de comissão por omissão ocorria

quando não existia categoria legal para lidar com referidos delitos, antes de serem consagrados com a cláusula de equiparação no Código Penal Espanhol de 1995²⁴⁴.

Existe a necessidade de que o legislador esclareça a possibilidade de sanção para este tipo de conduta, ainda que tenha que enunciá-la taxativamente.

É necessária a existência de uma definição legislativa o mais precisa possível dos pressupostos reais do delito de comissão por omissão, devendo conter não somente a posição de garante, mas a conduta omissiva que se possa entender equivalente. De outra forma ocorrerão arbitrariedades, prejudicando a garantia da segurança jurídica conquistada pela previsão legal, limitadora do poder do Estado.

Pela teoria do domínio do acontecer típico não é necessária a existência da cláusula de equiparação em sentido estrito, posto que a questão não seria de qual dever se infringe, mas de se realizar o tipo ou não, ou se existe a identidade estrutural e material no plano normativo entre a comissão ativa e a realização omissiva. Defendem este posicionamento Jesús-Maria Silva Sánchez²⁴⁵ e Luís Gracia Martín²⁴⁶.

Esta posição não impede que o legislador defina deveres especiais de certos sujeitos, no que tange às clássicas posições de garantia predeterminadas para certos sujeitos, é o que Silva Sánchez denomina de omissões próprias de garante, quanto às outras seriam figuras da omissão imprópria²⁴⁷.

A cláusula de equiparação é bem aceita pela dogmática, porém, pode ser questionada diante de três princípios constitucionais: legalidade, pessoalidade da pena e proporcionalidade²⁴⁸.

Implica, o princípio da legalidade, em máxima taxatividade e precisão das mensagens do legislador, vinculando o juiz, quando o Código utiliza uma cláusula geral, enormemente vaga, equiparando ação à omissão, não atende os pilares básicos do Direito Penal contemporâneo, gerando insegurança jurídica. Tendo em vista que o poder legiferante

²⁴⁴ TOCILDO, Susana Huerta. **Principales Novedades de los Delitos de Omisión en el Código Penal de 1995**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 49.

²⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito de Omisión: Concepto y Sistema**. Barcelona: Ed. Bosch, 1986.

²⁴⁶ GRACIA MARTÍN, Luís. La Comisión por Omisión en el Derecho Penal Español. In: **La Comisión por Omisión**. Enrique Gimbernat (Director). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 55 – 104.

²⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 293.

²⁴⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 214.

limitar-se-á a estabelecer pressupostos gerais do dever de agir e de impedir o resultado, não esclarecendo os pressupostos gerais do dever de agir e de impedir o resultado, seu conteúdo permanece vago, carecendo de complementação no caso concreto, diante de termos imprecisos e indeterminados, tornando a posição de garante extremamente problemática.

Os crimes comissivos por omissão deveriam ser expressamente previstos em cada tipo penal, com clara e precisa delimitação de seus limites, tal qual ocorre com os crimes culposos.

Ocorre, ainda, violação ao princípio da pessoalidade da pena, mormente nas hipóteses imputadas ao omitente de uma ação de outrem ou de um evento puramente natural. Destarte, quando se pretende que o salva-vidas responda pela morte do banhista que se afoga, que o médico responda pela morte do paciente que lhe implorava socorro, que a mãe responda por maus-tratos do companheiro contra filho menor está-se, em realidade, em todos estes casos, a imputar ao garante (salva-vidas, médico, mãe) fato de exclusiva responsabilidade de terceiro ou puramente causal; sendo, pois, ilegítima a imputação do resultado a pessoa que não o próprio autor da ação.

A pena que se pretende impor ao omitente é desproporcional e ofensiva ao princípio da igualdade, pois que equipara a omissão à ação; comportamentos com significação distinta, contradizendo com o caráter subsidiário do direito penal, tendo em vista que haveria mais razoabilidade se o garante tivesse consequências extrapenais para seu ato: demissão do salva-vidas, suspensão ou cassação da licença para o exercício da medicina, perda do poder familiar por parte da mãe, conforme o caso e não responder em igual rigor com os que cometem delitos comissivamente.

Impõe-se concordar com Paulo Queiroz²⁴⁹ quando critica a irresponsabilidade do legislador, que não cuidou de criminalizar determinadas condutas de modo específico, o que não justifica a irresponsabilidade dos juízes, os quais, ao apelarem àquela cláusula geral de equiparação, acabam por assumir, por meio da analogia *in malam partem*, o papel do legislador, conferindo ao ilícito civil caráter penal.

²⁴⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.215.

4.4.1 Imputação do resultado em crimes omissivos impróprios

Conforme visto a teoria naturalística percebe a omissão como fenômeno causal, podendo ser percebido no mundo dos fatos, caracterizando-se como verdadeira espécie de ação.

A crítica que se fez a esta teoria é que se trata de um erro fazer a suposição que a modificação do mundo exterior seria provocada pela omissão do agente, porque a omissão é um nada e do nada, nada surge, conforme a teoria normativa.

Segundo a teoria normativa, para que a omissão seja relevante é necessário não somente o “não fazer” como também a caracterização do “dever fazer”. Assim sendo, a imputação só recai sobre o agente omissivo que tenha a obrigação de impedir o resultado.

Para que haja a imputação do resultado nos crimes omissivos impróprios são necessários três pressupostos: primeiro; poder de agir; o sujeito ter reais condições de evitar o resultado, possuindo condições físicas e materiais de agir para evitar o dano. Se o agente não tinha possibilidade de agir, não se está diante de crime comissivo por omissão, diante da ausência de um pressuposto básico para ocorrência do delito.

Em segundo lugar, deve o garante evitar o resultado. Essa situação deriva da primeira. Se o agente preenche o pressuposto acima descrito, deverá ainda ser verificado se possui a possibilidade de agir, fazendo-se um juízo hipotético: se agisse o resultado ocorreria ou não? (para alguns teóricos, com uma probabilidade próxima de certeza). Assim sendo, se o agente não agir e o resultado danoso ocorrer, mesmo na hipótese da sua ação, significa que o crime não pode lhe ser imputado, pois a omissão não deu causa ao resultado.

Por último, o garante podendo agir, deve impedir o resultado. Caso os dois pressupostos anteriormente expostos estejam presentes, é necessário a verificação do último pressuposto, o dever de impedir o resultado, considerando-se garante, aqueles que possuem uma das posições, conforme o elenco de fontes formais previstas no artigo 13, parágrafo segundo do Código Penal.

Assim sendo, para a imputação de um crime omissivo impróprio deve o agente enquadrar-se na posição de garantidor: estar por lei obrigado a evitar o resultado; ou de alguma outra forma, além da legal, assumir a posição de garante ou com seu comportamento anterior criar o risco da ocorrência do resultado .

O sujeito a quem se pretende imputar um resultado por ter se omitido, além de ser considerado garante deverá possuir o dever jurídico de evitar o resultado (considerado aqui como gênero das espécies do dever legal, outro meio além do legal, que pode ser o contratual e a ingerência), com probabilidade próxima da certeza, que impediria o resultado, se agisse.

Bastante subjetivo é o último pressuposto, pois não se sabe objetivamente quando o garante tinha reais condições de evitar o resultado, ou se sua atuação em grau próximo da certeza evitaria o resultado se agisse. Aqui neste ponto a equiparação com os delitos comissivos sofre imenso desajuste e desproporção. Para a pretensão de punir alguém por ter praticado atos dolosos, com finalidade de ofender certo e determinado bem jurídico, necessário o início de atos de execução capazes de ofender o bem jurídico. Este é o entendimento majoritário. Se assim é, estaremos punindo o omitente, por um resultado, apenas através de juízos hipotéticos e valorativos. Tudo ocorrendo no mundo das idéias, inclusive o nexo causal, que é fictício. Diante disso, a lógica seria punir menos severamente os agentes que pratiquem crimes comissivos por omissão, porque estão sofrendo juízo de reprovação, mais severo do que aqueles que diretamente atacam os bens jurídicos, e para estes existe o limite da lei, onde a conduta está prevista expressamente, com pena em patamares, mínimo e máximo, cujos patamares o legislador entende como adequados e suficientes para prevenir e reprimir crimes.

Em uma corrente mais evoluída em relação ao elemento subjetivo dos delitos, está o pensamento de Ingeborg Puppe²⁵⁰, para quem não basta a existência do elemento subjetivo e de atos preparatórios e executórios que demonstram a intenção dolosa do agente. Necessário ainda um juízo de valor, sobre a aptidão desse comportamento interior reprovável, para que se lhe possa imputar o crime a título de dolo. Mais uma vez, constata-se a discrepância em se igualar as consequências e a imputação de crime comissivo àquele que é considerado garante, apenas usando juízos hipotéticos e sem referência expressa na parte especial de diferenciação de reprovação.

²⁵⁰ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri. São Paulo: Manole, 2004. p.79-98.

A presença dos requisitos ou pressupostos para a consideração do agente como garante e ainda ser possível atribuir-lhe o resultado porque se omitiu, é essencial não somente para que haja a caracterização do crime omissivo impróprio, mas também para que o garantidor não se embrenhe em uma empreitada suicida, onde não conseguirá evitar o resultado ou terá em alguns casos conseqüências muito mais graves, sendo-lhe imputado a provocação direta da lesão ou do perigo ao bem jurídico como se o tivesse praticado através de uma ação.

CONCLUSÃO

A aparição em um determinado momento do desenvolvimento histórico-dogmático, da omissão como forma de conduta penalmente relevante motivou que durante anos a ciência penal se preocupasse em oferecer um conceito de ação que como conceito base do sistema, estivesse em condições de compreender os delitos de ação como os de omissão, assim como os delitos de mera atividade, os de resultado, os delitos dolosos bem como os culposos.

O critério de enlace pretendido para criação de um supraconceito tendo por base a dominação objetiva do acontecimento ou previsibilidade objetiva, perdeu toda a determinação positiva, convertendo-se em uma descrição sem fronteiras. Pode-se dizer que a pretensão de criação de um super conceito tornou anêmico o conceito de ação. O conceito de ação tem capacidade de vida, cientificamente falando. Levados a um determinado grau de generalização, os conceitos perdem seu valor e caem em um nominalismo.

O Direito Penal é o setor mais ideologizado de todos os ramos do direito, com isso surge o perigo de que com bases evanescentes e abstratas de alguns delitos, como as que derivam dos pressupostos ontológicos das teorias causal e final da ação possam fazer todo o tipo de valorações ou assumir qualquer decisão político-criminal.

O fortalecimento do controle estatal, justificado pelas necessidades da sociedade de risco, revela-se, não só pela proliferação de tipos penais, sobretudo de tipos penais abertos e de perigo abstrato, mas também pela total modificação do tratamento dispensado aos crimes omissivos, sejam os omissivos próprios, sejam os impróprios, mediante o abandono até dos critérios fluidos, a duras penas, conquistados.

A noção de risco virou uma febre no Direito Penal; até os penalistas que guardam certa suspeita diante dela admitem-na como justificativa para o alargamento da intervenção estatal.

No que pertine a natureza jurídica da omissão, a mesma não pode ser considerada pura criação da mesma lei que a incrimina. A lei somente pode apenar comportamentos humanos que tem uma existência pré-jurídica, e são necessariamente, neste sentido, anteriores

a mesma lei que os reprova através da cominação da sanção. De forma que, deve ser afastada a teoria que pretende reduzir a omissão a uma pura criação normativa, como um não fazer o que se espera (*non facere quod debetur*), e sim que a omissão possui uma essência normativa.

Entende-se pela essência normativa da omissão, assim como a impossibilidade de um super conceito de ação compreensivo, conjuntamente, tanto da ação como da omissão. Já não cabe senão definir a omissão como a não realização de uma determinada ação possível que vem exigida pelo ordenamento jurídico para aqueles que são dotados de certas características que os torna garantidores. Possuem o dever de garantir que o bem jurídico não sofrerá lesão, nem perigo de lesão.

O dever de garantia se ampliou e não surge apenas do dever de proteger determinados bens jurídicos, mas também da obrigação de velar por determinadas fontes de perigo, e é nesta última forma de emanção do dever de atuar que se dá em toda conduta ativa perigosa. De maneira que mata quem não evita uma morte evitável, estando em posição de garantia, o que pode acontecer tanto por ação como por omissão.

Cada vez mais ganha terreno a concepção de que para o Direito Penal é menos importante verificar se e com quais requisitos se pode qualificar como ação uma conduta humana, do que quando se pode imputar como fundamentador da responsabilidade, um resultado.

Existe a possibilidade de a sociedade de risco e o Direito Penal do risco, por melhores que sejam as intenções, servirem de desculpa para levar a um total controle social.

Os preceitos que pretenderam alicerçar a equiparação da omissão à ação o fizeram em uma norma da parte geral, através de uma norma de extensão, e não na norma da parte especial que prevê os crimes especificamente. A imputação do resultado é feita em razão da existência de um dever, através das fontes formais do art. 13, parágrafo segundo do Código Penal. No entanto, a natureza jurídica das normas que tornam alguém garante é extra penal.

A norma do art. 13, parágrafo segundo do Código Penal, ao afirmar a relevância da omissão, quando o omitente tinha o dever jurídico de agir, e podia agir, para evitar o resultado, revela *ab initio*, que essa norma de equiparação não pretende incriminar o comportamento omissivo, mas tão somente a correspondente conduta ativa. Daí que tenham

de apelar a uma construção do específico tipo do delito omissivo impróprio, a partir daquele dever, e não da norma da parte especial.

No entanto, a violação de um dever extra penal de evitar o resultado ainda não constitui a realização de certo tipo criminal. Por isso é necessário que tal dever seja posto em relação com a forma de tutela do bem jurídico, assegurada pela norma da parte especial ou, também, com o peculiar modo de comissão do evento aí previsto. Apenas então se estará ante uma violação do dever jurídico-penalmente relevante.

Mesmo que uma concreta violação do dever venha a ser posteriormente confrontada com aquela norma, certo é que, se delegou ao aplicador do direito a tarefa de construir o tipo de uma omissão impura. A ele caberá determinar os elementos que o compõem e selecionar as variantes omissivas do comportamento ativo legalmente descrito. A verdade é que esse aplicador tenderá a fazer tudo isso sob o influxo do caso concreto, havendo, portanto, o perigo de um forjamento da equivalência, para além daquilo que, em abstrato, seria admissível.

A identidade terá de operar-se casuísticamente, já que se substituiu uma equiparação, originariamente fundada na norma da parte especial, por uma outra, alicerçada na alusão a um dever de evitar o resultado típico, cuja violação equivalha à sua causação ou à realização de um tipo legal por ação.

No que concerne aos crimes comissivos por omissão, o controle é muito mais difícil de ser obstado do que por meio da criação de novos tipos. A expansão dos crimes comissivos por omissão ocorre com base nos tipos penais já existentes, ela não precisa de projetos de lei, ela não é discutida, ela ocorre todos os dias, nos Tribunais, alicerçados pelo sentimento de risco que tomou conta de todos, sobretudo dos estudiosos do Direito Penal.

É necessário, portanto, a criação de fórmulas legislativas precisas, em que o agente possa ser responsabilizado por um resultado que não causou, mas que poderia e deveria evitar. Devem ser criados tipos fechados de crimes omissivos impróprios.

A segurança jurídica é sobrepujada ao se aceitarem os crimes omissivos não expressos, provocando o esgotamento do tipo ativo, que não descreveu certas condutas além da proibição.

Mesmo com a previsão da cláusula de equiparação feita pelo legislador brasileiro, não se está diante de uma autêntica operação de subsunção de uma concreta situação da vida a um tipo omissivo impróprio, previamente determinado pela lei penal. Ao contrário, trata-se verdadeiramente de uma construção casuística de um tipo comissivo por omissão, cujos elementos são, por isso, completamente delimitados pelo aplicador do direito.

Não se está a defender a irresponsabilidade pelos próprios atos. Não. É justamente o contrário. Está-se a defender a responsabilidade pelos próprios atos, rejeitando todas as massificações propugnadas pelos cultores da idéia de uma sociedade de risco, que, ainda que ingenuamente, findam por criar uma estrutura para sistemas totalitários.

A reprovação dos crimes omissivos impróprios deve estar limitada na Parte Especial, onde haja a definição das situações que implicam em dever de evitar o resultado, de outra forma, continuarão como cláusulas abertas. Não se deve deixar à discricionariedade dos juízes a equiparação da omissão à comissão, sem a existência de limites obrigatórios em relação ao dever do omitente em evitar a lesão e em relação à punibilidade do comportamento, para que não haja o enfraquecimento do princípio da reserva legal e o aumento do arbítrio Estatal.

A tipificação na Parte Especial não deve ser a única constitucionalmente adequada e eficaz, posto que pudesse escapar uma série de fatos que mereceriam punição. Assim, é necessário limitar o número de bens jurídicos e agrupar vários crimes da mesma natureza, num tipo omissivo, buscando através dessa tarefa, alcançar a razoabilidade e a proporcionalidade, vetores do Direito Penal da Culpabilidade e corolários do princípio da Legalidade, alicerce de um Estado Democrático de Direito.

Sabendo que significa seguir em sentido contrário ao estabelecido, trate-se de autores funcionalistas, trate-se de garantistas, ou, ainda, de funcionalistas que se entendem garantistas; é preciso lembrar que a assunção de riscos é inerente à natureza humana, sendo até necessária ao desenvolvimento humano.

A dogmática jurídico-penal do presente tem proposto um objetivo em relação ao futuro, que a legislação e a jurisprudência resolvem no sentido de que para afrontar os graves riscos que se enfrentam nas sociedades modernas é necessário ampliar a intervenção do Direito Penal a novos âmbitos (manipulação genética, meio ambiente, economia, etc). Se esta

tendência chega a consolidar-se é evidente que a Dogmática jurídico-penal terá que desenvolver novos instrumentos técnicos (delitos de perigo abstrato e antecipação da intervenção penal em campos prévios inclusive muito afastados da lesão de bens jurídicos, sistemas sociais, imputação objetiva baseada nas idéias de perigo como alternativa à relação de causalidade empiricamente constatável, dolo como dolo de perigo, etc.) que lhe permitam afrontar, explicar e sistematizar satisfatoriamente os novos textos legislativos e as decisões jurisprudenciais que apoiam esta tendência. Mas também cabe que a ciência, em nome de princípios político-criminais indeclináveis (princípio de legalidade, lesividade, culpabilidade, etc), ofereça resistência a dita evolução, aferrando-se a um entendimento estrito das funções do Direito Penal no Estado de Direito e o caráter de *ultima ratio* e o princípio de intervenção mínima do Direito Penal. Desde logo, ainda não estão esgotadas todas as possibilidades de resolver estes problemas com outros meios que não sejam necessariamente jurídico-penais, mas tampouco cabe ignorar a enorme importância que pode ter aqui o Direito Penal para criar uma consciência coletiva sobre a importância e necessidade destes novos âmbitos.

O que está claro é que ninguém considera hoje em dia que se possa elaborar a Dogmática jurídico-penal sem ter em conta as necessidades político-criminais que demanda o momento presente. Felizmente, a Política criminal de hoje nos países democráticos não está, nem em suas versões mais extremas, na linha de por em perigo os princípios mais elementares do Estado de Direito; mas, como a experiência histórica demonstra, tampouco se pode baixar a guarda e fazer uma Dogmática puramente servil ante às novas tendências político-criminais sobretudo quando não está, agora nem nunca, excluída a possibilidade de regressões históricas a sistemas autoritários que ponham em perigo as conquistas dogmáticas mais elementares.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi et al. Da l.ed. italiana de 1971.4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALBERDI, Francisco Orts. **Delitos de comisión por omisión**. Buenos Aires: Gherzi-Editor, 1978.

ALEMANHA. **Strafgesetzbuch**. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>>. Acesso em 16 de março de 2011.

ALFARO, Luis Miguel Reyna. **La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites**. Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología, Mendoza, n. 4, p.207-265, 2003.

ALLER, Jacobo Dopico Gómez . **Comisión por omisión y principio de legalidad. el artículo 11 cp como cláusula interpretativa auténtica**. Revista De Derecho Penal Y Criminología, Madrid, n. , p.279-315, 2004.

ARGENTINA. LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado). **Código penal de la nación argentina**. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>>. Acesso em 13 de março de 2011.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor. **Contributo para a interpretação do artigo 219 do Código Penal**, in: Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, 1994.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. 5^a ed., Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1960.

_____. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. Buenos Aires: Losada, 1962.

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omision**. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

_____. **Derecho penal: parte general**, 2 edição. Buenos Aires: José Luis de Palma Editor, 1999.

_____. **Hacia el nuevo derecho penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BARRETO, Tobias: **Delictos por omissão**, in obras completas. VI/214 e segs, Estudos de Direito. 1923.

BÄRWINKEL, Richard. **Zur struktur der garantieverhältnisse bei den unechten unterlassungsdelikten.** Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora Ltda. 117 p.

BECK, Ulrich. **Sobre el terrorismo y la guerra.** Trad. R.S.Carbó. Barcelona: Paidós, 2003.

_____. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BELING, Ernst Von. **Ação punível e a pena.** São Paulo: Rideel, 2007.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios.** Uma análise à luz do código penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal:** parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto n. 847** – de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Arquivo capturado em 13 de março de 2011.

_____. **Lei de 16 de Dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Arquivo capturado em 13 de março de 2011.

BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica.** Coimbra Editora, 2000. 384 p.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Forense, tomo I, 1967.

CALLEGARI, André Luís, et al. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2005. p.115 .

CAMPOS, F. **Exposição de motivos: Código Penal de 1940**. Decreto-Lei 2.848, de dezembro de 1940. In: PIERANGELI, J. H. (2001). **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. São Paulo: Revista dos Tribunais. (p.405-440).

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CEREZO. Curso de Derecho Penal español, parte general II, **Teoría jurídica del delito**. 6 ed. Madrid 1988; III Teoría jurídica del delito – 2, Madrid, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

Códigos Penal: Processo Penal e Constituição Federal- Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2 ed. revista e aumentada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008. 315 p.

COELHO, Edihermes Marques; MESQUITA, Gil Ferreira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Minas Gerais: Editora Ipedi, 2005.

CONLLEDO, Miguel Díaz Y García. **Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión**. ¿Un. Poder Judicial, León, n. 24, p.203-220, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal: parte geral – Vol 1 – 2ª edição**, São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Curso de direito penal.: parte geral**, vol 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Nexo Causal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal: Parte General**. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1992.

CUERDA RIEZU, Antonio. **La colisión de deberes en derecho penal**. Madrid, Tecnos, 1984.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DRAPKIN, Abrahan. **Relación de causalidad y delito**. Santiago de Chile: Cruz del sur, 1943.

ENGISH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Nota introdutória e trad. Da 3ª ed. Alemã por J. Batista Machado, 1966.

ESPANHA. **Código penal de España**. Disponível em <<https://wikipenal.wikispaces.com/C%C3%93DIGO+PENAL>>. Acesso em 12 de março de 2011.

ESPINAR, Jose Miguel Zugaldia. **Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del parrafo 3 del articulo 489 bis del codigo penal**. Cuadernos de Política Criminal, Madri, n. , p.571-591, 1984.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**, vol.1. São Paulo: Saraiva, 2010. 490p.

FARIA COSTA, José de. **Omissão: reflexões em redor da omissão imprópria**. Boletim da Faculdade de Direito. v. LXXII, 1996.

FARRE TREPAT, Elena. **Sobre el comienzo de la tentativa em los delitos de omisión em la autoria mediata y em la actio libera in causa**. v. XIII. Estudos penales y criminológicos. Compostela: Servicio de publicación e intercambio científico de Compostela, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. Prefacio de Norberto Bobbio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 925p.

_____. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 2. ed.. Roma: Laterza, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: O criminoso e o crime**. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. 3 ed. Campinas: Russel Editores, 2009. 534p.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Trad. da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale. Parte generale**. 3 ed. Bologna: Zanichelli, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta punível**. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

_____. **Crimes omissivos no direito brasileiro**. Revista de Direito Penal e Criminologia, v. 33.

FRANÇA. **Code pénal**. Disponível em http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D35533822BB7644715FA69850E77A3CD.tpdjo17v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20110515>. Acesso em 16 de março de 2011.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

_____. **La struttura del concetto di illecito penale**. Trad. De Francesco Angioni. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Ano 25, 1982.

GOMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-vera. **Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte**. Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, n. , p.271-362, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luís. **La Comisión por Omisión en el Derecho Penal Español**. In: La Comisión por Omisión. Enrique Gimbernat (Director). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ed. Ver. E atual. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção direito e ciências afins; v.2- Coordenação Luiz Flavio Fomes, Alice Bianchini, William Terra de Oliveira. 368 p.

ITÁLIA. **Codice penal**. Disponível em <http://it.wikisource.org/wiki/Codice_penale>. Acesso em 13 de março de 2011.

JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**, Traducción de Javier Sánchez Vera, en “Cuadernos de Conferencias y artículos número 12”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia 1996.

_____. **A imputação objetiva no Direito Penal**; tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 94 p.

_____. **Acción y omisión en derecho penal**. Trad.: Luís carlos Rey Sanfiz e Javier Sánchez Vera. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2000.

_____. **Injerencia y dominio del hecho**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. **La omisión: estado de la cuestión**. Madri: Civitas, 2000.

_____. **Teoría y praxis de la injerencia**. Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, Madrid, n. , p.17-50, 2002.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Coleção Estudos de Direito Penal. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 64p. vol.6.

_____. **Teoria e prática da intervenção**. Coleção Estudos de Direito Penal. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 61p. vol.8.

_____. **Uma Teoria da Obrigação Jurídica**. Coleção Estudos de Direito Penal. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 60p. vol.4.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2004.

_____. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade.** Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho, Tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 876p.

JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL. **Ingerência Indevida.** 2009. Tese (livre-docência em direito Penal). Faculdade de direito de São Paulo, São Paulo. 250p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1981. vol.1.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general.** Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed.. Granada: Comares, 2002.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. **Temas básicos da Doutrina Penal.** Coimbra: Coimbra, 2001.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión.** Trad. da 2ª edição a-lemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LESCH, Heiko Harmut. **Intervención delictiva e imputación objetiva.** Trad.: Javier Sánchez e Vera Gómez Trelles. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1995.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899, t.I.

_____. **Tratado de Direito penal alemão.** Trad. de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

_____. **A idéia do fim no direito penal.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005. 75p.

_____. **Tratado de Derecho Penal.** Trad. De Jiménez de Asúa e adicionado por Q. Saldanha. T. II. 3 ed. Madrid, sin fecha.

LOPEZ, Angel Torio. **Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión.** Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, Madrid, n. 3, p.693-707.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Trad. de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUISI, Luiz Benito Viggiano. **Os delitos omissivos impróprios e o princípio da reserva legal**. Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LUNA, Everardo da Cunha. **O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão**. Separata de: Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 20, n. 80, p. 125-136, out./dez. 1983.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**, tomo II. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948.

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO. **Sociedade do risco e flexibilidade**: uma avaliação jurídico-sociológica de novas tendências político-criminais. 2003. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARTÍN, Luis Gracia. **La comisión por omisión en el derecho penal español**. Actualidad Penal, Madri, n. , p.683-715, 22 out. 1995.

_____. **Problemas fundamentales que plantea la comisión por omisión**. Revista Peruana de Ciencias Penales, Peru, n. , p.491-501, 1999.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general**. Trad. de Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 40.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal – libro de estudio. Parte general**. Trad. Conrado A. Fiinzi da 6 ed. alemã. Tijuana (México): Cardenas, 1985.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal. Colección Maestros del Derecho Penal**. n. 5. 2 ed. En Buenos Aires, República Argentina: Euros Editores. 325p.

MIRABETE, Júlio Fabrini.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Los Delitos de omisión**. Doctrina Penal: teoria y práctica em las ciencias penales, Buenos Aires, año 6, n. 21-24, 1983. p. 20.

_____. **Fundamentos de los delitos de omisión.** Buenos Aires: Depalma, 1984.

_____. MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia.** Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, Madrid, n. 3, p.501-532.s/d.

_____. **La omisión de socorro em el Código Penal.** Madrid: Tecnos, 1966.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil.** Ajuris, v. 10, n. 29, p. 30-59, nov., 1983.

NAGLER, Johannes. **Die problematik der begehung durch unterlassung.** Berlin: Der Gerichtsaal, vol. 111, 1938.

NORONHA, Magalhães Edgar de. **Direito Penal.**, v. 24^a ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de Derecho Penal: Parte General.** 3^a ed. Córdoba: Marcos Lerner.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1981.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **El delito de omisión impropia.** Revista de Derecho Penal Y Criminología, Madri, n. , p.524-553, jul. 1999.

_____. **La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión).** Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología, Mendoza, n. , p.27-85, 2002.

_____. **La causalidad en la omisión impropia** . Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, Madrid, n. , p.28-131, 2003.

_____. **O futuro do direito penal.**Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004. Coleção Estudos de Direito Penal. Vol 3. p. 47.

_____. **Vida e morte no direito Penal.**Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004. Coleção Estudos de Direito Penal. Vol 12. p. 56.

Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Arquivo capturado em 20 de abril de 2011.

PARAGUAI. **Código penal de Paraguay**. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf>. Acesso em 14 de março de 2011.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência Indevida**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009. Tese apresentada como exigência parcial à obtenção do título de livre-docência em Direito Penal. 250 p.

PASTRANA I ICART, Lluís-Ignasi. **Infracción de los Deberes de Intervención del Funcionario de Prisión y Art. 11 C. P.** In: Poder Judicial. Nº 50, pp. 203 – 239.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. **La problemática de la posición de garante em los delitos de comisión por omisión**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PINTO, Hugo J. **Delitos de omisión impropria y el principio de legalidad**. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, n. , p.664-670, 1988.

PORTUGAL. **Código Penal Português**. Disponível em <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf>. Acesso em 13 de março de 2011

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral**. 4.a. d. São Paulo: RT, 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad del riesgo y Derecho penal**. El Penalista Liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología, Buenos Aires, n. , p.147-179, 10 jun. 2004.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri. São Paulo: Manole, 2004. 152p.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIGHI, Esteban. **La conflictiva historia de los delitos improprios de omisión**. Revista de Derecho Penal, Uruguay, n. , p.243-252, dez. 2002.

ROXIN, Claus. **Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção**. Problemas Fundamentais de direito penal. Lisboa: Veja, 1986.

_____. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de Direito Penal**; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 232p.

_____. **Reflexiones sobre la problemática de la imputación em el derecho penal**. (artigo atribuído ao autor, sem dados da publicação).

RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Die gleichstellungsproblematik der unechten unterlassungsdelikte und der gedanke der ingerenz**. Göttingen: Schwartz, 1966.

RUIZ, María Ángeles Cuadrado. **La comisión por omisión como problema dogmático**. Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, Madrid, n. , p.367-456, 2000.

SÁENZ, Ricardo. **Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión**. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, n. , p.295-306, 1989.

SÁNCHEZ, James Reátegui. **Aspectos histórico-dogmáticos, políticos criminales y de derecho bpositivo en el ámbito de los delitos improprios de omisión**. Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología, Mendoza, n. , p.117-228, 2004.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **El delito de omision concepto y sistema**. Barcelona: Editora Cometa, 1986.

_____. **Aspectos de la comision por omision fundamento y formas de intervencion. el ejemplo del funcionario penitenciario**. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 38, p.367-404, 1989.

_____. **La regulación de la "comisión por omisión" en el nuevo código penal español (artículo 11).** Revista Peruana De Ciencias Penales, La Mancha, n. , p.575-609, 1996

SANDÍ, Carlos Chichilia. **Delitos de omisión propia e impropia (comisión por omisión y problemas de coautoría).** Ciencias Penales: revista de la asociación de ciencias penales de costa rica, Costa Rica, n. , p.89-102, nov. 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania.** Revista Del Poder Judicial, Madrid, n. 51, p.201-222, 1998.

_____. **Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos.** Eurodelitos: El derecho penal económico en la unión europea, México, n. , p.33-37, 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **El delito de omisión: concepto y sistema.** 2^a ed.. Buenos Aires: BdeF, 2003.

SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G. R.. **Criminal law: theory and doctrine.** 2^a ed.. Portland: Oregon, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. v. 3.

SOUZA, Carmo Antônio de. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general (el hecho punible).** Trad. da 4ª edição alemã por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

STRUENSEE, Eberhard. **La estructura de los delitos de omisión imprudentes.** Revista de Derecho Penal Y Criminología, Uruguay, n. , p.243-261, 2005.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos.** Rio de Janeiro: ILCP, 1996.

TERRAGNI, Marco Antonio. **Omisión impropia y posición de garante.** Revista de Ciencias Penales, Chile, n. , p.37-51, 1997.

TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. , p.231-256, 1982.

_____. **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. Madrid: Centro de publicaciones, 1987.

_____. **Principales Novedades de los Delitos de Omisión en el Código Penal de 1995**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo, 1977.

_____. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORÍO LÓPEZ, Angel. **Límites Políticos Criminales del Delito de Comisión por Omisión**. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia, Tomo XXXVII, Fascículo II (septiembre – diciembre 1984).

TRELLES, Javier Sanchez Vera Gomez. **Delito de infracción de deber y participación delictiva**. Madri: Marcial Pons, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 2^a ed. trad. da 11^a edição alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

_____. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 143 p.

_____. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. 376p.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**: aspectos gerais. Trad. da 5^a edição alemã por Juarez Tavares. Porto Alegre: SAE, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Derecho penal: parte general**. 2. ed.. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria del delito**, Buenos Aires: Ediar, 1973.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. 2 ed. 222p.

_____. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo et al.. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parle geral. 3^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Omisión e Injerencia con Relación al Supuesto Agravado del Párrafo 3 del Artículo 489 bis del Código Penal**. In: Cuadernos de Política Criminal. Madrid: Editorial Edersa, N° 24 , 1984, pp. 571 – 590.

ANEXOS

ANEXO I – INTEIRO TEOR DOS ACÓRDOS REFERENTES ÀS DUAS EMENTAS DO TJMG CITADAS NO TEXTO

1 ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO:

VOTO

1. RELATÓRIO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que decretou extinta a punibilidade dos acusados pela ocorrência de prescrição, julgando antecipadamente o feito quando da abertura da audiência de instrução designada para o dia 19/09/2007.

Inconformado, o Ministério Público recorre da referida decisão alegando que os réus estão sendo acusados de praticarem crime omissivo impróprio, pelo que a conduta delitiva persiste. Aduz que o crime é permanente, não havendo prescrição, já que a omissão que tem levado à deterioração do bem tombado continua tal como antes, sem qualquer interrupção no seu curso. Nos termos ministeriais: "os denunciados, desde o final do ano de 1994, mediante condutas livres, voluntárias e conscientes, vêm se omitindo em preservar bem especialmente protegido, assim dando conta da ocorrência de delito permanente, que vem se prolongando no tempo, atraindo a aplicação do disposto no artigo 111, III, do Código Penal, de forma a que eventual prescrição só poderá ter início quando os réus fizerem cessar a omissão que vem causando a deterioração do imóvel, fato que infelizmente ainda persiste."

As contra-razões da defesa estão acostadas às f. 338/343.

Em sede de juízo de retratação, a juíza Kenea Márcia Damato Mendonça manteve a decisão recorrida (f. 365).

A Ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 369/371).

É o relatório.

Os réus permanecem assistidos pelos advogados subscritores da peça de f. 338, à exceção do Dr. Athayde Ribeiro da Costa, estando o feito pronto para julgamento.

2. CONHECIMENTO

Conheço do recurso em face do seu ajuste legal.

3. MÉRITO

Os réus permanecem assistidos pelos advogados subscritores da peça de f. 338, à exceção do Dr. Athayde Ribeiro da Costa.

A defesa, em suas contra-razões, argumenta que não ocorreu a omissão criminosa apontada pelo Ministério Público, apontando elementos probatórios que afastam a tese acusatória. Pede, ao final, a manutenção da decisão que reconheceu a prescrição.

A decisão deve ser cassada, seja porque razão assiste ao Ministério Público quando aponta o crime omissivo impróprio como crime permanente, seja porque a defesa tem o direito de ver examinada a tese absolutória.

O caso é, em tese, de crime omissivo impróprio (material) cujo resultado vai se prolongando no tempo (a deterioração do patrimônio especialmente protegido por lei). É de se destacar que, nos **CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS** ou comissivos por omissão, a prescrição inicia-se na data do resultado e, uma vez que o dano se prolonga no tempo, a consumação do crime torna-se permanente. Assim, aplica-se a regra prevista no art. 111, III, do Código Penal. A cada dia de omissão, renovou-se o momento consumativo com a provocação de mais e mais danos ao imóvel.

Outra questão é relevante neste caso. O julgamento deve alcançar o mérito do presente feito, não só por não ter havido prescrição da pretensão punitiva, mas também porque a defesa, que sinaliza a tese absolutória, tem direito ao exame da matéria, com supedâneo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, III, da Magna Carta.

Expendo tal entendimento tanto no que concerne ao prosseguimento do processo criminal em primeiro grau de jurisdição, com a conseqüente anulação da decisão extintiva de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima, como, na segunda instância, quanto à superação de eventual preliminar de prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto quando houver solução mais favorável à defesa, qual seja, a absolvição do acusado.

Em relação ao assunto socorro-me dos ensinamentos de Aramis Nassif, contidos no artigo Prescrição pela pena 'in concreto' e projetada: violações constitucionais, publicado na revista 'Doutrina', ed. ID, coord. James Tubenchlak, 2001, p. 337, porquanto sintetizam com singular felicidade os argumentos máximos daqueles que acolhem a tese esposada acima, verbo ad verbum:

"O processo penal e o direito penal brasileiros passam por lenta, mas inexorável, transformação, expressada pela leitura constitucional dos textos ordinários (codificados e esparsos) e, assim, encaminhando o necessário respeito aos preceitos e princípios consagrados na Carta de 1988, alimentada por influente doutrina nacional e estrangeira. Todavia, percebe-se alguma resistência para sua completa aplicação quando os juizados criminais de primeiro e segundo grau enfrentam situações jurídicas decorrentes, uma da aplicação da pena concretamente e, outra, de sua abstrata e futura aplicação, em hipóteses que resultam, em ambas, em prescrição da pretensão punitiva e, via de consequência, na extinção da punibilidade do acusado. Usando como pretexto este resultado, perpetua-se uma situação de injustiça com o trânsito em julgado, onde se enquadra o não-conhecimento de eventual apelação defensiva pelos tribunais pátrios, impedindo o objetivo absolutório.

Esta dupla supressão inversa de instância provoca nossa insurgência.

Ainda introdutoriamente, não é demais lembrar que prescrição é a perda do direito de punir do Estado em razão do decurso de um tempo previsto em lei, conduzindo à extinção da punibilidade do acusado, baseada nesta fluência temporal. Em singelo e despretensioso registro, lembra-se que ela ocorre pelo decurso de prazos estabelecidos em lei (v.g. Art. 109, e incisos, CP) porque presume-se cessado o interesse pela punição em virtude do esquecimento e pelo interesse na harmonização social.

Interessa particularmente ao texto o disposto no artigo 110 e seus incisos, do Código Penal, vez que, dele, extrai-se a autorização legal para reconhecer a prescrição pela pena concretizada na sentença penal e, na ampliação virtual, a projetada e em perspectiva:

"Art. 110 - a prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regular-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa."

A prescrição, seja qual for sua natureza, é causa de extinção da punibilidade (art.107, IV, primeira parte, CP).

II - Dignidade e estigmatização do acusado

Defendemos em nosso 'Júri - Impronúncia e a possibilidade absolutória posterior' (2), que "a base de toda a estrutura jurídica é a personalidade do indivíduo, o meio pelo qual constrói seus direitos e obrigações, estabelecendo, a partir de eleições particulares, de caráter íntimo, ainda que mantida a tensão do meio sócio-jurídico externo, as opções para exercitar aqueles e exigir estas. Decorre que ele passa a ser a motivação teleológica da regulamentação normativa - moral e jurídica da sociedade - sob o império do Estado, sem, jamais, perder sua individualidade.

Não é sem razão que a Lei Fundamental de Bonn, Alemanha (1949), deu à expressão 'dignidade' seu porte constitucional, verbis: A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la (Art.1.1).

Hoje, todas as Cartas políticas modernas têm a dignidade do cidadão como preceito básico e fundamental de um Estado democrático de Direito. E o Brasil não fugiu à regra."

O legislador constituinte consagrou no primeiro artigo da Constituição Federal que está assegurado que a República Federativa do Brasil, (...) tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (inc. III), além do que a Carta garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (Art. 5º), enquanto que o sistema penal brasileiro foi enriquecido pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, quando o admitiu através do Decreto n.º 678/92, que, com eficácia de lei federal, no seu artigo 11, trouxe a certeza de que, neste país, como nos demais signatários, que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. A leitura dos diplomas permite a identificação da orientação jurídica e sócio-filosófica em torno deste bem do homem, tornando o Estado responsável por assegurar e respeitar a aplicação do princípio, especialmente no processo penal.

Não se debate mais que o processo penal tem, na estigmatização do acusado, um subproduto psicossocial.

Para Aury Celso de Lima Lopes Junior "(...) a grave degeneração do processo permite que se fale em verdadeiras penas processuais, pois confrontam violentamente com o caráter e a função instrumental do processo, configurando uma verdadeira patologia judicial, na qual o processo penal é utilizado como uma punição antecipada, instrumento de perseguição política, intimidação policial, gerador de estigmatização social, inclusive com um degenerado fim de prevenção geral" (3)

Repete-se que, mesmo na coexistência idealizada, existe uma distinção etiológica entre o direito e a justiça, porquanto aquele surge quase sempre do sistema normativo e, esta, mais abrangente, ainda que sem força coercitiva, do consenso necessário quanto à conduta comunitária em expectativa para a consolidação harmônica das relações intersubjetivas, e a censura correspectiva e proporcional pela frustração causada pela ação do agente contra o modelo consensual.

Portanto, o Estado acusador é responsável, também, pelas consequências da ação penal movida contra o indivíduo e, por extensão necessária, pelo seu resgate social se fracassado na demonstração da sua culpa, pois não há como negar que, posto na Constituição e no Pacto de San José da Costa Rica, o direito existe para proteção da dignidade do cidadão, vez que esta, por expressar a imagem e o conceito do homem perante seus pares, garante-lhe o respeito da sociedade.

A vedação do conhecimento do recurso pela declaração da extinção da punibilidade pela prescrição considerando a pena in concreto e a sua declaração pela perspectiva da prescrição ante futuro apenamento, retornam o direito processual penal à contemporaneidade com um

Estado autoritário, ao qual importa seu interesse expressado no discurso que defende a 'celeridade' ou 'economia processual', 'utilidade do processo' ou, ainda, na temerária expressão de que o fenômeno extintivo da punição é similar à uma sentença absolutória. Com isto, concorrendo com o estatal, o interesse individual vai desfalecido ante a liberdade discricionária do juiz ou tribunal, que, segundo Jorge Figueiredo Dias, faz o acusado ser "visto não como sujeito co-actuante no processo, mas como mero objeto de inquisição, como algo que é afeito ao processo mas que dele não participa ativamente"(4)

O resgate da dignidade comprometida pela força do estigma social em face do processo criminal, conduz à lembrança da teoria do garantismo penal criada por Ferrajoli(5) por sustentar a tutela dos direitos fundamentais que devem ser obrigatoriamente satisfeitos, pois a função teleológica do direito penal é a imunidade do indivíduo face o autoritarismo oficial e a defesa dos fracos mediante a isonomia, dignidade da pessoa do imputado e, portanto, garantia de sua liberdade.

A justiça une indissoluvelmente o direito e a dignidade pessoal, e daí, a personalidade social.

Inescapável que a formação conceitual de direito deve estar atenta à ordem moral geral e, por isto mesmo, quando abalada esta - e o será sempre diante da indignidade de um dos indivíduos que integram o meio destinatário - impõe-se adequar o direito ao interesse sócio-moral.

O direito é o ordenamento das relações interpessoais (*ius est ad alios*), e, por conseguinte, a normatividade jurídica é aquela que defende o homem em sua absoluta individualidade, em sua distinção perante os demais pares, ao mesmo tempo que os mantém interligados.

Na coordenação dos dois pólos - individual e social - o direito estabelece a estrutura bifacial da proteção, ou seja, da comunidade e do cidadão, o que prova que o sistema jurídico e o moral objetivam a mesma coisa, qual seja, a preservação do indivíduo, sem comprometer a sua integração comunitária.

Este é um cuidado político incumbido ao Poder Judiciário no processo penal.

III - Prescrição pela pena concretizada e o não conhecimento de recurso defensivo.

III.1 - O sacrifício do exame de mérito.

A prescrição da pretensão punitiva do Estado, considerada a pena concretizada em sentença penal condenatória, tem determinado que, em caso de apelação defensiva, o órgão recursal ad quem declare extinta a punibilidade do apelante e julgue prejudicado o exame de mérito.

Por isto que "verificando a extinção intercorrente da pretensão punitiva, pela prescrição conforme a pena concretizada, que se consumou na pendência de agravo de instrumento contra o indeferimento de RE, deve o Tribunal declará-la de ofício. Fica prejudicado o recurso. Embargos recebidos. (STF - AI 318701 AgR-ED / SP. J. em 18/12/2001 - 2ª Turma).

No mesmo sentido:

"Apelação-crime. Entorpecentes. Lei nº 6368/76. Extinção da punibilidade do réu. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ante a pena aplicada, com fulcro nos arts. 107, inciso IV, primeira hipótese, 109, inciso V, 110, par-1º, 114 e 115, todos do CP. Extinção da punibilidade do apelante. Prejudicada a análise do recurso, quanto ao mérito. Decisão unânime." (Apel. crim., Nº 70001633486, TJ-RS. Julgado em 12/12/02).

"(...) 3. Realizado o tempo da prescrição da pretensão punitiva superveniente, é de se declarar extinta a punibilidade do delito. 4. Embargos de declaração acolhidos para, conferindo-lhes excepcionais efeitos infringentes e reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva superveniente, julgar extinta a punibilidade dos **CRIMES** imputados ao réu e, em consequência, prejudicado o recurso especial." (STJ - EDRESP 265292 / SP ; DJ 19/12/2002 PG:00458. T6 - 6ª Turma).

Destaca-se dos julgados que o decreto extintivo da punibilidade é feito, face a existência do recurso, em segundo grau, isto é, o tribunal, ao revés de examinar o mérito da pretensão recursal, ex officio declara a extinção da punibilidade do apelante e, por isto, prejudicado fica o reexame.

Não se discute a justiça da previsão legal que diz com a extinção da punibilidade que pode, efetivamente, resultar em benefício ao acusado. Todavia, é de ver que, se com veredicto condenatório não se conformar o condenado, ainda que os efeitos da prescrição sejam parecidos com os da absolvição, desta diferencia-se porque não há resgate do prejuízo moral sofrido se inocente for e assim desmentido pela sentença condenatória.

O restabelecimento da verdade do agente só poderia ocorrer ante o reexame da matéria, cujo óbice é a prescrição.

III.2 - Duplo grau de jurisdição

Interessante notar que não há discussão sobre o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional no direito brasileiro. Conforme a professora Ada Pellegrini Grinover, o "duplo grau, como garantia fundamental de boa justiça, é contemplado em diversas constituições estrangeiras e até em documentos internacionais. É o caso do art. 8, n. 2-h, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que o Brasil ratificou em 1992 e que se tornou lei interna pelo Decreto 678, de 06.11.1992."

Lembra, ainda que "entre nós, a Constituição do Império consagrava expressamente a garantia do duplo grau (art. 158 da Carta de 1824). Mas hoje o princípio não vem mais expressamente inserido na Lei Maior."

Mas conclui que "apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente na Lei Maior que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas até um sistema de pluralidade deles."(6)

O Pacto de San José está inserto no sistema normativo brasileiro e, neste caso, por sua simetria ideológica com a Carta, exsurge como medida declaratória e, por isto, assume porte constitucional.

Todos os cidadãos e a instituição acusatória têm garantido constitucionalmente o direito ao duplo grau de jurisdição. Mas é, basicamente, uma garantia de defesa fundamental em processo criminal, uma vez que o erro e a injustiça trazem conseqüências particularmente graves em matéria penal, pois além da liberdade, está em jogo a própria dignidade pessoal do acusado.

Colhe-se a lição de Moreira e Canotilho para dar vigor aos argumentos expendidos neste texto, pois adequados ao sistema constitucional brasileiro:

"A defesa contra eles (os actos jurisdicionais) só pode estar noutro tribunal, com poder para revogar a decisão ofensiva dos direitos - e daí que o direito de recurso para um tribunal superior tenha de ser contado entre as mais importantes garantias constitucionais".(7)

Se o direito de recurso é uma garantia fundamental, só pode ser afastado para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g. vedação da *reformatio in pejus*).

Ora, é manifesto que não existe, na situação em estudo, ou seja, quando a defesa pretende sua absolvição pela via recursal, mesmo que, pela pena concretizada na sentença do primeiro grau de jurisdição, sobrevenha a extinção de sua punibilidade, nenhum direito ou interesse que decisivamente imponha eventual restrição.

O único interesse que vagamente se pode reconhecer é o interesse na economia e celeridade processuais, argumento fortemente manejado pelos defensores da restrição, que outorgaria a cômoda dispensa de o tribunal ad quem examinar os autos do processo (alguns deles excessivamente volumosos). Não vemos, porém, como este interesse de caráter meramente processual (ou de comodismo) possa sobrepor-se sobre o da realização da justiça material.

Leia-se a lição:

'...ese derecho a recurrir del fallo, cuya esencia consiste precisamente en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves errores del de juicio, se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterios formalistas - los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia -, y a condición eso sí, de que el Tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia...'.(8)

É de ver, ainda, que o não conhecimento do recurso defensivo em hipótese que tal, pressupõe que o princípio da presunção de inocência é atropelado pelo Tribunal, vez que é ele que, não o

examinando, define a res judicata, momento em que, então, é declarada a extinção da punibilidade. Assim, se a presunção de inocência vale até o trânsito em julgado da sentença condenatória (Art. 5º, LVII, Constituição Federal (9)), o julgador de 2º grau mais não faz que antecipar, perversamente, a coisa julgada, consumando a conclusão condenatória, que existirá social e moralmente, ainda que, como pretendem alguns, sem consequências jurídicas.....

III.5 - Extinção da punibilidade e os efeitos civis da decisão

Pensa-se que, se mais importante é a dignidade resgatada pelo veredicto de 2º grau, outras situações tornam-se relevantes com o desejo (direito) do réu ver-se eventualmente absolvido em segundo grau, como, exemplificativamente, as causas absolutórias que produzem coisa julgada no juízo cível, assim a do inciso I do artigo 386, CPP em sua combinação com o artigo 935, do Código Civil (antigo art. 1225, CC), versando sobre a responsabilidade penal e a civil; e a do inciso V, primeira parte, do mesmo dispositivo processual penal em sua combinação com o artigo 65 do Código de Processo Penal, que trata da extensão da coisa julgada penal para o juízo cível quando ocorrer a absolvição com base em uma excludente da criminalidade.

A absolvição objetivada, portanto, produz notável efeito paralelo e poderá evitar outro sofrimento ao acusado, se reconhecido inocente em segundo grau."

Os fundamentos constantes do artigo mencionado seriam, por si sós, absolutamente esclarecedores quanto à tese que se agasalha neste voto, que sustenta a impossibilidade de se decretar a extinção da punibilidade do acusado, sem que o judiciário examine os argumentos defensivos acerca da absolvição, que não se iguala à extinção da punibilidade.

Quero também basear meu posicionamento em doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira, reconhecido jurista mineiro e, com justiça, dos mais citados por este Tribunal, em particular por esta Câmara. Apreciando o tema do interesse recursal, Pacelli afirma inicialmente ser o mesmo extraído da definição de sucumbência, mencionando, como termo de partida para a análise do assunto, que "do ponto de vista dos interesses da acusação, qualquer decisão que não atenda a totalidade da expectativa possível de condenação pode ser encarada como prejudicial a ela, para a defesa, só a absolvição poderia afastar inteiramente a sucumbência do acusado" (Curso de Processo Penal, 7ª edição, 2007, Belo Horizonte, Del Rey, p. 711).

A decisão que antecipadamente extingue a punibilidade pela prescrição, obstaculizando à defesa a dedução e apreciação de tese absolutória (existente no presente feito, como se extrai das contra-razões de recurso), viola o devido processo legal.

Por tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial, cassando a decisão de f. 329/330.

É como voto.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): MARIA CELESTE PORTO e HÉLCIO VALENTIM.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.02.727260-8/001.

2 - ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO E SEGUNDO RECURSOS E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS DEMAIS.

Belo Horizonte, 01 de agosto de 2006.

DESª. JANE SILVA - Relatora

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A SRª. DESª. JANE SILVA:

VOTO

VALDIR SILVA FILHO foi condenado a quatorze anos, sete meses e vinte e quatro dias de reclusão, em regime fechado, e a noventa dias-multa, o valor da unidade no seu mínimo legal, por ter sido considerado incurso nas penas do artigo 157, § 2.º, I, II e V, por duas vezes, c/c artigo 70, na forma do artigo 71 e artigos 213, caput, e 65, III, "d", na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

RONALDO DA SILVA DOMINGOS foi condenado a oito anos, um mês e seis dias de reclusão, em regime fechado, e a 114 dias-multa, o valor da unidade no seu mínimo legal, por ter sido considerado incurso nas penas do artigo 157, § 2.º, I, II e V, por duas vezes, na forma do artigo 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

RONEI DA SILVA DOMINGOS foi condenado a sete anos, sete meses e vinte e quatro dias de reclusão, em regime fechado, e a noventa dias-multa, o valor da unidade no seu mínimo legal, por ter sido considerado incurso nas penas do artigo 157, § 2.º, I, II e V, por duas vezes, na forma do artigo 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

JOSÉ MAGNO COSTA foi condenado a sete anos, sete meses e vinte e quatro dias de reclusão, em regime fechado, e a noventa dias-multa, o valor da unidade no seu mínimo legal, por ter sido considerado incurso nas penas do artigo 157, § 2.º, I, II e V, por duas vezes, na forma do artigo 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

Temos quatro recursos.

O primeiro, interposto pelo Representante do Ministério Público, requerendo a condenação dos acusados nos exatos termos da denúncia, quais sejam, a condenação de todos os acusados pelos **CRIMES** previstos no artigo 157, § 2.º, I, II e V, por duas vezes, c/c artigo 70, na forma do artigo 71, e artigos 213 e 288, parágrafo único, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, bem como a mudança do regime de cumprimento da pena do fechado para o integralmente fechado.

Contra razões dos acusados às f. 649-664, 670-671, 676-679 pelo não-provimento do recurso ministerial.

O segundo, interposto por Valdir Silva Filho e Ronaldo da Silva Domingos, argüindo, com relação ao réu Valdir, preliminarmente, a cassação da sentença, eis que esta não reconheceu as atenuantes e circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal ou a sua absolvição com base no artigo 19 da Lei 6.368/1976. Quanto ao mérito, requereu a concessão da justiça gratuita, visto que Valdir não possui condições de arcar com a multa imposta. Já com relação ao acusado Ronaldo, requereu a sua absolvição dos delitos que lhe foram imputados. Alternativamente, o reconhecimento da participação de menor importância bem como da atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal.

Contra-razões ministeriais às f. 730-737, pelo não-provimento do recurso.

O terceiro, interposto por Ronei da Silva Domingos, requerendo a redução da pena imposta devido à confissão espontânea e a menoridade relativa, e a mudança do regime de cumprimento da pena do fechado para o semi-aberto.

Contra-razões ministeriais às f. 683-688, pelo não-provimento do recurso.

O quarto, interposto por José Magno Costa, requerendo a sua absolvição, tendo em vista a falta de provas que comprovem a sua participação nos **CRIMES** e, alternativamente a redução da reprimenda em razão da confissão espontânea e da menoridade relativa, o reconhecimento da participação de menor importância nos delitos, bem como a mudança de regime de cumprimento de pena, do fechado para o semi-aberto.

Quanto aos fatos, narram os autos que no dia 22 de dezembro de 2004, logo após a 00h00, Valdir Silva Filho, Ronaldo da Silva Domingos, Ronei da Silva Domingos e José Magno Costa transitavam em um veículo Ford Corcel II, pertencente a Valdir, quando interceptaram a trajetória do veículo Fiat Stilo, ainda em movimento, bloqueando a passagem do mesmo. Valdir e Ronaldo desceram do Ford Corcel, ambos armados e renderam o motorista do veículo, Marcelo Mattar Diniz, obrigando-o a passar para o banco de trás. Os acusados se dirigiram ao Bairro Olhos D'água, onde obrigaram o condutor do Fiat Stilo a adentrar o porta-malas, subtraindo do mesmo vários pertences pessoais.

Os acusados deixaram o veículo Ford Corcel na residência de Ronaldo e, ocupando todos o Fiat Stilo, ainda com a vítima no porta-malas. Por volta das 02h30min, no Bairro Belvedere, interceptaram o veículo GM Astra, sendo que os réus desceram do Stilo, um deles armado, anunciando o assalto e determinando que as vítimas Sarah Helena Vieira Braga e Aldrin

Sander Gomes passassem para o banco de trás. Logo após Aldrin foi colocado no porta-malas do Astra. Na ocasião foram subtraídos os pertences pessoais das vítimas.

Os acusados Valdir Silva e Ronaldo da Silva seguiram conduzindo o Astra em direção à BR 040 sentido Rio de Janeiro. Próximo ao restaurante Rancho do Boi, Valdir deixou Ronaldo, seguindo sozinho na condução do veículo, que também transportava Aldrin, no porta-malas, e Sarah no banco de trás. Assim, em local ignorado, Valdir imobilizou o veículo e, mediante ameaças de morte e emprego de arma de fogo, estuprou Sarah Helena.

Os veículos, após terem o rádio e outros acessórios roubados, foram abandonados juntamente com as vítimas em locais distintos e indeterminados.

A denúncia foi recebida em 11 de fevereiro de 2005 e a sentença foi publicada em mãos do escrivão em 23 de junho de 2005.

O feito transcorreu nos termos da sentença, que ora adoto, tendo sido os réus dela pessoalmente intimados (f. 611, 614, 617 e 620).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial e não-provimento dos demais recursos.

É o relatório.

Conheço dos recursos, porque previstos em lei, cabíveis, adequados, e os recorrentes têm interesse recursal, bem como por verificar que se encontram presentes os requisitos indispensáveis aos seus processamentos.

Quanto à preliminar em que se pretende a cassação da sentença argüida por Valdir Silva Filho.

Insurge-se a defesa do réu Valdir Silva Filho, em sede preliminar, requerendo a cassação da sentença, visto que a Juíza de primeira instância, na fixação da pena-base, não reconheceu as atenuantes, bem como não observou as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Analisei cuidadosamente as razões e contra-razões recursais, bem como a decisão hostilizada, e vejo que o pedido da defesa não merece prosperar.

Do exame da sentença, nota-se que a ilustre Magistrada procedeu corretamente à análise das circunstâncias judiciais, bem como dosou adequadamente a pena-base do acusado, que, em razão das circunstâncias e conseqüências dos **CRIMES**, foi fixada um pouco acima do mínimo legal.

Quanto ao não-reconhecimento das atenuantes, melhor sorte não assiste ao acusado. A única circunstância atenuante a ser aplicada no caso foi devidamente analisada pela decisão combatida, qual seja, a de confissão espontânea por parte do agente.

Preliminar rejeitada.

Quanto à preliminar de isenção ou redução de pena argüida por Valdir Silva Filho.

Aduz a defesa que o réu Valdir Silva Filho, quando da prática dos **CRIMES**, se encontrava bêbado e drogado, não tendo a lucidez para compreender seus atos, fazendo jus à isenção de pena prevista no artigo 19 da Lei 6.368/1976.

Carece de razão a defesa, pois, em momento algum, durante o procedimento criminal, foi apontado que Valdir, em razão de sua dependência química, não fosse plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado ou foi possível determinar-se conforme tal entendimento. Nas duas oportunidades em que foi ouvido, o réu se mostrou completamente lúcido e capaz de entender a ilicitude da conduta por ele praticada. Conforme salientou o Promotor, as condutas praticadas evidenciam a lucidez e o juízo crítico dos atos de Valdir, que não só conduziu o veículo durante a ação criminosa, como também orientou seus comparsas na prática delituosa. Além disso, o acusado estava em uma festa, na qual fez a ingestão voluntária de bebida alcoólica e substância entorpecente, deixando o local com a intenção de praticar **CRIMES**.

Preliminar rejeitada.

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa argüida por Ronaldo da Silva Domingos.

Afirma o ilustre Defensor que a decisão que indeferiu a realização de exame pericial dactiloscópico nos objetos, veículos e acusado, com o escopo de comprovar se as impressões deixadas pelas polpas dos dedos nos locais dos **CRIMES** eram do réu.

Acertadamente, a Juíza de primeira instância indeferiu o pedido da defesa, em razão da óbvia impossibilidade de obtenção de resultados objetivos pela referida perícia, visto que o pedido foi formulado quatro meses após a data do crime e os veículos já tinham sido devolvidos para seus respectivos donos, sendo impossível que guardassem qualquer vestígios de impressões digitais de qualquer participante do delito.

Preliminar rejeitada.

QUANTO AO MÉRITO.

Quanto ao recurso ministerial.

Insurge-se o representante ministerial contra a decisão que absolveu os réus Ronaldo da Silva, Ronei da Silva e José Magno do crime previsto no artigo 213 do Código Penal, vez que estes sabiam da intenção libidinosa de Valdir e nada fizeram para impedir o estupro.

O parágrafo 2.º do artigo 13 do Código Penal dispõe:

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.

No caso em análise estaríamos diante da alínea "c", que trata dos **CRIMES COMISSIVOS** por **OMISSÃO**, visto que os demais réus contribuíram, com seu comportamento anterior nos **CRIMES** de roubo, para que o acusado Valdir praticasse o crime de estupro.

Ocorre, porém, que não há crime comissivo por **OMISSÃO** sem que exista o especial dever jurídico de impedir o dano ou o perigo ao bem jurídico tutelado. Nos delitos **COMISSIVOS** por **OMISSÃO** dolosa, visto que não existe forma culposa do crime de estupro, é também indispensável que haja a vontade de omitir a ação devida. Os pressupostos de fato que configuram a situação de garantidor do agente devem ser abrangidos pelo dolo e o sujeito ativo de **CRIMES COMISSIVOS** por **OMISSÃO** precisa ter a consciência de que está naquela posição.

Assim, necessário era que os réus Ronaldo, Ronei e José tivessem consciência da condição de garantidor, o que não restou provado pela acusação. Como corretamente salientou a Juíza de primeira instância, a declaração de vontade de Valdir de praticar a conjunção carnal com a vítima é insuficiente para concluir que os demais acusados tinham conhecimento da posição de garantidor.

Ademais, o delito foi praticado por Valdir quando este se encontrava sozinho com a vítima e os demais acusados já estavam em lugares diferentes do local do crime, não havendo nenhuma prova de contribuição concreta para a consumação do estupro.

Quanto ao pedido de condenação pelo crime de formação de quadrilha, entendo que este não merece prosperar. Para a configuração deste tipo penal é necessária a associação de no mínimo quatro pessoas para a prática de **CRIMES**, não sendo suficiente que se reúnam essas pessoas para a prática de um crime determinado, o que resultaria em concurso de agentes. É necessário que haja vínculo associativo permanente para fins criminosos. No caso em análise não há provas de que a associação criminosa dos réus seja estável e perene, não sendo possível a condenação dos acusados no crime previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal.

O pleito de mudança de cumprimento da pena formulado pelo representante ministerial será examinado após a análise dos demais recursos para que não haja prejuízo de qualquer dos pedidos.

Quanto ao recurso de Valdir Silva Filho.

Não merece prosperar o pleito defensivo de cassação da pena de multa imposta ao réu pela prática do crime de roubo, vez que o preceito secundário desse crime já impõe ao magistrado a obrigatoriedade de fixar, além da pena privativa de liberdade, também a de multa.

Não há qualquer reparo a ser feito na dosimetria de referida pena, haja vista ter sido bem dosada conforme a análise e fundamentação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e condição financeira do réu, motivo pelo qual o valor de cada dia-multa foi

fixado no mínimo legal.

A questão da isenção das custas processuais é singela e já foi muitas vezes decidida por este Tribunal, encontrando-se, inclusive, sumulada por seu Grupo de Câmaras Criminais, o qual entende que "o juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal, mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no artigo 12 da Lei 1.060/50". (Súmula 58/TJMG.)

As custas no processo penal constituem consequência da condenação e, como tal, não se pode isentar o réu de seu pagamento dentro do prazo quinquenal estabelecido pelo artigo 12 da Lei 1.060/50.

Nenhum prejuízo é acarretado ao condenado pobre, em seu sentido legal, que continua a ter a devida assistência jurídica, nem tal entendimento fere a Instrução da Corregedoria de Justiça, que se refere, precipuamente, à demanda que se desenvolve no juízo cível, pois, no juízo criminal, o pagamento das custas a que foi o apelante condenado, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50, fica suspenso, mediante a impossibilidade de o réu saldá-lo, pelo prazo de cinco anos, e, decorrido tal lapso temporal, persistindo a situação de miserabilidade, ficará o réu isento de seu pagamento.

Vê-se, em consequência, que o miserável jamais ficará sacrificado ou terá de renunciar ao seu sustento ou de sua família para atender ao pagamento de custas processuais, se conservar a alegada situação de pobreza, não se ferindo a Instrução da Corregedoria de Justiça.

Quanto ao recurso de Ronaldo da Silva Domingos.

Afirma a defesa que não existem nos autos provas que comprovem a participação do réu nos **CRIMES** descritos na denúncia, devendo o acusado ser absolvido com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Alternativamente, requereu a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal.

As três vítimas reconheceram Ronaldo da Silva como um dos integrantes do grupo que realizou os assaltos, conforme os autos de reconhecimento de f. 65-66, 138, 142-143, 147-148, 155, 195, 207 e 223-224, não havendo, por isso, que se falar em absolvição por falta de provas. Os demais réus, em seus depoimentos, confirmam a presença de Ronaldo nas ações criminosas.

O pleito de aplicação da atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal não deve ser acolhido, visto que, à data dos **CRIMES**, qual seja, 22 de dezembro de 2004, o acusado que nasceu em 25 de maio de 1982 possuía 22 anos de idade, não fazendo jus à circunstância atenuante prevista no dispositivo legal supramencionado.

Quanto ao recurso de Ronei da Silva Domingos.

A Juíza de primeira instância, ao analisar as circunstâncias atenuantes a serem aplicadas na fixação da pena de Ronei da Silva, quais sejam, as do artigo 65, incisos I e III, "d", do Código Penal, reduziu em somente três meses a reprimenda imposta ao acusado. Além disso, fixou o

regime fechado para o cumprimento da pena.

Afirma a defesa que a redução não foi adequada, devendo a reprimenda ser concretizada em seu mínimo legal. Alega ainda que, de acordo com o artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal, o acusado faz jus ao regime semi-aberto.

Entendo que o pedido da defesa merece ser parcialmente acolhido.

A pena-base do acusado foi fixada, para cada um dos três **CRIMES**, acertadamente em quatro anos e seis meses de reclusão e vinte e cinco dias-multa. Tendo em vista as atenuantes supramencionadas, a redução feita foi de apenas três meses e cinco dias-multa. Ocorre, porém, que a redução deveria ter sido maior, considerando que são duas as atenuantes, sendo necessária a modificação da reprimenda.

Quanto ao pleito de mudança de regime, entendo que não assiste razão à defesa. Apesar de cumprir os requisitos objetivos presentes no artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal, o acusado não faz jus ao regime semi-aberto por não atender os requisitos subjetivos do artigo 59 do mesmo diploma legal. A alta censurabilidade do crime, suas circunstâncias e conseqüências, bem como a maneira como a conduta foi praticada, impedem a fixação do regime semi-aberto para o cumprimento da reprimenda, devendo o regime inicialmente fechado ser mantido, para melhor exame da personalidade do réu e imposição de medidas adequadas.

Quanto ao recurso de José Magno Costa.

Pugna a defesa pela absolvição do acusado em razão da ausência de um conjunto probatório seguro, alternativamente pede o reconhecimento da participação de menor importância nos **CRIMES** e fixação da pena-base no mínimo legal. Reclama ainda pela mudança de regime de cumprimento da reprimenda imposta, do fechado para o semi-aberto.

O apelo merece ser parcialmente provido.

A participação do acusado, de igual importância à dos demais acusados, restou amplamente comprovada nos autos.

O réu confessou o crime na fase policial, descrevendo com detalhes os **CRIMES** ocorridos no dia 22 de dezembro de 2004, conforme documento de f. 220, estando seu depoimento em perfeita harmonia com o restante do conjunto probatório.

Diz o apelante que sua confissão extrajudicial foi tirada mediante coação, exercida pela autoridade policial, mas não aponta o nome do coator ou coatores, nem comprovou qualquer tortura, quando o ônus da prova lhe incumbia. Reiteradas vezes tal alegação aparece nos autos das ações penais, mas é necessário que sejam comprovadas.

Quanto ao pleito de fixação da pena-base no mínimo legal, melhor sorte não assiste ao apelante, sendo necessária, porém, a reestruturação de sua reprimenda devido à pequena redução da pena-base, efetuada pela magistrada em razão das atenuantes previstas no artigo 65, incisos I e III, "d", do Código Penal.

A pena-base do acusado foi fixada, para cada um dos três **CRIMES**, acertadamente em quatro anos e seis meses de reclusão e vinte e cinco dias-multa. Tendo em vista as atenuantes supramencionadas, a redução feita foi de apenas três meses e cinco dias-multa. Ocorre, porém, que a redução deveria ter sido maior, considerando que são duas as atenuantes, sendo necessária a modificação da reprimenda.

Quanto ao pleito de mudança de regime, entendo que não assiste razão à defesa. Apesar de cumprir os requisitos objetivos presentes no artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal, o acusado não faz jus ao regime semi-aberto por não atender aos requisitos subjetivos do artigo 59 do mesmo diploma legal. A alta censurabilidade do crime, suas circunstâncias e conseqüências, bem como a maneira como a conduta foi praticada, impedem a fixação do regime semi-aberto para o cumprimento da reprimenda, devendo o regime inicialmente fechado ser mantido, para melhor exame da personalidade do réu e imposição de medidas adequadas.

Quanto ao pedido ministerial pela mudança de regime.

Aduz o Representante do Ministério Público que, de acordo com o artigo 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, a pena do crime estupro será cumprida integralmente em regime fechado. Dessarte, tendo sido o acusado Valdir Silva Filho considerado incurso nas iras do artigo 213 do Código Penal, deveria ter-lhe sido fixado o regime acima mencionado para o cumprimento da reprimenda.

Ocorre, porém, que a Juíza de primeira instância, corretamente, entendeu ser adequado, tanto para obtenção dos fins de prevenção e reprovação do crime quanto para garantir os direitos constitucionais do acusado, este iniciar o cumprimento da pena no regime inicialmente fechado.

A questão, hoje, deixou de ser polêmica, ante o reconhecimento incidenter tantum da inconstitucionalidade do referido regime pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus 82.959.

O sistema brasileiro, no que tange ao regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, é o progressivo, grande arma para o executor das reprimendas, pois a gradual liberdade passa a ser uma conquista do condenado que, por ela estimulado, desenvolve esforço pessoal para ter bom comportamento carcerário e adquirir novos princípios de vida com reflexos sociais em sua conduta posterior à prisão. Se não o faz, jamais obterá a almejada progressão, e nem mesmo o livramento condicional, pois tais requisitos subjetivos são exigidos para a concessão dos aludidos benefícios.

Tal sistema foi inteiramente recepcionado pela Constituição da República de 1988, pois essa consagrou o princípio da individualização das penas, da qual faz parte a dos regimes de seu cumprimento, consoante o disposto no artigo 59, III, do Código Penal e repetido na Lei de Execução Penal, não podendo ser menosprezado.

A imposição de regime integralmente fechado implica determinação de pena cruel, pois retira do condenado o estímulo e a esperança necessários para o cumprimento das reprimendas

impostas, o que igualmente o legislador constituinte reprimiu ao estabelecer o princípio da humanidade das penas.

Assim, a questão há de ser interpretada conforme o princípio de individualização da pena estabelecido na Constituição da República, da qual faz parte a dos regimes de seu cumprimento, que, por sua vez, se faz de modo progressivo, conforme estabelecido no Código Penal e na Lei de Execução Penal, repita-se, inteiramente recepcionados pela Carta Magna.

Não se está agindo em desfavor da sociedade, mas sim para sua própria proteção, visto que o regime progressivo de cumprimento da pena permite melhor observação da pessoa do condenado, que, repita-se uma vez mais, só obterá a almejada progressão se a conquistar, enquanto colocá-lo em liberdade depois do cumprimento de dois terços da pena, através do livramento condicional, é levar para o seio social uma pessoa que não foi testada para ser ali inserida ou reinserida, voltando rapidamente à marginalidade, colocando em risco toda a população, já tão atemorizada.

Entendo que, antes do livramento condicional, que não é fase de progressão do cumprimento da pena, mas liberdade antecipada, a individualização da reprimenda e do seu regime, que também é feita na fase de execução, deve ser cuidadosamente examinada, com passagem para regimes diversos, até que, ao final dos dois terços de pena, se verifique se o apenado realmente contribuiu para o alcance de sua própria liberdade e se tem condição de obtê-la sem colocar em risco a segurança social.

A progressão não é um presente, mas uma conquista feita diuturnamente durante a pena.

O Tribunal Maior entendeu que a impossibilidade da potencial progressão fere a Constituição da República e, não obstante ter sido feito através do controle difuso, deu-se ao que se sabe, pela primeira vez, uma amplitude maior a tal decisão, alcançando os mesmos efeitos da decisão feita através do controle concentrado, pois por unanimidade se entendeu que ela se estende ex nunc, alcançando todas as penas ainda em execução.

Impõe-se, portanto, a manutenção do regime inicialmente fechado, compatível com as normas recepcionadas pela Constituição da República, ainda que não se possa afastar a hediondez do crime praticado, principalmente agora, quando o Tribunal Maior entendeu que a impossibilidade da potencial progressão fere a Constituição da República e, não obstante ter sido feito através do controle difuso, deu-se, ao que se sabe, pela primeira vez, amplitude maior a tal decisão, alcançando os mesmos efeitos da decisão feita através do controle concentrado, pois por unanimidade se entendeu que ela se estende ex nunc, alcançando todas as penas ainda em execução.

Ressalte-se que os efeitos de tal decisão devem ser interpretados como erga omnes, pois o Supremo Tribunal Federal, após decidir pela referida inconstitucionalidade, concedeu, por unanimidade, tal efeito à decisão, tendo posteriormente o mesmo Tribunal entendido que a questão nem mesmo precisava mais ser levada ao plenário, podendo os Ministros afastar o óbice por simples despacho, logo, não merece acolhimento a argumentação de que a matéria

foi decidida apenas em relação ao caso concreto examinado.

Ante tais fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial e aos recursos de Valdir Silva Filho e Ronaldo da Silva Domingos. **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos de Ronei da Silva Martins e José Magno Costa, apenas para diminuir a pena-base em função das circunstâncias atenuantes.

Passo a reestruturar a pena de Ronei da Silva Domingos.

Adoto a análise das circunstâncias judiciais efetuada pela doura sentenciante, e mantenho a pena-base, para cada um dos três **CRIMES**, em quatro anos seis meses de reclusão e vinte e cinco dias-multa, para cada crime de roubo.

Em razão das circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, incisos I e III, "d", do Código Penal, reduzo a pena-base para quatro anos e 15 dias-multa. Ausente qualquer causa de diminuição. Não há agravantes a serem consideradas. Tomo a causa de aumento prevista no artigo 157, § 2.º, I, II e V, e mantenho a majoração da pena em metade, concretizando-a, em seis anos de reclusão e 22 dias-multa para cada um dos três **CRIMES** praticados.

Reconhecida a continuidade delitiva, com fulcro no artigo 71 do Código Penal, tomo a pena de um dos **CRIMES**, vez que idênticas, e mantenho o aumento da pena em um quinto, considerando os três **CRIMES** praticados, ficando o acusado condenado à pena concreta de sete anos, dois meses e doze dias de reclusão e a 66 dias-multa, o valor da unidade no seu mínimo legal.

O regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado, com base no artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal e na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal, conforme explicitado no corpo do voto.

Passo a reestruturar a pena José Magno Costa.

Adoto a análise das circunstâncias judiciais efetuada pela doura sentenciante, e mantenho a pena-base, para cada um dos três **CRIMES**, em quatro anos seis meses de reclusão e vinte e cinco dias-multa, para cada crime de roubo.

Em razão das circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, incisos I e III, "d", do Código Penal, reduzo a pena-base para quatro anos e 15 dias-multa. Ausente qualquer causa de diminuição. Não há agravantes a serem consideradas. Tomo a causa de aumento prevista no artigo 157, § 2.º, I, II e V, e mantenho a majoração da pena em metade, concretizando-a em seis anos de reclusão e 22 dias-multa para cada um dos três **CRIMES** praticados.

Reconhecida a continuidade delitiva, com fulcro no artigo 71 do Código Penal, tomo a pena de um dos **CRIMES**, vez que idênticas, e mantenho o aumento da pena em um quinto, considerando os três **CRIMES** praticados, ficando o acusado condenado à pena concreta de sete anos, dois meses e doze dias de reclusão e a 66 dias-multa, o valor da unidade no seu mínimo legal.

O regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado, com base no artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal e na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal, conforme explicitado no corpo do voto.

Custas ex lege.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO E SEGUNDO RECURSOS E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS DEMAIS.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.538822-0/001.

ANEXO II – INTEIRO TEOR DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL CITADOS NO TEXTO

1- ACÓRDÃO REFERENTE À EMENTA N. 3

EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO CULPOSO.

Não comprovada a culpa do embargante na determinação da morte da vítima, acusado de omissão culposa na morte de operário morto no trabalho em razão de provável falta de uso obrigatório de equipamento de proteção, é de se manter a sentença absolutória, acolhendo-se os presentes embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Segundo Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher os embargos infringentes.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO (PRESIDENTE), DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO, DES. GASPAR MARQUES BATISTA, DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS, DES.^a ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS E DES. CONSTANTINO LISBÔA DE AZEVEDO.**

Porto Alegre, 09 de novembro de 2007.

DES. VLADIMIR GIACOMUZZI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. VLADIMIR GIACOMUZZI (RELATOR).

Trata-se de embargos infringentes oferecidos por Luiz Carlos Kauer, que foi condenando à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, do CP.

O presente embargo visa fazer prevalecer o voto vencido da eminente

Desembargadora ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS, que entendeu não ter o agente culpa no evento em que se viu envolvido, daí porque não acolhia o apelo ministerial que tinha por objetivo modificar a sentença absolutória *a quo*. Requer seja acolhido os embargos para que Luiz Carlos Kauer seja absolvido. Caso não seja entendido desta forma, postula para que seja determinada a remessa dos autos à Vara de origem para que o Ministério Público se manifeste acerca da previsão contida no art. 89 da Lei n.º 9.099/95.

O Ministério Público, neste grau de jurisdição, entende pela rejeição dos embargos. Sustenta que houve por parte do embargante conivência em permitir que os funcionários não utilizassem os equipamentos de segurança necessários para impedir acidentes fatais, sendo ele o responsável pela segurança.

Resta evidente para o douto Procurador de Justiça que houve falta de zelo, sendo plausível condenar o réu por homicídio culposo.

Façam-se cópias do acórdão recorrido, deste relatório e voto, bem como das razões de recurso e da promoção ministerial para distribuição aos eminentes integrantes do Grupo Criminal.

É o relatório.

V O T O S

DES. VLADIMIR GIACOMUZZI (RELATOR)

Na comarca de Taquari a empresa Navegação Aliança Ltda. dedicava-se ao comércio de navegação fluvial. Tendo uma de suas embarcações, o Trevo Roxo, sofrido grave avaria em seu casco. Para o conserto foram empreitados os serviços da Sultecni. César Augusto de Oliveira Vargas e seu irmão Claudiomiro de Oliveira Vargas, como empregados da Sultecni, procediam ao conserto da embarcação avariada atracada no estaleiro da Navegação Aliança Ltda. no rio Taquari, dia 17-07-2001. Supervisionava o serviço, com a responsabilidade de velar pela segurança dos aludidos operários, o cidadão Luiz Carlos Kauer, também ele empregado da empreiteira Sultecni.

Aconteceu que César Augusto caiu nas águas do rio Taquari. Tendo a queda sido percebida por outros operários, Claudiomiro jogou-se voluntariamente nas águas do rio com o propósito de socorrer o irmão, não o conseguindo, no entanto, vindo a se afogar, juntamente com o irmão César Augusto.

Procedidas as sindicâncias e as investigações recomendáveis, Luiz Carlos Kauer acabou sendo formalmente acusado como responsável, por omissão culposa, pela morte das vítimas.

De acordo com o indicado na denúncia, o acusado teria se omitido ao não exigir dos operários mortos, particularmente de César Augusto, a utilização de coletes de sobrevivência, cinturão de segurança, nem a colocação de andaimes guarda-corpos e cadeiras suspensas, equipamentos de uso obrigatório na execução do trabalho que o primeiro vinha realizando, de acordo com as normas de segurança de trabalho então em vigor.

O acusado sustentou que a vítima César Augusto executava seu trabalho no porão da embarcação e que, no caso, não se impunha que estivesse equipado com os acessórios de proteção antes mencionados, de uso inviabilizado, no caso, porque César Augusto trabalhava com solda e maçarico. Ademais o acusado sustentou que a queda no Taquari de César Augusto aconteceu depois de concluída sua tarefa laborativa diária, quando já se preparava para deixar o local de trabalho, já tendo inclusive devolvido o maçarico, instrumento de trabalho que utilizava naquela.

A sentença concluiu não ter resultado comprovado que o acusado deveria ser responsabilizado criminalmente pelo evento porque não se omitira, porque, numa palavra, não obrara com culpa.

A sentença absolutória foi emitida nos seguintes termos, na sua parte que aqui interessa conhecer:

A partir do interrogatório do réu, retiram-se pontos importantes para a análise e deslinde do presente caso, a saber: a) se as vítimas efetivamente trabalhavam na parte interna da embarcação quando do infortúnio; b) se as vítimas estavam utilizando o equipamento de proteção adequado à função que exerciam; c) se havia fiscalização de segurança do trabalho no local do acidente; d) se as vítimas estavam em efetivo labor.

Para responder a esses questionamentos fundamental apreciar os depoimentos das testemunhas que acompanharam o desfecho trágico, a fim de, cotejando com as informações prestadas pelo acusado, avaliar a ocorrência de culpa no evento.

Angenor Ferreira de Andrade Júnior, que trabalhava junto com as vítimas no momento da queda destas na água, afirma era o trabalho regularmente realizado na parte interna do navio, a cerca de um metro de distância do casco, com o uso dos equipamentos de proteção adequados à função. Aduz, ainda, que no momento do imprevisto, já haviam encerrado o trabalho daquele dia, bem assim, existia bote salva-vidas no local (fls. 137/146):

“Testemunha: O primeiro eu não vi caí, só o segundo que avisou que o irmão tinha caído.

Juiz de Direito: Sim. E isso foi durante o horário de trabalho?

Testemunha: Não, foi no final do expediente.

Juiz de Direito: Final do expediente?

Testemunha: A gente tava recolhendo, recolhendo o material pra, que faltava cinco minuto pra largada, a gente tava recolhendo o material, foi quando ele.

Juiz de Direito: Ele caiu. E aí, e as vítimas, o que eles faziam nesse dia e que local eles trabalhavam no navio?

Testemunha: Dentro do navio, na proa, dentro do navio.

(...)

Juiz de Direito: Os dois trabalhavam dentro do navio, mas e a possibilidade de cair pra dentro da água, existia essa possibilidade?

Testemunha: Olha, não tinha porque o navio ele, ele é assim daí, a gente trabalhando aqui, a não ser que o, como o outro se atirou né, mas possibilidade de cair.

Juiz de Direito: E a, os equipamentos necessários pra trabalhar nesse local, no navio, eram fornecidos pela empresa?

Testemunha: Material, de, de, por exemplo, luvas, óculos, capacete, isso aí era fornecido.

Juiz de Direito: Era fornecido?

Testemunha: Avental.

Juiz de Direito: E as vítimas estavam usando esse equipamento no dia?

Testemunha: Tavam, todo mundo usava, tavam usando.

(...)

Ministério Público: A que distância mais ou menos eles tavam do ponto em que, do casco?

Testemunha: Um metro.

(...)

Ministério Público: E essa, e essa abertura, ela vinha até a altura dos pés ou ficava até uma...

Testemunha: ... até o joelho mais ou menos, meio metro, meio metro.

(...)

Ministério Público: ... pra fazer. Eles não usam colete de salva-vidas, desses colete pra água?

Testemunha: Até porque não usa porque não tem como trabalhar, vai trabalhar com solda com colete vai pegar fogo no colete.

(...)

Advogado de defesa: O senhor disse aqui então que quando as vítimas caíram na água elas já tinham encerrado as atividades?

Testemunha: Estávamos encerrando as atividades já.

Advogado de defesa: E após o término do trabalho, aonde é que eram guardados esses equipamentos de trabalho e as ferramentas?

Testemunha: Guardado por ali mesmo aonde a gente trabalhava, só recolhia ali.

Advogado de defesa: No próprio local de trabalho?

Testemunha: No próprio local de trabalho.

(...)

Advogado de defesa: Perfeito. Pra terminar aqui Dra., o depoente confirma o depoimento prestado na Delegacia de que no local havia botes salva-vidas mas não houve tempo de salvar as vítimas. O senhor confirma...

Testemunha: ... confirmo, confirmo”.

Paulo Roberto Amaral Lima, responsável pela área jurídica da empresa Navegação Aliança Ltda., corrobora o fato de as vítimas estarem em final de expediente, dentro da embarcação, no exercício de atividades que não eram compatíveis com o uso de colete salva-vidas, estando a utilizar os equipamentos de proteção específicos da função, sem necessidade de cinto de segurança (fls. 160/163).

Alex Sandro de Souza, que laborava no carregamento dos navios, confirma estavam as vítimas dentro da embarcação, em final de expediente, utilizando equipamento de segurança, tais como capacete, avental de couro, botina e roupa de serviço. Alude, ainda, haver fiscalização do uso dos EPIs por duas técnicas de segurança. (fls. 110/113):

“Juiz de Direito: E me diz uma coisa, o senhor chegou a ver as vítimas trabalhando no local. Elas tavam com equipamento de segurança?

Testemunha: Sim.

Juiz de Direito: Que tipo de equipamento?

Testemunha: Capacete, avental de couro, botina, roupa de serviço.

Juiz de Direito: Sim. E o trabalho dela, que era realizado pelas vítimas, era dentro do navio ou era fora?

Testemunha: Dentro no, a gente chama de, ali na proa, é, como é que é o nome, é o bico, o bico da proa ...

(...)

Juiz de Direito: Então eles trabalhavam no lado de dentro do navio?

Testemunha: Sim.

(...)

Juiz de Direito: Sim, sim. E como é que foi que aconteceu que ele caiu, essa vítima dentro, chegaram a ver quando ele caiu?

Testemunha: Olha, eu tava, a gente tava na hora da largada ta, era seis horas praticamente, cinco pras seis nós tava lá em cima no, perto do relógio ponto, quando eu vi o Agenor: 'Paulo, o guri caiu na água, o guri caiu na água' e que que a gente fez, foi todo mundo lá pra beira do navio lá, pra dentro do navio e olhando, procurando, procurar o que, e aí, o outro se atirou também, o irmão dele né?

Juiz de Direito: Sim. E eles estavam realizando o serviço, que tipo de serviço?

Testemunha: De caldeira e solda.

Juiz de Direito: E solda?

Testemunha: Isso.

Juiz de Direito: Sim. Coletes salva-vidas eles não estavam usando?

Testemunha: Não porque não tinha necessidade né?

(...)

Advogado de defesa: Na ocasião dos fatos, as vítimas já tinham encerrado suas atividades?

Testemunhas: Sim, porque eu já tava até ali pra bater o ponto né, eles já deviam ter guardado as coisas dele e já ta subindo.

Advogado de Defesa: E quem é que ...

Juiz de Direito: ... quando ocorreu o acidente?

Testemunha: Sim.

Advogado de defesa: Quem é que fiscalizava o serviço prestado pelo réu e os funcionários dele?

Testemunha: O Jorge Bizarro.

Advogado de defesa: E quem é que fiscalizava o uso dos EPI's?

Testemunha: Era as duas técnicas.

(...)

Advogado de defesa: O senhor sabe se existe algum tipo de colete salva-vidas específico pro serviço de solda?

Testemunha: Não, não tem, a gente nunca usou, o que a gente pode fazer esse, claro, se é um serviço do lado assim, que tenha água, a gente bota uma balsa embaixo, aí ele usa o cinto de segurança, aí, pode ter um colete dentro da balsa e outro inspecionando agora ali né, no caso do serviço, fora na água assim".

No mesmo sentido é o depoimento de Jorge Luis dos Santos Bizarro (fls. 114/116):

"Juiz de Direito: Sobre esse fato aí, que está sendo imputado ao Luis, o senhor estava nesse local no dia dos fatos?

Testemunha: Não, eu tava na hora da largada do serviço né, eu já me encontrava na minha sala.

(...)

Juiz de Direito: E o que que eles faziam nesse dia?

Testemunha: Trabalhavam dentro do porão do barco com solda e corte de material.

Juiz de Direito: Sim. E eles trabalhavam suspensos ou eles trabalhavam no fundo do navio?

Testemunha: Trabalhavam no segundo fundo do navio.

(...)

Juiz de Direito: O trabalho era dentro do navio?

Testemunha: Dentro, sim.

Juiz de Direito: E eles estavam usando equipamentos de segurança nesse dia?

Testemunha: Na hora não, porque tavam largando né?

Juiz de Direito: Na hora não. E enquanto eles tavam fazendo o trabalho sim?

Testemunha: A, enquanto tavam, pelo menos tinha, os técnicos de segurança que cuidavam desse, disso aí né?

(...)

Advogado de defesa: Se alguma vez o depoente presenciou as técnicas exigindo o uso de coletes salva-vidas no serviço?

Testemunha: Não, isso, o serviço que eles trabalham eles não poderiam usar colete salva-vidas”.

Lautenir de Souza Teixeira confirma já havia sido dada a ordem de largada do serviço, o qual era realizado dentro do barco, sem a necessidade de colocação de cinto de segurança, bastando a utilização daqueles equipamentos de segurança já empregados pela vítima, tais como luvas, óculos, fardamento, botina, protetor de ouvidos e capacetes. Ainda, assevera que existia um bote embaixo na água, além de fiscalização do uso de EPIs por duas técnicas de segurança (fls. 124/126).

Jéferson Valente Nunes, profissional da área de engenharia de segurança no trabalho, averba ser exigência legal da profissão de soldador a utilização de proteção respiratória e facial, avental e luva de raspa, não havendo necessidade do uso de cinto de segurança se não houver risco de queda, como no caso de trabalho realizado a um metro da borda do navio (fls. 147/149):

“Juiz de Direito: E o trabalho que as vítimas estavam realizando, exige esse, esses equipamentos?

Testemunha: Eu, pelo que eu to sabendo eles eram soldadores, a exigência legal do soldador seria proteção respiratória, proteção facial, avental de raspa e luva de raspa, isso é obrigatório para a função de soldador, agora o serviço em si pode variar dependendo de como tiver fazendo o serviço, se ele tiver fazendo o serviço digamos de altura, um serviço de solda no teto, dois metros, teria que usar um cinto de segurança pra fazer o serviço, então.

Juiz de Direito: E se a pessoa estivesse fazendo um serviço próximo, tem uma abertura no navio, embora o serviço esteja sendo feito na parte externa, ele ta próximo ao local da abertura que, logo em seguida tem água. Qual é o equipamento que ele teria que usar?

Testemunha: Se houvesse por exemplo (ininteligível) atividade um risco dele cair na água, eu, no meu ponto de vista, usaria o cinto de segurança.

Juiz de Direito: Cinto de segurança?

Testemunha: Não o colete, o colete tem o, dois empecilho (ininteligível) soldador, risco de queimar, ta lidando como fogo e aí sai às faíscas e a dificuldade da pessoa trabalhar senão com aquela, com aquele colete...

(...) Advogado de defesa: Então um metro de, se eu trabalhasse um metro, um metro e meio longe da beirada onde caí na água não haveria necessidade de (ininteligível)?

Testemunha: Não, se a gente tem o casco, tu ...

Advogado de defesa: ... isso ...

Testemunha:... não chega nem a encostar no casco, é o que separa de evitar que o cara caia na água, não tem a, não tem, aí, não tem o risco também de cair na água se tem ...”.

Nota-se, desde já, o tom uníssono dos depoimentos, praticamente todos apontando para mesma direção: às vítimas trabalhavam na parte interna do navio, sem estarem suspensos por cordas ou andaimes (pés apoiados no fundo do navio), utilizando equipamentos de proteção individual próprios para a função que exerciam (soldador), sendo fiscalizados diariamente por duas técnicas de segurança do trabalho. E mais: no exato momento em que a primeira vítima caiu na água, o serviço do dia já havia encerrado.

O Ministério Público estriba sua pretensão acusatória fundamentalmente nas recomendações de Hermes Silveira, presidente da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes da empresa Navegação Aliança Ltda., e no Relatório da Delegacia Regional do Trabalho no Estado do Rio Grande do Sul, sem apontar, contudo, as falhas e restrições em cada uma das conclusões.

Consoante a Ata da Reunião Extraordinária de fls. 14/16, José Francisco C. de Oliveira averbou que “já eram 17h55min, quando o responsável pela empreiteira Cleonice da Silva, chamado de Kauer pelos colegas, deu a ordem de encerrarem as atividades e recolherem os materiais de serviço. Após o recolhimento do material, a primeira vítima – César Augusto de Oliveira Vargas, caiu na água, sem que ninguém tenha visto como ocorreu”.

Partindo desse fato, Hermes Silveira, presidente da CIPA, arremata: as vítimas deveriam estar utilizando cinto de segurança. Ocorre que, na mesma reunião, os próprios “cipeiros” chegaram à conclusão de que, no momento da queda, o funcionário já havia finalizado suas atividades, e teria retirado o equipamento, acaso disponibilizado. Vendo fulminada sua ilicção Hermes formula, então, uma segunda hipótese: deveria ter sido instalada uma tela de aço com objetivo de guarda corpo. Mais uma vez, sua recomendação foi prontamente rechaçada por Jorge Bizarro, o qual asseverou que esta proteção seria inviável, pois impediria que as chapas de ferro cortadas caíssem no bote, também utilizado para a proteção dos funcionários, ocasião em que o presidente da CIPA sugeriu, apenas e tão somente, que passasse a constar nos contratos vindouros a responsabilização das empreiteiras pela proteção coletiva dos funcionários.

Por fim, “(...) a CIPA chegou ao seguinte consenso: O funcionário já havia realmente finalizado suas atividades, pois o

maçarico utilizado pelo mesmo já estava recolhido” (fl. 15).

De outra banda, o Relatório da Delegacia Regional do Trabalho no Estado do Rio Grande do Sul aponta a necessidade de cinturão de segurança modelo pára-quedista, andaimes com guarda-corpos, ou cadeiras suspensas (fls. 56/58).

Tal relatório parte de uma premissa equivocada, ao indicar que “na data do acidente, os trabalhadores César e Claudiomiro realizavam serviços na parte externa do navio, com risco de queda, e sobre a água”. Ora, resta comprovado, à execução, a partir da prova testemunhal, que as vítimas laboravam na parte interna do navio, com os pés apoiados no chão, a aproximadamente 50 ou 60cm da água, não havendo que se falar, assim, em cinturão de segurança modelo pára-quedista, andaimes com guarda-corpos, ou mesmo cadeiras suspensas.

Destarte, toda a prova contida nos autos aponta para uma só direção: a ausência de culpa do acusado na ocorrência do evento danoso. Todas as cautelas foram tomadas – as vítimas estavam sempre com os EPIs recomendados, havia rígida fiscalização quanto ao uso dos equipamentos de proteção, existiam bote e bóias salva-vidas ao redor do navio – sendo absolutamente imprevisível, objetiva e subjetivamente, que alguém fosse cair no leito do rio, tendo em vista as condições em que trabalhavam.

Relembre-se que a Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Portuário nº 29, em seu item 29.3.9.3, recomenda alguns itens de proteção e serem utilizados nos reparos de embarcações “onde couber” (fl. 57). Como suso demonstrado, não cabia, no serviço que prestavam as vítimas, qualquer dos itens recomendados na norma referida, a saber: a) andaimes com guarda-corpos ou, preferencialmente, com cadeiras suspensas; b) uso de cinturão de segurança do tipo pára-quedista, fixado em cabo paralelo à estrutura do navio (as vítimas não trabalhavam suspensas, mas apoiadas no solo); c) uso dos demais EPI necessário (estavam sendo utilizados); d) uso de coletes salva-vidas aprovados pela DPC (inviáveis de serem utilizados, ante o risco de incêndio, eis o trabalho era realizado com maçaricos); e) interdição, quando necessário, da área abaixo desses serviços (não necessária).

Por fim, não bastasse o até aqui demonstrado, resta incontroverso nos autos que as vítimas já haviam encerrado o expediente do dia. Nesta senda, ainda não fosse exigida a utilização de algum equipamento de proteção individual não disponibilizado pelo empregador, no momento da queda as vítimas já não mais estariam usando tais equipamentos, ou seja, o resultado fatídico ocorreria da mesma maneira.

Irresignado o Ministério Público apelou sustentando, em resumo, que a decisão absolutória estribou-se na prova testemunhal constituída pelo depoimentos dos empregados da empresa diretamente interessada e em detrimento da prova técnica de fls. 56 até 58 constituída de um relatório síntese do contido nos processos administrativos que menciona elaborados pela Delegacia Regional do Ministério do Trabalho no Estado do Rio Grande do Sul.

Neste documento está consignado que as vítimas “realizavam serviços na parte

externa do navio, com risco de queda, sobre a água e que todos os depoimentos convergem ao afirmarem a inexistência de uso de coletes salva-vidas e da falta de proteção contra o risco de queda”. Prossegue o relatório asseverando que “ na feitura deste item, além da análise dos autos, foi ouvido o senhor Valdez Francisco de Oliveira, Presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Marítimos e Fluviais do Estado do Rio Grande do Sul “.

É inegável que a omissão de quem assumiu a responsabilidade de impedir o resultado pode levar à responsabilização criminal. A doutrina lembra que a Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, que serviu de base ao Código Penal em vigor, sem a alteração recente da Lei 7.209/1984, suprimiu a regra que assim dispunha: “Não impedir um evento que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo”, pelo que foi muito criticada (por todos, Paulo José da Costa Júnior – Comentários ao Código Penal – pág. 44 – Ed. Saraiva, 6ª edição – 2000). Daí porque com a reforma de 1984 nossa Lei Penal Fundamental passou a dispor que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”, esclarecendo que “o dever de agir incumbe a quem tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado ou que tenha por lei a obrigação de proteção” (CP art. 13, § 2º).

Daí porque nos crimes omissivos, próprios ou impróprios, o que primeiro deve ser examinado é se o agente tinha o dever de agir e qual a fonte desta obrigação (Sheila de Albuquerque Bierrenbach – Crimes Omissivos Impróprios – Ed. Del Rey – BH – 1996).

No caso em exame a responsabilidade do acusado pela empreiteira está muito vaga ou diluída, no meu entendimento. Luiz Carlos Kauer era apenas um dos operários da empreiteira contratada para proceder aos reparos na embarcação. O diretor da empresa, o gerente, ou seu responsável pela admissão ou dispensa dos empregados não é identificado no processo. O réu aparece apenas “responsável pelos trabalhadores”. Era o “chefe” dos demais operários. Ao que parece responsável pela distribuição das tarefas entre os trabalhadores no local de trabalho. Era quem autorizava o início e determinava o fim da jornada de trabalho e, provavelmente, procedia à divisão de trabalho a partir da função ou habilidade do operário. Os trabalhos eram no entanto supervisionados pelo Estaleiro e para velar pela segurança dos trabalhadores havia duas técnicas de segurança do trabalho. Uma era a Ana e a outra chamava-se Maria Regina ou Regina (interrogatório de fls. 84). Essas técnicas seriam empregadas da empresa de Segurança Sapitel, empresa contratada pelo Estaleiro, segundo deduzo, porque na Ata das Reuniões Extraordinárias realizadas em razão do acontecido, pelo representante ou Diretor da Empresa de Navegação, ficou consignado que se recomendava que, daquele fato em diante, nos contratos a serem firmados, deveria passar a constar a exigência de que os serviços de segurança ficassem a cargo da empreiteira.

Estas técnicas em segurança do trabalho que permaneciam no canteiro de obra o dia todo e todos os dias, não foram no entanto ouvidas. Na instrução foi ouvido o técnico de segurança do trabalho Marino de Oliveira, empregado da Sapitel, mas que não trabalhou no Estaleiro da Navegação Aliança Ltda., não conhece o local do fato, não visitou estaleiro e nem conhecia os envolvidos. Foi ouvido pelo Delegado de Polícia, na fase do inquérito, que queria melhor se informar sobre quais as exigências que aquele tipo de atividade laborativa demanda, solicitando-lhe que fizesse uma apreciação teórica sobre tais as obrigações legais ou regulamentares em matéria de segurança no trabalho de reparos de embarcação avariada, o que fez. Sobre o fato em si pouco ajudou, no entanto, no que concerne a se saber qual era a obrigação do acusado, especificamente, em relação à segurança dos trabalhadores.

O réu é pessoa com instrução primária, subalterno na empresa empreiteira, pelo que concluo e que acabou sendo responsabilizado pelo evento na suposição de que lhe cumpria fornecer os equipamentos de segurança faltantes ou, no mínimo, exigir que as vítimas os utilizassem quando da execução dos trabalhos. Destaco desde logo este importante aspecto da questão para emitir meu entendimento segundo o qual são

insatisfatórios os dados constantes dos autos quanto a obrigação que se cobrou do acusado, quando se sabe que, na prática, normalmente a matéria relacionada com a segurança no trabalho é confiada a uma ou mais pessoas, a uma equipe ou comissão especial.

De outra parte, admitindo-se que o réu efetivamente se omitiu ou foi negligente no cumprimento de suas obrigações, por não fornecer o equipamento de proteção ou por não exigir seu uso, a prova testemunhal colhida na instrução esclarece que a vítima César Augusto trabalhava no interior da nave com solda e maçarico, dispensando-se, naquele ambiente, o uso dos equipamentos de segurança indicados na denúncia como faltantes.

É certo que o relatório da Delegacia do Trabalho assevera que o trabalho da vítima estava sendo executado no lado externo da nave e sobre a água. Esta conclusão, segundo o relatório, foi retirada do depoimento das pessoas ouvidas nos processos administrativos realizados por aquele órgão, inclusive teria sido tomado o depoimento do Presidente do Sindicato. Estes depoimentos não comparecem contudo aos autos. Os autos daqueles procedimentos administrativos não foram requisitados. Teria alguém informado, nos procedimentos referidos, que a vítima trabalhava no lado externo da nave, sem equipamento de proteção, quando caiu no Taquari ? Não sabemos. As pessoas ouvidas na instrução declaram não terem visto quando e em que momento o operário César Augusto precipitou-se nas águas do rio.

Por último a prova testemunhal recolhida na instrução esclarece que a queda na água da vítima César Augusto teria ocorrido após o término dos trabalhos daquele fatídico dia.

Não há contestação deste dado. No processo administrativo da Delegacia do Ministério do Trabalho talvez se encontre material probatório no sentido contrário. Como se disse, porém, não sabemos o que se contém naqueles autos. Nem mesmo o relatório resumido do seu conteúdo faz alguma referência específica sobre o particular.

Assim é que, rogando venia aos eminentes Juízes que acolheram o apelo ministerial, alterando a sentença absolutória, estou acolhendo os presentes embargos infringentes, acompanhando o voto dissidente. Porque não vejo provada a indispensável culpa em que teria incorrido o recorrente na determinação da morte das vítimas.

É como voto.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (REVISOR)

Estou acompanhando o eminente relator, com a vênia do nobre Desembargador Preiss. Compulsando os autos, vejo que a versão dominante nos autos é a de que estava por findar a jornada de trabalho e os soldados-vítimas já se apressavam em deixar o navio, quando um deles caiu na água, não sendo mais visto. O irmão, que tentou salvá-lo, teve o mesmo destino. Ninguém viu em que circunstâncias o soldador foi jogado na água, mas tudo indica que já estava saindo quando isso ocorreu, pois a prova mais forte afirma que seu afazer era no interior do barco, soldando componentes internos. É claro que resta a hipótese do desditoso operário ainda estar trabalhando, e tenha despencado da embarcação pela abertura que é vista a fls. 208. Isso, contudo, não incrimina o embargante, de vez que também é voz corrente nos autos, o fato de que o trabalho com solda não pode ser realizado com colete salva-vidas, em face da possibilidade de vir a incendiar-se pela proximidade do fogo expelido pelo maçarico.

Não havendo prova segura do crime culposo, não vejo como impor condenação, pelo que não há reparos a fazer no voto brilhante do eminente reator.

É como voto.

DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS - De acordo com o Relator.

DES.^a ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS - De acordo com o Relator.

DES. CONSTANTINO LISBÔA DE AZEVEDO - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO (PRESIDENTE) - De acordo com o Relator.

DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO - Presidente - Embargos Infringentes nº 70021262035, Comarca de Taquari: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES."

Julgador(a) de 1º Grau: CRISTINA MARGARETE JUNQUEIRA

Embargos Infringentes Nº 70021262035, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 09/11/2007.

ANEXO III - INTEIRO TEOR DOS ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CITADOS NO TEXTO

1 – ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 29 de outubro de 2009 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR

HABEAS CORPUS Nº 95.941 - RJ (2007/0288371-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus* , substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI, como decorrência de denegatório acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 2a. Região, que determinou o prosseguimento da Ação Penal movida contra o paciente.

2. Ficou o *decisum* assim ementado:

PENAL. DELITO AMBIENTAL. AGENTE GARANTIDOR. NEXO DE CAUSALIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Só há ausência de justa causa a ensejar o trancamento da ação penal através de habeas corpus, quando comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Além disso, dada a excepcionalidade do trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, é necessário que o constrangimento ilegal sofrido seja manifesto, perceptível primus ictus oculi.

2. *Em se tratando de crime comissivo por omissão e de perigo, há justa causa suficiente para que a ação penal tenha seu regular prosseguimento, também em face do ora paciente, até mesmo porque, em face de sua posição de Diretor Financeiro da Indústria Matarazzo de Papeis S/A, pode ter participação da decisão de ignorar a advertência feita, sendo possível, pois, que ocupasse a posição de agente garantidor.*

3. *As decisões do poluidor são tomadas em determinada data, mas as consequências só vêm a aparecer (se aparecerem) tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação não só da situação de fato existente na data da ocorrência, mas também de toda a perspectiva de causalidade do dano, visa a partir de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.*

4. *A omissão em atender a advertência dos experts, não se constitui em inclusão de uma causa remota na cadeia causal do dano, com regresso ao infinito, vez que pode ter contribuído de forma direta e imediata para a ocorrência do dano ambiental, ainda que vários anos depois, em equivalência das condições e causalidade adequada, o que só se poderá verificar com o andamento da Ação Penal.*

5. *Ordem denegada (fls. 751).*

3. Depreende-se dos autos que o ora paciente, juntamente a outros acionistas e diretores do Grupo Matarazzo, foi denunciado pela suposta

prática dos crimes tipificados nos arts. 254 do CPB (causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem), e 54, *caput*, § 2o. III, e 68, *caput*, ambos da Lei 9.605/98 (causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade e deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental), em razão do rompimento da Barragem B, situada na Fazenda Bom Destino, ocorrido em 29 de março de 2003, no Município de Cataguazes/MG.

4. Alega o impetrante, em síntese, que em 23 de agosto de 1994, a Indústria Matarazzo de Papeis, outrora dirigida pelo paciente, como seu Diretor Financeiro, perdeu a propriedade da Fazenda Bom Destino, por força de carta de adjudicação passada a diversos de seus funcionários como resultado de ação trabalhista movida perante a Justiça do Trabalho, que a venderam posteriormente à empresa Florestal Cataguazes Ltda., atual proprietária. Sustenta, ainda, *que o paciente jamais pisou em solo de situação das barragens, sequer sabia de suas existências e das possibilidades de dano, já que ocupava a Direção Financeira do Grupo Matarazzo, não chegando a seu conhecimento quaisquer informações sobre as necessidades técnicas desta ou daquela obra* (fls. 5/6). Aduz, por fim, *que não houve participação da Indústria Matarazzo de Papeis e nem, tampouco, do paciente, na ocorrência do dano ambiental objeto destes autos, pois não tinham como controlar, determinar ou obrigar os atuais donos das Barragens construídas naquelafábrica a manterem e substituírem as Barragens* (fls. 19).

5. Postula, por fim, o trancamento da Ação Penal, sob a alegação de falta de justa causa.

6. Liminar indeferida (fls. 725/727); informações prestadas (fls. 733/752).

7. Opina a ilustre Subprocuradora-Geral da República JULIETA E. FAJARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE pela denegação da ordem (fls. 754/758).

8. Era o que havia para relatar.

HABEAS CORPUS Nº 95.941 - RJ (2007/0288371-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

VOTO

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELOS CRIMES DE INUNDAÇÃO, POLUIÇÃO E NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL (ARTS. 254 DO CPB E 54, CAPUT, § 2º., III, E 68, CAPUT, DA LEI 9.605/98). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS OU COMISSIVOS POR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NO EVENTO DELITUOSO. QUESTÃO CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. MATERIALIDADE COMPROVADA. SITUAÇÃO DOS AUTOS, TODAVIA, IDÊNTICA AO HC 94.543/RJ (RELATOR P/ O ACÓRDÃO MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09). POSIÇÃO DE GARANTE. ART. 13, § 2º., DO CPB. IMPOSSIBILIDADE DE AGIR (REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO AUSENTES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, CONTUDO, COM A RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR, PARA TRANCAR, COM RELAÇÃO AO PACIENTE, A AÇÃO PENAL 2004.51.03.000047-9.

1. O trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

2. Neste caso, não se pode negar que se apuram condutas lesivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade da barragem que se rompeu e causou o gigantesco desastre ambiental, bem como da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico.

3. As decisões tomadas em determinada data podem ser decisivas quando se trata de crime ambiental, pois suas conseqüências só aparecem tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

4. Na hipótese, não se pode olvidar que bem antes de os pacientes perderem a propriedade da fazenda em que situada a barragem que se rompeu, foram alertados sobre a necessidade de seu esvaziamento, eis que construída em caráter absolutamente provisório. Havendo omissão em atender a essa advertência, sua relevância e o nexo de causalidade com o evento criminoso, ocorrido anos depois, somente poderá ser verificado por meio do regular andamento da Ação Penal, sob o crivo do amplo contraditório.

5. Todavia, no julgamento do HC 94.543/RJ (Rel. p/ o acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09), consignou-se que, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal, isto é, uma situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor.

6. Assim, ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – no caso em exame, o poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

8. Ordem concedida, todavia, com a ressalva do entendimento do Relator, para trancar, com relação ao paciente, a Ação Penal 2004.51.03.000047-9.

1. No julgamento do HC 94.543/RJ, consignei em meu voto:

1. O Tribunal a quo, no que interessa, aduziu o seguinte:

Através de uma leitura da denúncia em questão, pode-se perceber que os fatos atentatórios ao meio-ambiente são inegavelmente descritos de forma minuciosa, fixando a materialidade delitiva, na medida em que relata o rompimento, ocorrido no dia 29/03/2003, de uma das barragens de resíduos industriais, situada na Fazenda Bom Destino, em Cataguases/MG, desastre ambiental que implicou no vazamento de 500.000.000 (quinhentos milhões) de litros de um líquido composto de lignina (chamado de “licor negro”) e sais utilizados no processo de digestão da madeira (hidróxido de sódio, sulfeto de sódio e carbonato de cálcio) sobre as propriedades e culturas agrícolas da região, que restaram destruídas.

Resta avaliar então se há indícios suficientes de autoria, em relação ao paciente.

A denúncia imputou ao paciente, dentre outros, a responsabilidade penal pelo desastre ambiental, porque, como Diretor Financeiro do Grupo de Sociedades Matarazzo ocuparia a posição de garante, razão pela qual teria o dever de agir de forma a evitá-lo.

Num primeiro momento, em sede de mera análise perfunctória, pareceu-me que, pelo fato de a posse, gozo e domínio da gleba rural denominada Fazenda Bom Destino não mais pertencer à Indústria Matarazzo de Papéis S/A, por ter sido adjudicada aos reclamantes da Ação Trabalhista nº 1015/93, em 23/08/1994, antes, portanto, da data do rompimento da barragem de resíduos industriais, ocorrido em 29/03/2003, o ora paciente não poderia deter a posição de agente garantidor, por não mais estar incumbido do “dever de agir” para evitar o resultado danoso, razão pela qual deferi a liminar para suspender os atos processuais, até o julgamento do presente.

Ocorre que, em suas informações, destacou a MMª. Juíza impetrada que, em 05/10/90 – data em que a propriedade da Fazenda Bom Destino ainda era da empresa denunciada – foi a empresa advertida, pelo Diretor da Vector Projetos Integrados SC Ltda. – empresa projetista de barragens – que a barragem “B” (justamente a que se rompeu) deveria ser desativada após abril de 1993, destacando o risco de perda de resistência do aterro em questão.

Assim sendo, em se tratando de crime comissivo por omissão e de perigo, há justa causa suficiente para que a ação penal tenha seu regular prosseguimento, também em face do ora paciente, até mesmo porque, em face de sua posição de Diretor Financeiro da Indústria Matarazzo de Papéis S/A, pode ter participado da decisão de ignorar a advertência feita, sendo possível, pois, que ocupasse a posição de agente garantidor.

Em temas de Direito Criminal Ambiental, pode-se observar que as decisões do poluidor são tomadas em determinada data, mas as consequências só vêm a aparecer (se aparecerem) tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação não só da situação de fato existente na data da ocorrência, mas também de toda a perspectiva de causalidade do dano, vista a partir de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

Como destacado pelo ilustre Procurador da República, em seu parecer:

Em suma, independentemente da barragem ter-se rompido 09 anos após a arrematação do imóvel, ESTÁ COMPROVADO QUE COMPETIA AO PACIENTE A SUA DESATIVAÇÃO EM ABRIL DE 1993, ÉPOCA EM QUE A PROPRIEDADE ERA DAS INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A, de acordo com as informações dos projetistas, às fls. 456/460. (fls. 477)

Por óbvio que não estou aqui entendendo comprovada a culpabilidade do paciente – como o fez o MPF, por força de sua verve lingüística – mas apenas afirmando que há indícios suficientes de autoria, a justificar o prosseguimento da Ação Penal.

Destaque-se, por fim, que não se está defendendo a inclusão de uma causa remota na cadeia causal do dano, com regresso ao infinito, vez que a omissão em atender a advertência dos experts pode ter contribuído de forma direta e imediata para a ocorrência do dano ambiental, ainda que vários anos depois, em equivalência das condições e causalidade adequada, o que só se poderá verificar com o andamento da Ação Penal.

2. É fato incontroverso que, em 29.03.03, houve o rompimento da Barragem B de rejeitos químicos industriais, subprodutos da fabricação de papel, da Fazenda Bom Destino,

localizada no Município de Cataguazes/MG, causando um desastre ambiental gigantesco (poluição de rios, destruição de casas e plantações, matança de animais, afetando, no total, doze municípios em três Estados.

3. Também é incontroverso que as INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A, empresa da qual os pacientes eram controladores ou acionistas, perdeu a propriedade da Fazenda Bom Destino em 14.09.04, por força de uma carta de adjudicação extraída dos Autos da Reclamação Trabalhista 1.015/93. Em 1995, os adjudicantes, antigos funcionários das INDÚSTRIAS MATARAZZO, venderam o terreno à empresa FLORESTAL CATAGUAZES LTDA, conforme averbação no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Cataguazes/MG, empresa esta, por sua vez, que faz parte do grupo da INDÚSTRIA CATAGUAZES DE PAPEL.

4. Ocorre que, como consta dos autos, a INDÚSTRIA MATARAZZO, em 1990, recebera advertência da empresa construtora das duas barragens existentes na Fazenda Bom Destino, VECTOR PROJETOS INTEGRADOS S/C LTDA., de que aquelas tinham sido construídas de maneira provisória, para solucionar o problema emergencial do resíduo tóxico da referida indústria de papel, e que sua vida útil era limitada, devendo a barragem A (não rompida) ser desativada após junho/91 e a barragem B após abril/93.

5. Ao meu sentir, essa circunstância, por ora, é suficiente para determinar o prosseguimento da Ação Penal.

6. Como ressaltado nas informações prestadas pelo MM. Juiz de primeiro grau, o crime previsto no art. 254 do CPB é de perigo, bastando para sua configuração que os bens protegidos tenham sido colocados em risco, como o foram.

7. Não se pode negar que se apuram condutas comissivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade das referidas barragens e da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico. É ler, no que interessa, a inicial acusatória:

Isto explanado, duas ordens de indagação surgem para o fechamento do juízo de tipicidade por parte do Parquet federal. A primeira, se a omissão das condutas esperadas, como narrado na primeira parte da denúncia, subsume-se ao disposto na cabeça do artigo 13 do CP, sendo, pois, causa do resultado. A segunda, se os denunciados deviam na qualidade de garantidores do evitamento do resultado, e logo, de suas consequências, ter realizado ou mandado realizar as ações e operações necessárias à manutenção do equilíbrio e integridade da barragem, além do esvaziamento do reservatório, satisfazendo, assim, as exigências típicas previstas no § 2o., e letras, do art. 13 do CPB.

A primeira indagação desafia pronta resposta. Da narração dos fatos e das provas colhidas em fase inquisitorial, restou indubitado que desde junho de 1991 o reservatório deveria ter sido esvaziado, o uno mínimo, deveria ter sido incoado um processo de desativação. Esta é a ação esperada, mas omitida pelos denunciados. Sendo certo que pela aplicação da teoria da conditio na omissão (CP, 13, cabeça, segunda parte), o não esgotamento do conteúdo dos

reservatórios foi causa do resultado inundação das terras e corpos d'água à jusante, bem como da poluição dos Rios Federas, pelo vazamento do licor negro.

(...).

Pela mesma razão (crime omissivo), é desinfluyente à verificação de autoria o fato de que, após o rompimento da barragem, ou às suas vésperas, este ou aquele denunciado já não integrasse o quadro societário. É que, forte no artigo 29 do CP, todos aqueles que, em algum instante, deviam agir e não agiram são autores. Cuidássemos nós de um crime omissivo, de um fazer, e seria relevante o argumento de quem afirmasse não poder a conduta lhe ser imputada, pela singela razão de ter saído depois dela. Mas repito, trata-se de omissão, ou seja, de ação devia e não realizada ao longo do tempo.

(...).

Mas não é só. Há, neste caso, uma singularidade capaz de ligar, ab initio, os diretores ao conhecimento da ação esperada de esvaziamento dos reservatórios. É que, por concepção, as barragens foram projetadas para serem desativadas em dois anos. É dizer, em toda a fase de tratativas contratuais e pré-contratuais, a necessidade de esvaziar o reservatório foi posta em causa (até por determinação do órgão ambiental). Não é por outra razão que o projetista, forte na premissa da provisoriedade, instou a Indústria Matarazzo a cumprir o contratado e desativar os reservatórios.

Não há olvidar que, de início, a Empresa Matarazzo lançava rejeitos diretamente em um corpo hídrico (Córrego Meia Pataca). Alertada pelas autoridades, viu-se compelida a dar outra destinação aos rejeitos. A solução alvitrada foi uma caldeira para reaproveitamento da soda cáustica (um dos componentes da lixívia). Estas não foram construídas. Optou-se pelo armazenamento, em barramento de terra compactada (barragem) com solução temporária, paliativa. Assim, não há negar que, antecessores e sucessores, sempre operaram com o conceito de provisoriedade das barragens. Ou seja, os diretores tinham conhecimento de que deviam mandar ações e operações tendentes ao esvaziamento do reservatório (fls. 61/62).

8. O nexo de causalidade entre as condutas dos pacientes e o desastre ambiental é questão para ser dirimida no curso da ação penal, após o amplo contraditório.

9. Como cediço, o trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

*10. Como bem alertou o ilustre representante do Parquet Federal, na fase do recebimento da denúncia, o Juiz deve aplicar o princípio *in dubio pro societate*, verificando a procedência da acusação o curso da ação penal, de forma a assegurar ao réu o exercício do direito de defesa e o respeito ao contraditório. A rejeição da denúncia constitui-se em antecipação do Juízo de mérito e cerceia o direito de acusação do órgão Ministerial.*

11. Ante o exposto, denega-se a ordem, cassando-se as liminares anteriormente concedidas, em consonância com o parecer ministerial.

2. Pediu vista, então, o em. Ministro Arnaldo Esteves Lima, cuja entendimento, ao final, prevaleceu na Turma.

3. Registrou em seu voto:

Como se viu do relatório lançado aos autos pelo eminente Relator, Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, trata-se de habeas corpus impetrado em favor de MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO, VICTOR JOSÉ VELO PEREZ e RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ, sócios das INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região que denegou a ordem originária (fl. 605).

Sustentam os impetrantes que as INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A não eram mais proprietária do imóvel (Fazenda Bom Destino) onde ocorreu o delito ambiental, não podendo, dessa forma, agir para evitar o dano causado pelo rompimento da barragem de resíduos industriais, motivo por que requer o trancamento da ação penal pela ausência de justa causa.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de os pacientes serem processados criminalmente, pela ocorrência de delito ambiental, em face da posição de garantidores.

Para melhor examinar a questão, o Código Penal Brasileiro, com a reforma penal de 1984, inseriu a posição de garantes, elencando os sujeitos ativos especiais dos crimes omissivos impróprios, previsto no § 2.º do art. 13: § 2º 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 a 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.

Segundo a doutrina, a estrutura do tipo omissivo tem um aspecto objetivo e um subjetivo: o primeiro "requer que a conduta devida seja fisicamente possível, o que encontra fundamento no princípio geral de direito que impede que este ordene o impossível"; o segundo "requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão de causalidade" (ZAFFARONI e PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, Vol. I: parte geral – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 465/469). Afirmam, ainda, que o resultado dá-se com "um nexo de evitação, isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado" (Op. cit., p. 465).

Os sujeitos ativos dos delitos omissivos, segundo os referidos doutrinadores, são "aqueles que se encontram na posição de garantidor, isto é, numa posição tal em relação ao sujeito passivo que lhes obrigue a garantir especialmente a conservação, reparação ou recuperação do bem jurídico penalmente tutelado" (Op. cit., p. 466).

De todo exposto, conclui-se que, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor. A partir dessas considerações, colho o seguinte excerto da denúncia, no que se refere à questão em exame (fls. 59/62):

Após a análise do apurado, estamos em que a posição fática e jurídica das pessoas físicas e jurídica denunciadas, no que entende com os reservatórios, sua existência, manutenção e desativação, amolda-se a figura típica da letra "B", §2º, art. 13, do CPB. Por outras palavras, os denunciados efetivamente eram (são) garantidores da não-ocorrência do resultado lesivo.

Vejamos.

O GRUPO MATARAZZO é garantidor porque contratou a construção das barragens. Ora, as barragens, do ponto de vista econômico, são obras de engenharia civil. É dizer, são bens economicamente apreciáveis (Cód. Civil, art. 79). Construídas estas, a pessoa jurídica tornou-se proprietária de um bem. Visto de outro prisma, as barragens passaram a integrar o patrimônio da empresa como res in commercium. Após o enchimento, o conjunto barragem-líquido não perdeu a feição patrimonial. Assim, o dever de realizar as condutas tendentes a conservar e manter integras as barragens decorre do só fato da propriedade (propter rem).

É escusado dizer que o grupo MATARAZZO, como qualquer proprietário, assumiu a responsabilidade pela conservação e riscos da coisa em relação aos bens de terceiros. Ou e isso, ou teremos de admitir, absurdamente, que as barragens são res nullius. Outra norma não se extrai do §1º do artigo 1228 do Código Civil. Por outro lado, diga-se que o proprietário e responsável, a teor do artigo 937 do predito Código, pelos danos que resultaram de ruína da coisa. E, por obvio, tal responsabilidade é fundada no fato de que o proprietário assume ipso facto a condição de guardião da coisa.

No pertinente às posições de garantes dos sócios e diretores das denunciadas, uma reflexão.

Cuida-se de crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão. Em assim sendo, é um truísmo asseverar que a acusação tem o ônus de apontar e individualizar não as condutas, que estas inexistiram; mas, sim, o poder de cada um dos garantes consistente em praticar, ou mais realisticamente, decidir e ordenar a realização, pelos seus ou por terceiros, das ação esperada (esta, sim, como fizemos, demanda individualização). É atentatório à realidade das coisas sequer imaginar, mormente em sociedades empresarias, do porte da denunciada, que a ação esperada e omitida seria realizada, diretamente, por seus gerentes e diretores. O trato da questão, pois, para além de fatural, é normativo. Trata-se de uma destas duas possibilidades: decidir ou não decidir. Forte nisso, estamos em que a posição societária alcança relevância penal.

Pela mesma razão (crime omissivo), e desinfluyente a verificação de autoria o fato de que, após o rompimento da barragem, ou às sua vésperas, este ou aquele denunciado já não integrasse o quadro societário. É que, forte no artigo 29 do CP, todos aqueles que, em algum

instante, deviam agir e não agiram, são autores. Cuidássemos nós de um crime comissivo, de um fazer, e seria relevante o argumento de quem afirmasse não poder a conduta lhe ser imputada, pela singela razão de ter saído depois dela. Mas, repito, trata-se de omissão, ou seja, de ação devida e não realizada ao longo do tempo.

Pois bem. As investigações encetadas pela Polícia Federal, através de depoimentos, inspeções e documentos, permitiram concluir, com segurança, que os sócios e gerentes da Industria Matarazzo de Papeis S/A sabiam, como era de se esperar, da existência dos reservatórios. Como era de se esperar dizemos, visto como os reservatórios, são, ao senso do comum dos homens, um problema de tal magnitude (quem os viu, que o diga!), que não e crível, que homens de negócio, experientes, simplesmente ignorassem quase 1 bilhão de litros de um material nocivo, do qual, ao fim e ao cabo, eram e são proprietários.

Mas não é só. Há, neste caso uma singularidade, capaz de ligar, ab initio, os diretores ao conhecimento da ação esperada de esvaziamento dos reservatórios. E que, por concepção, as barragens foram projetadas para serem desativadas em dois anos. É dizer, em toda a fase de tratativas contratuais e pré-contratuais, a necessidade de esvaziar o reservatório foi posta em causa (ate por determinação do órgão ambiental). Não é por outra razão que o projetista, forte na premissa da provisoriedade, instou a Industria Matarazzo a cumprir o contratado e desativar os reservatórios.

Não há olvidar, em reforço, que, de inicio, a Empresa Matarazzo lançava rejeitos diretamente em um corpo hídrico (Córrego Meia-Pataca).

Alertada, pelas autoridades, viu-se compelida a dar outra destinação aos rejeitos. A solução alvitada foi uma caldeira para reaproveitamento da soda caustica (um dos componentes da lixívia). Estas não foram construídas optou-se pelo armazenamento, em barramento de terra compactada (barragem) como solução temporária, paliativa. Assim, não há negar que, antecessores e sucessores, sempre operaram com o conceito de provisoriedade das barragens. Ou seja, os diretores tinham conhecimento de que deviam mandar realizar ações e operações tendentes ao esvaziamento do reservatório.

Diante dos elementos do art. 13 do Código Penal acima expostos, verifica-se da denúncia que dois encontram-se presentes: o perigo para o bem jurídico tutelado e a posição de garantidor dos diretores da empresa.

Todavia, no que se refere ao poder de agir, tenho que carece desse elemento para configurar a conduta omissiva dos pacientes.

De fato, na época em que a propriedade encontrava-se sob o domínio das INDÚSTRIAS MATARAZZO S/A não tenho nenhuma dúvida de que caberiam aos diretores a omissão de desativar o reservatório que deu causa à inundação e ao desastre ambiental. Nesse caso, com a não-realização da ação devida ou esperada, os diretores assumiram o risco da ocorrência do resultado (dolo eventual).

Entretanto, no caso em exame, na data em que ocorreu a inundação (29/3/03), a propriedade já não pertencia ao grupo MATARAZZO há mais de 9 anos, motivo pelo qual os diretores

não detinham mais o poder de agir para interromper o processo causal que levaria ao resultado, ou seja, evitar a ocorrência da inundação.

Portanto, ausente um dos elementos objetivos – poder de agir – previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta dos pacientes.

Ante o exposto, com a devida vênia do eminente relator, concedo a ordem para trancar a ação penal.

4. Isso posto, nada obstante o parecer ministerial e com a ressalva do ponto de vista do Relator, concede-se a ordem, para trancar, com relação ao paciente, a Ação Penal 2004.51.03.000047-9.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUINTA TURMA

Número Registro: 2007/0288371-0 **HC 95941 / RJ**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200451030000479 200702010045183 200702010049826

EM MESA JULGADO: 29/10/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Incolumidade Pública (art. 250 a 285) - Crimes de Perigo Comum -

Inundação (art. 254)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 29 de outubro de 2009

LAURO ROCHA REIS Secretário

2 – ACÓRDÃO (Inteiro Teor)

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2009(data do julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Relator

HABEAS CORPUS Nº 94.543 - RJ (2007/0269461-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO E OUTRO

ADVOGADO : FREDERICO DONATI BARBOSA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO

PACIENTE : VICTOR JOSÉ VELO PEREZ

PACIENTE : RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO, VICTOR JOSÉ VELO PEREZ e RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ, em adversidade ao acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2a. Região, que denegou a ordem em writ anterior. O aresto restou assim ementado: *PENAL. DELITO AMBIENTAL. AGENTE GARANTIDOR. NEXO DE CAUSALIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.*

1. Só há ausência de justa causa a ensejar o trancamento da ação penal através de habeas corpus, quando comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

Além disso, dada a excepcionalidade do trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, é necessário que o constrangimento ilegal sofrido seja manifesto, perceptível primus ictus oculi.

2. Em se tratando de crime comissivo por omissão e de perigo, há justa causa suficiente para que a ação penal tenha seu regular prosseguimento, também em face do ora paciente, até mesmo porque, em face de sua posição de Diretor Financeiro da Indústria Matarazzo de Papéis S/A, pode ter participado da decisão de ignorar a advertência feita, sendo possível, pois, que ocupasse a posição de agente garantidor.

3. As decisões do poluidor são tomadas em determinada data, mas as consequências só vêm a aparecer (se aparecerem) tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação não só da situação de fato existente na data da ocorrência, mas também de toda a perspectiva de causalidade do dano, vista a partir de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

4. A omissão em atender a advertência dos experts, não se constitui em inclusão de uma causa remota na cadeia causal do dano, com regresso ao infinito, vez que pode ter contribuído de forma direta e imediata para a ocorrência do dano ambiental, ainda que vários anos depois, em equivalência das condições e causalidade adequada, o que só se poderá verificar com o andamento da Ação Penal.

5. Ordem denegada (fls. 605).

2. Depreende-se dos autos que os pacientes foram denunciados pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 254 do CPB (causar inundação, expondo a perigo a vida, a

integridade física ou o patrimônio de outrem), 54, *caput*, § 2o. III, e 68, *caput*, estes últimos da Lei 9.605/98 (causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade e deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental), em razão do rompimento da barragem B, situada na Fazenda Bom Destino, ocorrido em 29 de março de 2003, no Município de Cataguazes/MG.

3. Alegam os impetrantes, em síntese, que em 23 de agosto de 1994, a *INDÚSTRIA MATARAZZO DE PAPÉIS* perdeu a propriedade da Fazenda Bom Destino, por força de carta de adjudicação passada a diversos de seus funcionários como resultado de ação trabalhista movida perante a Justiça do Trabalho. Os adjudicantes, por sua vez, em 12 de janeiro de 1996, venderam o terreno à empresa FLORESTAL CATAGUAZES LTDA., que, a partir de então, tornou-se a proprietária da Fazenda Bom Destino, com a devida averbação no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Cataguazes/MG (fls. 7/8). Portanto, continuam, não lhes cabia qualquer ação para evitar dano em imóvel que não lhes pertencia há 10 anos, razão pela qual postulam o trancamento da Ação Penal, sob a alegação de falta de justa causa.

4. Foi deferido o pedido de tutela liminar aos pacientes, *exclusivamente para sustar os interrogatórios judiciais* (fls. 1.510/1.512, 1.557/1.559) e também ao co-réu LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILI (fls. 1.587/1.589).

5. O ilustre Subprocurador-Geral da República WAGNER NATAL BATISTA manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL FUNDADO NA AUSÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NO EVENTO DELITUOSO. QUESTÃO CONTROVERSA. MATÉRIA PROBATÓRIA. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL.

1. Se para aferir a responsabilidade dos pacientes é necessário o exame aprofundado de provas, eis que se trata de questão controversa, é inviável sua análise na via estreita do writ.

2. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção de punibilidade (RHC 13.976/SP e HC 85.542/RN).

3. Na fase do recebimento da denúncia, o Juiz deve aplicar o princípio *in dubio pro societate*, verificando a procedência da acusação o curso da ação penal, de forma a assegurar ao réu o exercício do direito de defesa e o respeito ao contraditório. A rejeição da denúncia constitui-se em antecipação do juízo de mérito e cerceia o direito de acusação do órgão Ministerial.

4. A alegação de irretroatividade da lei penal não foi analisada na instância de origem, motivo pelo qual não pode ser conhecida nesta instância, sob pena da vedada supressão de instância.

5. *Parecer pela denegação da ordem* (fls. 1.534/1.534).

6. É o que havia de relevante para relatar.

HABEAS CORPUS Nº 94.543 - RJ (2007/0269461-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO E OUTRO

ADVOGADO : FREDERICO DONATI BARBOSA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO

PACIENTE : VICTOR JOSÉ VELO PEREZ

PACIENTE : RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ

VOTO

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIMES AMBIENTAIS (INUNDAÇÃO E POLUIÇÃO). DELITOS COMISSIVOS POR OMISSÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NO EVENTO DELITUOSO. QUESTÃO CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. MATERIALIDADE COMPROVADA. INDÍCIOS DE AUTORIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

2. Não se pode negar que se apuram condutas comissivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade da barragem que se rompeu e causou o gigantesco desastre ambiental, bem como da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico.

3. As decisões tomadas em determinada data podem ser decisivas quando se trata de crime ambiental, pois suas conseqüências só aparecem tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

4. Na hipótese, não se pode olvidar que bem antes de os pacientes perderem a propriedade da fazenda em que situada a barragem que se rompeu, foram alertados sobre a necessidade de seu esvaziamento, eis que construída em caráter absolutamente provisório. Havendo omissão

em atender a essa advertência, sua relevância e o nexo de causalidade com o evento criminoso, ocorrido anos depois, somente poderá ser verificado por meio do regular andamento da Ação Penal, sob o crivo do amplo contraditório.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada, para determinar o regular prosseguimento da Ação Penal, cassando-se as liminares anteriormente concedidas.

1. O Tribunal a quo, no que interessa, aduziu o seguinte:

Através de uma leitura da denúncia em questão, pode-se perceber que os fatos atentatórios ao meio-ambiente são inegavelmente descritos de forma minuciosa, fixando a materialidade delitiva, na medida em que relata o rompimento, ocorrido no dia 29/03/2003, de uma das barragens de resíduos industriais, situada na Fazenda Bom Destino, em Cataguases/MG, desastre ambiental que implicou no vazamento de 500.000.000 (quinhentos milhões) de litros de um líquido composto de lignina (chamado de “licor negro”) e sais utilizados no processo de digestão da madeira (hidróxido de sódio, sulfeto de sódio e carbonato de cálcio) sobre as propriedades e culturas agrícolas da região, que restaram destruídas.

Resta avaliar então se há indícios suficientes de autoria, em relação ao paciente.

A denúncia imputou ao paciente, dentre outros, a responsabilidade penal pelo desastre ambiental, porque, como Diretor Financeiro do Grupo de Sociedades Matarazzo ocuparia a posição de garante, razão pela qual teria o dever de agir de forma a evitá-lo.

Num primeiro momento, em sede de mera análise perfunctória, pareceu-me que, pelo fato de a posse, gozo e domínio da gleba rural denominada Fazenda Bom Destino não mais pertencer à Indústria Matarazzo de Papéis S/A, por ter sido adjudicada aos reclamantes da Ação Trabalhista nº 1015/93, em 23/08/1994, antes, portanto, da data do rompimento da barragem de resíduos industriais, ocorrido em 29/03/2003, o ora paciente não poderia deter a posição de agente garantidor, por não mais estar incumbido do “dever de agir” para evitar o resultado danoso, razão pela qual deferi a liminar para suspender os atos processuais, até o julgamento do presente.

Ocorre que, em suas informações, destacou a MMª. Juíza impetrada que, em 05/10/90 – data em que a propriedade da Fazenda Bom Destino ainda era da empresa denunciada – foi a empresa advertida, pelo Diretor da Vector Projetos Integrados SC Ltda. – empresa projetista de barragens – que a barragem “B” (justamente a que se rompeu) deveria ser desativada após abril de 1993, destacando o risco de perda de resistência do aterro em questão.

Assim sendo, em se tratando de crime comissivo por omissão e de perigo, há justa causa suficiente para que a ação penal tenha seu regular prosseguimento, também em face do ora paciente, até mesmo porque, em face de sua posição de Diretor Financeiro da Indústria Matarazzo de Papéis S/A, pode ter participado da decisão de ignorar a advertência feita, sendo possível, pois, que ocupasse a posição de agente garantidor.

Em temas de Direito Criminal Ambiental, pode-se observar que as decisões do poluidor são tomadas em determinada data, mas as conseqüências só vêm a aparecer (se aparecerem) tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação não só da situação de fato existente na data da ocorrência, mas também de toda a perspectiva de causalidade do dano, vista a partir de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

Como destacado pelo ilustre Procurador da República, em seu parecer:

Em suma, independentemente da barragem ter-se rompido 09 anos após a arrematação do imóvel, ESTÁ COMPROVADO QUE COMPETIA AO PACIENTE A SUA DESATIVAÇÃO EM ABRIL DE 1993, ÉPOCA EM QUE A PROPRIEDADE ERA DAS INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A, de acordo com as informações dos projetistas, às fls. 456/460. (fls. 477)

Por óbvio que não estou aqui entendendo comprovada a culpabilidade do paciente – como o fez o MPF, por força de sua verve lingüística – mas apenas afirmando que há indícios suficientes de autoria, a justificar o prosseguimento da Ação Penal.

Destaque-se, por fim, que não se está defendendo a inclusão de uma causa remota na cadeia causal do dano, com regresso ao infinito, vez que a omissão em atender a advertência dos experts pode ter contribuído de forma direta e imediata para a ocorrência do dano ambiental, ainda que vários anos depois, em equivalência das condições e causalidade adequada, o que só se poderá verificar com o andamento da Ação Penal.

2. É fato incontroverso que, em 29.03.03, houve o rompimento da Barragem B de rejeitos químicos industriais, subprodutos da fabricação de papel, da Fazenda Bom Destino, localizada no Município de Cataguazes/MG, causando um desastre ambiental gigantesco (poluição de rios, destruição de casas e plantações, matança de animais, afetando, no total, doze municípios em três Estados).

3. Também é incontroverso que as INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A, empresa da qual os pacientes eram controladores ou acionistas, perdeu a propriedade da Fazenda Bom Destino em 14.09.04, por força de uma carta de adjudicação extraída dos Autos da Reclamação Trabalhista 1.015/93. Em 1995, os adjudicantes, antigos funcionários das INDÚSTRIAS MATARAZZO, venderam o terreno à empresa FLORESTAL CATAGUAZES LTDA, conforme averbação no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Cataguazes/MG, empresa esta, por sua vez, que faz parte do grupo da INDÚSTRIA CATAGUAZES DE PAPEL.

4. Ocorre que, como consta dos autos, a INDÚSTRIA MATARAZZO, em 1990, recebera advertência da empresa construtora das duas barragens existentes na Fazenda Bom Destino, VECTOR PROJETOS INTEGRADOS S/C LTDA., de que aquelas tinham sido construídas de maneira provisória, para solucionar o problema emergencial do resíduo tóxico da referida indústria de papel, e que sua vida útil era limitada, devendo a barragem A (não rompida) ser desativada após junho/91 e a barragem B após abril/93.

5. Ao meu sentir, essa circunstância, por ora, é suficiente para determinar o prosseguimento da Ação Penal.

6. Como ressaltado nas informações prestadas pelo MM. Juiz de primeiro grau, o crime previsto no art. 254 do CPB é de perigo, bastando para sua configuração que os bens protegidos tenham sido colocados em risco, como o foram.

7. Não se pode negar que se apuram condutas comissivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade das referidas barragens e da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico. É ler, no que interessa, a inicial acusatória:

Isto explanado, duas ordens de indagação surgem para o fechamento do juízo de tipicidade por parte do Parquet federal. A primeira, se a omissão das condutas esperadas, como narrado na primeira parte da denúncia, subsume-se ao disposto na cabeça do artigo 13 do CP, sendo, pois, causa do resultado. A segunda, se os denunciados deviam na qualidade de garantidores do evitamento do resultado, e logo, de suas consequências, ter realizado ou mandado realizar as ações e operações necessárias à manutenção do equilíbrio e integridade da barragem, além do esvaziamento do reservatório, satisfazendo, assim, as exigências típicas previstas no § 2o., e letras, do art. 13 do CPB.

A primeira indagação desafia pronta resposta. Da narração dos fatos e das provas colhidas em fase inquisitorial, restou indubitado que desde junho de 1991 o reservatório deveria ter sido esvaziado, o uno mínimo, deveria ter sido incoado um processo de desativação. Esta é a ação esperada, mas omitida pelos denunciados. Sendo certo que pela aplicação da teoria da conditio na omissão (CP, 13, cabeça, segunda parte), o não esgotamento do conteúdo dos reservatórios foi causa do resultado inundação das terras e corpos d'água à jusante, bem como da poluição dos Rios Federas, pelo vazamento do licor negro.

(...).

Pela mesma razão (crime omissivo), é desinfluyente à verificação de autoria o fato de que, após o rompimento da barragem, ou às suas vésperas, este ou aquele denunciado já não integrasse o quadro societário. É que, forte no artigo 29 do CP, todos aqueles que, em algum instante, deviam agir e não agiram são autores. Cuidássemos nós de um crime omissivo, de um fazer, e seria relevante o argumento de quem afirmasse não poder a conduta lhe ser imputada, pela singela razão de ter saído depois dela. Mas repito, trata-se de omissão, ou seja, de ação devia e não realizada ao longo do tempo.

(...).

Mas não é só. Há, neste caso, uma singularidade capaz de ligar, ab initio, os diretores ao conhecimento da ação esperada de esvaziamento dos reservatórios. É que, por concepção, as barragens foram projetadas para serem desativadas em dois anos. É dizer, em toda a fase de tratativas contratuais e pré-contratuais, a necessidade de esvaziar o reservatório foi posta em causa (até por determinação do órgão ambiental). Não é por outra razão que o projetista,

forte na premissa da provisoriedade, instou a Indústria Matarazzo a cumprir o contratado e desativar os reservatórios.

Não há olvidar que, de início, a Empresa Matarazzo lançava rejeitos diretamente em um corpo hídrico (Córrego Meia Pataca). Alertada pelas autoridades, viu-se compelida a dar outra destinação aos rejeitos. A solução alvitrada foi uma caldeira para reaproveitamento da soda cáustica (um dos componentes da lixívia). Estas não foram construídas. Optou-se pelo armazenamento, em barramento de terra compactada (barragem) com solução temporária, paliativa. Assim, não há negar que, antecessores e sucessores, sempre operaram com o conceito de provisoriedade das barragens. Ou seja, os diretores tinham conhecimento de que deviam mandar ações e operações tendentes ao esvaziamento do reservatório (fls. 61/62).

8. O nexo de causalidade entre as condutas dos pacientes e o desastre ambiental é questão para ser dirimida no curso da ação penal, após o amplo contraditório.

9. Como cediço, o trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar

evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

10. Como bem alertou o ilustre representante do *Parquet* Federal, *na fase do recebimento da denúncia, o Juiz deve aplicar o princípio in dubio pro societate, verificando a procedência da acusação o curso da ação penal, de forma a assegurar ao réu o exercício do direito de defesa e o respeito ao contraditório. A rejeição da denúncia constitui-se em antecipação do Juízo de mérito e cerceia o direito de acusação do órgão Ministerial.*

11. Ante o exposto, denega-se a ordem, cassando-se as liminares anteriormente concedidas, em consonância com o parecer ministerial.

12. É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUINTA TURMA

Número Registro: 2007/0269461-2 **HC 94543 / RJ**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200451030000479 200702010045183

EM MESA JULGADO: 18/06/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocurador-Geral da República

(AUSENTE)

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO E OUTRO

ADVOGADO : FREDERICO DONATI BARBOSA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO

PACIENTE : VICTOR JOSÉ VELO PEREZ

PACIENTE : RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes Contra o Meio Ambiente (Lei 9.605/98)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator denegando a ordem, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima."

Aguardam os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 18 de junho de 2009

LAURO ROCHA REIS

Secretário

HABEAS CORPUS Nº 94.543 - RJ (2007/0269461-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO E OUTRO

ADVOGADO : FREDERICO DONATI BARBOSA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO

PACIENTE : VICTOR JOSÉ VELO PEREZ

PACIENTE : RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ

VOTO VENCEDOR

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Como se viu do relatório lançado aos autos pelo eminente Relator, Min.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de

MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO, VICTOR JOSÉ VELO PEREZ e RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ, sócios das INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região que denegou a ordem originária (fl. 605).

Sustentam os impetrantes que as INDÚSTRIAS MATARAZZO DE PAPÉIS S/A não eram mais proprietária do imóvel (Fazenda Bom Destino) onde ocorreu o delito ambiental, não podendo, dessa forma, agir para evitar o dano causado pelo rompimento da barragem de resíduos industriais, motivo por que requer o trancamento da ação penal pela ausência de justa causa.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de os pacientes serem processados criminalmente, pela ocorrência de delito ambiental, em face da posição de garantidores.

Para melhor examinar a questão, o Código Penal Brasileiro, com a reforma penal de 1984, inseriu a posição de garantes, elencando os sujeitos ativos especiais dos crimes

omissivos impróprios, previsto no § 2.º do art. 13:

§ 2º 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 a 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.

Segundo a doutrina, a estrutura do tipo omissivo tem um aspecto objetivo e um subjetivo: o primeiro "requer que a conduta devida seja fisicamente possível, o que encontra fundamento no princípio geral de direito que impede que este ordene o impossível"; o segundo "requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão de causalidade" (ZAFFARONI e PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, Vol. I: parte geral – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 465/469).

Afirmam, ainda, que o resultado dá-se com "um nexo de evitação, isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado" (*Op. cit.*, p. 465).

Os sujeitos ativos dos delitos omissivos, segundo os referidos doutrinadores, são "aqueles que se encontram na posição de garantidor, isto é, numa posição tal em relação

ao sujeito passivo que lhes obrigue a garantir especialmente a conservação, reparação ou recuperação do bem jurídico penalmente tutelado" (*Op. cit.*, p. 466).

De todo exposto, conclui-se que, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor.

A partir dessas considerações, colho o seguinte excerto da denúncia, no que se refere à questão em exame (fls. 59/62):

Após a análise do apurado, estamos em que a posição fática e jurídica das pessoas físicas e jurídica denunciadas, no que entende com os reservatórios, sua existência, manutenção e desativação, amolda-se a figura típica da letra "B", §2º, art. 13, do CPB. Por outras palavras, os denunciados efetivamente eram (são) garantidores da não-ocorrência do resultado lesivo. Vejamos.

O GRUPO MATARAZZO é garantidor porque contratou a construção das barragens. Ora, as barragens, do ponto de vista econômico, são obras de engenharia civil. É dizer, são bens economicamente apreciáveis (Cód. Civil, art. 79). Construídas estas, a pessoa jurídica tornou-se proprietária de um bem.

Visto de outro prisma, as barragens passaram a integrar o patrimônio da empresa como *res in commercium*. Após o enchimento, o conjunto barragem-líquido não perdeu a feição patrimonial. Assim, o dever de realizar as condutas tendentes a conservar e manter integras as barragens decorre do só fato da propriedade (*propter rem*).

É escusado dizer que o grupo MATARAZZO, como qualquer proprietário, assumiu a responsabilidade pela conservação e riscos da coisa em relação aos bens de terceiros. Ou e isso, ou teremos de admitir, absurdamente, que as barragens são *res nullius*. Outra norma não se extrai do §1º do artigo 1228 do Código Civil. Por outro lado, diga-se que o proprietário e

responsável, a teor do artigo 937 do predito Código, pelos danos que resultaram de ruína da coisa. E, por obvio, tal responsabilidade é fundada no fato de que o proprietário assume *ipso facto* a condição de guardião da coisa.

No pertinente às posições de **garantes** dos sócios e diretores das denunciadas, uma reflexão.

Cuida-se de crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão. Em assim sendo, é um truísmo asseverar que a acusação tem o ônus de apontar e individualizar **não as condutas**, que estas inexistiram; mas, sim, o poder de cada um dos **garantes** consistente em praticar, ou mais realisticamente, decidir e ordenar a realização, pelos seus ou por terceiros, das **ação esperada** (esta, sim, como fizemos, demanda individualização). É atentatório à realidade das

coisas sequer imaginar, mormente em sociedades empresarias, do porte da denunciada, que a **ação esperada e omitida** seria realizada, diretamente, por seus gerentes e diretores. O trato da questão, pois, para além de fatural, é normativo. Trata-se de uma destas duas possibilidades: decidir ou não decidir.

Forte nisso, estamos em que a posição societária alcança relevância penal. Pela mesma razão (crime omissivo), e desinfluyente a verificação de autoria o fato de que, após o rompimento da barragem, ou às sua vésperas, este ou aquele denunciado já não integrasse o quadro societário. É que, forte no artigo 29 do CP, todos aqueles que, em algum instante, deviam agir e não agiram, são autores. Cuidássemos nós de um crime comissivo, de um fazer, e seria relevante o argumento de quem afirmasse não poder a conduta lhe ser imputada, pela singela razão de ter saído depois dela. Mas, repito, trata-se de omissão, ou seja, de **ação devida** e não realizada ao longo do tempo.

Pois bem. As investigações encetadas pela Polícia Federal, através de depoimentos, inspeções e documentos, permitiram concluir, com segurança, que os sócios e gerentes da Industria Matarazzo de Papeis S/A sabiam, como era de se esperar, da existência dos reservatórios. Como era de se esperar dizemos, visto como os reservatórios, são, ao senso do comum dos homens, um problema de tal magnitude (quem os viu, que o diga!), que não é crível, que homens de negócio, experientes, simplesmente ignorassem quase 1 bilhão de litros de um material nocivo, do qual, ao fim e ao cabo, eram e são proprietários.

Mas não é só. Há, neste caso uma singularidade, capaz de ligar, *ab initio*, os diretores ao **conhecimento da ação esperada** de esvaziamento dos reservatórios. E que, por concepção, as barragens foram projetadas para serem desativadas em dois anos. É dizer, em toda a fase de tratativas contratuais e pré-contratuais, a necessidade de esvaziar o reservatório foi posta em causa (ate por determinação do órgão ambiental). Não é por outra razão que o projetista,

forte na premissa da provisoriedade, instou a Industria Matarazzo a cumprir o contratado e desativar os reservatórios.

Não há olvidar, em reforço, que, de inicio, a Empresa Matarazzo lançava rejeitos diretamente em um corpo hídrico (Córrego Meia-Pataca). Alertada, pelas autoridades, viu-se compelida a dar outra destinação aos rejeitos. A solução alvitrada foi uma caldeira para reaproveitamento da soda caustica (um dos componentes da lixívia). Estas não foram construídas. optou-se pelo

armazenamento, em barramento de terra compactada (barragem) como solução temporária, paliativa. Assim, não há negar que, antecessores e sucessores, sempre operaram com o conceito de provisoriedade das barragens. Ou seja, os diretores tinham **conhecimento** de que deviam mandar realizar ações e operações tendentes ao esvaziamento do reservatório.

Diante dos elementos do art. 13 do Código Penal acima expostos, verifica-se da denúncia que dois encontram-se presentes: o perigo para o bem jurídico tutelado e a posição de garantidor dos diretores da empresa. Todavia, no que se refere ao poder de agir, tenho que carece desse elemento para configurar a conduta omissiva dos pacientes.

De fato, na época em que a propriedade encontrava-se sob o domínio das INDÚSTRIAS MATARAZZO S/A não tenho nenhuma dúvida de que caberiam aos diretores a omissão de desativar o reservatório que deu causa à inundação e ao desastre ambiental. Nesse caso, com a não-realização da ação devida ou esperada, os diretores assumiram o risco da ocorrência do resultado (dolo eventual).

Entretanto, no caso em exame, na data em que ocorreu a inundação (29/3/03), a propriedade já não pertencia ao grupo MATARAZZO há mais de 9 anos, motivo pelo qual os diretores não detinham mais o **poder de agir** para interromper o processo causal que levaria ao resultado, ou seja, evitar a ocorrência da inundação.

Portanto, ausente um dos elementos objetivos – **poder de agir** – previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta dos pacientes.

Ante o exposto, com a devida vênia do eminente relator, **concedo** a ordem para trancar a ação penal.

É como voto.**CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA.**

Número Registro: 2007/0269461-2 **HC 94543 / RJ**

MATÉRIA CRIMINAL.Números Origem: 200451030000479 200702010045183

EM MESA JULGADO: 17/09/2009

Relator Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.**

Relator para Acórdão: Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.**

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário : Bel. **LAURO ROCHA REIS.**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO E OUTRO

ADVOGADO : FREDERICO DONATI BARBOSA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO

PACIENTE : VICTOR JOSÉ VELO PEREZ

PACIENTE : RENATO SALLES DOS SANTOS CRUZ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Genético.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz. Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 17 de setembro de 2009

LAURO ROCHA REIS –Secretário.

ANEXO IV – DECISOES INDIVIDUAIS DURANTE JULGAMENTO PELO STF.

1- Decisão da Relatora Ministra Ellen Gracie

1. O Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, depois de sumariar as investigações realizadas para a apuração de conduta delituosa definida no art. 7º, inciso XI, da Lei 8.137/90, supostamente atribuída ao Deputado Federal Sandro Antonio Scodro, então diretor-presidente da empresa CIPA Industrial de Produtos Alimentares Ltda., assim concluiu seu parecer de fls. 419/423:

"9. Contudo, ante a ausência de base empírica referente à conduta dolosa ou culposa dos inculpadados, não há viabilidade para uma futura persecução criminal.

10. Nesse contexto, os elementos de convicção carreados são incapazes de fundamentar um juízo positivo sobre a responsabilidade penal dos indigitados pelos fatos ora examinados. In casu, não existem provas que demonstrem a conduta finalística dirigida à realização do tipo penal previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, ou mesmo que os imputados tenham sido negligentes na gerência da empresa.

11. Dessa forma, primeiramente, não se pode afirmar, sem qualquer especificação da conduta censurada, que os inculpadados agiram dolosamente, no sentido de fabricarem um único pacote de biscoitos impróprio para o consumo e colocá-lo no mercado, uma vez que, segundo consta dos autos, a "CIPA Indústria de Produtos Alimentares Ltda." produz, mensalmente, cerca de sessenta milhões de pacotes de biscoitos em todas suas dezesseis unidades, espalhadas em nove Estados da federação e no Distrito Federal. (fls. 193)

12. Diante disso, tendo em vista o porte e a vultosa capacidade produtiva da empresa supracitada, seria imperioso demonstrar concretamente a efetiva contribuição dolosa do Deputado Federal e de seu sócio para a realização do ilícito penal apreciado, mas faltam elementos para tanto.

13. Se bastasse tão-somente aos inculpadados ostentarem a qualidade de diretor da pessoa jurídica para responder criminalmente pela infração penal do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, haveria de presumir que os mesmos tivessem o controle sobre a comercialização de cada um dos milhares de pacotes de biscoitos produzidos pela "CIPA Indústria de Produtos Alimentares Ltda.", o que é bastante improvável. Ademais, não foi possível averiguar nos autos nem mesmo qual das dezesseis filiais produziu e colocou no mercado o pacote de biscoitos considerado impróprio para o consumo.

14. Da mesma forma, revela-se incabível eventual imputação do crime previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, e sua modalidade culposa, uma vez que a análise valorativa exigida na tipificação do crime culposos imprescindível da demonstração da desobediência ao dever de

cuidado objetivo, o que não se verificou no caso em tela diante da escassez de provas relativas a qualquer comportamento negligente dos indigitados.

15. Por último, também não se comprovou qualquer conduta omissiva que pudesse, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal, responsabilizar SANDRO ANTÔNIO SCODRO e SÉRGIO SCODRO pela prática do delito em apreço. É que mesmo nos **crimes omissivos impróprios** há a necessidade de demonstração do elemento subjetivo do agente, que represente a omissão dolosa ou culposa.

16. É certo que na condição de diretores-presidente da empresa "CIPA Indústria de Produtos Alimentares Ltda", o Deputado Federal e seu sócio tinham o dever de agir para evitar resultados ofensivos aos consumidores e, por isso, deveriam assumir responsabilidades por irregularidades constatadas na produção e comercialização das respectivas mercadorias.

17. Contudo, para que a omissão seja penalmente relevante, permitindo a imputação criminal do resultado ofensivo, é necessário, além da condição de garante, que o agente se omita dolosa ou culposamente, deixando de adotar as providências necessárias para que o processo deindustrialização obedeça às regras de segurança alimentar, circunstância que não se verificou na hipótese. Não há nenhumelemento de prova evidenciando conduta dolosa ou culposa dos imputados, indispensável à caracterização da infração penal examinada.

18. Destarte, em face da ausência de base empírica comprovando que o Deputado Federal SANDRO ANTÔNIO SCODRO e SÉRGIO SCODRO concorreram dolosa ou culposamente, ambos na qualidade de diretor-presidente da empresa "CIPA Indústria de Produtos Alimentares Ltda", para a prática do delito previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, não há como formalizar acusação criminal.

2. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, inexistindo, nos autos de investigação criminal, elementos que justifiquem, a critério do Procurador-Geral da República, o oferecimento da denúncia, não pode o tribunal, ante a declarada ausência de formação da opinio delicti, recusar o pedido de arquivamento deduzido pelo Chefe do Ministério Público.

3. Posto isso e tendo em consideração as razões expostas pelo Procurador-Geral da República, defiro o arquivamento do presente inquérito (Lei 8.039/90, art. 3º, I).

Publique-se. Brasília, 4 de agosto de 2005. Ministra Ellen Gracie – Relatora.

Inquérito 2090/PR .D.J.: 16/08/2005

Partes

INQUÉRITO N. 2.090-7

PROCED.: PARANÁ

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INDIC.(A/S): SANDRO ANTÔNIO SCODRO

ADV.(A/S): MARIA PAULA FERREIRA FELIPETO E OUTRO(A/S)

INDIC.(A/S): SÉRGIO SCODRO

ADV.(A/S): WALTER MARQUES SIQUEIRA E OUTRO(A/S)

INDIC.(A/S): FERNANDO MARQUES OLIVEIRA

ADV.(A/S): HENRY SÉRGIO SZTUTMAN E OUTRO(A/S)

2 – Decisão do Ministro Erus Grau

O Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles emitiu o parecer de seguinte teor:

"Trata-se de inquérito noticiando a possível prática de crime contra as relações de consumo, previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, supostamente perpetrado pelo Deputado Federal SANDRO ANTÔNIO SCODRO, que, na qualidade de sócio-administrador da pessoa jurídica denominada "Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda", localizada na cidade Aparecida de Goiânia/GO, seria o responsável por colocar no mercado mercadoria imprópria para o consumo.

2. Consta dos autos, que, no dia 04 de maio de 2003, na cidade de Lins/SP, o cidadão Tharley Igor de Paula compareceu num certo estabelecimento comercial e adquiriu um pacote de biscoitos da marca "ELBI'S", fabricado pela empresa "Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda", imprestável para o consumo, porquanto continha, segundo perícia realizada a fls. 07/08, material estranho aderido à superfície, constituído de fibras emaranhadas(pedaco de barbante), mediante cerca de 4,0 (quatro) centímetros e alterando aparência do produto.

3. Instaurado inquérito pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, no intuito de averiguar a ocorrência de ilícito penal e sua autoria, apurou-se que o responsável legal pela empresa "Cipa Indústria de Produtos Alimentares Ltda" era o Deputado Federal SANDRO ANTÔNIO SCODRO.

4. Com efeito, encaminhando as investigações policiais contra a pessoa de um parlamentar federal, o MMº Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lins/SP, acatando solicitação do imputado, deu cumprimento ao disposto no art. 102, I, "b" da Constituição Federal, para enviar, em 08 de junho de 2004, os autos para esse Egrégio Supremo Tribunal Federal (fls. 53).

5. A fls. 62/64, manifestou-se esta Procuradoria-Geral da República pela continuidade das investigações, postulando a realização da oitiva do Deputado Federal SANDRO ANTÔNIO SCODRO, bem como para que apresentasse o contrato social da empresa, no sentido de esclarecer o cargo e a posição que ocupava.

6. Interrogado pela Polícia Federal, a fls. 86, afirmou o indigitado que:

'... que exerce o cargo de Diretor Administrativo da empresa, participando ativamente na gerência da mesma; que, quanto ao fato em apuração, esclarece que a empresa possui um eficiente serviço de atendimento ao consumidor - SAC, sendo que o declarante acompanha pessoalmente as reclamações; que, caso a adquirente do pacote de biscoito tivesse contatado o SAC, certamente teria resolvido o problema; que se trata de fato isolado, não tendo o declarante conhecimento de outros biscoitos com o mesmo problema; que a empresa produz mensalmente cerca de sessenta milhões de pacotes de biscoitos, é submetida a inspeções regulares e oferece treinamento aos três mil funcionários das cinco unidades da empresa; que os funcionários participam de um curso de boas práticas de fabricação - BPF, havendo na empresa um rígido controle de qualidade; que o gerente industrial de garantia de qualidade é o funcionário DJALMA RODRIGUES DA SILVA e a chefe de garantia de qualidade é a funcionária RITA DE CÁSSIA DE TAL, ambos domiciliados na sede da empresa, com endereço na BR-153, Km 13, Aparecida de Goiânia/GO.'

7. Na oportunidade, o interrogado apresentou o contrato social da "Cipa Indústria Alimentares Ltda", na qual ostenta, juntamente com Sérgio Scodro, a condição de sócio-administrador (fls. 87/93).

8. É o relato necessário. Passo à manifestação.

9. Pretende-se, no presente caso, apurar a eventual responsabilidade criminal do Deputado Federal SANDRO ANTÔNIO SCODRO, por fato definido como crime na Lei 8.137/90, que assim dispõe no seu art. 7º, IX, verbis:

"Art. 7º - Constitui crime contra as relações de consumo:

(..)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena de detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte."

10. Contudo, ante a ausência de base empírica referente à conduta dolosa ou culposa do inculcado, não há viabilidade para uma futura persecução criminal.

11. Nesse contexto, os elementos de convicção carreados são incapazes de fundamentar um juízo positivo sobre a responsabilidade penal do indigitado pelos fatos ora examinados. In

casu, não existem provas que demonstrem a conduta finalística dirigida à realização do tipo penal previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, ou mesmo que o imputado tenha negligenciado na gerência da empresa. A condição de diretor da empresa "Cipa Indústria de Produtos Alimentares Ltda", ocupada pelo Deputado Federal, não exonera o Parquet de, ao menos genericamente, narrar a conduta delituosa.

12. Dessa forma, primeiramente, não se pode afirmar, sem qualquer especificação da conduta censurada, que o inculpaado agiu dolosamente, no sentido de fabricar um único pacote de biscoitos impróprio para o consumo e colocá-lo no mercado, uma vez que, segundo consta dos autos, a "Cipa Indústria de Produtos Alimentares Ltda" produz, mensalmente, cerca de sessenta milhões de pacotes de biscoitos em todas suas dezesseis unidades, espalhadas em nove Estados da federação e no Distrito Federal (ls. 87), utilizando-se, para tanto, cerca de três mil empregados.

13. Diante do exposto, tendo em vista o porte e a vultosa capacidade produtiva da empresa supracitada, é imperioso demonstrar concretamente a efetiva contribuição dolosa do Deputado Federal para a realização do ilícito penal apreciado, mas falta elementos para tanto. Se bastasse tão-somente ao inculpaado ostentar a qualidade de diretor da pessoa jurídica para responder criminalmente pela infração penal do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, haveria de se presumir que o mesmo tivesse o controle sobre a comercialização de cada um dos milhares de pacotes de biscoitos produzidos pela "Cipa Indústria de Produtos Alimentares Ltda", o que é bastante improvável. Ademais, não se constatou nem mesmo qual das dezesseis filiais produziu e colocou no mercado o pacote de biscoitos considerado impróprio para o consumo (fls. 07/08).

14. Da mesma forma, revela-se incabível eventual imputação do crime previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, em sua modalidade culposa, uma vez que a análise valorativa exigida na tipificação do crime culposo imprescinde da demonstração da desobediência ao dever de cuidado objetivo, o que não se verificou no caso em tela, diante da escassez de provas relativas à qualquer comportamento negligente do indigitado, que causasse a venda imprópria para o consumo daquele específico pacote de biscoitos da marca "ELBI'S", periciado a fls. 07/08.

15. Por último, também não se comprovou qualquer conduta omissiva, que pudesse, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal, responsabilizar SANDRO ANTÔNIO SCODRO pela prática do delito em apreço. É que mesmo nos **crimes omissivos impróprios** há a necessidade de demonstração do elemento subjetivo do agente, que represente a omissão dolosa ou culposa.

16. É certo, na condição de diretor da empresa "Cipa Indústria de Produtos Alimentares Ltda", o Deputado Federal tinha o dever de agir para evitar resultados ofensivos aos consumidores e, por isso, deveria assumir responsabilidade por irregularidades constatadas na produção e comercialização das respectivas mercadorias.

17. Contudo, para que a omissão seja penalmente relevante e permita a imputação criminal do resultado ofensivo, é necessário, além da condição de garante, que o agente omita dolosa ou

culposamente, ou seja, seria indispensável que, no presente caso, o Deputado Federal tivesse ciência da imprestabilidade para o consumo daquele específico pacote de biscoito e, mesmo assim, não evitasse que a mercadoria fosse irregularmente comercializada, ou, então, negligenciasse frente a tal situação. Como já frisado, não há nenhum elemento de prova evidenciando conduta dolosa ou culposa do imputado, indispensável na caracterização da infração penal examinada.

18. Destarte, em face da ausência de base empírica comprovando que o Deputado Federal SANDRO ANTÔNIO SCODRO concorreu dolosa ou culposamente, na qualidade de diretor da empresa "Cipa Indústria de Produtos Alimentares Ltda", para a prática do delito previsto no art. 7º, IX da Lei 8.137/90, não há como formalizar acusação criminal.

19. Pelo exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL o arquivamento do presente feito, por inexistir justa causa para o oferecimento de denúncia criminal."

2. O pedido de arquivamento formulado pelo Procurador Geral da República é de atendimento compulsório, seu fundamento é a ausência de base fática para a persecução penal.

Ante o exposto, acolho o parecer ministerial e determino o arquivamento do autos.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2005.

Ministro Eros Grau - Relator -

Inquérito 2153/SP

D.J.: 11/04/2005 .**Partes** INQUÉRITO N. 2.153-9. PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EROS GRAU

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INDIC.(A/S): SANDRO ANTÔNIO SCODRO

ADV.(A/S): THIAGO MATHIAS CRUVINEL E OUTRO(A/S)