

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE DE DIREITO - CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

HEITOR COSTA JUNIOR

" A TEORIA DA OMISSÃO NO PENSAMENTO JURÍDICO -
PENAL DE TOBIAS BARRETO "

Dissertação de Mestrado apresentada
à Coordenação de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da U.F.R.J.

Prof. Orientador - DR. JOÃO MESTIERI

R I O D E J A N E I R O

1 9 7 9

" E a mais nobre missao do ser humano é prestar sua ajuda ao semelhante por todos os meios ao seu alcance "

(Edipo Rei de Sôfocles)

Tobias Barreto " foi um crimi-
nalista de idéias seguras e
profundas " (Clovis Bevilacqua -
História da Fac. de Direito
do Recife p. 370).

"Voltar a Tobias e progredir".
(Graça Aranha. Meu próprio Ro-
mance p. 573).

"O campo da omissao tende a dilatar-se em nossa época, de vez que a evolução histórica, que esta a exigir solidariedade social vada vez maior, reflete-se também nas leis penais"
Bataglini, Direito Penal Vol.I, p.191

"O campo da omissao punível tende na nossa epoca a alargar-se, pois que nas leis também tem seu reflexo a evolução histórica que exige uma solidariedade social sempre maior"
Bettiol, Direito Penal Vol.I, p. 279

J U S T I F I C A Ç Ã O

A presente dissertação ora apresentada ao Departamento de Direito Penal da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, está dirigida a Tobias Barreto, Professor de Direito Penal, especificamente ao seu célebre estudo sobre os crimes omissivos. E está dirigido a Tobias e a este seu trabalho por duas razões. A primeira, segundo pensamos, já bastaria para justificá-lo. Foi Tobias Barreto o primeiro autor entre nós a tratar dos delitos impróprios de omissão, há exatamente um século. Se não bastasse isto, apesar da intensa adjetivação laudatória ou não, que habitualmente se lhe dirige, até hoje, ao que sabemos, seus estudos jurídicos, não mereceram, em realidade, uma análise técnica, diversamente do que tem ocorrido em outras áreas de suas atividades intelectuais.

Este desprezencioso trabalho não foi realizado sobre tema atraente, nem se o lerá com prazer. Pelo contrário, a matéria nele tratada é das mais árduas, mas tem como mérito possibilitar uma análise de toda a teoria do delito, provando inclusive que não há uma única teoria do delito, hoje, que resolva todos seus problemas.

A posição que assumimos é passível, sabemos, de críticas bilaterais, seja dos partidários do sistema causalista clássico como dos finalistas - da ação e do tipo - assim também como dos seguidores do conceito social da

ação.

O interesse pelo tema objeto da dissertação nasceu, inicialmente, apenas das perplexidades inerentes à dogmática dos delitos omissivos, especialmente dos impróprios. A idéia de vinculá-lo ao mencionado estudo de Tobias Barreto nasceu mais tarde. Pensávamos assim dar mais relevo à doutrina brasileira, especialmente à obra do professor sergipano. As discussões teóricas que figuravam como preliminares consoante o projeto inicial, nos levou, todavia, a tantas discussões que alcançou a maior parte do estudo.

Estamos perfeitamente cientes e conscientes de que não haveremos nos colocado em uma posição dogmática radical, sustentando determinados pontos de vistas aparentemente contraditórios, pode nos custar ásperas e severas críticas. A estes podemos dizer que teria sido mais fácil seguir um sistema em sua inteireza e sustentá-lo como ato de fé. Talvez não fosse tão honesto como nos colocarmos abertamente às críticas eventuais. Eventuais ou inevitáveis? Os mais capazes dirão.

- / -

SUMÁRIO

1. Introdução. Biografia de Tobias Barreto de Menezes	p. 08
2. Cap. I - Problemas Fundamentais da omissão-Teorias.	p. 33
3. Cap. II - Os Delitos Omissivos Próprios	p. 65
4. Cap. III - Os Delitos Impróprios de Omissão	p.105
5. Cap. IV - Tobias Barreto e a doutrina brasileira de seu tempo	p.174
6. Cap. V - Análise crítica dos "Delitos por Omissão" de Tobias Barreto	p.185
7. Cap. VI - A Teoria da Omissão na doutrina brasileira mais recente	p.216
8. Conclusão	p.249
9. Índice Analítico	p.251

- 0 -

I N T R O D U Ç Ã O - BIOGRAFIA DE TOBIAS BARRETO DE
MENEZES .

1839 foi um ano importante para a inteligência brasileira. TOBIAS BARRETO DE MENEZES, o notável germanófilo, líder da Escola de Recife, nasceu em 7 de junho na vila de Campos do Rio Real, na província de Sergipe. Alguns dias antes nascia MACHADO DE ASSIS e em janeiro CASIMIRO DE ABREU. TOBIAS faleceu aos 50 anos em Recife, precisamente às 21 horas do dia 26 de junho de 1889, segundo ABELARDO LOBO. (1) Há quem diga que a morte ocorreu às 10 horas e 16 minutos (2) na casa de ALVES MANAYA, na Rua do Hospício nº 3. A esta época CLOVIS BEVILAQUA estava com 20 anos, SILVIO ROMERO com 38 e RUI BARBOSA com 40. TOBIAS foi um homem do segundo Reinado. Cinco meses depois de seu falecimento, seria proclamada a República. A generosa cidade, como que recompensando a cultura jurídica do país da grande e lastimável perda serviu de berço, após 4 meses, à figura ímpar do mestre ANIBAL BRUNO. (3).

Filho de PEDRO BARRETO DE MENEZES e EMERENCIANA BARRETO DE MENEZES, TOBIAS descendia de família humilde. Seu pai era escrivão de Órfãos mas vivia modestamente, por não ser populoso e rico o município onde exercia sua função como afirma seu fiel amigo SILVIO ROMERO (4).

TOBIAS começa seus estudos em Campos, indo para Estância em 1850. Lá estuda música e latim. Três anos de

pois, vai a Lagarto, continuando seu aprendizado de Latim até 1854. Adolescente ainda, com apenas 16 anos, inicia-se no magistério, atividade que exercerá por toda sua atribulada existência. Aos 18 anos, segundo VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA (5) ela já era um espírito de extraordinária cultura conhecendo o latim, o francês, a literatura italiana e inglesa. Parece incorreta a afirmação feita por VIGILIO SÁ PEREIRA de que TOBIAS, já nesta época, dominava a língua de Goethe.

Na Bahia, em 1861, onde estudou filosofia com o renomado FREI ITAPARICA, TOBIAS quase ingressa na carreira eclesiástica (6). Uma canção executada ao violão, considerada escandalosa conduta de boêmio, impediu-o de permanecer no seminário "às voltas com hinos e latinórios pios" (7). O ano de 1863 foi muito difícil para TOBIAS, atormentado por doenças e ainda vítima de graves problemas materiais. Sua formatura foi retardada de um ano por falta de presença no período de 1866, época da famosa polêmica com CASTRO ALVES.

Aos 30 anos, casa-se com a filha do CORONEL JOÃO FELIX DOS SANTOS, Senhor de Engenho em Pernambuco, GRATA MAFALDA FELIX DOS SANTOS com quem teve 9 filhos. (8). Para HERMES LIMA tudo indica que ele pusera a esperança de grandes vantagens sociais neste casamento. "O sogro prometera-lhe muitas coisas, inclusive um dote" (9) o que não passou de vã promessa.

TOBIAS forma-se em direito no ano do casamento in do residir em Escada, militando por 10 anos na advocacia, no jornalismo e na política, sendo que a práxis jurídica não lhe foi sedutora. TOBIAS pertencia à justiça local, porque era suplente de Juiz Municipal. Nem isto o impediu de afirmar: "o cinismo da Justiça de Escada", e de dizer que o Juiz de Direito e Juiz Municipal "faziam da Justiça uma prostituta" (10)

Esta fase, fecunda para a vida intelectual brasileira, é para nós particularmente importante pois em 1879 foi publicado, no periódico "Contra a Hipocrisia", o célebre artigo de TOBIAS sobre omissão.

SILVIO ROMERO analisou a década: "O decênio que vai de 1868 a 1878 é o mais notável da nossa vida espiritual. Quem não viveu nesse tempo, não conhece por ter sentido diretamente em si as mais fundas comoções da alma nacional. Até 1868, o catolicismo reinante não tinha sofrido nestas plagas o mais leve abalo; a filosofia espiritualista, católica e eclética, a mais insignificante oposição; a autoridade das instituições monárquicas, o menor ataque sério por qualquer classe do povo; a instituição servil e os direitos tradicionais do feudalismo prático dos grandes proprietários, a mais indireta opugnação; o romantismo, com seus doces, enganosos e encantadores cismares, a mais apagada desavença reatora. Tudo tinha adormecido à sombra do manto do príncipe feliz que havia aca-

bado com o caudilhismo nas províncias e na América do Sul e preparado a engrenagem da peça política de centralização mais coesa que já uma vez houve na história em um grande país. De repente, por um movimento subterrâneo, que vinha de longe, a instabilidade de todas as coisas se mostrou, e o sofisma do Império apareceu em toda a sua nudez. Depois de referir-se à Guerra do Paraguai, prossegue SILVIO ROMERO sua interpretação: "Na política é um mundo inteiro que vacila. Nas regiões do pensamento teórico, o travamento da peleja foi ainda mais formidável porque o atraso era horroroso. Um bando de idéias novas esvoaçou sobre nós de todos os pontos do horizonte. Hoje, depois de mais de trinta anos, hoje, que são elas correntes e andam por todas as cabeças, não tem mais o sabor da novidade, nem lembram mais as feridas que, para as espalhar sofremos os combatentes do grande decênio. Positivismo, evolucionismo, darwinismo, crítica religiosa, naturalismo, cientificismo na poesia e no romance, folklore, novos processos de críticas e de história literária, transformação da intuição do direito e da política, tudo então se agitou e o brado de alarma partiu da escola do Recife. TOBIAS foi o mais esforçado combatente, com o senso de visão rápida de que era dotado." (11)

Voltemos à análise cronológica. Em 1864, após fase de grande dificuldade financeira, TOBIAS ingressa na Academia de Recife e candidata-se à cadeira de latim no Colégio das Artes sem conseguir o seu intento. O mesmo resultado ocorreria com relação à cadeira de Filosofia no Ginásio

Pernambucano em 1867, sem que lhe faltassem méritos, pois alcançara a primeira colocação. Será, no entanto, no meado o neo-tomista paraibano SORIANO DE SOUZA, Doutor em Filosofia pela Universidade de Louvaina (12), justificando-se a irregularidade com a alegação de ser este candidato casado. Forma singular de se preencher vaga no magistério da monarquia... Este fato histórico, esta discriminação ou protecionismo, dependendo do ângulo em que se coloque o observador, não é episódio e se reproduziria mais tarde entre FARIAS BRITO e EUCLIDES DA CUNHA, em concurso realizado para a cadeira de lógica no Colégio Pedro II. Classificado FARIAS Brito, em 1º lugar, foi preferido a favor daquele (13). Deste vez conhecidos dramas conjugais fizeram FARIAS BRITO assumir o lugar que lhe pertencia com a lamentável e brutal morte de EUCLIDES.

Formado em Direito, TOBIAS permanece em Recife, lecionando. Estamos em fins de 1869. Na sua turma "formam-se rapazes de valor excepcional". Além de TOBIAS BARRETO, ARARIPE JUNIOR, GUIMARÃES JUNIOR, ANFILÓFIO DE CARVALHO por exemplo (14). CLOVIS BEVILAQUA lembra uma curiosidade quanto ao rendimento dos alunos citados. Destes somente o último alcançou, nas informações fornecidas pela Faculdade, a nota de aproveitamento mais que regular. Os outros não cederam a craveira comum de regular. Que lição tiraremos ? Que as notas escolares não

são índice seguro da capacidade mental dos estudantes da mesma geração acadêmica, aproxima-se mais da verdade!"(15)

Distingue SILVIO ROMERO, com nitidez, duas frases do maior penalista do império na capital pernambucana. O 1º período, alcança os anos de 1862 a 1871, excluindo-se o tempo em que TOBIAS viveu nos Estados de Sergipe e Bahia. O 2º período cobre os anos de 1871 a 1881. (16). Nesta fase TOBIAS aprendera alemão como autodidata o que muito lhe valeu no magistério do Direito Penal. Ele comprara na Livraria Laillacard um dicionário e uma gramática em alemão, encomendando, ainda, um exemplar de "Geschichte des Volkes Israel" de Ewald (17) e seu solitário estudo bastou para que viesse a dominar o complexo idioma.

Em 1873, o mestre sofre um duro golpe com o falecimento de sua mãe. Dois anos depois, funda um jornal escrito em alemão, o DEUTSCHER KAMPFER.

Em abril de 1882, apresenta à Congregação da Faculdade de Direito de Recife sua tese de concurso, ou como ele preferia dizer, um comentário ao artigo 4º do Código: "O Mandato Criminal", sagrando-se vencedor no memorável concurso vem a ser no mesmo ano nomeado Lente da Academia de Recife por Pedro II apesar das pressões políticas em favor do FREITAS, um dos candidatos que concorrera com TOBIAS. Os memorialistas GUMERSINDO BESSA e GRAÇA ARANHA testemunharam para a posteridade a brilhante atuação de TOBIAS. GRAÇA ARANHA assim retratou a solenidade:

"Era dos primeiros a chegar ao vasto salão da Faculdade e tomava posição junto à grade, que separava a Congregação da multidão dos estudantes. Imediatamente TOBIAS BARRETO se tornou o nosso favorito. Para estimular essa predileção havia o apoio dos estudantes baianos ao candidato FREITAS, baiano e cunhado do lente SEABRA. TOBIAS, mulato desengonçado, entrava sob o delírio das ovações. Era para ele toda a admiração da assistência, mesmo a da emperrada Congregação. O mulato feio, desgracioso, transformava-se na arguição e nos debates do concurso. Os seus olhos flamejavam, da sua boca escancarada, roxa móvel, saía uma voz maravilhosa, de múltiplos timbres, a sua gesticulação transbordante, porém sempre expressiva e completando o pensamento. O que ele dizia era novo, profundo, sugestivo. Abria uma nova época na inteligência brasileira e nós recolhíamos a nova semente, sem saber como ela frutificaria em nossos espíritos, mas seguros que por ela nos transformávamos. Esses debates incomparáveis eram pontuados pelas contínuas ovações que fazíamos ao grande revelador. Nada continha o nosso entusiasmo, a Congregação humilhada em seu espírito reacionário, curvava-se ao ardor da mocidade impetuosa. Prosseguiamos impávidos, certos de que conduzidos por TOBIAS BARRETO, estávamos emancipando a mentalidade brasileira, afundada na Teologia, no Direito Natural em todos os abismos do conservantismo. Para mim, era tudo isto delírio. Era a alucinação de um estado inverossímil que eu desejava,

adivinhou, mas cuja realização me parecia sobrenatural. TOBIAS BARRETO fez a sua prova de preleção oral. O orador atingia para a minha sensibilidade ao auge da eloquência. Quando terminou, recebeu a mais grandiosa manifestação dos estudantes, a cujo entusiasmo aderiram os lentes unânimes" (18).

Deste data até sua morte TOBIAS BARRETO lecionou na Academia de Recife. Foram, portanto, sete anos de magistério prejudicados pela doença que, desde 1887, praticamente o afastara de seus queridos alunos. Em 1884, publicou "Menores e Loucos em Direito Criminal" onde, segundo CLOVIS BEVILAQUA, foram expostas por TOBIAS suas idéias básicas sobre o crime, a pena e a imputabilidade (19). No ano seguinte vem a luz a "Introdução ao Estudo do Direito" e "Prolegômenos ao Estudo do Direito Criminal". É de 1888 o inacabado "Comentário ao Código Criminal" (20).

Com a vitória de seu líder, nasce a chamada Escola do Recife. Ela que ironicamente foi qualificada de escola teuto-sergipana, por CARLOS DE LAET, face ao germanismo de TOBIAS, terá grande influência sobre os acadêmicos de direito daquela escola. Vinha TOBIAS juntar-se a dois excelentes penalistas. Ao professor JOSÉ HIGINO DUARTE PEREIRA, tradutor da sexta edição do Tratado de Von Liszt, com prefácio de sua autoria, que se tornou clássico entre nós, e a JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, autor de conhecido comentário e "Ensaio" de Direito Penal.

Todavia, nos dois últimos anos de sua existência TOBIAS foi obrigado a licenciar-se, reduzido à condição de "pensionista da caridade pública", como ele mesmo confienciara ao seu inseparável amigo SILVIO ROMERO. Uma semana depois, polemizando como sempre vivera, ele falece. Desapareceu incompreendido no ambiente inóspito para o qual tanto contribuíra. TOBIAS procurou, em verdade, inimigos. Ele os criava e os alimentava. Foi sempre impiedoso, inclinado a competições mesquinhas e vulgares, "em mangas de camisa". Um traço marcante em sua personalidade era a profunda revolta. A insegurança e a exaltação. Assim falecia o homem de intensa atividade intelectual, o ídolo de seus alunos, o importador de idéias, o músico, o poeta, o político, o orador, o filósofo, o jurista, o "mulato feito e desengonçado" enfim, no dizer de GRAÇA ARANHA; o homem de letras, o provinciano dispersivo extremamente vaidoso, o polêmico TOBIAS BARRETO, mestre de pena temida por padres e colegas, endeusado pelos discípulos que o consideravam homem genial. Sua obra é imperecível documento da intelectualidade brasileira do século passado.

O impiedoso TOBIAS BARRETO, qual um novo "boca do inferno" jamais foi elemento aglutinador. Se a indiferença do seu ambiente o irritava, como diz GILBERTO AMADO (21), nada fazia ela para cultivar a amizade de seus colegas de afazer. A possibilidade de dividir o sucesso o inciumava. É dele esta frase: "nossa ciência do direito prin

principalmente na esfera criminal é a ignorância ensinada com método e ainda metodicamente aprendida" (22). A bem da verdade deve ser dito que nem todos eram medíocres como na pessimista visão de TOBIAS a justificar seu isolamento. JOSÉ HIGINO não o era. Tinha apenas um grave defeito: conhecia o idioma alemão, defeito para TOBIAS imperdoável. Uma de suas páginas mais lamentáveis são as polêmicas "odientas e frivola (s) que travou com JOSÉ HIGINO. Ele, homem de difícil trato, somente ele podia brilhar. JOSÉ HIGINO, o "holandês", foi vítima de sua crítica constante, de sua intransigente provocação. Não seria necessário evocar o testemunho insuspeito de SILVIO ROMERO (23). Confessou-o TOBIAS - "Sim senhor, foi uma provocação e posso dizer até que sem disfarce" (24).

Mas não foi só JOSÉ HIGINO a única vítima de sua profunda exaltação. Sobre outros colegas TOBIAS teceu comentários dos mais desairosos. MENDES DA CUNHA não foi poupado (25). Para TOBIAS, CLOVIS não valia nada, "alguma coisa melhor que escrevia era plagiada" (26). "Não havia ninguém para ele que prestasse na congregação", segundo HERMES LIMA (27). TOBIAS reconheceu, aliás, que seus colegas lhe devotavam "raízes de ódio". Recompensado afirmava, nas Polêmicas: "a simpatia de que gozo entre os estudantes tem raízes profundas" (28).

O espírito desabrido e polêmico de TOBIAS BARRETO não se circunscreveu ao magistério nordestino - CARRARA,

reconhecidamente o sumo mestre do Direito Penal Italiano, sofre suas injustas e indevidas críticas. - "O ilustre autor do Programa del corso di Diritto Criminale, sobretudo, é fertilíssimo de novidade que a final depois de algum exame não passa de outras tantas frivoleiras". Na mesma obra afirma ser CARRARA "maníaco de novidades" (29).

Em "Menores e Loucos" dissera: "CARRARA é um penalista metafísico da pior espécie" Na mesma obra critica-
rá LOMBROSO (30).

No que diretamente concerne ao nosso interesse, cabe questionar se TOBIAS foi reconhecidamente um seguro mestre de Direito Penal ou merece as mesmas críticas que foram dirigidas ao filósofo TOBIAS, (31) e ao poeta TOBIAS. A outra questão seria, lembrando ALCEU AMOROSO LIMA, per-
quirir se o penalista TOBIAS BARRETO (32) foi pensador, original ou "um espírito de seu tempo que passou com seu tempo". HAECKEL, teria dito pertencer TOBIAS à raça dos grandes pensadores.

A obra de TOBIAS deve ser analisada sem se perder de vista o ambiente intelectual do Brasil no Segundo Reinado: "Poucas escolas, nenhuma Universidade, imprensa precária, maus arquivos, grande desnível entre o saber das elites e do povo" (33). O que tanto se critica em TOBIAS, sua falta de método, (34) era um fato natural à época: "Faltava sobretudo hábito e disciplinamento em termos de preparo acadêmico que ajudassem às elites a suplantar o gosto

pelo verbalismo e à cultura rigores intelectuais" (35). Para a cultura brasileira as Faculdades de Direito eram instituições que representavam os "centros dominantes da fisionomia espiritual do país e principalmente no cenário de cada uma dessas províncias (Recife e São Paulo), fazendo as vezes de escolas de estudos políticos e sociais, onde se formavam os futuros governantes, ministros, parlamentares, legisladores, em suma, a classe dirigente"(36).

Lembrado o contexto histórico-social em que TOBIAS realizou sua produção intelectual, algumas opiniões deverão ser reproduzidas para chegarmos a resposta sobre TOBIAS mestre de Direito Penal. Todas estas opiniões são respeitáveis em razão da autoridade de seus prolores. Seu mais autorizado biógrafo, também jurista, afirmou ser TOBIAS BARRETO o "verdadeiro fundador de nossa literatura penal"(37). Já dissera o mesmo autor que "a matéria penal constituiu realmente parte do Direito que mais apaixonou TOBIAS e para a qual com maior viço contribuiu" (38).

GILBERTO AMADO, que também foi Professor de Direito Penal, afirmava que TOBIAS em "matéria criminal antecipou tudo. Refuta CARRARA em termos proféticos. Compreende e discute LOMBROSO, formulando objeções que são mais tarde seriam apresentadas na Europa". Disse, ainda, o mesmo autor que "bastariam os Estudos de Direito para colocar TOBIAS acima de todos os brasileiros de seu tempo. Tudo que ele escreveu sobre o Direito Criminal ainda pode ser tradu

zido. Daria a impressão no estrangeiro de trabalho feito a gora pelos mais altos especialistas" (39). A opinião não parece tão otimista se observamos que o estudo de GILBERTO AMADO é de 1934. Salienta-se que este crítico foi imparcial, chegando mesmo a ser rigoroso em sua análise de TOBIAS (40).

Com CLÓVIS BEVILAQUA ocorrerá a mesma distinção entre TOBIAS filósofo e TOBIAS penalista: "Como filósofo e como jurista foram as idéias gerais, os princípios dominantes que o seduziram. Mas nunca enfeixou, numa síntese completa, essas idéias fundamentais. Assim como lhe faltava o gosto pelas análises demoradas, não lhe aprazia deter-se em obras de grande extensão. Surgia-lhe a concepção, a descarga das forças criadoras levava-o, febril, à produção; mas, aliviado daquela necessidade psíquica, enfastiava - o prosseguir no mesmo caminho, e ensaiava velejar por outros mares e aspirar outros perfumes. Foi um ensaísta. Agitando idéias, demolindo construções antiquadas, percorrendo vários domínios da filosofia e do direito, pôde, afinal, prestar melhor serviço à evolução do pensamento brasileiro do que se cultivasse, com afinco, um só departamento científico" (41).

Assim CLOVIS BEVILAQUA viu o mestre de Direito Penal: "dentre os ramos particulares do Direito, o que TOBIAS cultivou, mais detida e carinhosamente, foi o Direito Criminal. Ele mesmo nos disse que esperava envergar a clã-

mide de criminalista, se prosseguisse nessa ordem de estudos. Em verdade a envergou e com extraordinário garbo. Quem escreveu os Menores e Loucos; Dos Delitos por Omissão; Ensaio sobre a Tentativa em matéria criminal; Sobre a co-de liquência no Código Criminal e os Comentários ainda que não concluídos, as Código Criminal, foi um criminalista de idéias seguras e profundas" (42).

EVARISTO DE MORAIS também faz coro na louvação : "ninguém", absolutamente ninguém, nas datas em que TOBIAS BARRETO escreveu foi além dele no enfrentar diversos problemas do Direito Criminal. Pelo contrário: mercê da já aludida cultura alemã foi extraordinário o seu avanço sobre todos os criminalistas contemporâneos " (43).

Antes de TOBIAS "a literatura penal no Brasil é um mito", segundo ROBERTO LYRA, pois mal "se começava condignamente a tomar conhecimento da fase clássica do Direito Penal Italiano, em pleno alvorecer da própria ciência penal". "Apoderando-se da cultura alemã e avançando nas perspectivas, através desse óculo de alcance posta no interior da província TOBIAS fez de tal privilégio um instrumento de confrontos frívolos e falaciosos, cioso da eventualidade do monopólio". (44).

ROBERTO LYRA reproduziu a opinião que ASÚA expenderá a respeito de TOBIAS. Vejamos no original o que diz o crítico ASÚA, para quem a bibliografia alemã penetrou no

Brasil pelas mãos de TOBIAS antes que outros países latino-americanos a conhecesse: "La mas superficial consulta de las paginas de TOBIAS BARRETO nos demuestra las fuentes de su formación científica. La cultura germanica influyo en el de manera tan profunda que muchos de sus livros selo citan titulos alemanes. Esto le permitio abarcar horizontes tecnicos invisibles para la mayor parte de sus contemporaneos, no solo brasilenos, sino continentales y aun latinos de Europa. En su monografia sobre Delitos por Omissão defendió puntos de vista familiares a los penalistas alemanes, pero ignotos incluso para los escritores franceses de sus dias. Por eso sus doctrina causaron extranexa em el Brasil" (45). Após criticá-lo, pelo ataque ao princípio da reserva legal em confronto com seu pensamento sobre a sanção criminal, que não se conciliam ASUA finaliza: "TOBIAS BARRETO es uno de los espiritus mas finos y causticos que puede lucir la ciencia juridica brasilena" (46).

Apesar de numerosos, não podemos cessar por aqui a reprodução de tais julgamentos. Isto porque incompreensivelmente hoje em dia ainda há pessoas que negam a TOBIAS a qualidade de jurista, desconfiando até de sua produção no Direito Penal, ramo onde "muitissimo pouco desovou". A afirmação parte de um civilista (47). Os especialistas da matéria pensam de maneira diversa e não costumam regatear-lhe elogios.

Nosso maior mestre de Direito Penal de todos os tempos, ANIBAL BRUNO, não teve dúvida em intitular de "TOBIAS BARRETO CRIMINALISTA" o artigo que lhe dedicou. Seu dizer é como sempre claro e preciso: "neste forte pensador inquieto e dispersivo cuja estatura excedeu de muito as proporções de seu tempo, a feição mais interessante para o estudioso das questões jurídicas é a do mestre do Direito Penal". Foi aí que se consolidou o seu renome de jurista e criou as mais fortes expressões de sua obra na ciência do Direito" (48).

FRAGOSO também não se negou a reconhecer que TOBIAS dominava a especialidade estando "em dia com a ciência penal de seu tempo" (49).

A primeira indagação parece estar respondida: TOBIAS foi mestre de Direito Penal. E pensador original, ele foi? A opinião comum é no sentido da negativa (50). Os que assim pensam não deixam de consignar sua inteligência penetrante. Não foi grande pensador. Inegavelmente, todavia, renovou o estudo jurídico. Agitou, trouxe novas idéias, possibilitou discussões, transpondo "para clave de sol para uso dos diletantes", doutrinas desconhecidas no Brasil. Parece, pois, ter razão ARTUR ORLANDO quando salienta ser o penetrante estilo de TOBIAS "uma fonte de reflexão porque não só desperta, evocando, idéias, como também obriga-o a descobrir relação entre as numerosas e diversas idéias sugeridas" (51).

ANIBAL BRUNO enxergou ineditismo em TOBIAS ao basear o fundamento do Direito Criminal na Defesa Social. Isto ninguém fizera antes dele (52). Outro jurista, MACHADO NETO, lembra que, criticando o jusnaturalismo, TOBIAS BARRETO "chegou a noção de direito como objeto cultural, uma das mais originais contribuições do seu pensamento" (53).

Uma circunstância aumenta o valor de TOBIAS: ter sido ele um investigador solitário. Fato comum entre nós. Isto não impediu que o mestre chegasse a conclusões verdadeiramente precursoras, adiantando-se ao seu tempo. Quem consignou que o conceito de pena não é jurídico mas político (54), quem teve intuição perfeita da autoria mediata (55), quem sustentou o alargamento da punibilidade dos crimes omissivos ainda que de forma técnica insatisfatória (56), não foi "um homem de seu tempo que passou com seu tempo" (57).

Quem escrevia em latim, francês e alemão (58) no nordeste brasileiro há um século, quem demonstrando fino espírito, gostava mais de SHAKESPEARE do que LOBÃO (59), quem pela primeira vez no Brasil proclamou a importância de MARX; quem pela primeira vez também aqui criticou LOMBROSO (60), quem pela primeira vez definiu WAGNER e lhe deu supremacia na música moderna, exaltando e compreendendo WALT WHITMANN (61), foi algo mais do que incontestável mestre de direito penal, sem dúvida o mais destacado da segunda metade do Século XIX, em nosso país. Foi realmente homem de rara sensibilidade inteirado das idéias do seu tempo.

Mesmo com defeitos, inerentes à natureza humana, -e o do penalista TOBIAS BARRETO foi não ter se dedicado, sistematicamente, ao estudo de sua ciência - ainda assim, TOBIAS inaugura em nosso país uma nova fase nestes estudos, iluminando com sua inteligência aspectos dogmáticos jamais aqui ventilados. Seus defeitos, como salientou corretamente GILBERTO AMADO, não podem "ser considerados senão à luz das idéias de seu tempo e dentro do meio" em que viveu (62).

Ninguém em seu tempo envergou com tanto mérito a "clâmide de criminalista" a que ele tanto aspirou e inegavelmente honrou (63).

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS DA INTRODUÇÃO

- 1 - Apud HERMES LIMA, Tobias Barreto, a Época e o Homem, Instituto Nacional do Livro, 1963, p. 35.
- 2 - Depoimento do Dr. Luis Ferreira Nascimento, in OMER MONT'ALEGRE, Tobias Barreto, Vecchi Ed., 1939, RJ., - p. 295.
- 3 - Sobre Anibal Bruno, cf. NILO BATISTA, Revista Ciência Penal, nº 1, S.P., 1975, p.3/9.
- 4 - Obra Filosófica, Livraria José Olímpio, Editora RJ., 1969, p. 164.
- 5 - Tobias Barreto, Revista dos Tribunais, RJ., 1917, p.39
- 6 - SILVIO ROMERO, ob. cit., p. 167; cf. também do mesmo autor História da Literatura Brasileira, Livraria José Olímpio, RJ., 1960, vol. IV, p. 1194.
- 7 - ROBERTO LYRA, Tobias Barreto, o Homem Pêndulo, Cia. Ed. Coelho Branco, Rio, 1937, p. 10.
- 8 - JUNOT SILVEIRA, o Romance de Tobias Barreto, Ed. Caderno da Bahia, Salvador, 1953, p. 187.
- 9 - HERMES LIMA, ob. cit, p. 19.
- 10 - EVARISTO DE MORAES, Revista Forense, 79, 1939, p. 153.
- 11 - Explicações Indispensáveis in prólogo de "Vários Escritos" de TOBIAS BARRETO, datado março de 1900, p, 28/29.

- 12 - Of. Tomismo e neo-tomismo no Brasil, Ed. Grijalbo, 1968
- 13 - Cf. AQUILES CORTES GUIMARÃES, Farias Brito e as Origens do Existencialismo no Brasil, Ed. Tempo Brasileiro, 1979, p. 16.
- 14 - CLOVIS BEVILAQUA, História da Faculdade de Direito de Recife. Instituto Nacional do Livro, 2a. Ed., p. 124.
- 15 - Idem, p. 125.
- 16 - Obra Filosófica cit., p. 168
- 17 - JUNO SILVEIRA, ob. cit. p. 111.
- 18 - Meu Próprio Romance, in Obras Completas, RJ., MEC e Conselho Federal de Cultura, 1969, p. 572/573. De salientar que para prova escrita lhe foi proposta a questão: "Conforma-se com os princípios da ciência social a doutrina dos direitos naturais e origem dos homens". Sobre o concurso de TOBIAS, cf. também, a carta de GUMERCINDO BESSA dirigida a Luiz Mattos Freire, in Estudos de Direito, vol. II, 1962, Ed. Estado de Sergipe, p. 257 a 270.
- 19 - CLOVIS BEVILAQUA, ob. cit., p. 361.
- 20 - SILVIO ROMERO, Obra Filosófica, p. 171.
- 21 - GILBERTO AMADO, Tobias Barreto, Ariel, 1934, p. 20.
- 22 - Delitos por omissão cit., p. 199.
- 23 - Prefácio das Polêmicas de TOBIAS BARRETO, Ed. Estado de Sergipe, 1962, p. XVIII.

- 24 - Polêmicas cit., p. 205.
- 25 - Delitos por omissão cit., p. 189.
- 26 - Of. Tobias não Jurista de MANUEL CAVALCANTI, in Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, nº 1, 1975, p. 93/95.
- 27 - Ob. cit., p. 28/29.
- 28 - Polêmicas cit., p. 406.
- 29 - In Estudo de Direito cit., p. 102, 131 e 125.
- 30 - Menores e Loucos, Ed. Estado de Sergipe, 1926.p. 74.
- 31 - Foge ao âmbito deste trabalho, analisar o pensamento filosófico de TOBIAS BARRETO. Cf. a propósito: Noções de História da Filosofia, Livraria Agir, Ed. Rio, 1955, p. 296 e segs. do Padre Leonel Franca; Panorama da Filosofia no Brasil, Luis W. Vita, Ed. Globo, P. 86 e segs.: Cruz Costa, Contribuição à História das Idéias no Brasil, 2a. Ed., Civilização Brasileira, Rio, 1967, p. 289 e segs.; Guilherme Francovich, Filósofos Brasileiros, trad. Nísia Nóbrega, Ed. Presença, Rio, 1979, p. 39, 51; Antonio Paim, História das idéias Jurídicas no Brasil, Ed. Grijalbo, S.P., 1969, p. 76/96 e Hélio Jaguaribe, A Filosofia no Brasil, ISEB, R,J,, 1957, p. 33 e segs. Este autor afirma ser injusta as críticas feitas a TOBIAS BARRETO por Leonel Franca e também ter sido TOBIAS um intelectual mais importante

que Ruy Barbosa. As Idéias Filosóficas no Brasil cit. p. 81 e segs.

32 - Estudos I série p. 345. O próprio Alceu Amoroso Lima reconheceu que "Tobias Barreto sacudiu violentamente o marasmo do nosso mundo colonial", p. 393; "alargou nossas fontes de pensamento", p. 392; "Mesmo para os que, como eu, discordam radicalmente", p. 392; "Mesmo para os que, como eu, discordam radicalmente de suas idéias, - é um excelente estímulo a leitura dessas páginas, tendenciosas, mas sempre vivas e ardentes, em que uma inteligência fora do comum, lastreada por uma leitura extensa, reflecte integralmente os preconceitos de sua época, a pretensão infinita do seu século, a segurança dedenhosa e tranquila do homem do século XIX", p. 393.

33 - Idéias Filosóficas no Brasil cit., p. 92.

34 - No Prólogo dos Estudos Alemães, ele mesmo admitia ser volúvel.

35 - Idem, p. 93.

36 - HERMES LIMA, ob. cit. p. 185.

37 - Idem,

38 - HERMES LIMA, ob. cit. p. 181.

39 - GILBERTO AMADO, ob. cit. p. 26 e segs.

40 - Idem, p. 27

- 41 - História da Faculdade de Direito do Recife cit., p. 363/364.
- 42 - Idem, p. 370.
- 43 - Apud HERMES LIMA, ob. cit. p. 182.
- 44 - T. BARRETO, Homem cit., p. 36/37
- 45 - Tratado, vol. I, p. 1071.
- 46 - Idem.
- 47 - "A ciência do Direito propriamente dita nunca se fez objeto pragmático de suas indagações, senão um tema abordado em vista a posicionamento conceptualístico no lastro geral da Sociologia. Numa palavra; Tobias não foi jurista, nem a ciência do Direito foi marca do relevo em sua escola" Manuel Cavalcanti - Tobias, não Jurista in Rev. Fac. Direito Cândido Mendes nº 1. 1975, R.J. p. 39 e seg.
- 48 - Tobias Barreto Criminalista - separata da Rev. Acadêmica - Fac. Direito Recife, 1939. p. 5, 24.
- 49 - Conduta Punível, José Bushatsky Ed. 1961 p. 18.
- 50 - cf. Gilberto Freyre - Nós e a Europa Germânica, Ed. Grifo, R.J. 1971 p. 135; História Geral da Civilização Brasileira vol. II p. 340 sob a direção de Sergio Buarque de Holanda; cf. História da Intelligência Brasileira, Wilson Martins, ed. Cultrix S.P. 1977 p. 498, 499.

- 51 - Introdução a Questões Vigentes, 1926, Estado Sergipe, P. XXXVIII.
- 52 - Art. cit. p. 19.
- 53 - História das Idéias Jurídicas no Brasil cit., p. 87.
- 54 - Fundamentos do Direito de Punir in Estudos de Direito, Laemmert, Ed. 1892, p.177.
- 55 - Eis a lição ainda hoje atual: "existem certos crimes, por cuja natureza está determinado que só possa ser considerado por agente punível aquele que praticou mesmo fisicamente a ação externa, que contém os caracteres objetivo desses crimes, nos quais, por conseguinte, não se concebe que o autor punível possa utilizar-se da atividade de outra pessoa como meio de executar o ato exterior criminoso. Mandato Criminal in Estudos de Direito, Ed. Estado Sergipe, vol. I, 1926, p. 271.
- 56 - Delitos por omissão in Estudos cit., vol. I, Ed. Est. Sergipe p. 214 a 239.
- 57 - Tobias Barreto cit., de Tristão de Atayde in Estudos la. Série, p. 381 e seg.
- 58 - Hermes Lima, biografia cit. p. 232
- 59 - Hermes Lima, biografia cit. p. 179
- 60 - Menores e Loucos, 1926 Ed. Estado de Sergipe p. 67 e seg.

61 - Graça Aranha ob cit. p. 574.

62 - ob. cit. p. 28

63 - Delitos por •missão cit. ed. 1926, p. 239.

CAPÍTULO I - PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DA OMISSÃO. TEORIAS.

CONCEITO

Habitualmente os autores afirmam com inteira razão ser a teoria dos delitos omissivos tema dos mais árduos e obscuros da teoria do delito.

Começaremos por encontrar estas dificuldades ao tentar conceituar a omissão. Para tanto é necessária uma exposição, ainda que breve, das formulações a respeito existentes.

Seria a omissão uma realidade naturalística, ontológica, com características físicas ou ela representa um dano normativo, um juízo de valoração da conduta?

Sustenta-se, com discussões intermináveis, ambas posições. Teorias normativas e antinormativas, estas divididas entre os que assimilam a omissão à ação como espécie do mesmo gênero e a corrente minoritária, não obstante estar representada por expoentes do moderno pensamento jurídico-penal, os quais impugnam a possibilidade desta assimilação. Nesta última colocação será demonstrada a oposição da ação à omissão. Mesmo neste setor doutrinário, veremos, não conseguiram seus adeptos afastar-se do dado normativo.

Será possível, também uma terceira posição a qual analisaremos na exposição da matéria.

1.1. CONCEITO NORMATIVO DE OMISSÃO

Os que seguem o conceito estritamente normativo (1) vêem o conteúdo da omissão na norma jurídica. A omissão não representa uma realidade no mundo fenomênico (2). Estruturalmente ação e omissão são coisas diversas e só podem formar um conceito superior unitário de conduta no campo valorativo.

Já em ROMAGNOSI a omissão está vinculada a uma obrigação (3) CARRARA, apesar de haver no seu sistema mal distinguido a antijuridicidade, no século passado, assinalava ser inconcebível um delito de " pura inação " sem que outro tivesse direito a exigir a ação omitida (4).

A lucidez de GRISPIGNI permitiu que ele desenvolvesse, em seu país, minuciosamente, os aspectos mais significativos da teoria normativa. A omissão - ensina o mestre italiano - não é um conceito naturalista, mas exclusivamente normativo encontrando sua significação e sua razão de ser, apenas quando relacionado a uma norma (5).

Nesta linha de pensamento, - conceituada valorativamente - a omissão não é um não fazer algo. Seria impossível / falar-se em omissão abstraído o dever-ser. Omitir será, somente, o desatendimento de uma determinação da ação a que o sujeito estava juridicamente obrigado.

Conceitua GRISPIGNI a omissão como " la condotta voluntaria, positiva o negativa, de un soggetto, la quale, a giudizio di chi la considera è diversa da quella ch'era da attendersi, in base ad una norma di qualsiasi natura " (6).

Objetou-se-lhe (7), porém que o conceito valorativo

de omissão a tornava dependente das condutas descritas nas normas jurídicas, englobando-se nela a antijuridicidade. MOURULLO, por exemplo, afirma atualmente que o " substrato natural do delito aparece sobrecarregado de valores " (8), como re conhece MEZGER (9).

GRISPIGNI enfrentou a questão, alegando ser incorreta a afirmação no sentido de estar implícita na omissão a contraditoriedade à norma; posto que, dita norma na sua apreciação poderá ser da mais diversa espécie. Juridicamente a omissão representa apenas species do genus omissão, deduzindo, daí, a possibilidade de uma omissão que não seja antijurídica (10).

Afirma, assim, o destacado mestre romano, a existência de omissões que não podem ser qualificadas de antijurídicas - moral, moda, normas técnicas - (11) e também de omissões extra-típicas, violadoras de outros ramos do sistema jurídico.

Evidentemente, tal justificação só será válida, em princípio, apercebeu-se GRISPIGNI, para os crimes omissivos/próprios, não alcançando os omissivos impróprios - tipos abertos - pois nesta categoria delituosa o dever de agir poderá resultar de norma extra-penal, segundo seu sistema (12). Dirá GRISPIGNI, procurando evitar tal incompatibilidade, que nos crimes comissivos impróprios se viola um comando de agir e de impedir o resultado. Este deverá, necessariamente, estar contido numa norma penal e o comando em qualquer norma/jurídica (13). Como se observa, a solução de GRISPIGNI não

alcança as diversas espécies do delito omissivo.

Dirigindo-se a MEZGER, advertiu GRISPIGNI (14) ser impróprio falar-se em omissão excepcionalmente lícita. Ocorrendo, por hipótese, estado de necessidade justificante, por ser GRISPIGNI partidário do conceito material de antijuridicidade, afirmará ele a inexistência da omissão (15).

Interessante e oportuno lembrarmos os argumentos / de GALLAS, em defesa da teoria normativa da omissão. Como / consequência de haver adotado um conceito de tipo diverso do de MEZGER, GALLAS intervém afirmando que seu colega de Muni- ch esquecera-se de que " a espera jurídica motivadora do juízo - de omissão se dá sempre que esteja ordenado o respectivo agir (indício do delito com caráter geral) Também na omissão se pode distinguir entre a execução da figura do injusto - tipo - e a antijuridicidade de sua realização no campo valorativo " (16). As causas de justificação em GALLAS, portanto, não eliminam o tipo.

Seria esforço inútil tentarmos negar as dificuldades técnicas resultantes das premissas da teoria da ação esperada (17). MEZGER, que também é normativista, não conseguiu demonstrar que o substrato da omissão não se confunde / com sua ilicitude. Ele mesmo admitiu que a ação esperada será deduzida de um tipo penal. Realmente, não se pode negar / que a omissão seja de fato um conceito normativo. Como objeto valorativo, cultural, será compreendida no tipo. Inexato / é tê-la apenas como dado normativo sem o suporte ontológico /

a ela inerente, isto é, a ação concreta, mandada. O parâmetro da omissão é o tipo, respeitadas as estruturas lógico-objetivas.

A teoria da ação esperada de MEZGER, muito seguida/na ALEMANHA, recebeu serias críticas. Quem espera ? questiona M.E.MAYER. (18) O que se espera ? Este esperar faz com que a omissão dependa exclusivamente do juízo subjetivo de alguém, o que não se pode conceber na ciência do direito.

1.2. CONCEITO NATURAL DE OMISSÃO EQUIPARADA A AÇÃO

Conceituar-se a omissão como pura inexistência de movimento é também solução totalmente deficiente, mesmo para os que sustentam uma visão naturalista do problema. (19).

Afirmam seus seguidores que sobre o nada seria impossível incidir um juízo de valoração. Cabe lembrar a afirmação de MAGGIORE. Recordando HEGEL ele diz que o não ser dialético não é o puro nada, mas um aspecto do próprio ser e em consequência o momento dessa realidade que é o devenir. (20).

Somente se estabelecendo tal distinção e, portanto encontrando-se um elemento ontológico - asseveram os naturalistas - que lhe venha a dar substância, poder-se-á englobar a omissão no conceito unitário de conduta. Este elemento, forçosamente, deverá ser um dado objetivo externo, não bastando para fundamentá-la a simples vontade do omitente.

O pensamento de BELING é no sentido de sustentar o

não fazer fisiologicamente, isto é , como uma distensão muscular voluntária (21). Com ULPIANO (22) podemos contestá-lo: co
gitaciones poenam nemo patitur.

Entre nós, ANIBAL BRUNO, qualificou a lição de BE
LING de artificiosa e inútil, pois " transforma em atividade/
a inatividade própria da omissão; falsa, ainda, porque nem
em toda omissão esse esforço material interno do sujeito se
realiza " (23).

Correta a observação de ANIBAL BRUNO. Não há dúvida
quanto a inexistência de tal distensão muscular ao se prati -
car ação diversa. Já que falamos em ação diversa é necessário
deixar claro que BELING não exige que a vontade de omitir es -
teja subentendida a negação de certo impulso de realização da
ação omitida. (24).

Preocupado com o aspecto físico da omissão, LU
DEN ,
em 1840 (25), pretendeu sutilmente apontar como seu fundamen -
to um aliud facere. Se a inatividade por si só nada causa, o
que produz o resultado danoso será a prática de uma ação posi -
tiva diversa da que deveria ter sido praticada, contemporanea -
mente à omissão. A esta opinião aderiram diversos autores.
(26).

A crítica ao aliud agere foi oposta ao raciocínio/
de GRISPIGNI para caracterizar juridicamente a omissão. Para
este, poder-se-ia, agindo em sentido estrito, praticar-se um
crime omissivo. Aqui se afirmará, criticando-se a teoria de
LU
DEN, hoje em ascensão na ALEMANHA, a possibilidade de omi -
tir-se permanecendo-se inerte, dormindo como exemplifica /

DALL'ORA (27).

Antecipando-nos podemos afirmar que os que dirigiram objeções a LUDEN não se conscientizaram de que realmente importante, para fundamentar o substrato da omissão, é a ação diversa praticada, pois inexistindo a omissão ontologicamente, circunscrito, obviamente ao campo do ser, somente através deste outro agir poderemos, e a posteriori, extrair/ a valoração da conduta omissiva.

KRUG, em jocoso exemplo (28), criticou LUDEN. Admite KRUG que a omissão nada causa. Pensa ele, contudo, depender a fisicidade da omissão da ação prececente através da qual a pessoa se obrigou a agir. À sua teoria - nihil facere - é necessária a total inércia do sujeito.

Facilmente se destrói a colocação de KRUG. A anterior lição de GRISPIGNI é plenamente adequada e bastaria para aniquilá-la. Ademais, outro aspecto relevante, o dado volitivo, em linguagem finalista, um dos elementos do tipo subjetivo, apareceria em momento diverso da conduta incriminada, fato tecnicamente insustentável. O dolo, ou se se quiser o seu equivalente na omissão, e a culpa deverão necessariamente ser contemporâneos a esta conduta.

GLASER e MERKEL seguiram caminhos semelhantes (29)

Também M.E. MAYER, ainda que com outros argumentos defendeu o conceito geral de ação, fundamentando-o através / da vontade (30), sendo obrigado a excluir a omissão culposa/ do conceito de ação.

O outro MAYER - HELMUTH - entende que procede com

razão o uso corrente de linguagem ao não distinguir o movimento corporal positivo do não movimento. É incorreto, segundo a firma, interpretar-se o mundo como ser objetivo, em estado de repouso absoluto; pelo contrário, deve-se compreendê-lo como um processo em movimento. Resulta, assim, evidenciando não ser possível permanecermos estáticos. A ação não existe por si só, mas apenas em razão de um juízo de valor, positivo ou negativo. Observa-se claramente a influência kantiana no pensamento de MAYER.

Identifica HELMUTH MAYER o omitir com o fazer. Tanto há comportamento quando ocorre a prática de uma ação, como quando se deixa de deter o curso causal (31).

CURY, no seu inesgotável manual, teceu justas observações censurando MAYER. Inicialmente, porque este identifica o agir ao omitir, asseverando a presença de exteriorização da vontade na omissão - fato ausente nos crimes omissivos culposos e o que é principal nos delitos de esquecimento. Por outro lado, face a dificuldade de vincular-se a vontade ao aspecto causal nos crimes omissivos dolosos. Além do mais, salienta o mestre latino-americano ser autoritária a concepção de / H.MAYER, pois partindo de suas colocações toda omissão seria punível, fato inconciliável com o Direito Penal dos nossos / dias (32).

1.3. CONCEITO NATURAL DE OMISSÃO MEDIANTE OPOSIÇÃO A AÇÃO.

A impossibilidade de se reduzir a um conceito unitário a ação e a omissão foi demonstrada na ALEMANHA, em 1904 ,

por RADBRUCH (33).

Obviamente, sendo ambas dados heterogêneos - "A" e "não A" seria contraditório, como ordinariamente se entende, identificá-los na mesma categoria. Os crimes comissivos e omissivos merecem tratamento diverso. Fraciona-se, assim, e corretamente, o sistema.

Fundamentou RADBRUCH sua tese afirmando não ser essencial a omissão, diversamente do que ocorre na ação, a existência da volição, do querer, Eventualmente poderá a omissão ser querida. Nada obsta.

Comprometido com o causalismo e admitindo a permissão de que a ação considerada numa perspectiva naturalista / pertencerá a vontade e o resultado, ligados pelo nexo - causal (34) foi-lhe possível concluir que inexistindo a vontade na omissão será também negado o nexo causal.

Sem dúvida a reflexão de RADBRUCH é logicamente / perfeita e exerceu influência considerável em seu país. Operar-se-á, anos depois, uma significativa transformação na matéria.

1.3. A OMISSÃO NA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO.

A partir da importante colocação do jusfilósofo de HEIDELBERG, ainda que com certas peculiaridades, e seguindo/ em parte a seu mestre WELZEL, já que atraído pelo finalismo, KAUFMANN, (35) versando a matéria, re-elabora a teoria da omissão, enriquecendo-a. Mais uma dívida contraída pela dogmática com o rigorismo do pensamento germânico.

KAUFMANN sustentará um conceito superior de ação ,

prejurídico. Em verdade, como lembra MOURULLO, KAUFMANN partindo de caminho diverso tentou ignorar a objeção de RADBRUCH, o "A" e "não-A". Vejamos : " se designarmos a capacidade de uma pessoa para realizar uma determinada ação como "A" e a realização dessa determinada ação como "a" teremos que se pode representar a ação positiva como a soma de "A+não-a" / (36). Dessa forma KAUFMANN encontrou um elemento comum entre as duas espécies de condutas, com fundamento na capacidade / de agir (37).

Para KAUFMANN, (38) as normas - mandados e proibições estão vinculadas a capacidade do homem de agir. Como / foi visto ao definir-se a conduta como-" capacidade de atividade ou passividade corporal humana dirigida pela vontade de acordo com fins-" previamente eleitos, KAUFMANN admite um / conceito superior de ação, latu sensu, diversamente de RADBRUCH.

Concorda KAUFMANN (39) com a atitude causal das / condições negativas de NAGLER (40) negando, contudo, que possa haver entre o omitente e sua omissão nexo causal. É este seu raciocínio: eliminado hipoteticamente o omitente e sua vontade de omitir nada seria modificado, pois a energia causal lhe é alheia. O omitente, como se diz, só se serve da causalidade. De sorte que, dependendo a finalidade de causalidade, não haverá omissões finais. Daí resultará, consequentemente, a inexistência de dolo na omissão como estudado nos crimes comissivos. Dar-se-á, assim, omissão (41) sempre que não se fizer aquilo que se tinha de fazer, desde que, eviden

temente, se tenha o poder final de agir, (42) porquanto é princípio jurídico elementaríssimo não estar ninguém obrigado além de suas reais possibilidades: ultra posse, nemo obligatur.

O pensamento de WELZEL não coincide totalmente com o de KAUFMANN. Em WELZEL (43) a omissão se situa como uma / "segunda forma independente dentro da conduta humana." Partindo do raciocínio de RADBRUCH, mostra WELZEL a contradição de "A" e "não-A" e observa que ao se incluir, através de um conceito superior a omissão à ação, deslocam-se àquela problemas relativos apenas à ação, como a causalidade. Negada / esta, será também negada, obrigatoriamente, a finalidade e o dolo da omissão, o que será oportunamente desenvolvido ao se estudar a estrutura do tipo omissivo.

Ação e omissão de uma ação, em WELZEL, apresentam-se como " uma segunda forma independente dentro da conduta / humana suscetível de ser regida pela vontade dirigida por um fim". Ontologicamente, para ele, a omissão não é uma ação , mas omissão de uma ação determinada, tendo o agente o poder / final de realizá-la. O simples não fazer já não significa omitir. O conceito é limitativo, não negativo. Consistirá a omissão, ainda no pensamento do mestre alemão, justamente em não produzir a finalidade " potencial " (possível). comprovável através de um juízo objetivo.

De forma aproximativa ao horizonte de KAUFMANN, em sina WELZEL que não tendo o agente o " domínio do fato ", is to é, a possibilidade de agir não se poderá dizer que omitiu

A dificuldade da colocação de WELZEL surge de importar-se ele com a potencialidade de uma ação já realizada, (44).

Alinha WELZEL, como requisitos fundamentais, inerentes ao poder final do fato (capacidade do homem de agir com o conhecimento do objeto em KAUFMANN): estar ciente da situação fática produtora de seus efeitos, estar em condições de reconhecer e poder selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo da norma, ter possibilidade real física (concreta) de empregar os meios eleitos e executar o ato planejado " (45). Ausentes quaisquer destes requisitos, dar-se-á a inexistência de omissão. Enfim, a omissão em WELZEL é analisada juridicamente. É omissão de uma ação determinada daquele / que tinha o poder final de agir. Como KAUFMANN, ele sustenta / conceito superior de ação. A divergência entre ambos reside / em colocar este como dado fundamental da omissão a censurabilidade a qual recairá sobre aquele que, tendo a capacidade de agir, deixou de praticar a ação devida.

A verdade irrecusável é que ambos ao se referirem a ação qualificada de devida, determinada, como não poderia deixar de ser, na ciência do sollen, não diluíram as críticas endereçadas pelos que sustentam um conceito natural de omissão aos normativistas, Realmente aquele quid da omissão imprescindível, ou seja, a sua dependência ao dado axiológico, não irá gerar como incorretamente se disse um juízo sobre um juízo , se tomarmos como sua essência a ação concretamente praticada.

Isto enseja lembrar que o aspecto valorativo da conduta é inafastável. O Direito - " ordem normativa da conduta /

humana" - tem por objeto as normas jurídicas na concepção do positivista KELSEN, como se sabe (46), ou na visão de COSSIO a norma é apenas o juízo do dever ser. Por seu intermédio será juridicamente conhecido e compreendido o dever ser existencial axiológico; a conduta humana em sua interferência intersubjetiva (47). Salientou COSSIO ser a conduta omissiva / existencial e a sua impedibilidade coexistencial. Assim o "impedir é rigorosamente dever impedir e o não impedir é um dever não impedir " (48).

A omissão penalmente relevante não é so conduta como quer COSSIO nem somente dado normativo como em KELSEN. A omissão penalmente relevante há de derivar, sempre, de uma norma jurídica que determine a prática de uma ação e também/ de um subtrato natural, deduzido da ação não cumprida.

As críticas dirigidas a teoria normativa não foram diluidas porque isto seria cientificamente impossível. Não / há, como a priori poderia parecer, contradição lógica em não assumirmos radicalmente tal posição pois fato e valor se relacionam como bem demonstra o pensamento fenomenológico contemporâneo (49). Isto foi salientado, com precisão, por ANDROULAKIS que analisa, com o método fenomenológico, a teoria da omissão. BACIGALUPO, autor de meticoloso estudo sobre o tema segue o mesmo método. Tal orientação coloca as coisas em / seus devidos lugares, sepultando as infundáveis discussões trazidas pelos adeptos da concepção naturalista da omissão e da teoria normativa, para o mestre argentino, considerar a omissão normativamente não significa afirmar sua exclusivida

de jurídica, desvinculando-a de seu substrato real. Este substrato poderá ser a ação efetivamente realizada, aí incluído, outrossim, o permanecer inativo. Desta forma evitaremos/ uma consideração prejudicial do omitir (50).

Creemos ser necessário valeremo-nos novamente dos fe cundos ensinamento de BACIGALUPO. Nas conclusões de sua mono grafia ele deixa claro, como em WELZEL, que a omissão ontologicamente não existe sendo absurdo pretender-se equipará-la/ a ação. Esclarece, BACIGALUPO todavia, aqui discordando de WELZEL-que a diversidade de ação e omissão apenas tem sentido no âmbito da significação de uma conduta ativa efetivamente cumprida, ou seja, no plano do tipo penal. Omissão, encerra uma referência a significação típica de um acontecer realmente efetivado, surge como comparação do ocorrido com o exigido". E conclui: " A realização de um tipo impositivo é a inversa de um tipo proibitivo. A este só uma ação determinada pode ser adequada. Àquele qualquer ação que não seja a mandada "- (51).

Pode-se afirmar que isto, com outra visão metodológica, representa a volta ao aliud agere, sem os defeitos originais de LUDEN, que afirmava a causalidade da omissão. Também para LUDEN a omissão nada mais representa do que a ação/positiva diversa. (52).

CONCEITO DE CRIME OMISSIVO

Chegando a este ponto do discurso dogmático e à / luz das atuais conquistas científicas, cremos já poder finalmente conceituar, o crime omissivo.

O delito é uma conduta humana típica ilícita e por isto censurável, praticada por ação ou por omissão de ação . Fique bem caracterizado que a omissão simplesmente tomada / não é forma de conduta. Apenas a omissão de ação, pois a norma tem por objeto, sempre, uma ação (53). Nelas, a proteção / dos valores sociais mais relevantes serão juridicamente determinados e demarcados de forma exaustiva pelo tipo, à exceção dos tipos abertos.

A norma nos delitos omissivos exige a prática de uma ação final voltada para a proteção de determinado bem socialmente útil. Serão proibidas todas condutas diversas da ação ordenada. Não é imprescindível a abstenção da atividade, bastando um outro fazer que não o determinado pela norma.

NOTAS - CAPÍTULO I

1 - GRISPIGNI, FILIPPO, Diritto Penale Italiano, Milão, Giuffrè Ed., 2^a.ed., 1952, p. 30; RANIERI, SILVIO, Manuale di Diritto Penale, Padova, 3^a. ed., 1956, vol. I, p.205; / SPASARI, MARIO, L'Omissione nella Teoria della Fattispecie Penale, Milano, GIUFFRÈ, 1957, p.9 e seg.; FROSALI, Sistema Penale Italiano, 1958, vol. I, p.367; PANNAIN, Remo, Manuale di Diritto Penale, Ed. Torinese, 2^a., 1950, p. 215; ANTOLISEI, FRANCESCO, Manuale di Diritto Penale, Milão, GIUFFRÈ, 6^a.ed., 1969, p. 169; BETTIOL, GIUSEPPE, Direito Penal, trad. PAULO / JOSE C. JUNIOR e ALBERTO S. FRANCO, Ed. Rev. Tribunais, 1966, vol. I, p.280; MANZINI, VICENZO, Trattato di Diritto Penale Italiano, Ed. Torinese, 1950, vol. I, p.600; GALLAS, WILHELM, La Teoria del Delito en su Momento Actual, trad. J.CORDOBA RODA, Bosch, Barcelona, 1959, p.19, nota 32; VON LISZT, Tratado Derecho Penal, trad. 20^a. ed. alemã por L. JIMENEZ DE ASÚA, Madrid, vol. II, p.316; SAUER, Derecho Penal, Parte General, trad. J. DEL ROSAL e J. CEREZO, Bosch, 1956, p.147; DOHNA, / Graf zu, La Estructura de la Teoria del Delito, trad. CARLOS/ FONTÁN BALESTRA, Abeledo-Perrot, B.Aires, 1958, p.30; MAURACH Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3^a. ed., 1965, apud / Mourullo, La Omisión de Socorro en el Código Penal, Madrid, 1966, p.15, nota 29, MAURACH que afirma na 3^a. ed.: renunciou " a sostener la naturaleza ontica del concepto de omisión, y se manifiesta partidario de una concepción normativa de la omisión "; Na Alemanha são muitos os que seguem a teoria da ação esperada de MEZGER, Tratado de Derecho Penal, trad, J.A.RODRI

GUEZ MUÑOZ, Madrid, 1946, vol. I, p. 280. Para uma visão da doutrina germânica mais moderna, Cf. Zafaroni, E. RAUL, Teoria del Delito, EDIAR, B. Aires, 1973, p.363 e seg.

2 - Como lembra HELENO FRAGOSO, Conduta Punível, BUSHATSKY/Ed., S.P. 1961, p. 41, alguns partidários da teoria normativa opoem-se a essa idéia. Cf. GALLAS, ob. cit.; PANNAIN, ob. cit. p.216; PETROCELLI, BIAGO, Principi di Diritto Penale, PADOVA, Dott Ed., 1943, p. 304.

3 - GENESIS del Derecho Penal, Ed. TEMIS, Bogotá, 1956, trad. CARMELO GONZÁLEZ CORTINA, p. 216.

4 - Programma del Corso di Diritto Criminale, parte generale, Florença, 10^a. ed., 1907, § 30, p. 68.

5 - GRISPIGNI, ob. cit., vol. II, p. 32.

6 - Ob. cit., p. 37.

7 - Não se pode confundir a concepção de GRISPIGNI, com a teoria da ação esperada de MEZGER, ob. cit., vol. I, p. 283, seguida na Itália por ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, parte generale, 6^a. ed. Milano, 1969, p. 170. GRISPIGNI se refere a ação que era de esperar-se e MEZGER a ação esperada. O próprio GRISPIGNI revidando a crítica que sofrera deste, demonstrou habilmente ser referida teoria insatisfatória

porquanto, desconhece que a qualidade de uma ação independe da análise subjetiva de terceiro sendo na realidade um juízo objetivo, ob. cit., p. 48, nota 51.

8 - MOURULLO, GONZALO RODRIGUEZ, La Omisión de Socorro en el Código Penal, ed. Tecnos, Madrid, 1966, p. 34.

9 - MEZGER, ob. cit., vol. I, p. 283.; BONINI, GIOTTO, L'Omissione nel Reato, Milão, FRATELLI BOCCA Ed., 1947, p. 29: " Le/omissioni che sono tali relativamente alle regole del diritto, sono, necessariamente, antiggiuridiche perché illecite in quanto sono oggetto di divieto, cioè in contraddizione con una norma del diritto, e così si hanno le omissioni civili, amministrative, penali". Referindo-se a omissão no Direito Penal, o monografista italiano ensina: " non è concepibile una omissione lecita, e molto meno una omissione imposta dalla legge senza riferirci, nel primo caso, a una norma che limita, quindi pone eccezioni al comando di fare, e, nel secondo caso, a una / norma che vieta di fare. Se taluno omette di prestare assistenza perché prestandola si esporrebbe a sicura morte, tale omissione è un lecito giuridico". BONINI faz remissão a PETROCELLI. Só poderia ele chegar a esta conclusão partindo de PETROCELLI o qual identificou a antijuridicidade material com a formal. Cf. L'Antigiuridicità, 2^a. ed., Padova, 1951, p. 88 e segs.; Diz, ainda BONINI, criticando opinião de GRISPIGNI, no sentido de ser a omissão um juízo: "É vero che ciò che ci fa conoscere, o rivelare una cosa, può essere la cosa stessa: che ,

anzi, nulla ci fa conoscere una cosa più della cosa medesima: ma purchè si tratti di cosa corporea. Allorchè è un - giudizio o, che si forma, e non si tratta più di conoscere un oggetto corporeo, le cose per sè non formano quel giudizio, se il giudizio è (come avvertì ATISTOTELE) un rapporto d'affermazione o di negazione (catafasi ed apofasi), è cioè la forma del rapporto fra soggetto e predicato: quindi un derivato da questo rapporto", ob. cit., p. 49.; cf. Tratado de Derecho Penal. Ed. Losada, B. Aires, 1951, vol. III, p. 351; DALL'ORA, Condotta Omissiva e Condotta Permanente, Milano, GIUFFRÈ Ed., 1950, p. 81; mais recentemente cf. BACIGALUPO, Delitos Imprópios de Omisión, Ed. Panedille, B. Aires, 1970, p. 68

10 - Ob. cit. p. 33.

11 - Idem, ibidem.

12 - Ob. cit., nota 19; Diversamente DALL'ORA, ob. cit., p. 145/146, nota 58.

13 - GRISPIGNI, ob. cit., p. 54.

14 - GRISPIGNI, ob. cit. p. 33, nota 20.

15 - Cf. GRISPIGNI, ob. cit., vol. I, p. 340; CURY, HENRIQUE Orientación para el Estudio de la Teoria del Delito, Universidad Catolica de Chile, 1973, p. 29; WELZEL, HANS, afirmará que o dever de agir não é elemento do tipo nos crimes omissi

vos, p.283, cf., ainda, p. 302, Derecho Penal Alemán, Parte/General, Editorial Jurídica de Chile, 11^a. Ed.; cf. exemplo/ de WESSELS, JOHANNES, Direito Penal, parte geral, trad. JUA-REZ TAVARES, SERGIO ANTONIO FABRIS Ed., Porto Alegre, 1976 , p. 157, diz ele que "A" não se omitiu ilicitamente".

16 - GALLAS, ob. cit., p.19.

17 - BACIGALUPO, Delitos Impropios cit., p. 68: " Si la omi-sión, no puede pensarse sin una referencia al mandato, enton-ces lo que en definitivo se afirma, es un concepto jurídico/ de omisión como hacen MAURACH y GALLAS, y no habrá relación/ alguna entre el plano del ser y del valor. Todo permanecerá/ en este ultimo "; idem p. 69/70: " Pero esto no significa / que sea necesario afirmar, con GALLAS o con MAURACH, que la omisión tiene solamente una naturaleza jurídica y que no esta-ría referida a un substracto real, susceptible de ser consi-derado prejurídicamente. Ese substracto sólo puede ser la ac-
ción efectivamente cumplida, en lo que se incluye también el mero permanecer inactivo, Es decir, solamente partiendo des-de este punto de vista podrá eliminarse una consideración / previamente valorativa, jurídica". Ainda do mesmo autor: "La fórmula que define la omisión desde V. LISZT, como un "no-ha-cer determinado", debe cambiar de sentido: omitir es "un ha-
cer que no es el determinado", con lo que se afirma que el objeto valorado es también una acción",, ob. cit., p.72; Co-mo se pode observar caberia usar aqui a mesma crítica que se

faz a GRISPIGNI ou seja a omissão como puro juízo; Vejamos as críticas de MOURULLO, ob. cit., p. 26; "Las valoraciones jurídicas tienen que embarcar, en última instancia, un fragmento/ de realidad perteneciente al mundo de la experiencia, y aun cuando se trate de una valoración sobre una valoración, o de un juicio sobre un juicio, la existencia en el mundo empírico de un término sobre el que apoyarse sería tan sólo diferida pero no suprimida ". Esta aliás será una crítica apresentada por BACIGALUPO a KAUFMANN, o qual sustenta um conceito natural mediante oposição à ação. Vejamos: "Desde nuestro punto de vista, la "capacidad de acción" no constituye un dato prevalora- tivo. Y no lo es porque, en todo caso, un objeto del mundo / del ser al cual se refiere la norma penal, no puede depender/ de su relación con una representación de la acción que se omite o, lo que se lo mismo dicho en el lenguaje del mandato / de acción". Delitos Improprios cit., p. 68; Ainda a lição do mestre argentino: "Que la omisión sea un concepto normativo , que responde al momento de consideración de una acción en relación a un mandato de acción determinado, que tiene que ver, entonces, con el cumplimiento del mandato, no es en si incorre- cto. Lo incorrecto es la consecuencia que se desprende al / constituírse la omisión en un juicio, por la cual faltará un substracto real que deberá marcar el contenido de injusto". / Ob. cit., p.73 (grifo nosso).; MOURULLO, La Omisión de So- corro cit., p. 33, afirma que a doutrina da ação esperada é essencialmente uma doutrina normativa, pois "sólo cabe espe- rar que el sujeto realice algo si hay una norma que le impon-

ga el deber de realizar ese algo". Deixa claro MOURULLO haver MEZGER se apercebido disto, razão porque o Prof. de Munich / preocupou-se em diferenciar a ação esperada da ação exigida . Omissão ilícita seria, portanto, para MEZGER, a ação esperada exigida, idem ob. cit. Persiste MOURULLO nas críticas à teoria da ação esperada: "Con esto incurre la doctrina de la acción esperada en los mismos vicios que la doctrina normativa, / que asegura que la omisión no puede ser sino un non facere / quod debetur. La doctrina que sostiene que la omisión e un non facere quod debetur, es decir, un no hacer lo ordenado por la Ley, no es una doctrina de la omisión, sino una doctrina / de la omisión antijurídica. El substrato natural del delito, el sustantivo al que deben añadirse luego, por via de yuxtaposición los atributos valorativos, aparece aquí ya sobrecargado de valoraciones desde el principio". La Omisión de Socorro / cit., p. 34.

18 - Cf. nota nº 9.

19 - Cf. DALL'ORA, ob. cit., p. 65: "Il non facere è un dato/ della realtà sperimentale a mio giudizio, tanto quanto il fa cere", idem p. 73; GUARNERI, GIUSEPPE, Il Delitto di Omissione di Soccorso, CEDAM, PADOVA, 1937, p.17: "L'omissione come/ forma negativa del comportamento è una realtà. Se non fosse / tale, non potrebbe essere presa in considerazione dal diritto"; PONZ DE LEON, Causalità dell'Omissione nel Sistema Penale, Milão, GIUFFRÈ Ed., 1964, p. 4 e segs.; MOURULLO, seguin-

do DALL'ORA é partidário deste entendimento. Ele equipara a omissão a ação procurando encontrar naquela um aspecto objetivo que servirá a posteriori de suporte a valoração da conduta.

La omisión de Socorro cit., p.28.; MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal, trad. J.ORTEGA TORRES, Ed. Temis, Bogotá, vol.I, p. 345: "La inacción puede consistir en una inacción, o omisión. La inacción y la omisión no son, pues, un no ser de la acción una carencia absoluta de valor, un quid negativum (algo negativo), Lo que es absolutamente negativo, lo que no es, queda/fuera del derecho y de la realidad en general. En esta región peligrosa del derecho penal, puede servir el recuerdo del " no ser " de la dialéctica hegeliana que no es la pura nada/sino un aspecto del mismo ser, y por lo tanto, un momento de esa realidad que es de venir". No Brasil, dentre outros, sustentam o conceito naturalista: ANIBAL BRUNO, ob. cit., vol.I, p. 296: " Como a ação em sentido estrito, a omissão, é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omissor que embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado;

BERNARDINO GONZAGA, Monografia cit., p. 31, por sua vez leciona: "Está claro, em consequência, que a omissão não é o non facere quod debetur, O que faz a norma nada mais é do que apreender, no mundo dos fenomenos reais, um non facere individualizado para lhe acrescentar o qualificativo de contrário ao de ver". Deixamos de citar outros autores brasileiros já que no Cap. IV examinaremos a posição da doutrina pátria.

20 - MAGGIORE, ob. cit., p. 345; cf. HEGEL, GUILLERMO FEDERICO, Filosofia del Derecho, 2^a. ed., Editorial Claridad, B.Aires, 1939, p. 124, §117 e §118.

21 - BELING, ERNST VON, Esquema Derecho Penal, Trad. SEBASTIAN SOLER, Depalma, B. Aires, 1944, p. 44.

22 - DIGESTO - XLVIII, 19. 18.

23 - Ob. cit., vol. I, p. 295. Na Itália cf. DELITALA, GIACOMO, II Fattos nella Teoria Generale del Reato, PADOVA, 1930 , p. 133.

24 - Cf. BACIGALUPO, Delitos Impropios cit., p. 57.

25 - LUDEN, Abhandlungen aus dem gemeinen Deutschen Strafrecht, vol.I, 1836, p. 467 e segs.; vol. II, 1840, p. 219 e segs. Apud, ANTOLISEI, FRANCESCO, II Rapporto di Causalità / nel Diritto Penale, G.GIAPPICHELLI Ed., TORINO, 1960, p.137/138.

26 - BONUCCI, L'Omissione nel Sistema GIURIDICO, 1911, p. 17; DELITALA, ob. cit., p. 134; MASSARI, EDUARDO, Il Momento Esecutivo del Reato, Pisa, 1928, p. 56 (este se refere à ação/inversa); cf. também, MANTOVANI, LUCIANO PETTOELLO, Il Concetto Ontologico del Reato, GIUFFRÈ Ed., Milano, 1954.

27 - DALL'ORA, ob. cit., p. 83; cf. PETROCELLI, ob. cit., p. 304; cf. SPASARI, ob. cit., p. 23; FRAGOSO, *Conduta Punível/cit.*, p. 43.

28 - KRUG, *ABHANDLUNGEN aus dem STRAFRECHTE*, 1855, p. 30 e segs., apud, ANTOLISEI, ob.cit., p. 138. Ex: criança que morre de inanição, enquanto, a mãe costura as meias, o ato inofensivo de costurar as meias seria a causa da morte.; Veja-se em termos, a semelhança com o raciocínio de WELZEL, que sustenta a finalidade potencial na omissão, *Derecho Penal*, cit., p. 277.

29 - Dispensamo-nos por ora de analisá-los. Serão estudados/quando tratarmos da causalidade da omissão. Ai também veremos a teoria da interferência de BINDING.

30 - MAYER, MAX ERNEST, *LEHRBUCH*, 1915, apud monografia cit. BACIGALUPO, p. 58, "La omisión niega la actividad, pero no la acción. Pues para la acción es esencial una voluntad de realización, casualmente, la técnica de esta voluntad de realización. Pero, al igual que es indiferente con qué músculo/ se inserta la voluntad en el mundo exterior, tampoco importa si lo querido se estampa exteriormente en un movimiento / corporal o en una inactividad corporal!"

31 - MAYER, HELMUTH, *Das STRAFRECHT des DEUTSCHEN VOLKES*, ci

tado nas notas de RODRIGUES MUÑOZ, tradutor do Tratado de Drecho Penal de MEZGER, 2^a. ed., 1946, vol. I, p. 276/277; / cf. FRANÇOIS CHATELET, História da Filosofia, ZAHAR, 1974 . vol. VI, p. 236; Vale ressaltar a proximidade da lição de H. MAYER, lembrada nas mencionadas notas de R. MUÑOZ, p.278 com a teoria da interferência de BINDING, com a qual ele fundamentou a causalidade da omissão no impulso que inibe a a-cação; cf. a propósito, FRAGOSO, Conduta Punível cit., p.45.

32 - Não podemos nos furtar a citar literalmente as observa-ções críticas do mestre chileno: " Este punto de vista ha / vislumbrado la solución precisa, pero incurre en dos incorre-ciones. En primer lugar, se apresura en identificar el actu-ar con el omitir, afirmando que también en ese último caso / se verifica una exteriorización de la voluntad; pues esto es improbable en el caso del delito omisivo culposo y, sobre tudo, en los por olvido; más aún también en las hipótesis de / un delito omisivo doloso es difícil, sino imposible, encon-trar el punto de conexión entre el acto de voluntad y el fe-nómeno causal. Del otro lado, la concepción deriva hacia el autoritarismo. Si acción y omisión se identifican, parecería que todo omitir ha de ser castigado. Nunca la doctrina ha tolerado una extensión semejante. MAYER, que impugna dedidida-mente las referencias a una posición de garante, da pruebas de que su postura ideológica se identifica con un afán auto-ritario incompatible con las actuales tendencias del Derecho Penal" ,Orientación para el Estudio de la Teoria del Delito

Ed. Univ. Católica de Chile, 1973, p.291/292.

33 - Para chegar a tal conclusão, RADBRUCH, GUSTAV, separou a voluntariedade da ação de seu conteúdo volitivo - cf. BACIGALUPO, Delitos Improprios cit. p. 53, 54; DER HANDLUNGSBEGRIFF/ in seiner BEDEUTUNG fur STRAFRECHTSSYSTEM, Berlin, 1904 - apud Asúa, Tratado cit, vol III p. 307 e 347. Exaustivamente em BACIGALUPO, idem p. 53 e seg. Cf. também EVERARDO CUNHA LUNA- Estrutura Jurídica do Crime, Recife - 1970 p. 66; CURY ob. / cit, p. 292; GALLAS ob. cit. p. 16; MARINUCCI - Il Reato Come Azione, Milão, GIUFFRÈ Ed. 1971. p. 133 - BAUMANN ob cit p. / 139; BONINI ob. cit. p. 54. Sobre la Sistemática de la Teoría a del Delito, E. SCHMIDHAUSER no Nuevo Pensamiento Penal, 1975 nº 4, p. 32/46.; Além de RADBRUCH, opoem-se ao conceito unitário de ação: BOCKELMANN, PAUL, Autoria y Participación, trad. de CARLOS FONTAN BALESTRA, e EDUARDO FRIKER, ABELEDO-PERROT, B. Aires, 1960, p. 38; ANDROULAKIS, NIKOLAUS, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, p. 205, 219, 220, apud ZAFFARONI, Teoria del Delito cit., p. 367, nota 24, 25, e 27,

34 - VON LISZT, ob. cit., vol. II, p. 304.; BELING, ob. cit., p. 19/20.; cf. DAMASIO DE JESUS, Teoria Finalista da Ação e Teorias da Culpabilidade no Cód. de 1969, in Anais do III Congresso do Ministério Público, p. 77 e segs.

35 - CURY, ob. cit., p. 293.

36 - KAUFMANN, ARMIN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte ,
GOTTINGEN, 1959, p. 87, apud MOURULLO, ob. cit. p. 10.

37 - Idem nota 36.

38 - KAUFMANN, ARMIN, HANDLUNGSBEGRIEF, p. 82, apud BACIGALU-
PO, ob. cit., p. 66.

39 - KAUFMANN, ARMIN, Die Dogmatik cit, p. 59 e segs., apud
BACIGALUPO, ob. cit., p. 44.

40 - Apud BACIGALUPO, Delitos Impropios cit., p. 44.

41 - KAUFMANN, contudo coloca na capacidade do homem de agir
o conhecimento do objeto, Delitos Impropios cit. p. 68.

42 - Apud CURY, ob. cit., p. 292.

43 - WELZEL, ob. cit., p. 276/277.

44 - WELZEL, Derecho Penal cit., p. 276/277. Observe-se que /
WELZEL nos delitos culposos não mais se refere a finalidade /
potencial. Atualmente ele encontra na ação real praticada o
elemento básico da ilicitude nestes delitos, se bem que sem
prescindir de um juízo posterior através do qual será encon-
trada a lesão ao dever objetivo de cuidado. O cuidado é obje-
tivo e não potencial. Cf. El Nuevo Sistema del Derecho Penal,

ARIEL, Barcelona, trad. CERESO MIR, 1964, p.68 e Derecho Penal cit., p. 195; Veja-se criticamente BACIGALUPO, Delitos, Impropios cit., p. 68/69; Saliente-se, ainda, que em 1971 em conferência pronunciada na Universidade Nacional de Córdoba, WELZEL declarou haver usado a palavra finalidade por não existir outra mais adequada, reconhecendo maior correção no termo cibernética, que significa direção e encaminhamento ; cf. A Dogmática no Direito Penal, trad, YOLANDA CATÃO, in Re vista de Direito Penal, nº13/14, p. 7/13. ; Vejam-se as críticas às primeiras colocações de WELZEL no delito culposos em WERNER NIESE, La Teoria Finalista de La Acción en el Derecho Penal Aleman, in Rev. Faculdade Direito do México, 1961, vol. XI, jan/julh, p. 291/296.; cf. nota 41.

45 - Idem WELZEL, p. 277.

46 - KELSEN, HANS, Teoria Pura do Direito, trad. DR. JOÃO BAPTISTA MACHADO, ARMÊNIO AMADO - Editor Sucessor, Coimbra, 1947, p. 21.

47 - COSSIO, CARLOS, La Teoria Egologica del Derecho, ABELEDO -PERROT, B. Aires, 1963, p.21; cf. MACHADO NETO, A.L., Compendio de Introdução à Ciência do Direito, 3^a. ed., SARAIVA, 1975, p.50; cf., ainda, CRISPIGNI, ob. cit. vol. I, p.5 e segs.; JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, A Dialética da Norma de Conduta, R.D.P., nº 21/22, R.J., 1976, p. 60 e segs.; cf. VERENGO, Curso Teoria General del Derecho, 2^a. ed., B. Aires,

p. 205: " el acto obligatorio es aquel acto que se configura omitiendo realizar el acto que es condición antecedente de la sanción " .

48 - COSSIO, ob. cit., p. 23/27.

49 - cf. O que é fenomenologia, ANDRE DARTIGUES, Eldorado Rio, 1973; cf. MACHADO NETO; Compendio De Introdução a Ciência do Direito, SARAIVA, 1975, 3a ed. p. 19.

50 - ANDROULAKIS, Studien cit., p. 272, 206 e segs., apud / ZAFFARONI ob. cit., p. 283; A omissão é uma forma típica de proibir ações. ZAFFARONI cit., p. 364; cf. também BACIGALUPO, monografia cit., p. 70; Realmente é mister separar a omissão do seu significado. SPASARI já disse: " il limite dell'omissione-penale come entità normativa e dato dal contenuto / del giudizio che la caratterizza; il suo significato consiste nel non poter intendersi al di fuori del riferimento ad una norma penale, ossia al di fuori della sua antiggiuridicità penale ", ob. cit., p. 23; Com base nas premissas da teoria egológica do direito de CARLOS COSSIO, conclue JULIO BARBOZA " que no se debe hacer consistir al delito de omisión/ en un no hacer, sino en un acto positivo que participa en la realidad en la forma que indicamos: como no modificación. Norma Y Realidad de los Delitos de Omisión, in Del Actual / Pensamiento Jurídico Argentino, Ed. ARAYÚ, B. Aires, p. 256/265.

O ensejo é propício para lembrar que a legislação penal brasileira sempre distinguiu ação de omissão, não englobando esta num conceito superior. Com efeito o §1º do art. 2º do Código Imperial definia o crime ou delito com "toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais". Para o legislador de 1890 "a violação da lei penal consiste em ação ou omissão", art. 2º. A Lei de Introdução ao Código Penal, Dec. Lei 3.914 de 9.12.1941, conceituou o crime distinguindo-o da contravenção, valendo-se apenas do critério da pena aplicável. Ao tratar da "imputação física do crime" no valoradíssimo art. 11 do Código Penal, distinguiu-se a forma de realização das condutas humanas. Considera-se causa de um crime a "ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido", o que foi repetida integralmente no caput do art. 13 do Código Penal de 1969, em vacatio. A distinção também existe no Código Penal espanhol. Lembra CORDOBA RODA que por referir-se o art. 1º do Código Alemão, de 1871, apenas a ação, foi a doutrina forçada a interpretar latu sensu o conceito de ação. Somente assim poder-se-ia entender como crimes as omissões previstas na parte especial. Una Nueva Concepción del Delito Ed. ARIEL, Barcelona, 1963, p. 86. Atualmente, depois da reforma de 1969 dispõe expressamente o art. 13 - " El que omitiere impedir un resultado que integre el tipo de una ley penal, será punivel conforme a esta ley, siempre que juridicamente tenga que responder por que este resultado no se produzca y cuando el omitir corresponda a ala realización del / tipo legal mediante un hacer" (Código Penal Aleman Parte Ge

neral - trad. ESPINOLA - Ed. DEPALMA - Buenos Aires - Entre nós ANIBAL BRUNO observou a distinção legislativa. Para ele " isto corresponde exigência de evitar toda ambiguidade, segunda a tecnica de redação de uma lei penal, mas não impede que a doutrina admita uma categoria superior sob o nome de ação em amplo sentido, que abranja ambas as formas de comportamento do agente, o fazer e o não fazer punível" ob. cit. / vol. I nota da p. 294.

51 - BACIGALUPO, Delitos Improprios cit. p. 166 - ANDROULA - KIS falará que o substrato da omissão é a ja anterior existencia da ação diversa praticada - ob. cit. apud ZAFFARONI / ob. cit. 383

52 - MASSARI dizia ser a omissão, a ação inversa da que se podia e devia realizar. apud MOURULLO ob. cit. p. 21. Cf. também DELITALA ob cit. p. 134 e ZAFFARONI ob. cit. p.364.

53 - cf. BACIGALUPO - Problemas del sistema de la Teoria / del Delito in Nuevo Pensamiento Penal ano III, 1974, p.11;A. KAUFMANN; Sobre el estado de la doctrina del injusto personal in Nuevo Pens. Penal ano 4, 1975, p. 162 onde ele afirma " As proibições correspondentes aos delitos de comissão requerem omitir ações finalmente entendidas-" Cf. ainda JUA- REZ CIRINO DOS SANTOS: A dialetica da Norma de Conduta in Rev. Dir. Penal 21/22 p. 63.

CAPÍTULO II - OS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS

2.1. A TIPICIDADE NOS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS O TIPO OBJETIVO-

É mister separar-se a omissão própria da imprópria/ por suas diferenças estruturais. Trataremos inicialmente da primeira. Na omissão própria o tipo indicia, em princípio, a antijuridicidade. Logo veremos o porque da relatividade da afirmação.

A teoria final da ação, como se sabe, distinguiu / perfeitamente a estrutura comissiva dolosa da omissiva e da culposa.

O tipo comissivo doloso é tout court congruente, havendo perfeita identidade entre a descrição abstrata da ação/proibida e a ação efetivamente realizada por uma vontade final (1).

No tipo omissivo doloso, não há esta identidade. Neles a tipicidade deriva (e aí encontraremos sua diferença nuclear), da divergência entre a ação praticada. Ação in concreto praticada e a ação ordenada com o que se caracterizará ex-post a desobediência ao mandado de praticar a ação determinada pela ordem jurídica através do tipo. Em tais tipos esta desobediência será a matéria de proibição.

Ensina-se habitualmente que os delitos omissivos / próprios são crimes de mera conduta, consumando-se com o simples descumprimento do mandato (2).

KAUFMANN (3) afirmará que isto não representa a única diferença entre estes crimes e a omissão imprópria. Também nos omissivos próprios o mandato de agir se dirige a evitar / um resultado lesivo (4).

Há uma outra questão delicada e muito divulgada. É a de que nos crimes omissivos dispensa-se um dever especial / de agir. A ser assim teríamos que encontrar outro nome para os crimes omissivos, exaustivamente descritos, em que o dever de agir deflui da situação sui-generis do omitente, e nos quais " não é necessário buscar-se um posição de garantidor " (5)

Nesta linha de pensamento, podemos exemplificar com o crime de abandono de incapaz. Seria ele um crime omissivo / puro próprio. Próprio aqui usado no sentido de especial. Nele se restringiu a autoria a quem compete zelar pela guarda, vigilância, etc, do incapaz. A única circunstância que difere é ser tal figura crime de perigo. A especial relação com o bem jurídico esta descrita no tipo.

Isto, ainda, é consequência da posição de KAUFMANN do qual em parte divergimos. Ele concorda com a existência de crimes omissivos próprios nos quais a especial relação de proteção está descrita no tipo e, conseqüentemente, afirma ser insatisfatória esta simples distinção para separá-los da omissão imprópria. Esta, para WELZEL não está jamais tipificada. O critério de distinção, segundo WELZEL é absolutamente formal/ (6).

BACIGALUPO interpreta a questão materialmente. Con-

testando KAUFMANN ele afirma não ser a identidade, observada sobre o prisma do dever de agir, que em ambos compete ao sujeito, o dado diferencial. (7).

Admita-se, ainda que nem sempre a figura típica / dos crimes omissivos virã descrita solitariamente. Nos tipos misto-alternativos, pode-se encontrã-la ao lado de modelos / comissivos, como ocorre no crime de prevaricaçãõ (8).

- DO TIPO OBJETIVO -

Vejamos o tipo objetivo do crime omissivo próprio. Dele constará a descrição das condições fundamentadoras do dever de agir. Assim, no crime de omissão de socorro consiste o mandato em deixar de prestã-lo a criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida ou ao desamparo em grave e/ ou iminente perigo ou não pedir nestas situações o socorro da autoridade pública, quando possível fazê-lo sem risco pessoal.

O dever de agir é imposto erga-omnes e surge quando o omitente toma conhecimento da situação fática descrita/ no tipo, tendo a possibilidade de proteger o bem jurídico / (9).

Integra o tipo objetivo do crime comissivo doloso a ação, o resultado e o nexa causal. Não se pode nos crimes/ omissivos próprios falar-se em causalidade da omissão. A omissão por si sã nada causa. KAUFMANN dirã: o omitente serve-se da causalidade que lhe é estranha (11). ARMIN KAUFMANN / também nega a causalidade da omissão segundo WELZEL há na omissão uma finalidade potencial ou ociosa. O equivalente tí-

pico da causalidade será aferido, para ele através de um juízo causal hipotético oposto, deduzido da ação ordenada. Será este seu raciocínio heurístico: A produção da ação ordenada/evitaria o resultado? Teria a criança sido salva se o banhista a resgatasse da piscina quando se afogava? (13).

CAP. II - O TIPO SUBJETIVO.

No tipo subjetivo destes delitos estão as circunstâncias que condicionam o imperativo da norma. Ele será formado pelo dolo e por eventuais elementos subjetivos do tipo. A doutrina mais moderna afirma ser o "dolo" na omissão diverso do dolo nos crimes comissivos (14). Para demonstrá-lo/KAUFMANN partiu do conceito de finalidade. Como não há causalidade na omissão e a finalidade é o agir encaminhado a um objetivo pré-determinado a causalidade está subordinada a um fim. Dependendo uma da outra, se falta a primeira, não teremos a segunda. Afirma em seguida KAUFMANN, ser a voluntariedade da ação, pressuposto da representação da ação omitida / (15); concluindo que o conceito de dolo como conhecimento e vontade de realização do tipo não é idêntico ao dolo da omissão. O que se chama omissão querida não passa de uma omissão consciente, associada ao conhecimento do poder final de fato do autor. A vontade de omitir não será, portanto, elemento obrigatório (16).

Isso não significa que a omissão ficará a minguada / de um tipo subjetivo. Apenas, dar-se-á nela, o "não querer" peculiar ao seu dolo. KAUFMANN separou a decisão da ação devida representada, da vontade. Aquela, pertencerá a culpabili-

dade (17). A capacidade de agir, para KAUFMANN, será indispensável à caracterização da omissão.

O omitente deverá conhecer a situação de fato típica e a capacidade de planejar os meios de ação. Daí poderá ocorrer, eventualmente, o "não querer praticar a ação devida". Não é imprescindível que isto ocorra, para que se dê a omissão (18). A finalidade da ação do que tinha o poder de agir / diverso do ordenado caracterizará o "dolo" da omissão.

O conhecimento da realidade fática conceituada juridicamente da qual defluirá o dever de agir é dado fundamental não havendo discrepância na doutrina quanto a sua necessidade para a existência do dolo na omissão.

A situação é diversa no que concerne à representação deste conhecimento. Já analisamos a posição de KAUFMANN. WELZEL (19) leciona de forma idêntica, bastando para ele, conseqüentemente o conhecimento da capacidade de planejamento ou seja da situação típica. A consciência desta capacidade atual de planejamento será, para ele, irrelevante, - podendo se dar eventualmente, como forma mais grave do tipo subjetivo - . WELZEL não poderia sustentar outra opinião simplesmente porque sustentara que a finalidade da omissão é potencial. Ele não toma a ação não realizada in concreto no lugar daquela determinada em lei, como substrato da omissão. Esta ação concreta será, sem dúvida alguma, uma ação final, não podendo prescindir por vezes, portanto, do conhecimento da capacidade pessoal de praticar a ação mandada. Esta orientação que nos parece a / mais correta é formulada por BACIGALUPO (20).

BAUMANN, ainda que com outros argumentos, coerente com seu sistema, afirmará a necessidade da representação do poder de fato de agir (21) e a resolução do omitir

Também WESSELS diverge de KAUFMANN e WELZEL: " Ao dolo do tipo - pertence a vontade acerca da inatividade, com o conhecimento de todos os elementos do tipo objetivo e com a consciência de que é possível a impedimento do resultado iminente " (22).

Na doutrina brasileira, ambas conhecimento e representação da situação típica são apontados como elementares / ao dolo da omissão (23), como no entendimento de BAUMANN.

A polêmica a que acabamos de nos referir não alcança, mesmo entre os finalistas, os crimes que apresentam no tipo subjetivo além do dolo outro elemento-subjetivo do tipo que tradicionalmente integrava o dolo específico do sistema/clássico. (24)

Observe-se, por exemplo, a descrição do crime de / prevaricação na modalidade omissiva. Consiste a figura do artigo 319 do Código Penal em deixar indevidamente de praticar ato de ofício para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, o que deve ser especial intenção do omitente (25).

- DO ERRO DE TIPO -

O conhecimento da ocorrência da situação fática conceituada no tipo e sua representação, - esta quando presente - / geradora do dever de agir nos crimes omissivos próprios (26) São elementos do dolo. Nestes delitos, caso o omitente deixe de praticar a ação devida, por erro ou ignorância acerca dos elementos objetivos do tipo, a ausência da representação tor

narã impossível a existência do dolo, que estará excluído, pois será sempre escusável por atingir sua essência.

Sistematicamente, na doutrina finalista, estas hipóteses serão solucionadas como erro do tipo (27). A colocação do dever de agir no tipo nos impedirá de admitir totalmente esta solução (28). A melhor opção será ficarmos com a teoria limitada da culpabilidade (29).

A conduta omissiva será atípica quando o sujeito / praticar a ação ordenada, sendo irrelevante se conseguiu ou não alcançar o objetivo. (30) e também quando ausente o poder concreto de agir, como na hipótese de coação física irresistível (31).

2.2. A ANTIJURIDICIDADE NOS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS.

A antijuridicidade da omissão própria é, por vezes indiciada pelo tipo. A questão técnica não é simples, como ordinariamente é tratada na dogmática e apresentará certas / dificuldades, contudo superáveis, como vimos ao analisar as teorias normativas e naturalistas da omissão e ainda uma terceira posição.

Aqui aparentemente retornarão os mesmos problemas. Ou se procura um suporte para a omissão ou será ela um juízo sobre um juízo. Quem assim afirma esquece-se de que a ilicitude é um predicado sobre o qual incidirá o injusto substantivo formal (32)-.

A única forma conciliatória encontrada foi vincular-se a essência da norma-como faz BACIGALUPO - à ação efe-

tivamente cumprida vendo sua significação no tipo.

Sistematicamente, a solução dependerá de como se conceitue o tipo. Conceituando-o formalmente, funcionará ele nos crimes omissivos como indício da ilicitude. Antijurídica será a ação não justificada, que equivale a dizer a divergência entre a ação realizada e a ação mandada sendo digno de nota que os tipos permissivos exigem, ademais, o conhecimento dos pressupostos objetivos e dos dados subjetivos da situação justificante. (33)

Outros, contudo, (34) afirmarão a dificuldade de se separar o tipo da antijuridicidade nos crimes omissivos próprios.

Ad-argumentandum pode parecer integralmente correto/ o raciocínio no sentido de que se na omissão não há causalidade, não há o "dolo" dos crimes omissivos, e a tipicidade não deveria presumir a ilicitude. Seria lógico aqui, também, levar às últimas consequências o princípio da inversão de KAUFMANN e aplicá-lo trabalhando-se, portanto, com a teoria dos elementos negativos do tipo.

Se há uma ação mandada, mas ela é lícita, a significação da conduta está no tipo, não havendo omissão justamente/ porque a ação diversa é lícita.

Todavia, adotar-se, sempre, a concepção bifásica do delito, parece-nos traria maiores dificuldades técnicas e representaria verdadeiro retrocesso abandonar certas conquistas/ dogmáticas. Seríamos, algumas vezes, levados às antiquadas soluções do sistema causalista clássico. (35)

Ao admitir-se o tipo total, teríamos de aceitar a consciência da ilicitude no tipo subjetivo, isto é, como elemento integrante do dolo, e assim repudiariamos a teoria da culpabilidade com repercussões na teoria do erro. O erro sobre a ilicitude, segundo suas conclusões, exclui o tipo que é tipo total, salvo no sistema de ROXIN, no qual adota-se a teoria limitada da culpabilidade. (36) Adotar-se plenamente o tipo total não seria satisfatório, como também seria impossível deixar-se de admiti-lo.

É conhecido o radicalismo de ROXIN (37) na sua "Contribuição Crítica à Teoria Final da Ação". Reconhecemos que ele acena com questões extremamente controvertidas, ainda / não solucionadas pela doutrina: a teoria finalista do tipo. Ele nega a ação como conceito superior e coloca no seu lugar o tipo, o que não soluciona a dificuldade, sendo passível, por exemplo, com um dolo valorado, das críticas anteriormente dirigidas à teoria dos elementos negativos do tipo. Aos que pretendem aceitar, invariavelmente, suas proposições poder-lhes-ia ser dito que o tipo existe em função de uma realidade (38).

Todavia, é perfeitamente possível acatar-se, certas colocações de ROXIN sem que estejamos obrigados a fazê-lo em sua totalidade. A possibilidade de vincular-se fato a valor / tomou outro rumo a partir das posições assumidas pela moderna fenomenologia existencial. Até mesmo porque a tendência / da epistemologia das ciências humanas contemporâneas é no sentido de uma inter-disciplinariedade, afastando posições /

radicais e chamando à discussão as mais diversas teses (39) .

Feita esta afirmação epistemológica, podemos com ROXIN afirmar ser correto que a conduta encontra sua significação no tipo. Isto não importa em conceituar o tipo como tipo de injusto, ratio-essendi da antijuridicidade, segundo a qual as causas de justificação devem excluir a tipicidade (40)

WELZEL advertirá que o tipo não é absolutamente formal, como o tipo avalorado de BELING, ou totalmente material/ como em MEZGER e SAUER, mas objeto da ilicitude sobre o qual incidirá um juízo de desvalor . Dirá o próprio WELZEL que o tipo não se esgota na descrição legal da matéria de proibição (41) e que a antijuridicidade é uma relação de contradição , uma qualidade do injusto (42) .

Já frisamos não ser nossa posição radical. Nenhuma/ teoria do delito, por si só, explicará determinados problemas técnicos (43) .

Assim, adotar-se integralmente o finalismo, que reconhecidamente " permite resolver de forma dogmática, clara , o objetiva e correta, controvérsias até agora não dirimidas " como frisou BUSCH (44) , não será, pensamos, correta.

Com efeito, no crime de omissão de socorro os argumentos anteriores não serão válidos. É impossível, neles, com perfeição, separar-se a ilicitude da antijuridicidade e a consequência será a aceitação da teoria dos elementos negativos/ do tipo. (45)

Nesta figura sui generis o que GOLDSCHMIDT chamaria de norma de dever, não pode ser distinguida do tipo. Ela inte

gra a própria figura típica, sendo válido o princípio da inversão. Tal tipo, como se sabe, está assim legislado: "deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada ou à pessoa inválida/ou ferida ao desamparo, ou em grave e iminente perigo ou não pedir, nesses casos, o auxílio de autoridade. Ora, se JOSÉ / deve salvar MARIA, mas deixa de fazê-lo porque no momento salvava ANTÔNIA, não se poderá dizer que ele não praticou a ação devida. Havia duas ações. Estando justificada sua conduta / não estava obrigado a praticar a outra. A tipicidade, neste / caso, excluirá a ilicitude. Pode-se, com facilidade, observar-se que aqui a capacidade de agir está no tipo. Como a ação / diversa da determinada in concreto realizada está justificada, inegavelmente, repetimos, esta conduta será atípica. Pode-se falar, portanto, de uma causa de inexigibilidade prevista no tipo objetivo.

WESSELS reconheceu que o legislador aí colocou o dever de agir, limitando-o com o intuito de evitar qualquer exagero (46), No exemplo, por ele formulado, e na Jurisprudência/ não há conduta típica.

Nossa afirmação encontra apoio na doutrina e na Jurisprudência (47) BERNARDINO GONZAGA, sem as consequências / sistemáticas desta exposição, defende o ponto de vista que / sustentamos. É esta a lição do professor paulista: " Antecipada assim, na descrição cognoscitiva típica uma excludente de injuridicidade, resulta que a sua ocorrência afasta, in limite de qualquer " indício desfazível de ilicitude" pelo prévio conhecimento de conformidade da conduta com a ordem jurídica

Este coeficiente valorativo que se enxertou no Tatbestand legal corresponde ao estado de necessidade" (48)

Na doutrina espanhola, onde há idêntica disposição legislativa-(art. 489 Código Penal)- ensina SAINZ CANTERO ao apreciar a omissão de socorro a existência de um " estado de necessidade objetivo excludente também da antijuridicidade / da omissão e o subjetivo quando se trata de bens jurídicos / de igual valor". Entendemos, diz ele, "ficar incluído na exigente que cria o inciso de ausência de risco, já que esta classe de estado de necessidade tem a inexigibilidade como / princípio fundamentador, razão pela qual, dada a maior amplitude da inexigibilidade excluirá a responsabilidade criminal não só quando se dêm os requisitos exigidos pelo estado de necessidade, mas também quando falte algum deles" (49)

Optou por esta solução igualmente o monografista / GUARNERI: "è certo che le circostanze surmenzionate hanno / in comune l'effetto di escludere il reato oggettivamente, in quanto operano anche all'insaputa dell'autore del fatto (50). Traz GUARNERI à colação a opinião de MASSARI no sentido de afirmar na espécie uma " causa objetiva de exclusão do crime" (51).

Sabemos que, ao nos filizmos a ambas posições, nos tornamos suscetíveis de receber críticas bilaterais pelos / que se colocam em posição radical. Outro caminho, contudo , não vislumbramos para a solução do problema.

2.3. A CUIPABILIDADE NOS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS

Consoante a teoria normativa pura, fruto das espe-

culações teóricas do finalismo, a culpabilidade se limita à exclusiva valoração de um fato concreto, tendo como elementos a imputabilidade (dado antropológico), o potencial conhecimento da ilicitude (dado caracteriológico) e a exigibilidade da conduta adequada à norma (dado categorial) (52).

Nela, perfeitamente separados, estarão a valoração/ do objeto e o objeto da valoração. A vontade como elemento / psicológico será apenas o objeto do juízo. Este aspecto axiológico da conduta dependerá, outrossim, da consciência potencial da ilicitude e da possibilidade de agir em conformidade/ com este conhecimento.

Nos crimes omissivos próprios a culpabilidade representa a censurabilidade pessoal por não haver o omitente penalmente capaz praticado a ação devida podendo in concreto realizá-la em circunstâncias normais. Reprova-se lhe o descumprimento do mandado.

A possibilidade da opção, de uma definição existencial está subordinada aos outros elementos para a incidência, do desvalor sobre a decisão penalmente ilícita do omitente, isto é, a decisão do não agir diverso do fim determinado pela norma porque a culpabilidade representa "um modo de ser do ser livre" (53)

A culpabilidade do ato concreto realizado dignifica o homem como pessoa humana. Com SARTRE, (54) podemos dizer que o homem é um projeto que se realiza. A forma de realizar este projeto, o vir a ser, demonstrará a rebeldia ao dever de agir conhecido e de realização possível.

Na omissão, o erro de proibição será erro de mandado. Conhecida a situação típica, se o omitente desconhece o dever de agir, não se poderá dizer que a falta da ação devida represente o inadimplemento de uma obrigação de natureza penal, já que tal ação, se tornou, inexigível. Também quando o omitente represente de forma diversa o dever de agir: erro sobre a existência de um tipo permissivo ou as situações das " discriminantes putativas fáticas " (55)

Na hipótese acima analisada, onde sustentamos que a antijuridicidade não poderia ser distinguida da tipicidade, estando o dever de agir no tipo, o erro de mandado será solucionado diversamente de acordo com a teoria adotado: teoria limitada da culpabilidade ou teoria do dolo. (56)

Não sendo punível entre nós a omissão própria culposa, absteve-nos de analisar o erro de mandado derivado da falta de cuidado objetivo exigível (57).

Relevante, outrossim, salientar, já que exemplificamos em nossa exposição com contravenções, ser nelas plenamente escusáveis a ignorância ou errada compreensão da lei (58), face à previsão expressa da legislação específica.

2.4. A TENTATIVA NOS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS

Há tentativa quando o agente pratica atos idôneos/ dirigidos, inequivocamente, à prática de um resultado típico. Inicia o agente a execução do delito, não se completando a própria ação ou o fim previamente almejado.

É oportuno lembrar que este instituto propiciou / aos finalistas demonstrar a insuficiência do sistema causal-

clássico. Além do processo causal idôneo há, na tentativa uma ação dirigida ao resultado pretendido. Se como é certo, na tentativa o dolo integra a ação, deverá integrá-la também nos crimes consumados, como integra o desvalor da ação demonstrando não poderia ficar impune no Direito Penal onde sua importância é cada vez mais realçada.

Sob o ponto de vista naturalista, afirma SCARANO, / (59) a tentativa pode parecer um crime imperfeito, se comparada com o crime consumado; estando, porém, no plano normativo/completa.

O tipo subjetivo dos crimes comissivos dolosos-vontade e representação de realizar o crime e eventuais elementos subjetivos do tipo - na tentativa, é idêntico ao de sua forma consumada. Incompleto, apresentar-se-á o tipo objetivo. Incompleto, por interrupção do já iniciado processo executivo, por circunstâncias estranhas à decisão do agente, hipótese da tentativa inacabada; ou por inidoneidade da ação integralmente / realizada - crime frustrado. (60).

A dissidência doutrinária grassa também na resolução do problema da tentativa dos crimes omissivos próprios, não sendo tão simples como habitualmente afirma a doutrina, inclusive entre nós.

KAUFMANN que, como já vimos, opina no sentido de que o "mandado de agir" se dirige a evitar o resultado nos crimes omissivos próprios, sustentará a impossibilidade da tentativa de omissão. Sendo a omissão um comportamento negativo, diz ele, "não pode ser graduado" (61). Somente a falta de

ação é graduável (62) Exemplificando com o § 330 do Código Penal Alemão, KAUFMANN diz ocorrer ao invés de tentativa, omissão de tentativa.

KAUFMANN (63) aplicará novamente o princípio da inversão, concluindo que o omitente será responsabilizado pela omissão - na hipótese do artigo usado no exemplo - mesmo que o resultado tenha sido impedido por terceiro e que uma análise posterior dos fatos deixe certa a impossibilidade de evitar o resultado.

Em WELZEL a questão está colocada de forma idêntica a KAUFMANN. Não havendo dolo, não há tentativa, mas pelo contrário omissão de tentativa. Na omissão própria, WELZEL só / concebe a tentativa impossível. (64)

MOURULLO critica a posição de KAUFMANN, encontrando " pura sutileza " na distinção feita pelo monografista germânico, entre " falta de evitar o resultado e omissão da tentativa de evitar o resultado". (65), pois, ambas significam omissão da ação, concluindo por atender ser penalmente relevante para o omitente que terceiro tenha evitado o resultado, a posteriori (66).

Outro argumento de peso apresenta MOURULLO persistindo nas críticas a KAUFMANN. O "mandato" do crime de omissão de socorro " pressupõe necessariamente a possibilidade de modificar esta situação de perigo " (67). Admite, ainda. MOURULLO, que se se der a omissão e, comprovado posteriormente a total impossibilidade de alteração da situação perigosa pelo omitente (tendo ele omitido pensando que lhe seria possível/

modificá-la) praticaria uma tentativa impossível de omissão de socorro e não este crime consumado, como quer KAUFMANN / (68).

Também aqueles que afirmam ser o crime omissivo puro de mera conduta ou de simples desobediência, negarão a possibilidade da tentativa, pois a consumação não está subordinada à efetiva ocorrência do resultado. A este ponto de vista se filia a doutrina brasileira (69), opinião também / prevalente na Itália, onde os monografistas PETROCELLI, SCARANO, VANINI e BONINI lecionam de forma idêntica (70).

Sem distinguir as formas omissivas próprias das impróprias, SPASARI admite a tentativa na omissão. Seu pensar / é fundamentado na "frazionalità dell'iter delittuoso". Na omissão de socorro, por exemplo, para ele é impossível a tentativa já que há um termo: " enquanto não expirado o prazo / a conduta, efetivada no lugar da devida não é ainda relevante, ou seja, omissiva" (71)

VANINI (72), também, pensa assim negando a possibilidade de tentativa no tipo de pura omissão face à "unicità di atto materiale". Ele admite, no entanto, "tentativo mediante omissione" obviamente nas formas omissivas impróprias(73)

Os que se situam em posição oposta poderiam argu- / mentar não ser válido este argumento. A ser assim nos tipos comissivos dolosos o primeiro ato deveria ser punível. Tanto neles como nos omissivos, o crime foi parcialmente realizado. Na hipótese em tela a impunidade não se funda em razões dogmáticas, prevalecendo os dados político-criminais. Lembre

-se que no crime omissivo o que existe é também omissão de ação.

O problema essencial, como se pode observar, consiste nesta linha de argumentação, em identificar-se o prazo da decadência do aludido termo (74), ou seja, o último momento / que configura o que, nos crimes comissivos dolosos, chamamos / de início de execução. Nos crime omissivos, ensina SCH/RÖDER / com propriedade, será mais correto falar-se em "começo de lesão do dever" (75) .

A consumação nestes delitos, segundo CARACCIOLI, ocorrerá no momento da última concreta possibilidade de realizar " a ação devida (76).

A questão coloca-se, então, em saber-se se os crimes omissivos próprios são unisubsistentes ou permanentes para análise do último momento de agir de forma eficaz. (77).

Fica subjacente aqui um problema técnico de alta relevância: se a desistência voluntária necessita ser definitiva ou basta o simples deixar de prosseguir, abandonando o projeto criminoso. MUÑOZ CONDE (78) estudou detidamente a matéria concluindo estar " muito longe de ser satisfatória a solução doutrinária".

LATACLIATA, a nível monográfico, aceita a possibilidade da desistência voluntária na omissão. Para tanto admite/ seja ela causal (79). CARACCIOLI, estudando especialmente a tentativa nos delitos omissivos, e deixando certo a diferença estrutural da desistência voluntária nestes delitos, não encontra empecilho à sua existência opinando pela possibilida-

de da tentativa na omissão própria. (80). Ele coloca a "scandenza infruttuosa del termine" como condição objetiva de punibilidade, pois seria impossível a desistência havendo consumação antecedente. Também JESCHECK admite tentativa nestes delitos (81).

Operemos com o exemplo formulado com FRANK (82) na Alemanha: seria correto admitir-se a tentativa quando o omitente deixa de praticar a ação devida e terceiro intervém coagindo-o fisicamente a fazê-lo? Deve-se aplicar aqui o critério do domínio do fato. Assim pensamos, partindo do princípio de que nos crimes omissivos próprios o dever de agir é geral, questão extremamente controvertida como vimos (83). A coação foi dirigida à prática de uma ação lícita determinada ou seja, obrigar a socorrer. A hipótese será, segundo nos parece, de uma ação justificada para o autor do constrangimento, e tentado para o omitente. Na última solução contamos / com o apoio de BINDING e FRANK (83 - a).

Outro exemplo interessante pode ser trazido. É o formulado por VANINI: " um cirurgião habilidoso - " A " - viaja em um automóvel na companhia de um amigo " B " - . Em determinado lugar os viajantes encontram caída e ferida uma / pessoa, parente de " B " temido rival de " A " . No primeiro momento " A " se nega a socorrer o ferido, mas logo após seriamente ameaçado com uma pistola por B, desce do automóvel e usando sua habilidade profissional salva a vida do ferido." A alternativa que se apresenta, segundo VANINI, é a seguinte: ou o socorro foi prestado e o delito está consuma-

do ou a ação ordenada foi cumprida em tempo hábil inexistindo omissão sequer tentada. Optou VANINI pela segunda solução, uma vez que, excepcionalmente, fracionou-se a lesão do dever geral de agir. Subscreveríamos a opinião de VANINI, caso o omitente viesse a agir voluntariamente. Se se tomar em conta que a desistência deve ser definitiva, não haverá crime, caso também fosse ela voluntária. Mas na hipótese apresentada, a prática da ação devida partiu do constrangimento/empregado pelo coator. Pensamos ser mais acertada a punição/do médico a título de omissão de socorro, o qual, anteriormente, deixara evidenciada de forma expressa sua vontade de não prestá-lo. (84)

Já vimos ser possível dar-se na omissão própria / tentativa inidônea (85). MOURULLO exemplifica: se o autor omite crendo que a situação de perigo era modificável, quando na realidade não existe em absoluto possibilidade de modificá-la; o autor omite pensando que se trata de um ferido / grave, quando na realidade se tratava de pessoa já morta ". Diz o mestre espanhol ser a hipótese de tentativa impossível diversamente da interpretação de KAUFMANN, que sustenta " omissão de tentativa de uma ação " (86) Parece-nos que nesta hipótese a solução de MOURULLO é tecnicamente a melhor. Nesta mesma linha lembrará ZAFFARONI (87), corretamente, - que também se situa neste aspecto contra as soluções de WELZEL e KAUFMANN - ser posteriormente toda tentativa indônea. Ex-ante não o será, no mínimo para o omitente. A conclusão destes autores portanto é no sentido de afirmar a insuficiência

a deste argumento para diferenciar a tentativa na omissão / própria. As divergências expostas não foram superadas e constituirão uma constante no desenvolvimento do sombrio tema da omissão. Ambas posições apresentam argumentos significativos sem soluções precisas a nível dogmático.

2.5. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS DELITOS OMISSIVOS / PRÓPRIOS.

Apesar do maléfico e simplório art. 25 do Código / Penal Brasileiro, que equipara os diversos partícipes do delito, fundado em dados causais, é perfeitamente possível distinguir-se, como era hábito fazer nossa legislação penal precedente, a autoria da participação. Esta encontra-se necessariamente subordinada à existência de um fato principal doloso.

Pode-se, todavia, afirmar-se que a problemática do concurso de agentes não se circunscreve apenas a dados ontológicos nem tampouco à mera criação legal. O legislador está obrigado a respeitar as estruturas ontológicas, tendo, contudo, liberdade de as valorar no tipo (83).

Inevitavelmente, ainda no campo da participação, / as posições radicais trarão consequências extremas e insatisfatórias. Não hesitamos, sempre que possível, em evitá-las . Em WELZEL - e quando dissemos WELZEL estamos colocando a posição do finalismo - a impunidade por vezes ("causalidade de uma omissão final") e em ROXIN - com o que poderíamos qualificar de neo-causalismo - uma extensão desmedida do conceito de autor (finalidade da categoria jurídica) (89).

Abstemo-nos de desenvolver a matéria o que extrava-
saria o objeto deste modesto trabalho. Considere-se os vali-
osíssimos estudos sobre autoria e participação na leteratura
estrangeira - BOCKELMANN, BOSCARELLI, ROXIN, LATAGLIATA, BA-
CIGALUPO, ORDEIG, FIERRO, além da doutrina brasileira, neste
momento enriquecida com primoroso estudo de NILO BATISTA "O
Concurso de Agentes - Uma Investigação sobre os Problemas de
Autoria e Participação no Direito Penal Brasileiro", onde
o tema mereceu detido exame (90).

Passemos, pois, às soluções doutrinárias. A opini-
ão majoritária não admite co-autoria na omissão própria, por
não ser fracionável o processo de execução. O princípio do
domínio do fato é aqui inaplicável e a autoria é co-domínio
do fato (91). Havendo diversos autores, a solução será auto-
ria de colateral ou seja, cada qual será autor per se. A fal-
ta de "dolo", isto é, o ato volitivo de realização não possi-
bilitaria a resolução para o fato, e a co-autoria é co-domí-
nio do fato? Sem empregar este argumento, não discrepa da
opinião apresentada SPASARI. Cada qual será "sostanzialmente
autore di un' indipendente fattispecie necessaria omissiva mo-
nosoggetiva" afirma o mestre romano.

A possibilidade de autoria mediata na omissão pró-
pria também é negada, corretamente. Assim pensam, WELZEL, KAU-
FMANN e ROXIN (92). Caso alguém, no exemplo de WELZEL (93),
mediante emprego de violência, venha a impedir que "B" salve
"C", o qual esta se afogando, a solução legal será no senti-
do de considerá-lo, regra geral, autor - imediato - de homi-

cídio, com base no princípio do domínio do fato. Esta solução nos parece correta, algumas vezes. MAURACH, no entanto, não tem dúvida quanto à possibilidade da autoria mediata na omissão (94). Entre nós, FRAGOSO é incisivo no sentido de não identificar autoria mediata em crime omissivo. Também este é o entendimento de NILO BATISTA (95). Oportunamente analisaremos o mesmo problema doutrinário nos delitos impróprios de omissão.

Dirá WELZEL no que concerne à cumplicidade na omissão própria: ou a habitualmente chamada "cumplicidade psíquica da omissão" é causa, e estaremos frente à ação positiva, ou não o será. Nesta última hipótese o "cúmplice" deixou de induzir o autor à execução do delito. A matéria está longe de ser pacífica, provocando grande debate na doutrina (96). ROXIN acredita ser injusta a punição a título de realização ativa, para aquele que nada mais fez do que reforçar a vontade de omitir.

Quando à instigação na omissão própria, afirma-se ser ela inconcebível. Nesta hipótese, segundo WELZEL, dar-se-á dissuasão de cumprir o mandado a ser solucionada juridicamente como delito comissivo (98). Ainda nesta solução encontraremos divergência na doutrina. MOURULLO (98), por exemplo, crê ser perfeitamente possível algumas vezes admitir-se a existência da cumplicidade na omissão própria, sempre que o extraneus determinar ao sujeito obrigado - intraneus - que não preste socorro. Trabalha MOURULLO com exemplo extremamente esclarecedor: "Varios hermanos que se dirigian en un auto-

movil hacia casa de sus padres, causan un atropello y abandonan a la victima. All legar a casa, cuando todavia era posible prestar el debido socorro a la victima, el padre que no habia prestar el debido socorro a la victima, el padre que no habia intervenido en el atropello ni habia visto a la victima aunque si tenia referencia de lo ocurrido através de su esposa ordeno a su hijo M, y exhorto a sus otros hijos para que acudieran a la taberna de onde él venia, sin ocupar de la mujer herida" (99).

A orientação de MOURULLO é sedutora e não vemos como deixar de acatá-la, na medida em que ela evita a lacuna / no ordenamento jurídico, trazendo melhor solução a nível de realização da justiça material, sendo - não há como negar - criticável no âmbito do princípio constitucional da reserva/legal, A matéria será reexaminada em omissão imprópria, pois lá tais problemas aparecerão constantemente.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS DO CAPÍTULO II

1 - MAURACH, REINHART, O Conceito Finalista da Ação e seus Efeitos sobre a Estrutura do Delito. R.B.C.D.P. - nº 14, p. 21 a 34.

2 - PIMENTEL, MANOEL PEDRO, Crimes de Mera Conduta. São Paulo Ed. Rev. dos Trib., 2a, Ed., 1968, p. 40. FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO, Lições de Direito Penal. São Paulo, JOSÉ BUSHATSKY, Editor, 1a. ed., 1976, p. 249.; MAURACH, REINHART, Derecho Penal trad. da 2a. ed. por JUAN CORDOBA RODA, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, vol. II. p. 271.

3 - Cf. BACIGALUPO, Delitos Impróprios cit. p. 67.

4 - Da mesma forma WELZEL, Derecho Penal cit., p. 279. Cf. posição idêntica de SCHONE, WOLFGANG. Sobre a Posição do Resultado nos Delitos Quase-Dolosos de Omissão. R.D.P., nº 19/20, p. 22/34.; É o que GRISPIGNI chamava de "reati di omissione di evento", ob. cit., vol. II, p. 51 e RANIERI de "reati doppiamente omissivi", ob. cit., vol. II, p. 173; RANIERI exemplifica com o art. 365 do Código Rocco; cf. GUARNERI, p. 24.

5 - Cf. Omission de socorro y homicidio por omission. Revista de Ciencias Penales, Chile, nº 3, vol. XXV, set./dez. de 1966 p. 172/183.

6 - WELZEL, ob. cit., p. 279.

7 - Afirma BACIGALUPO, monografia cit., p. 111 e 112: "sólo si se prescinde de la posición del sujeto, o si esta posición se reduce a la obligación de cumplir con un deber de acción - que no es el caso -, se podrá negar que la posición de garante sea un elemento esencial de la omisión impropia.

En conclusión, el mantenimiento de la teoría de la infracción de un mandato de acción cuya finalidad fuera la evitación de un resultado no parece que pueda resistir las críticas que ha debido soportar, En consecuencia, nos pronunciamos en favor de un criterio en el cual las fuentes de las que provenga el deber no sean lo decisivo, sino la posición de quien infringe el deber con relación al bien jurídico protegido

8 - Cf. FRAGOSO, Lições cit., p. 249.

9 - BACIGALUPO, Lineamientos cit., p. 151. Alguns finalistas afirmam que o dever de agir não pertence à situação fática.

10 - Apud BACIGALUPO, Delitos Improprios de Omissão cit., p. 63

11 - Esta opinião é de Arthur KAUFMANN, Schuld und Strafe, apud BACIGALUPO, Monografia cit., p. 63. Não confundir com ARMIN KAUFMANN, que também nega a causalidade da omissão; Cf LUIS COUSINO MAC IVER, Derecho Penal Chileno, P. Geral, Ed. Jur. Chile, 1975, Tomo I, p. 391; cf. BACIGALUPO, Monografia cit., p. 75.

12 - Derecho Penal cit., p. 277.

13 - Já dissera SOLER em 1945, que na omissão se inverte a relação causal, Derecho Penal, Argentino, B. Aires, Ed. La Ley, 1945, vol. I, p. 338; Vide críticas de BACIGALUPO, ob. cit., p. 70.

14 - BACIGALUPO - Delitos Improprios cit. p. 81

15 - BACIGALUPO - Delitos Improprios cit. p. 82

16 - UNTERLASSUNGSDELIKTE, p. 72 a 79 apud BACIGALUPO Delitos Improprios cit. p. 81, 82. No mesmo lugar as críticas de

BACIGALUPO quanto a existência da representação do resultado/
em KAUFMANN.

17 - BACIGALUPO - Delitos Improprios cit. p. 83

18 - BACIGALUPO - Delitos Improprios cit. p. 83

19 - WELZEL - ob. cit. p. 282. Ele admitirá que a " possibili
dade de realizar a ação determinada dar-se-á mesmo quando o o
brigado não estiver pessoalmente na situação de efetuar a ta-
refa, mas possa se servir de um terceiro obrigado ou não obri-
gado a tanto. Neste sentido, o mandato exige também apoiar a
outros obrigados a cumprir com seu mandato, ajudá-los ou exe-
cutar a ação em comum com eles"; cf. CURY, ENRIQUE, Orientaci
on para el Estudio de la Teoria del Delito, Chile, 1973 p.
296.

20 - Seguimos a linha fenomenológica de BACIGALUPO, que de /
forma correta ensina: ".En principio, dado que para nosotros/
es relevante la acción efectivamente realizada debe tenerse /
en cuenta que como acción realizada responde a una estructura
final, en la cual finalidad se dirige a un resultado distinto
a la evitación del resultado, e, inclusive desde el punto de
vista jurídico, será por lo general indiferente. Por supuesto
que la finalidad alcanza también al permanecer inactivo, en /
tanto una pura inactividad no se concibe, dado que el sujeto/
en todo caso hará algo. Aquí la relación de la finalidad con
el movimiento corporal es paralela a la que se da en los deli-
tos de pura actividad; si la finalidad alcanza a los medios /
de la acción también debe alcanzar al movimiento corporal, En
este punto debemos advertir que en el hecho realmente ocurrió

se de la realización de una determinada voluntad de acción , de la cual debemos tomar en consideración los elementos o fragmentos que son relevantes para el dolo del tipo. Esta distinción entre voluntad de la acción y dolo del tipo no requiere aquí especial fundamentación". Delitos Improprios / de Omisión cit., p. 88 e 89; Cf. también do mesmo autor, Lineamentos, p. 66.

21 - Diz BAUMANN referindo-se a omissão imprópria: "la teoría de la acción finalista exige, para que surja el deber jurídico de actuar, que se conozcan los presupuestos de la posición de garantía. Esto coincide con la concepción de lo injusto personal de esta teoría, pero lleva al resultado inadmisibles, ya señalado, que no es el cumplimiento de los presupuestos jurídicos que crea el deber jurídico, sino el conocimiento de parte del autor acerca del cumplimiento: quien no sabe nada, no está obligado". Derecho Penal Conceptos Fundamentales Y Sistema, DEPALMA, trad. DR. CONRADO A. FINZI, B. Aires 1973, p. 141; cf. también Derecho Penal cit., p. 242 e seg.

22 - WESSELS, Direito Penal, parte geral, trad. de JUAPEZ TAVARES, Porto Alegre, SERGIO ANTONIO FABRIS Ed., 1976, p. 166

23 - Diz HUNGRIA ao analisar o crime de omissão de socorro : " Finalmente, o elemento subjetivo do crime em exame é a vontade consciente e livre de não prestar o possível socorro a / quem o agente sabe nas condições prevista no dispositivo legal". Comentários ao Código Penal, Rio, Forense, 4a. ed. , 1958, vol.V, p. 144.; Leciona ANIBAL BRUNO ao estudar o mesmo delito: " O elemento subjetivo é o dolo. Dolo de perigo

que se resolve na vontade consciente de abster-se de intervir para salvar de risco iminente de dano pessoa nas condições previstas no Código, tendo conhecimento de que a sua intervenção é possível e necessária. Essencial é a consciência do perigo, a que o omitente não responde com o gesto que se faz preciso para salvar a vítima. Não há forma culpada nessa espécie punível". Direito Penal, Rio, Forense, 2a. ed., 1972, vol. 4º, parte especial I, p. 242; De forma idêntica FRAGOSO: O dolo na omissão "consiste na vontade de omitir assistência ao periclitante, devendo o agente ter consciência de que a vítima se encontra numa das hipóteses previstas pela lei". Lições de Direito Penal, Parte Especial, J. Bushatsky, 3a. ed., 1976, p. 182. Saliente-se que ao estudar o dolo nos crimes omissivos próprios em sua "parte geral" não exige FRAGOSO a consciência acerca da situação típica. Lições de D. Penal, Parte Geral, J. Bushatsky ed. S. Paulo, 1976, p. 249; BERNARDINO GONZAGA, analisando, também, a omissão de socorro entende que "exigir fique sempre demonstrado uma atitude volitiva do sujeito redundaria em abrir fácil escapatória para condutas autenticamente delituosas". O Crime de Omissão de Socorro, Max Limonad, S.P. 1957, p. 169.

24 - Cf. entre nós FRAGOSO, "Elementos Subjetivos do Tipo" in Direito Penal e Direitos Humanos, Forense, RJ, 1977, p. 72/81 e JUAREZ TAVARES - Espécie de Dolo e outros Elementos Subjetivos do Tipo, in R.D.P. nº 6, p. 21 e segs.

25 - Veja-se, também, as contravenções descritas nos arts. 30, 43 e 68 da respectiva lei.

26 - Esta matéria será com mais detalhes apreciada ao tratar mos da antijuridicidade face a polémica existente na doutrina.

27 - Saliente-se que serão outras as soluções propostas por BUMANN ob. cit. p. 242 a 252. A doutrina tradicional brasileira resolve a hipótese como erro de fato, excluente da culpabilidade, nele englobando as causas putativas de justificação.

28 - MAURACH na 2a ed. ensina: "Sustrato de la situación de emergencia de los propios delitos omisivos, es el deber de acción que alcanza a todo aquel que se percata de la situación con conciencia de su capacidad de actuar. El deber de acción - el mandato de actuar si, bien está basado en la tipificada situación de emergencia, representa sin embargo, frente a tal situación una autonomía característica del delito, esto es, la concreta materialización de la norma imperativa/pre-juridicopenal. Esta característica del delito se encuentra fuera de la congruencia del dolo; el error referido a ella seguirá las reglas del error de prohibición" ob. cit., vol II, p. 278

29 - Assim evitaremos a teoria do dolo, com as seguintes consequências sistemáticas: o erro de proibição excluirá a culpabilidade; o de tipo excluirá o dolo. O erro sobre as causas putativas de justificação será solucionado de formas diversas. Caso derive o erro da suposição da existência de um tipo permissivo o dolo permanecerá íntegro sendo impunível o erro escusável. Derivando a suposição errônea acerca da cau-

sa de justificação de situação fática elimina-se o dolo, sendo punível o erro inescusável. Sobre o tema cf. Maurach. A teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão in Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, nº 15, p. 19 a 36; ALCIDEZ MUNHOZ NETTO - Erro de Direito no Anteprojeto do Código Penal, in Rev. Bras. Crim. Dir. Penal nº 4, p. 55 e seg. Do mesmo autor "Descriminantes Putativas Fáticas, in Rev. Dir. Penal, nº 17/18, p. 7/22 e a monografia "A Ignorância de Antijuridicidade em Matéria Penal, Forense, Rio, 1978; LUCIO EDUARDO HERRERA - El erro em Materia Penal - ABELEDO PERROT, B. Aires p. 83/91; BACIGALUPO - Tipo y Error - B. Aires, 1973; JORGE FIGUEIREDO DIAS - O Problema da Consciência da Ilicitude no Direito Penal - Coimbra - 1969 p. 372 e seg.; CORDOBA RODA - El conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoria del Delito - BOSH - Barcelona, 1962 p. 106 e segs. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO - O Erro no Direito Penal, Saraiva, 1977, p. 45 e segs, e 67 e segs.; DAMASIO E. DE JESUS - Teoria Finalista da Ação e Teorias da Culpabilidade no Código de 1969 in Anais do III Congresso Nacional do M.P., Porto Alegre, 1974 - p. 95 e segs.

30 - Carece de interesse entre nós a hipótese de erro derivado de culpa por não ser legalmente prevista em nosso Código Penal a omissão própria culposa.

31 - ANDREUCCI, A.R. - Coação Irresistível por violência - SP. JOSÉ BUSHATSKY Ed. 1974, p. 10.

32 - WELZEL - Derecho Penal cit., p. 77.

33 - Cf. LUIS COUSIÑO MAC IVER, Los Integrantes Subjetivos de la Justificación, Rev. Ciências Penales, jan/dez. 1974, Chile, p. 26 a 33 e " Acerca dos Elementos Subjetivos das Causas de Justificação " in Anais do V Congresso

Nacional do Ministério Público, Recife, 1977, p.185/196 e Rev Direito Penal nº 23 p. 41 a 53, De Heitor Costa Junior.

34 - Cf. SPASARI, MARIO - L'Omissione nella Teoria della Fattispecie penale, Milão , GIUFFRÈ Ed. 1957 p. 204 e MAURACH , trad. 2a ed. cit., p. 276

35 - Cf. entre nós JUAREZ CIRINO DOS SANTOS - " A Dialética / da Norma de Conduta in Rev. Dir. Penal nº 21/22 p. 60/66; MIGUEL REAIE JUNIOR - Antijuridicidade Concreta - S.P. , J.BUS-HATSKY Ed., 1974, p.33 e seg.

36 - Para a teoria do dolo, sendo a consciência da ilicitude/ elemento do dolo o erro que incide sobre a ilicitude terá idênticos efeitos ao erro de tipo ou seja excluirá o dolo. O conhecimento real ou potencial da ilicitude separará as conclusões da teoria do dolo e limitada do dolo. É verdade que no sistema de ROXIN adota-se a teoria limitada da culpabilidade onde/ as soluções, não são satisfatórias, a saber: o erro de tipo / excluirá o dolo e o erro sobre pressupostos de fato de causa/ putativa de justificação excluirá o tipo e não a ilicitude. / cf. nota 29; e RICHARD BUSCH, Modernas Transformationes en la Teoria Del Delito - Ed. Temis, Bogotá, 1969 trad. VICENTE CASTELLANOS, p. 43.

37 - In Problemas Basicos del Derecho Penal - trad. DIEGO M. LUZÓN PENA, Reus, Madrid, 1976 p. 84, 127

38 - ANIBAL BRUNO recorda a lição de V.WEBER: "não é porque o homicídio, o furto, o estupro são proibidos sob ameaça de pena que eles constituem crimes mas o legislador os proíbe e / põe sob punição porque eles ocorrem na comunidade apesar de

sua contrariedade ao bem comum - "ob. cit. vol.I, p.342.

39 - HILTON JAPIASSU - Introdução ao Pensamento Epistemológico
R.J. FRANCISCO ALVES - Ed. 1977, p. 155

40 - Cf. posição peculiar de CALLAS - ob. cit., p.19.

41 - Derecho Penal cit., p.78

42 - Derecho Penal cit., p.79

43 - Como exemplo o problema da participação quando o extraneus usa executor como instrumento não doloso. Vejam-se as soluções de WELZEL - Derecho Penal cit, p. 163; BOCKELMANN - Relación entre Autoria y Participación - B. Aires, Ab,PERROT. / 1960, p. 30.

44 - BUSCH, RICHARD ob. cit., p. 52

45 - Nos tipos com elementos especiais do injusto sua realização não indicará a ilicitude.

46 - ob. cit. p. 168 e 157.

47 - Nossa afirmação encontra apoio na doutrina: opinam pela/ não proibição do estado de necessidade por conflito de bens / de igual valor HELLMUTH MAYER, ARTHUR KAUFMANN, MAUPACH - cf. " El Estado de Necesidad : un problema de antijuridicidad - in Estudios de Derecho Penal, Ed. CIVITAS, Madrid, 1976 p.109 118. No Direito Alemão a disposição do § 330 - do C. Penal é similar a nossa comissão de socorro. O socorro deve ser prestado " se possível sem significativo perigo para si e sem ofender outra importante obrigação" apud C.P. Alemão, trad. IAURO ALMEIDA, S.P.1974. No sentido do texto já decidiu o ECH, cf. WELZEL ob. cit., p. 192. O Código Penal Chileno, como lembra/ CURY, preve no inc. 12 do art. 10 uma hipótese especial de

justificação: " el que incurre en alguna omisión hallandose / impedido por causa legitima o insuperable", cf. ob. cit., p. 307.

Entre nós prevalece opinião diversa: FRAGOSO afirma ser o dever de agir essencial a omissão mas não chegou a outras consequências ob. cit. p. 249, HUNGRIA, após ensinar que a lei " não obriga ninguém a ser heroi ou santo" sustenta a regra geral do estado de necessidade. Comentários, Vol. V, p. 444. Vale salientar que o C. Penal de 1969 adotou a teoria diferenciadora no estado de necessidade. cf, Estados de Necessidade, DAMASIO DE JESUS, Ciência Penal 1, 1973, p.89/99; LUIS ALBERTO MACHADO - Estado de Necessidade e exigibilidade de outra conduta Rev.Dir.Penal 7/8, p.37/57; MIGUEL REALE JR - Dos Estados de Necessidade. J.BUSHASTIKY - S.P. 1971.

48 - ob. cit. p. 190.

49 - El Delito de Omisión de Socorro, p. 443, apud MOURULLO, ob. cit., p. 231. Este situa-se em posição contrária ao ensinamento de SAINZ CANTERO.

50 - GUARNERI, ob. cit., p.114.

51 - Le Dottrine Generali del Diritto Penale,1928, p.71, apud GUARNERI, ob. cit., p. 114.

52 - WELZEL, Derecho Penal cit., p. 197 e seg.

53,- FIGUEIREDO DIAS, ensina ser a culpabilidade a própria autoria e participação do existir - e do ser livre - em uma contradição com as exigências do dever ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo de ser - do ser livre. Liberdade Culpa e Direito Penal, Coimbra Ed., 1976, p.180.

54 - SARTRE, JEAN PAUL, O Existencialismo é um Humanismo. Lisboa Editorial Presença, trad. e notas de VERGÍLIO FERREIRA , 2^a. ed., p. 267; cf. WELZEL, Introducción a la Filosofía del Derecho trad. F.G.VICEN, AGUILAR Ed. , Madri, 1971, p. 226 ; cf. RIPOLES, ANTONIO QUINTANO, Possíveis Consequências penais do existencialismo. Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, nº11, p. 27/52.

55 - Cf. artigo cit. de ALCIDES MUNHOZ NETTO, R.D.P., nº17/18.

56 - Cf. nota 29 e 38.

57 - A respeito WELZEL, D. Penal cit., p. 245.

58 - A respeito de suas peculiaridades, cf. entre nós o Direito Penal das Contravenções, RENE ARIEL DOTTI, nº1, 1976, p.61/95.

59 - SCARANO, LUIGI- La Tentativa, Bogotá, Ed. Temis, trad. - LUIS E. ROMERO SOTO, 1960, p. 303.

BELING - falará de um tipo delictivo subordinado, ob. / cit., p. 96.

60 - O legislador brasileiro fez questão de definir expressamente o crime consumado e tentado - art. 12 do C. Penal. Na Exposição de Motivos, Hungria salientou: " É preciso acentuar que a consumação não diz com a inteireza do fato, mas com a verificação integral das condições a que a lei subordina a existência do crime. Basta a fiel correspondência entre o fato legal e o tipo de crime não se devendo esquecer que a lei, muitas vezes, considera crime consumado um fato que, normalmente, só poderia constituir tentativa".

Nosso Código adotou a teoria formal-objetiva que prevalece na doutrina pátria. Cf, ANIBAL BRUNO, ob.cit., vol. II, p. 248; FRAGOSO, Lições cit., p. General, p. 261.

61 - Die Dogmatik - p.220, apud MOURULLO, p. 279.

62 - Idem - p.220, apud MOURULLO, p.280.

63 - Die Dogmatik - p. 231, 232, apud MOURULLO, ob, cit., p. 281.

64 - Derecho Penal Aleman cit., p. 284.

65 - MOURULLO - ob. cit., p. 281.

66 - Idem - p. 283.

67 - Idem - p. 283.

68 - Idem - p. 283.

69 - Doutrina brasileira:

BRUNO, ANIBAL - Direito Penal cit., vol. 2º, p. 242.

HUNGRIA, NELSON - Comentários, vol.I, tomo II, p.87.
ed. 1958.

FRAGOSO, HELENO CLÁUDIC - Lições cit., Parte Geral, p.
250 e 255.

NORONHA, MAGALHÃES - Direito Penal cit., p.130 e Questões acerca da tentativa, in Estudos de Direito e Proc. Penal em homenagem a NELSON HUNGRIA, Forense - 1962, p. 247.

GONZAGA, BERNARDINO - ob. cit. p. 187.

DAMASIO E. de JESUS - Direito Penal cit., p. 303.

70 - SCARANO - ob. cit., p. 298. Fundado em MANEINI ensina: "Como a noção de tentativa compreende, ademais da univocidade, a adequação do ato para produzir o resultado, e como por outra / parte, a omissão que precede a ação devida oportunamente execu

tada não constitui conduta antijurídica, é evidente a impossibilidade de que em tais hipóteses se configura a tentativa PETROCELLI diz: " il tentativo non sarà ammissibile, Infatti prima del momento in cui sorge l'obbligo di procedere alla / escarcerazione non v'è nulla di cui si possa far carico al soggetto; successivamente a tale momento anche il primo atto di dolosa omissione sarà sufficiente a perfezionare il reato Il Delito Tentato, PADOVA, 1955, p.49. Logo a seguir ensina/ de forma incisiva o mestre italiano: " Il tentativo non è ammissibile nei delitti omissivi propri. Come si è già detto , prima del momento in cui sorge l'obbligo di compiere una data azione, nessun atto è penalmente rilevante; sucessivamente, ogni momento della omissione realizza il delitto nella / sua integrità." ob. cit. p. 50. VANINI, Otterino - I Reati / Comissivi Mediante Omissione, Roma, 1916 p. 172 - BONINI , ob. cit. p. 152 - Na Alemanha além de WELZEL e KAUFMANN cf . SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, cit., p. 1388, apud MOURUL- LC, p. 276.

71 - Ob. cit., p.191.

72 - I Reati Comissivi cit., p. 169

73 - Ob. cit., p. 172; cf. também do autor II Problema Giuridico del Tentativo, p. 37. Na p. 25 o autor fala em crime omissivo formal.

74 - CARACCIOLI, IVO, II Tentativo nei Dellito Omissivi - Milano, 1975, p. 75.

75 - apud BACIGALUPC, Delitos Imprópios cit., p. 154.

76 - ob. cit., p. 82.

77 - Veja-se por exemplo entre nós o falso testemunho e a prevaricação.

78 - MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona, Bosch, 1972, p. 117.

79 - Ia Desistenza Voluntaria, 1964, p. 78, 188, apud CARACCIOLI, ob. cit., p. 99.

80 - " Nelle fattispecie omissive proprie, invece data la natura stessa del mancato assolvimento del comando di fare, una volta concretate le condizioni dell'impossibilità di adempiere non si deve attendere per la realizzazione della condotta/ criminosa, alcun ulteriore frammento di comportamento. Anche/ questa seconda presunta difficoltà, a ben vedere, non costituisce, quindi ostacolo al prospettato argomento connesso con la desistenza nei reati omissivi propri" ob. cit., p. 104.

81 - LEHREBUCH, p. 424/425, apud ASUA, Tratado cit., vol. VII p.882.

82 - Apud MOURULLO, ob. cit., p. 277; cf. o exemplo de BATAGLINI voltado para os crimes comissivos dolosos, Direito Penal P. Geral, trad. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR e ARMIDA BERGAMINI MICTIC, Ed. SARAIVA, S.P., 1973 p. 514; cf. crítica de VANINI à solução de BATAGLINI, Il Problema cit., 1943, p. 37; cf. CARACCIOLI, ob. cit., p. 78; cf. ASUA, Tratado cit., vol. VII, p.831.

83 - Cf. supra, Cap. II, 1.

83 A - Cf. ASUA, Tratado cit., vol. VII, p.831

84 - Apud MOURULLO, ob. cit., p. 278

85 - Cf. GUARINERI, ob. cit., p. 51.

86 - Ob. cit., p. 285

87 - Ob. cit., 688 e seg. Cf. também MUNOZ CONDE ob. cit.p. 143. Considere-se que a tentativa inidonea é punível entre os alemães que adotam a teoria subjetiva. Entre nós vige o princípio da teoria objetiva: sendo absoluta a inidoneidade/ do meio ou do objeto a tentativa é impunível.

88 - Cf. LATAGLIATA, El Concurso de Personas en el Delito, / Ed. Depalma, B. Aires, 1967, p.248: " El problema, evidentemente, introduce una cuestión de principio y de la ocasión / de comprobar si el legislador puede modificar las estructura ontológicas de la acción y transformar, por lo tanto, en un hecho unitario lo que, en la realidad efectiva, es una multiplicidad de acontecimientos, o, a la inversa, escindir " lo que en la realidad es un todo unitario". El contenido dogmático de esta orientación consiste en la opinión de que el legislador puede prescindir del concepto ontológico de conducta y forjar, de una manera completamente autónoma, un concepto " jurídico " distinto de acción" ; e p. 250: " La idea de que la institución del concurso es enteramente un producto de la ley podría ser sostenida sólo en una concepción causal de la acción ".

89 - Cf. BACIGALUPO, Delitos Impropios, p.139,; CRDEIG, ENRIQUE GUIMBERNAT, Autor y Culplice en Derecho Penal, Madrid , 1936, p. 256, 259 e 300; cf. também crítica de WELSEL, Derecho Penal, cit., p. 103,

90 - Além de NILO BATISTA, tratar no Brasil da autoria e Participação a nível monográfico: DAMÁSIO DE JESUS, Da Co-Participação em face do Novo Código Penal, Ed. Rev. Trib., S.P.

1976; FABRICIO LEIRIA. A. JOSÉ, *Autoria e Participação Criminal*, DAVIDIP Ed., 1974, S.P.; FIGUEIREDO FERRAZ, ESTHER, A / *Co-Deliquência no Direito Penal Brasileiro*, JOSE RUSHATSKY / Ed., S.P., 1976, p. 139, para ela "os crimes omissivos puros" não fogem às regras comuns sobre concurso de agentes".

91 - Cf. WELZEL, *Derecho Penal cit.*, p. 284; SPASSARI, *ob. cit.*, p. 195; cf. DAMASIO DE JESUS, *Co-Deliquência cit.*, p. 90, admite uma co-autoria por comissão.

92 - Apud, WELZEL, *Derecho Penal cit.*, p. 284

93 - *Idem* nota 92; entre nós, cf. NILO BATISTA, *ob. cit.*, p. 67.

93 A - São podem solucionar a questão desta forma os que sustentam que nos crimes omissivos próprios o mandato de agir / se dirige a evitar um resultado, como KAUFMANN; cf. nota 4.

94 - *Tratado cit.*, vol. II, p. 327.

95 - *Lições de Direito Penal cit.*, p. 251; cf. NILO BATISTA, *ob. cit.*, p. 66.

96 - Admitem-na MEZGER - auxílio psíquico por omissão. MOURULLO segue MEZGER, colocando críticas à posição de KAUFMANN, / cf. MOURULLO, *ob. cit.*, p. 302; cf. NILO BATISTA, *ob. cit.*, p. 51; A respeito de participação no crime de omissão de socorro, cf. GUARNERI, *ob. cit.*, p. 63/64; BONIN, *ob. cit.*, p. 154 e segs.; BERNARDINO GONZAGA, *ob. cit.*, p. 145 e segs. , admite participação ativa na omissão alheia quando o agente / contribui para que terceiro deixe de prestar socorro. Deixa / claro o mestre paulista, contudo, que se se subtrair uma causa hábil a evitar o resultado como impedir que terceiro au-

xilie o periclitante, o autor será responsabilizado por crime comissivo; cf., ainda, FIERRO, Teoria da la Participación Criminal, p. 42.

97 - Apud BACIGALUPO, Delitos Improprios cit., p. 151; No conhecido exemplo de WELZEL, daquele que em cum acidente induz o que está obrigado a prestar socorro a desistir de prestá-lo, ofertando-lhe certa soma em dinheiro, a solução será/ para WELZEL de puní-lo como autor de homicídio e não por instigação de omissão. Pensamos ser correta tal solução, somente se houver dolo de homicídio, caso contrário, seria punido por omissão de socorro. Este é o entendimento de MOURULLO , que apciamos, Vide a propósito, do mesmo autor, o representativo exemplo de p. 295, ob. cit.

98 - WELZEL, Derecho Penal cit., p. 234; cf. NILO BATISTA, / ob. cit., p.66.

99 - La Omisión de Socorro cit., p. 289.

CAPÍTULO III - OS DELITOS IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO -

Os delitos impróprios de omissão doutrinariamente são conhecidos através de diversas denominações. Na França, como entre nós, habitualmente são tratados como crimes comissivos por omissão, o que, no entendimento de ASUA (1), parece ser a designação mais correta. VANINI, em clássica monografia, assim os nomeou (2). PETTIOL prefere chamá-los de crimes omissivos espúrios (3). VON LISZT a eles se refere como "falsos delitos de omissão" (4).

Aderimos à terminologia empregada por BACIGALUPO. Ele ensina ser somente correta a expressão delitos impróprios de omissão e não delitos de omissão imprópria, e fundamenta sua opinião alegando que a impropriedade se refere ao delito e não à omissão. Próprio ou impróprio será, portanto, o crime. A omissão é idêntica em ambos (5).

Podemos afirmar que os crimes impróprios de omissão são delitos em que se lesiona especial dever de garantidor. Atualmente a denominação delitos omissivos impróprios é bastante usada. (6)

Cabe frisar que nem sempre será possível realizar-se um tipo comissivo através da forma omissiva imprópria, face à peculiaridade da descrição do tipo objetivo desta, o que não deixa de ser exceção à regra geral. Assim pensam, com correção, RAGLER, RAUHMANN e BACIGALUPO (7). O argu

mento básico é que determinados crimes exigem "predominante atividade nos quais a sua própria definição exclui a possibilidade de uma realização omissiva" (8), como para alguns crimes de mão própria, o que será analisado oportunamente.

A título de exemplo podemos lembrar a controversa discussão na doutrina brasileira, quanto à possibilidade de realizar-se o delito previsto no art. 122 do Código Penal através da modalidade omissiva (9).

A forma de realização de condutas proibidas é, no entanto, habitualmente irrelevante. O legislador ao incriminar determinada conduta tem por objetivo proteger os valores alçados à categoria de bens jurídicos face à sua relevância social. Se tais lesões ao bem jurídico serão praticadas através de um ato positivo - facere - ou através da omissão de um ato necessário à salvaguarda deste bem, isto é fato indiferente. Típica não será somente a lesão realizada de forma ativa. A punição será estendida àqueles que juridicamente obrigados, como é óbvio, não evitarem o resultado, tendo a capacidade de fazê-lo. Agindo de forma diversa da legalmente determinada, ambos atentam contra o valor protegido em lei, apresentando tal conduta e seu resultado a mesma carga de desvalor social que a destruição do bem jurídico através da omissão.

Isto significa, segundo MAURACH, uma imperiosa necessidade político-criminal. Equipara-se, diz o mestre a-

lemão, através de um juízo de valor o omitir ao fazer(10).

Nem toda omissão, contudo, consiste em violação de um dever. A ordem jurídica interessa apenas determinadas omissões. MAGGIORE, com muita clareza, ao referir-se ao artigo 40 do Codice afirmou que ao se importar somente com aquelas omissões o legislador quis obedecer à "una justa preocupacion liberal. La libertad del ciudadano no podra estar mejor protegida que limitando la crimosidade de la omission a la inobservancia de um deber preciso de obrar" (11).

1) A TIPICIDADE NOS DELITOS IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO

Encontrar a tipicidade dos crimes comissivos é fato de extrema simplicidade, o mesmo ocorrendo na omissão própria. A ação proibida, como a ação devida, estão descritas no tipo. Na omissão imprópria isto não se dá. A tipicidade desta controvertida categoria de delitos está subordinada à pesquisa judicial da posição de garantidor, ausente dos tipos comissivos.

Como tipo especial próprio e aberto não tipificado de forma expressa em lei, torna-se imprescindível, sua complementação judicial. Nesta pesquisa serão investigados judicialmente as características especiais de autor, não escritas, repita-se, autor que deverá estar ligado estreitamente ao bem jurídico objeto de proteção. Sem este especial dever jurídico-e somente jurídico -de evitar o resultado lesivo in

xiste a omissão imprópria. O dever jurídico de agir, assim, pressupõe a posição do garantidor.

Antecipamo-nos a esclarecer que o simples dever fundamentador da omissão própria e, na espécie, insatisfatório para transformar alguém em garantidor e, portanto, configurar a omissão imprópria. Com muito maior razão afirma-se que deveres morais não são suficientes para fundamentar a responsabilidade pela omissão imprópria(12).

No BRASIL, até a legislação em vigor, com exceção do § 1º do art. 9º do Projeto Alcântara Machado, não se traçou quaisquer normas que se referissem ao dever jurídico de agir, o que não impediu a doutrina de aceitar a categoria, como também a jurisprudência. No art. 14 do Código Penal de 1969, traçou-se expressamente a seguinte norma a respeito: "A omissão é relevante como causa quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem com seu comportamento anterior criou o risco de sua superveniência."

Diversos Códigos e Projetos tratam da matéria.(13)

Aspecto nuclear da questão colocado pelos estudiosos do tema é saber-se em que circunstâncias se pode equiparar a não realização de uma conduta, com o objetivo de evi-

tar a lesão de um bem jurídico, com a sua efetiva realização.

Justificadamente, preocupa-se a doutrina com a possibilidade de ser na omissão imprópria de forma flagrante desrespeitado, o princípio da reserva legal, gerando tal aspecto, crítica a nível constitucional (14), como de resto poderá eventualmente ocorrer, não só em tais delitos, como também em quaisquer tipos abertos, inflacionando, como consequência, a repressão penal (15).

Como forma de suplantar, tal dificuldade dogmática, postula-se, então, pela tipificação exhaustiva da omissão imprópria (16). Seria, no entanto, possível, tornar-se desta maneira a intervenção judicial na formação da figura típica? A respeito, há duas correntes de opiniões formadas por mestres de nomeada. Pela impossibilidade de tal solução, orienta-se WELZEL. A dificuldade seria insuperável a nível legislativo. O problema transcende o direito por residir na própria natureza da coisa. Assim, seria verdadeiramente impossível delimitar-se, na descrição típica, "imensa variedade de possíveis autores de omissão" (17).

Outra opinião importante é a de BAUMANN. Também ele acredita na impossibilidade de encontrar-se "uma formulação típica para todos os merecedores de pena" (18). De forma análoga interpretam a questão STRATENWERTH e JESCHECK en

sinando que , se tentar resolver o problema nesta ótica, não passará de mera "frase programática".(19).

Por fim o entendimento de KAUFMANN sobre a questão é de sumo relevo na medida em que, como se sabe, ele estudou tais delitos a nível monográfico. Sua opinião é diversa das anteriormente expostas. Ele ensina que o "problema de determinabilidad del tipo de los delitos de omisión no es posible de superar, como por lo demás siempre ha pasado, através de ninguna clase de construcción dogmática. Esta problemática, propia de un Estado de Derecho , ha de solucionar se sólo cuando se logre desarrollar y describir detalladamente por la ley misma - o por lo menos por un derecho consuetudinario admitido y precisado por esta - la parte especial de los delitos de omisión impropria (20)". Não diverge deste ensinamento SCHÖNE (21).

Inobstante a lei não determinar com precisão a figura do autor da omissão imprópria, não se desilude WELZEL - totalmente quanto à insegurança gerada pela aceitação da categoria delituosa referida. Na lei será encontrada, pelo menos, um parâmetro de interpretação que permita ao julgador um "ponto de referência típico para elaboração das características objetivas da omissão" (22), o que inegavelmente, sem solucionar o delicado problema dogmático, vem a minorá-lo diminuindo a criticável elasticidade do tipo, que expõe por vezes o cidadão a julgamentos calcados no que BERNARDINO

GONZAGA qualificou de "boa dose de empirismo" (23).

De lege ferenda, caberia sugerir que, na parte especial se fizesse, ao lado das formas comissivas, a previsão da modalidade omissiva, sempre que possível, sem prejuízo, evidentemente, da norma genérica que esclarecerá o dever de agir no sentido de impedir o resultado.

Podemos finalmente dizer com BACIGALUPO, que típica nos delitos de omissão serão todas as condutas que não coincidem com o ordenado pela norma (24).

Considerando que, em certas circunstâncias, não impedir um resultado lesivo a um bem jurídico equivale juridicamente a causá-lo, passemos a análise do tipo delito impróprio de omissão.

É fundamental para sua existência: a omissão da ação juridicamente determinada por parte de um autor com características especiais - garantidor - tendo o mesmo a concreta possibilidade física de impedir o resultado descrito em um tipo comissivo. (25)

Do tipo subjetivo da omissão imprópria "dolosa", constará o conhecimento da situação típica, ou seja, a si tuação da qual deflue o dever de agir e a ciência do omi tente de que podia realizar a ação que lhe é determina

da pela ordem jurídica. Com estes elementos ficará evidenciada a vontade ou seja o "não querer" realizar a ação mandada apesar de conhecer os elementos objetivos do tipo .
(26) .

É óbvio que o omitente deverá conhecer sua posição de garantidor o que, se não se der, será solucionado - como erro de tipo, restando a punição a título de omissão própria. O dever geral de agir persiste. Solução diversa será dada ao erro quanto ao dever de agir, o qual pertence à culpabilidade, resolvendo-se como erro de proibição ou de mandato como preferem alguns. (27) .

POSIÇÃO DE GARANTIDOR

Voltemos ao tipo objetivo com a análise da posição de garantidor. A posição de garantidor é, na feliz expressão de WELZEL, "a parte extralegal do tipo que deve ser elaborada pelo Juiz" (28) . O julgador vai individualizar determinada classe de omitente, vinculando-o a particularíssimas relações de fato com o bem jurídico à cuja proteção está obrigado. Desta maneira ele chegará à tipicidade da omissão imprópria.

Não representa nenhuma novidade que o fato mais delicado na omissão imprópria consiste, justamente , em se encontrar esta especial categoria de pessoas, vinculadas estreitamente ao bem jurídico, o que determinará a equivalên

cia de omitir ao fazer ativo. Isto se torna imprescindível por não estar o autor da omissão imprópria descrito no tipo, fato que tem gerado as objeções doutrinárias já mencionadas.

Como encontraremos esta singular categoria de pessoas? É a indagação que se torna oportuna. A elaboração supra mencionada tradicionalmente se fazia indagando-se o dever de agir da omissão imprópria, a partir de um critério formal, fundamentando-se na lei, na livre aceitação da garantia, na conduta precedente criadora do perigo e em estreitas relações humanas (29).

Efetivamente as fontes formais do dever de agir são demasiadamente abrangentes, possibilitando um indevido alargamento da punibilidade de certas omissões nas quais em verdade não existia a inafastável estreita relação com o bem jurídico. Com efeito, ensina ZAPPARONI: " No es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico cuya protección o conservación garantiza, y estas supuestas fuentes del deber de actuar no pueden ser más que algunos modos por los que el sujeto se hace cargo, se coloca o es colocado, en la posición de garante: por supuesto que el garante tiene el deber de actuar pero no todo el que tiene el deber de actuar es garante. El que esta en la posición de garante tiene un particular deber de garantía, distinto en

intensidad vinculatoria y naturaleza, del deber de actuar en general, que a hace a la autoria en la omisión propia" (30).

Atualmente a doutrina mais moderna entende superado o critério formal e advoga pela adoção de critérios materiais, limitando-se apenas a dois grupos a posição do garantidor: deveres especiais de proteção para com determinados bens jurídicos e responsabilidade por determinadas fontes de perigo (31).

Na primeira categoria está incluído a posição do garantidor, que decorre da lei, ou em particulares vínculos naturais, de relações contratuais, ou livre aceitação da garantia e, finalmente, de posição de garantidor derivada de especiais relações de confiança ou, se se quiser, "determinada conduta de vida".

Na segunda categoria, -responsabilidade por determinada fonte de perigo -decorrem dois casos de garantidor: deveres de vigilância e conduta precedente perigosa - a chamada ingerência. (32).

Neste segundo grupo, a posição de garantidor está dirigida para a defesa de qualquer bem jurídico - que esteja periclitando, independentemente da ligação do garantidor com o titular do bem jurídico. Esta é a lição de BACIGALUPO : (33)

Não é, por ora, nosso objetivo nos ocupar, de forma exaustiva, da posição de garantidor, tema excessivamente técnico e contraditório, já que o objeto de nosso trabalho é apenas alinhar os dados doutrinários fundamentais sobre a teoria da omissão para aplicá-los oportunamente, na análise do texto de TOBIAS BARRETO. Não fora, assim, somente o princípio da ingerência justificaria um trabalho universitário a nível de dissertação.

Cabe lembrar, todavia, antes de dar por encerrado o estudo da posição de garantidor, a opinião da doutrina contra a sua ampliação. Pronuncia-se a doutrina de forma cautelosa, temendo tal ampliação particularmente em relação à chamada "especial relação de lealdade ou comunidade de vida".

Teme-se que o simples dever moral seja suficiente para justificar a punição a título de omissão imprópria. Já observamos que tal não ocorre, não bastando sequer o dever geral derivado da omissão própria. (34).

A palavra de CURY é esclarecedora: ele ensina que não devemos nos entusiasmar com certas situações nas quais "un sentimiento de solidaridad cordial, consideraciones éticas o inclinaciones emocionales, nos inducen a reclamar de quien se encuentra en ellas que actúe. Es posible que la exigencia sea justa, pero lo que aquí nos in-

teresa es si cuenta con un fundamento lo bastante preciso y facil de reconocer como para castigar penalmente a quien la infringe" (35).

Entre nós, o espírito liberal de ANIBAL BRUNO - fez com que ele, referindo-se a decisões que ampliam a posição de garantidor, se colocasse veementemente contra tal orientação. Eis literalmente a lição do grande mestre brasileiro: "Esse alargamento dos limites do que deve entender-se por dever jurídico na omissão afeta a exigência de definição precisa no campo da ampliação da sanção penal - com prejuízo da segurança das liberdades individuais"(36.)

MAURACH interpretou a questão de forma muito interessante ao se dedicar ao estudo das "comunidades de vida e de perigo". Vejamos: "Se trata, em suma de un principio que no sólo, amplia peligrosamente la responsabilidad penal, sino que extiende además la "intima solidariedad a ambitos de la vida, que conforme la clara voluntad expresa de otras ramas del derecho, no deberian dar lugar a tales vinculos". (37). O que achamos importante é a inquietação colocada pelo autor alemão ao finalizar seu pensamento: "continua en pie la cuestion de si la autonomia del derecho penal justifica una tal independizaci^on". (38). Esta lição de MAURACH é evidentemente acerta

da se colocarmos, como colocamos, na pesquisa da posição de garantidor o sistema jurídico em sua totalidade.

Tais ensinamentos são irrecusáveis. Caberia, contudo, fazermos uma pequena reflexão em torno da punibilidade da conduta omissiva no momento histórico em que vivemos, especialmente em torno da omissão própria.

Com efeito, a crise de valores que as modernas e desumanizadas sociedades industriais (ou pós-industriais) urbanas atravessam faz com que os deveres básicos de solidariedade social sejam estimulados , ou melhor, juridicamente impostos já que tal crise gera a indiferença do cidadão comum não bastando meros preceitos morais ou ético - religiosos de amor ao próximo para que os samaritanos do século XX auxiliem a seus semelhantes em situações de extrema necessidade, mesmo que, de sua conduta, não derive nenhum risco pessoal para si (39). É uma forma de tentar-se minimizar o egoísmo desenfreado do homem contemporâneo. Esta proteção é impreterível se considerarmos que já não vivemos no liberalismo do laissez-faire. A sociedade planificada do Estado do Bem Estar Social repercute cada vez mais no Direito Penal impondo o dever de ativar-se para proteger um valor socialmente relevante. Não é de se surpreender, portanto, que certos mandatos de ação sejam juridicamente intensificados.) (40) .

Estes novos deveres ético-sociais não passaram -
desapercebidos a NOVOA MONREAL na reflexão que fez sobre
a evolução do Direito Penal de nosso Século . (41) .

A esta altura do discurso é imprescindível tra -
-zer-se ao debate a conhecida posição de JIMENEZ DE ASUA, o
qual sustenta ser obrigatória , na omissão imprópria, além
do dever de agir oriundo de preceito jurídico ou conduta
precedente, "aquellos que surgen de deberes morales exigi -
dos hoy por el hecho de vivir en sociedad". Trabalha ASUA -
com exemplo de um menino de 4 anos que caíra numa pequena
represa e não foi socorrido pelo jardineiro de seu pai, que
fora despedido pela manhã; apesar de presenciar , o jardi -
neiro, friamente o infeliz acontecimento. A solução jurídi -
ca de omissão própria não satisfaz a ASUA. Homicídio comis -
sivo por omissão a título de dolo eventual é como ele resol -
ve a questão . (42)

FRAGOSO traz exemplo semelhante, dando-lhe solu -
ção diversa da de ASUA. É a hipótese do cego que se precipi -
ta num abismo ante a inércia de alguém não garantidor. So -
lução diametralmente oposta a de FRAGOSO oferece, entre -
nós, EVERARDO DA CUNHA LUNA, para hipótese idêntica (43) .

A solução mais benéfica - omissão de socorro -
efetivamente repugna à consciência moral de qualquer ser hu -
mano. O problema a nível jurídico no entanto é de difícil

solução face às brechas punitivas que poderão advir de posicionamento diverso. Ninguém poderá saber que espécie de valores eventualmente se desejará proteger e qual a ideologia dos mesmos. Sumum jus, summa injuria.

Por derradeiro, temos a visão de TEJERINA. Criticando a posição dominante quanto à exigência de um especial dever jurídico de evitar o resultado, ele leciona: "nos parecer límites demasiado estrechos, estos en los que se pretende encerrar el problema de los delitos de comisión por omisión". (44)

Corretíssima, como vemos, a afirmação de WESSELS no sentido de que a posição de garantidor ainda não está suficientemente esclarecida (45).

O PROBLEMA DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO -

Quanto à causalidade da omissão, já tivemos oportunidade (46), ainda que brevemente, de salientar as posições de diversos autores - Ficamos naquela ocasião de analisar o pensamento de GLASER (47) MERKEL (48) bem como a teoria da interferência de BINDING, o que se pode ver nas respectivas notas. (49).

Efetivamente o estéril e longo debate a respeito do tema iniciado no século passado, ainda persiste na

doutrina penal de nossos dias. Identifica MAURACH (50) o início da contenda em razão da teoria causal de Kant. "Esta doutrina diz MAURACH, entendiô la ley causal en sentido físico-mecânico, como la cadena de acontecimientos conectados entre si en una relación final. La causalidad reclama pues una causa efficiens, una causa real-naturalista "impulsora"; el encadenamiento hasta entonces ideológico entre no evitación del resultado y producción del mismo, fué retirado de la circulación como irreal. La frase, fatal para el Derecho", de la nada no puede surgir - nada", comenzó su marcha triunfal". (51).

É óbvio que, partindo-se do conceito ontológico de causalidade, não podemos afirmar que a causalidade da omissão derive do ômitente; ela não está a ele subordinada, não sendo o mesmo causador do resultado. Por isso, grande parte da doutrina afirma que a punibilidade nos crimes impróprios de omissão deriva de não haver o ômitente evitado o resultado; ele apenas "não paraliza o curso da força", na expressão de CAVALLO. (52). Esta não interferência no processo causal pre-existente é que vai incriminá-lo. Daí atualmente falar ZAFFARONI em "equivalência típica da causalidade", no plano valorativo(53)

Outra parte respeitável da doutrina, numa postura crítica ao naturalismo que influenciou a dogmática penal, sustenta que apesar de a omissão não poder figu

rar como causa do evento lesivo, nada obsta funcione ela como condição negativa, não impedindo o evento e em consequência permitindo-o; o que equivale a dizer, causando-o. (54).

Assim, a causalidade da omissão (da ação) seria encontrada invertendo-se a teoria da equivalência ou seja: supondo-se a realização da ação devida que se omitiu o resultado não teria ocorrido (54-A).

Entre nós PAULO JOSÉ COSTA JR chegou a elaborar a respeito do problema o seguinte esquema: condição negativa + obrigação normativa + adequação = a causa negativa (55).

A respeito da discussão MOURULLO é incisivo: "la omisión opera como condición negativa apta para no impedir" (56). Voltando-se contra o aforisma ex nihilo nihil, afirma o mestre espanhol não ser a omissão nada mais do que uma "forma real de comportamento" (57). Ele faz mais uma colocação importantíssima: "Quienes manteniéndose ape- gados, consciente o inconscientemente, a la concepción me- canicista de causa niegan la existencia de causalidad en la omisión, olvidan que el concepto físico - naturalista - de causa es ya insuficiente en el mismo marco de la acción positiva" (58).

DIAZ PALOS mostra-se cético quanto a uma efetiva relação causal em tais crimes, admitindo, todavia, "u na causalidad por analogia con el delito activo "ou seja condição negativa do resultado(59). De forma análoga, MASSIMO PUNZO ao dedicar-se monograficamente à causalidade: "E come nos è possibile nondare valore causale alle condizioni positive suddette, così non è possibile non darlo a quelle negative".(60) . Ele ensina logo após: "Non crediamo possa contentarsi che se una determinata condizione negativa, necessaria alla produzione di un evento, invece che dall'omissione dell'uomo, il suo valore causale sia identico" (61).

Interessa-nos, outrossim, a opinião , diversa - de PONZ DE LEON, que, também, meditou, especificamente - sobre o tema - Considerando a causalidade um "nexus physicus trala omissione e l'evento" (62), ipso facto, a seguir afirma ser a l'omissione non impeditiva . acausale". (63).

Modernamente, contudo a tendência é negar-se a causalidade da omissão(64). Como tantos outros problemas vinculados à teoria da omissão, o da causalidade é mais um ainda não solucionado de forma unânime pela dogmática.

III.1.b. O TIPO SUBJETIVO DOS DELITOS IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO.

Anteriormente (65) já nos detivemos na análise da peculiaridade do "dolo" nos crimes omissivos próprios. Peculiaridade, porquanto o conceito jurídico penal de dolo nos crimes omissivos é querer realizar a conduta típica ciente integralmente de suas circunstâncias objetivas. Na omissão, o "dolo" é não querer realizar a ação mandada (66).

Nos delitos impróprios de omissão, assim, o tipo subjetivo será composto da finalidade da ação mandada (a especial grupo de pessoas) não realizada; a consciência da situação de fato geradora do dever de agir-ameaça da produção do resultado - e o conhecimento do poder pessoal de realizar a ação mandada, ou seja, de evitar o resultado (67).

No que tange ao conhecimento da possibilidade do dano ao bem jurídico, basta contar com a produção do resultado. O "ter que conhecer" é insuficiente (68).

Já em relação ao último elemento, é necessária a capacidade de reconhecimento da vida e dos meios para salvar o bem ameaçado. WLSSELS, falará do "conhecimento da situação de perigo e dos meios de auxílio disponi

veis para o seu afastamento" (69).

Não seria desarrazoado perguntar-se se o dolo deve alcançar a posição de garantidor. A resposta correta, segundo nos parece, é a afirmativa. O mesmo não ocorrerá em relação ao dever de agir, sendo para este satisfatório apenas o potencial conhecimento. Estando em sede de culpabilidade (a consciência da ilicitude), o erro aqui será de proibição (70) ou, como preferem alguns, de mandado, podendo ser escusável ou não.

A esta altura já podemos fazer outra indagação. Admite a omissão imprópria a modalidade culposa? Apesar da opinião em sentido contrário de SOLER (71), será plenamente possível reconhecê-la (72), sempre que for infringido o dever objetivo de cuidado, seja em relação à execução da ação devida, seja quanto à possibilidade de agir ou de conhecer ou quanto à situação de fato, por manecendo o sujeito inerte em razão disso (73).

ZAFFARONI (74) fornece diversos exemplos a respeito da omissão imprópria culposa: "o que ouve gritos de socorro e pensa superficialmente que é brincadeira, o que supõe não poder salvar a criança por pensar que a água é funda, o que joga na penumbra gasolina para apagar o fogo".

Aceitar- a categoria acima não significa con -
fundir a culpa com a omissão. Lucidamente observou ANIBAL
BRUNO, "Antes da omissão da ação devida, houve omissão de
diligência a que o agente estava obrigado para evitar
o comportamento omissivo" (75). Também imprescindível a
lição de BACIGALUPO: "si bien pueden darse omisiones cul-
posas, lo cierto es que el caracter omissivo no deriva de
la inobservancia del deber de cuidado exigido, sino de la
no realización de una acción :cuando se realice una ac-
ción, sin la debida observancia del cuidado se tratará si
empare de un delito de acción positiva, " (76) Os esclare-
cimentos apontados dissolvem quaisquer dúvidas que pode -
riam existir a respeito da omissão imprópria culposa.

III. 2 -A ANTIJURIDICIDADE NOS DELITOS IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO.

O primeiro problema que se nos apresenta na an-
tijuridicidade dos delitos impróprios de omissão é escla-
recer-se se a realização do tipo funciona como indício da
antijuridicidade. A solução desta questão está evidente -
mente subordinada à colocação sistemática que se der à -
posição de garantidor. Caso se entenda que a posição
de garantidor é elemento do tipo, este funcionará como
ratio cognoscendi da ilicitude. Ao revés, se a admitir
mos como parte integrante da antijuridicidade deixaria a
tipicidade de indiciá-la. (77).

A questão técnica em tela está longe de ser pacífica. Sob esta última perspectiva, opina KAUFMANN vendo-a como especial elemento da ilicitude (78).

As consequências sistemáticas da colocação da posição de garantidor do bem jurídico serão as seguintes: se ela está na ilicitude, o dolo não deve alcançá-la deduzindo-se daí que o erro sobre o dever de agir será erro de proibição, com as consequências já assinaladas, isto é, a realização do tipo indiciando a antijuridicidade. Na primeira corrente situa-se WELZEL (79). MAURACH admite que a doutrina prevalente veja a posição de garantidor como característica do tipo objetivo não escrita, criticando-a. Para ele tal dever situa-se fora do tipo, livre do dolo, e se apresenta como característica do crime. (80)

Entre nós, corretamente FRAGOSO sufraga entendimento semelhante ao de WELZEL: "Os pressupostos de fato que configuram a posição de garantidor são elementos do tipo devendo estar cobertos pelo dolo. O agente deve ter, assim, consciência de sua posição de garantidor da não superveniência do resultado." E concluindo: "O erro a tal respeito é erro de tipo". (81).

Colocado desta forma a questão, o descumprimento do dever de garante pode excluir a antijuridicidade

desde que ocorra colisão de deveres - outro dever de igual ou maior valor - ou seja, pela ocorrência das causas genéricas de justificação de condutas. A título de exemplo: se há duas pessoas se afogando, no mesmo momento, e o salva vidas somente pode socorrer uma delas, não se poderá afirmar haver ele se omitido de forma ilícita face à supra mencionada colisão de deveres.

Tenha-se presente a regra do art. 20 § 1º do nosso Código Penal, verbis: "Não se pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo."

III. 3 - A CULPABILIDADE NOS DELITOS IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO.

Na omissão imprópria, a reprovabilidade pessoal derivará da omissão da ação devida in concreto exigível do garantidor imputável, ciente de sua relação com o bem jurídico. Como já foi anteriormente esclarecido o dever de agir deflue do conhecimento da posição de garantidor . (82).

O erro quanto ao dever de agir é erro de proibição (ou de mandado). Se inevitável, exclui a culpabilidade. Alinhemos as hipóteses que poderão ocorrer: a) o agente supõe erroneamente que sua abstenção de atividade é ilícita inobstante estar ciente que é garantidor do Bem

jurídico; b) Supõe, erroneamente, que sua inércia está - justificada; c) supõe, por incorreta apreciação da realidade fática, a existência de causa de justificação, na hipótese putativa - As soluções serão semelhantes às dos delitos comissivos. O 1º e 2º casos são juridicamente irrelevantes. No terceiro, sendo o erro escusável, a culpabilidade será excluída. Derivando o erro de culpa - erro inescusável - punir-se-á o evento, na forma culposa, se tipicamente assim tiver sido também previsto. (83)

Ainda aqui a inexigibilidade funcionará como causa de exculpação, eliminando a censurabilidade da ação omissiva. (84)

III. 4 - A TENTATIVA NOS DELITOS IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO.

Duas correntes tentam solucionar o problema da possibilidade ou não da existência da tentativa nos crimes omissivos.

A primeira delas, formada pela doutrina majoritária pensa ser a tentativa possível na omissão imprópria. Este é o pensamento de STRATENWERTH, JESCHECK, SCHONKE-SCHRODER, MAIHOFFER, WERNER, ROXIN (85), WESSELS (86) e MAURACH (87). VANINI (87-A).

Diversamente, os finalistas com exceção de GRUNWALD (88), como decorrência da afirmação de que em tais delitos não há o dolo idêntico ao dos crimes comissivos, mas um "dolo" sui generis, ou seja, ausência de vontade de agir, aplicam também aqui o princípio da inversão de KAUFMANN e sustentam que, na realidade, o que ocorre é uma omissão de tentativa de cumprir o mandado da ação.

Não deixou de haver autor que qualificasse de pura sutileza a distinção entre falta de evitar o resultado e omissão da tentativa de evitar o resultado. (89). Todavia, como anota ZAFFARONI, a questão tem poucas consequências práticas, pois uma coisa quase equivale a outra. A única diferença seria quanto a negar WELZEL qualquer sen-

lhança com a tentativa inacabada dos crimes comissivos (90). Aceita esta última colocação, há de ser observada uma tentativa específica nos delitos impróprios de omissão. Também aqui o problema básico, e difícilíssimo, se situa em identificar-se o momento (primeiro ou último ?) que configura o que, nas formas comissivas, chamamos de "início de execução". Em campo de tentativa de omissão imprópria, será abandonado o princípio de início de execução a favor do outro critério, ou seja, o início da lesão do dever de agir (91).

Não é unânime a posição da doutrina quanto a este termo ou lapso temporal em que o agente deverá agir. Para WELZEL e outros finalistas a "tentativa de omissão" começa (e se finda) no último momento em que o garantidor pode, de forma eficaz, intervir para evitar o resultado, não se dando este (92). Como corolário desta afirmação, WELZEL somente admitirá a tentativa completa ou delito frustrado. Incabível, para ele a tentativa inacabada (93).

Solucionando o problema diversamente, MAIHOFER, MAURACH e SCHONKE (94). Dar-se-á a tentativa no primeiro momento em que podendo o agente evitar o dano ao bem jurídico, com sua ação salvadora, deixar de fazê-lo, advertindo o primeiro ser necessária a "intenção de pros-

seguir na omissão ilícita" (95).

A lição de WESSELS sobre a matéria é muito clara e penetrante. Observando os dois critérios, para solucionar a questão da tentativa na omissão imprópria, ele diferencia "onde o objeto protegido, segundo a representação do garantidor, já se encontra diretamente em perigo, e a ocorrência do resultado típico move-se proximamente, a lei exige o preenchimento imediato do dever de salvamento. Deve-se afirmar a tentativa, tão logo o garantidor, com base em sua resolução para o fato, deixe perecer, sem utilizar a primeira possibilidade de agir adequada para impedir o resultado." E logo após: "Em caso de perigo ainda distante e de ausência de proximidade de resultado, a tentativa começa no momento em que o perigo atinge um estágio agudo e o garantidor prossegue inativo ou em que este tira de suas mãos a possibilidade de atuação salvadora de deixar o acontecimento percorrer seu caminho" (96). Exemplifica WESSELS: Se por exemplo, o guarda linhas encontra seu irmão "B", bêbado e inconsciente deitado sobre os trilhos de uma via de trem expresso e, tendo em vista que o próximo trem só passará em uma hora, em razão disso retarda a ação de salvamento, isto não fundamenta ainda uma tentativa de homicídio através do omitir-se, contanto que a situação não piore para "B" e o risco da ocorrência do resultado não seja aumentado."

Ele afirma, no entanto, a tentativa, no exemplo dado, na hipótese do guarda linhas não socorrer seu irmão no lapso de tempo em que conte com a próxima chegada do trem e se afastando do local o abandona a própria sorte. Ai será irrelevante em que momento se deu o abandono. (97)

Importantes colocações preliminares no equacionamento do problema do tempo do cumprimento da ação devida de salvamento traz BACIGALUPO ao debate, com base em KAUFMANN e SCHÖNKE SCHRÖDER. Ele aventa quatro hipóteses: a possibilidade de que "el mandato de acción sea cumplido mediante diversas clases de acciones y con indiferencia respecto al momento temporales que se las ejecuta"; a possibilidade de que a "acción se de den en cambio como tales a lo largo de un lapso temporal mas o menos dilatado; a possibilidade de que "el resultado del delito exija una omisión que dure durante cierto tiempo para que produzca y que todavia sea posible, dentro de este, una intervención capaz de evitar o resultado" e finalmente aquela situação "variante de la primera, pero en la medida en que la intervención se dilata, aumenta el peligro para el bien jurídico" (98). Nos dois últimos casos, segundo SCHRÖDER haverá tentativa diversamente da solução de WELZEL e KAUFMANN já analisadas.

Interessa-nos reproduzir a conclusão de BACIGALUPO que se coloca na mesma linha de pensamento dos auto-

res finalistas: " Desde nuestro punto de vista, la posición de garante solamente se relaciona con la evitación del resultado, por lo cual, en la medida en que esta es todavía posible, no hay aun conducta punible. Pero una vez que la lesión ya no es evitable, la punibilidad no presenta duda alguna." (99)

A matéria é tão escassa na doutrina brasileira (100) que nos permitimos novamente trazer ao debate interpretações de autores estrangeiros do problema em exame - Outro respeitadíssimo mestre, o alemão RUDOLPHI, a respeito da tentativa nos delitos impróprios de omissão, traz diversas situações, com as respectivas soluções. Reproduzamo-las: 1) O garantidor crê erroneamente existir perigo para o bem jurídico e apesar disso se omite. Não há tentativa punível. 2) Há um perigo real que não ameaça o bem jurídico, como crê o garantidor, por erro. A solução é idêntica a do caso nº 1. Não há tentativa punível. 3) Terceiro deseja destruir um bem jurídico a ser protegido pelo garantidor mas não consegue fazê-lo. Aqui distingue o autor se se trata de tentativa idônea ou absolutamente inidônea. Na 1a. hipótese o garantidor será responsabilizado pela tentativa de omissão imprópria e na segunda a resposta é pela negativa. A 4a. hipótese, tem por fundamento o corriqueiro exemplo da mãe que deixa de alimentar o filho para assim levá-lo à morte, sendo a criança salva

face à intervenção de terceiro. A solução de RUDOLPHI é de tentativa de omissão imprópria de homicídio. Finalmente o quinto e último caso: sem embargo de acreditar que poderia evitar o resultado, o garantiidor se omite, mas na realidade seria impossível salvar o bem jurídico. Aqui também para RUDOLPHI haverá tentativa de homicídio (101). - Correta ou não a solução apresentada? ASUA deixa expressa de forma concreta sua "extraneza" por haver RUDOLPHI opinado pela impunibilidade no 3º caso do "crime impossível" e de que no 5º problema não apresentasse idêntica solução". (102)

III. 5 - AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS DELITOS

IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO.

Já havíamos anteriormente afirmado (103) que, a nosso ver, nenhuma teoria do delito, por si só, poderia explicar satisfatoriamente determinados problemas - técnicos, mesmo a mais alta elaboração dogmática até hoje concebida - a teoria finalista da ação - cujas deduções sistemáticas temos seguido em suas linhas gerais.

Não surpreende, portanto, a afirmação de que reina total discórdia doutrinária nas soluções dos problemas vinculados à autoria e participação dos crimes omissivos, insucetíveis de serem solucionadas, como afirma LACIGALUPO no "âmbito propriamente dogmático", por se tratarem de problemas de método (104). Coerentes com as posições assumidas ao estudarmos a autoria e participação na omissão própria, poderemos afirmar que algumas das observações já feitas são aqui cabíveis especialmente quanto às colocações de WELZEL e ROMIN. Na omissão imprópria, árdua se apresentará a solução da participação do extraneus - instrumento não qualificação nos delitos especiais - a ser oportunamente estudada.

Conhecemos cartesianamente pelas hipóteses mais simples. São quatro as questões nesta matéria: se é

possível co-autoria, autoria mediata, cumplicidade, e instigação por omissão nos delitos impróprios de omissão.

Em relação a co-autoria, pode-se responder com o mesmo argumento usado na autoria e participação na omissão própria: é inadmissível co-autoria por não ser fracionável o processo de execução e também pela impossibilidade de uma mesma resolução para a conduta, face à singularidade do "dolo" na omissão. Assim, se duas pessoas, ambas garantidoras, omitem concomitantemente, serão individualmente autoras do delito. Autoria colateral, portanto e não co-autoria. Sustentante esta última opinião, ZAFFARONI (105) e ROXIN (106). No sentido do texto, encontram-se WELSEL, KAUFMANN, GRUNWALD (107), CURY (108), BACIGALUPO, (109). Entre nós aderindo a solução finalista encontram-se FRAGOSO (110) e NILC BATISTA (111). Idêntica solução deve ser dada para a hipótese formulada por BACIGALUPO em que um garantidor assiste a violação de um lei jurídica por terceiro, agindo este de forma ativa (112). Cumpre-nos frisar que a opinião não é pacífica, mesmo neste último caso. BAUMANN (113), por exemplo, optou pela co-autoria. Todavia, o próprio ROXIN partidário da co-autoria nos crimes omissivos - nega aqui a possibilidade de sua existência. Filia-se a este

entendimento, também, JESCHECK(115). Entre os autores italianos, dentre outros, BONINI, tratando a matéria de forma tradicional distingue três hipóteses: concurso - nella identica omissione; concurso mediante azione nell'azione altrui"(116). Na primeira hipótese negou BONINI peremptoriamente a co-autoria: " non può parlarsi - di concorso nella stesso reato, ma di tanti reatti - quanti sono gli individui che desobbediscono al precetto di prestare lo aiuto possibili". Na terceira hipótese, que é, no momento o que mais de perto nos interessa, viu o mestre italiano "una eccezione al principio fondamentale della correatà" derivado do artigo 40 do Codece. Seguimos a orientação que nega possibilidade de co-autoria na omissão imprópria, reconhecendo aos omissores como autores individuais dos delictos provenientes de suas inércias.

Também a possibilidade da autoria mediata - por omissão é habitualmente negada (JELZEL, KAUFFMAN, BOXIN, BACIGALUPO) (117), não deixando de haver quem a admita como MAURACH e CURT (118). Certas hipóteses que se assemelhariam a autoria mediata são resolvidas - como autoria direta de crimes comissivos. Trabalhemos com certos casos que virão clarificar a questão: 1a) o garantidor impede por emprego de coação física irresistível que outro garantidor venha a agir; 2a) um ga-

rantidor impede por emprego de coação moral irresistível que outro garantidor venha a agir livremente (colocando o coagido em estado de necessidade exculpante); 3a) um garantidor mantém outro garantidor em erro assim impedindo que ele com sua intervenção evite o resultado lesivo ao bem jurídico; 4a) - um garantidor permite que outro garantidor - inimputável - ou que age de qualquer forma exculpado destrua o bem jurídico que também lhe competia proteger. Nas quatro hipóteses a solução jurídica é no sentido de considerá-los autores imediatos de crimes comissivos. Esta solução parece inconstável, sendo-lhes equivalentes às forças naturais, o ataque do inimputável ou do exculpado, consoante justa observação de DACIGALUPPO (119). O panorama todavia se modifica tornando-se extremamente delicado nas hipóteses apontadas (coação física (120) ou moral irresistíveis ou pelo emprego de processo fraudulento) se o que impede o garantidor de intervir não é também garantidor, extraneus, portanto, na relação - por não dispor de especiais relações com o bem jurídico, indispensável para que seja considerado autor de um crime especial próprio, como são os crimes impróprios de omissão. Sinteticamente: - qual é o entendimento doutrinário na hipótese do extraneus impedir que o intranseus venha a agir? Exemplificando: se A

pai de B vai salvá-lo de afogamento e F não garanti-
dor, inimigo de A impede que aquele salse seu filho,
qual será a solução? A solução finalista nos leva a
impunidade(121). Parece-nos evidente que a resposta cor-
reta se orienta no sentido de considerar-se F autor
de homicídio na forma comissiva. A hipótese é de violên-
cia efetiva e ele deverá ser punido como autor da coa-
ção por homicídio (art. 18 Código Penal). A circunstân-
cia de que o critério do domínio do fato não seja per
se suficiente já que o autor não era um obriga-
do em relação ao tipo especial não destrói a solução.
Uma construção necessariamente deverá ser feita para
contornar o problema, ou seja, a adoção obrigatória do
conceito extensivo do autor. Inegavelmente, é notório,
que este tratamento enseja crítica no sentido do alar-
gamento do tipo, crítica esta que aliás já se diri-
je aos delitos impróprios de omissão. São assim, no en-
tanto, superaremos a lacuna que possibilita a impuniça-
de. A opção de qualquer forma não deixará de ser reco-
nhecida onerosa. E no entanto a única opção possí-
vel. Nesta linha de entendimento, se o não garantidor
desejou impedir, como realmente impediu, com perfei-
ta representação do resultado, a salvação de B, será
autor de homicídio. Impressiona-nos o uso do argumen-
to crítico à nível de dilatação do tipo, inevitável,
como já reconhecemos, renegando-se a plano secundário

a realização da justiça material, como na solução apresentada por BACIGALUPO, coerente com as deduções finalistas (121). A preocupação demasiada com a segurança gera impunidade indevida que distancia a solução jurídica da necessária reprobção que deverá incidir sobre o coator extraneus.

No que diz respeito a cumplicidade por omissão ratificamos a colocação aduzida no campo de omissão própria.- Pode alguém contribuir para a realização de um delito impróprio de omissão através de um comportamento meramente omissivo, é a pergunta cabível?. Pensamos que sendo ele garantidor seria mais correto qualificá-lo de autor (122). SPASARI oferece alguns exemplos sobre a matéria: guarda-noturno que não impede furto, bombeiro que não impede incêndio, etc... e admite "concorso mediante omissione". Estas pessoas serão responsabilizadas por omissão dolosa a título de participação "perché non pongono in essere diretamente una condotta tipica" (123).

- Que solução daremos à hipótese daquele que auxilia através de uma ação ao garantidor que desiste de cumprir a ação devida? ROXIN sustenta haver aí participação em homicídio, opinião a que adere BACIGALUPO (124) com fundamento no princípio de acessoriedade da participação. Diversamente situa-se KAUFMANN por considerar

que a desistência de cumprir o mandado não modifica a omissão (125). Cremos que o caso seja de participação por ação no delito impróprio de omissão. Evidentemente terá razão KAUFMANN se o socorro não chegar a ser prestado. Omitir por comissão nada mais será do que puro omitir. Nesta hipótese, o que ajuda o garantidor, estaria praticando crime comissivo, como autor direto, enquanto aquele lesionava o dever de garantidor, responsabilizando-se pelo resultado a título de crime impróprio de omissão. Caso, contudo, já tenha o garantidor superado o perigo preexistente, originado em consequência da ação de terceiro que "auxilia" a lesão ao bem jurídico, a hipótese correta será de participação no crime omissivo. Sustenta acertadamente entre nós esta opinião NILO BATISTA (126).

No que concerne a instigação no crime omissivo, já vimos o tratamento dispensado na omissão própria. O mais correto, dizíamos, seria afirmar-se a existência da dissuasão, ou seja, o pretense "instigador" leva o obrigado a descumprir o mandado de agir. Optamos pela solução que opina no sentido de ser aí reconhecida uma forma comissiva, orientação de WILZEL, KAUFMANN, MACICALUPO (127). Idêntico entendimento tem NILO BATISTA: "a eficaz dissuasão da observância do

dever (que corresponde à omissão do dissuadiço)re -
presenta na verdade autoria do delito comissivo(quan -
do corresponda" (128). Contrariamente a este ponto de
vista encontraremos ROXIN, SCHÖNKE - SCHRÖDER , e JES -
CHECK, os quais admitem participação no delito omis -
sivo(129). Até aqui as coisas não se complicam muito ,
sem embargo da dissidência doutrinária mencionada, (se -
melhante à já apontada, ao estudarmos a possibilidade
ou não da autoria mediata nos delitos impróprios de o -
missão). Problema discutidíssimo ocorrerá quando a dis -
suasão partir do extraneus . Exemplifiquemos com o mes -
mo caso anteriormente usado, substituindo-se, apenas, a
intervenção ativa, por uso de força física, pela "ins -
tigação". O pai encontra-se salvando o seu filho, que -
está prestes a morrer afogado, quando terceiro, sem os
requisitos básicos de autoria para que seja considera -
do garantidor, consegue removê-lo da prática da ação
devida. Ficamos perplexos ao observarmos a solução de
WELZEL. Ele que tanto se preocupara com a impunidade -
do instigador não obrigado na comissão própria, opinará
nesta última hipótese, evidentemente mais grave, pela
absoluta impunidade(130). Vamos sustentar, após lon -
ga reflexão, ser possível- eventualmente a instiga -
ção nos delitos impróprios de omissão, mesmo reconhe -
cendo a dificuldade técnica da qualidade pessoal do au

tor, porquanto a simples dissuasão solitariamente não bastaria para gerar a responsabilidade penal pelo resultado em termos de comissão por omissão (131). Partindo das premissas do finalismo, a solução de WELZEL e seus adeptos é correta, mas gerará total perplexidade quando se observar que, nos delitos especiais próprios praticados por ação, o extraneus poderá ser punido como indutor, (132) enquanto nas formas omissivas restaria tão somente uma inadmissível e revoltante impunidade. E o sistema... Roxin, SCHÖNKE - SCHÖRFEDER estão contra esta solução (133). O último mestre deixou consignada sua repulsa ao absurdo da solução finalista (134). Como exemplo do aludido absurdo, o excelente DACIGALUPO ao tratar da participação nos crimes comissivos dolosos deixa claramente expresse que, nos crimes especiais próprios, o não qualificado é cúmplice (135). Esta lição é encontrada nos "Lincamientos". Já na monografia sobre delitos impróprios de omissão, ele usou a mesma argumentação de WELZEL para aderir à impunidade. É óbvio que isto resulta da dificuldade de se encontrar solução diversa sem ferir-se determinados princípios dogmáticos derivados da teoria final da ação. Pensamos, modestamente, de iniciar fundamentar a solução acima indicada - contra a impunidade - transformando o instigador, por força de sua conduta precedente, em garantidor. Poder-se-ia

objetar-nos, todavia, que representaria um atentado -
contra a lógica, esperar-se do instigador uma condu -
ta espontânea oposta à natureza da própria instigação,
e além do mais, idônea para obstá-la. Esta objeção se -
ria realmente válida desde que o partícipe não viesse
a se arrepender do ato que praticara anteriormente .
Caso no entanto isto ocorra, a exigência não se nos -
apresenta como ilógica e estaria o "instigador" espe -
cialmente obrigado a evitar o resultado proveniente -
de sua ação precedente, já que seu simples arrependi -
mento, ineficaz, não teria juridicamente valor algum.
Dando ele, com sua instigação, curso a uma fonte de -
perigo, deverá evitar os danos que dela resultem. Ele,
que era extraneus , transforma-se em garantidor. Des -
ta forma, contorna-se o problema da qualificação depe -
cial imprescindível ao autor de um delito comissivo
por omissão. Proposição semelhante foi apresentada -
por POLITOFF na sexta sessão da reunião do Código Pe -
nal Tipo para América Latina, realizada em Lima, no a -
no de 1967(130). De lega ferenda , sugerimos seja a -
dicionada à posição de garantidor a situação fática -
daquele que induz o garante a não impedir o resultado
danoso ao bem jurídico que lhe competia proteger. Isto
porque se no tipo está descrita a matéria de proibi -
ção, no tipo especial há uma específica proibição .
Querer o estranho violar através de outrem este de-

ver, a infectível conclusão lógica é no sentido de ser o mesmo responsabilizado pelo resultado. Solução contrária, repetimos, seria totalmente embaraçosa e insustentável face às desastrosas consequências técnicas que daí se originam, ou seja: o que impede quem tem o dever geral de salvar alguém respondendo, na solução alvitrada por WELZEL, pela prática de homicídio. Diversamente aquele que impede de agir quem tem o dever especial de fazê-lo, não será alcançado pelo Direito Penal, ficando sossegadamente impune. É óbvio e não esqueçamos nem ocultamos que, certas circunstâncias, não cobertas pela argumentação anterior teríamos para evitar a mencionada impunidade que adotamos o antiquado conceito extensivo de autor, funcionando o nosso execrável art. 25 (do Código Penal), como forma de tornar típicas condutas em si mesmo atípicas. Seria revitalizarmos a lição no sentido de negar-se o conceito restritivo de autor (137). Este seria o ônus inevitável, mas menos oneroso do que a primeira solução, que para preservar o sistema, deixa defeituosamente aberta a porta da impunidade (138). O sistema de qualquer forma fica fendido. Esta é mais uma questão não esclarecida perfeitamente pela doutrina que demonstra as insuperáveis dificuldades técnicas apresentadas pelos delitos impróprios de omissão,

tema que TODIAS BARRETO ousou enfrentar no século pas -
sado. As suas soluções a respeito de tal matéria serão -
estudadas oportunamente.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS DO CAPÍTULO III

- 1 - ASÚA, LUIS JIMENEZ de, La ley y el Delito, Ed. Sudamericana. B. Aires, 1973 p. 216
- 2 - VANINI , monografia cit.
- 3 - BETTIOL, ob. cit. p . 230
- 4 - V. LISZT, ob. cit. p.315. Alguns autores admitem, ainda a existência dos crimes omissivos mediante ação ou omissivos por comissão ou delitos omissivos mediante atividade que são categoria diversa dos delitos impróprios de omissão. Cf. a propósito: PAGLIARO, PRINCIPI cit. p.265; MANZINI, Trattato di Diritto Penale Italiano, Torino, 1950 , vol I, p.601, Roxin, Clausz, EN el limite entre Comisión y Omisión, in Problemas Básicos del Derecho Penal, trad. Diego Manuel Luzon, Madrid, 1976, p.227. É oportuno lembrarmos as tres hipóteses colocadas por Roxin para que sustentar a possibilidade de um omitir por fazer: 1) alguém obrigado a agir inicia o cumprimento do mandado e dele desiste através de uma ação, dessa forma impedindo a realização do mandado: 2) aqueles que através de uma conduta ativa, previamente se colocam em situação de não poder agir. Seria a hipótese de uma "omissio libera in causa" segundo ANDROULAKIS (apud. art. de ROXIN cit. p. 229). A embriaguês é a hipótese prontamente lembrada; 3) finalmente a participação a-

tiva nos delitos omissivos. Não comungamos da qualificação de OVERBECK seguida por ROXIN. A situação só se torna delicada, segundo nosso entendimento, na hipótese em que a prévia ação tiver reflexos sobre a conduta de terceiro que presta socorro à vítima como na hipótese da destruição de um bem - suponhamos um barco, uma corda, um medicamento - imprescindíveis à prática da ação salvadora. O dolo será fundamental para auxiliar a distinguir a punição à título de omissão, se própria ou imprópria: se o bem era absolutamente necessário ou podia o agente dispor de outro será também relevante. A posição da doutrina é, no entanto controvertida como expõe ROXIN. RANFT, por exemplo, é contra a punição à título de homicídio, cf. art. cit. p. 232, 233. A afirmação de que "omitir por fazer" é forma comissiva é extremamente importante para a solução do problema da instigação (dissuasão) na omissão. Quem instiga deverá ser responsabilizado como autor de homicídio na forma comissiva. Sobre a situação da matéria - omissão imprópria - no direito comparado cf. classificação de JESCHECK cit. por HOURULLO, in monografia cit. p. 85. Entre nós sobre o omitir por fazer cf. ESTHER FIGUEIREDO FERRAZ, a Co-Deliquencia cit. p. 139; PAULO JOSÉ DA COSTA Jr, Do Nexa causal, Ed. Saraiva S.P. 1946, p. 16/17; - cf. NILO BATISTA - Concurso de Agentes cit. p. 70, 71. Carrelutti e Frosali, segundo Caraccioli ob. cit. p. 14 referem-se a um crime misto de ação e omissão. Cf. também TOMA-GHI, HEBLIO BASTOS - A questão do Crime Formal - Rio, 1944

p. 15. Tejerina, Isaias Sanches, tratou dos delitos culposos como delitos de omissão espiritual - Teoria de los Delitos de Omisión, Reus, Madrid, 1918, p. 93 e seg.

5. - Lineamientos cit., p.157, MAURACH ob.cit., vol.II, p. - 279.

6. cf. Wessels- , ob.cit., p.158; TORRACHI refere-se a crimes omissivos por comissão e omissivos impróprios. ; ob cit, p.155.

7. BACIGALUPO , Delitos Impropios cit., p.113.

8. - Idem

9 - cf. FRAGOSO , Lições P.E. 3a. ed., p. 114 e Lições P. G. p. 252. Refere-se, ainda, à bigamia e ao adultério. cf. MAURACH ob cit, vol.II, p.279. Veja-se por exemplo as colocações de Polittof, SERGIO GRISOLIA - FRANCISCO e BUSTOS, JUAN - Derecho Penal Chileno , P. Especial, Chile, 1971 p.107 e sobre a possibilidade de parricídio por omissão.; cf. ASUA, "Puede facilitarse la prostitución omissivamente in "El Criminalista" B.Aires, 1952, p.226 e seg. Cf. Mourullo, monografia cit., p.115. No sentido de que determinados delitos não se satisfazem com qualquer causação do resultado cf. WESSELS ob. cit. p.165.

9-A - A crítica a nível ideológico da seleção destes valores foge ao âmbito deste trabalho. Cf. nota 1 de JUAREZ TAVARES ao Direito Penal de WESSELS cit., p.2 e AL LESSANDRO BARATTA, Criminologia Crítica e Política Pe -

nal Alternativa in Rev. de Direito Penal vol 23.p. 7 a 21.

10 - MAURACH, Der.Penal cit., vol.II, p. 279.

11 - MAGGIORE, Derecho Penal cit., p.350.

12 - Cf.FRAGOSO, Lições cit., p.251 ; BERNARDINO GONZAGA, Crimes Comissivos por Omissão, in Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem à HUNGRIA, Forense.1972,S.P. p. 254 . Eis o fundamento da lição do mestre paulista: - "ao tornar típica aquela conduta negativa, o legislador revela, por meio da especialidade da consequência jurídica, que, nas condições dadas, não quis atribuir outra pena para o resultado positivo eventualmente ocorrido!"; Cf. A.BRUNO, ob cit., P.G.vol.I, p.300.

13 - Sobre a matéria dispunha o Projeto Alcântara Machado: "Faltar a obrigação jurídica de impedir o evento e - quivale a causá-lo"; O Código Penal Alemão dispõe no - art.13: (Comisión por omisión). 1- El que omitiere impedir un resultado que integra el tipo de una ley penal, se rá punible conforme a esta ley, siempre que jurídicamente tenga que responder por que este resultado no se produzca y cuando el omitir corresponda a la realización - del tipo legal mediante un hacer.2-La pena podrá atenuar-se conforme a lo dispuesto en el art.49,inc.1" trad . JULIO CESAR ESPÍNOLA; cf. o art. 153 & 29 da Constituição Brasileira- "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei";Dispõe a

Exposição de Motivos do Código Penal de 1969; "Importante é o que agora aparece com referência aos crimes comisivos por omissão. Não se encontraram especificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época os pressupostos da conduta típica, dessa categoria de delitos, defeitos que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge, não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu violando o seu dever de garantidor. É indispensável fi xar na lei as fontes de tal dever de atuar. Manteve-se o projeto nos limites tradicionais proclamados pela doutrina, de longa data. O dever jurídico de impedir o resultado surge, basicamente, com a lei, com o contrato ou com a anterior atividade causadora do perigo, mesmo sem culpa, evitou-se a referência "contrato", que consta - va do texto original do projeto, tendo-se em vista que o dever de agir surge também quando o agente espontaneamente assume função tutelar ou encargo sem mandato. Não é - propriamente do contrato que surge o dever jurídico, mas de sua projeção social, como espécie de dever de direito público, exercendo-se não em relação ao outro contratante, mas ao corpo social. Por isso mesmo, as limitações impostas pelo contrato, e que se fundam no direito privado, não têm relevância, a fórmula adotada pelo projeto atende a essas considerações" ítem nº 9. O Projeto do Código Penal Português cuidou do tema em seu Títu-

lo II:Cap. I - Do fato, art. 7º - "O fato ou resultado - descrito num tipo legal de crime abrange não só a ação adequada a produzi-lo, mas também a omissão da ação adequada a evitá-lo; § 1º - A comissão de um resultado por omissão só é, todavia, punível quando o dever de agir - for confirmado por um preceito legal, um contrato ou uma situação criada pelo omitente, que o constituam pessoalmente, garante da não produção do resultado; § 2º- A pena poderá no caso do parágrafo anterior ser atenuada nos - termos dos artigos 87º e 88º. (in R.B.C.D.P., nº 3, 1965 , p.202; Dispõe por sua vez o Código Penal Tipo para Améri- ca Latina: art. 12 - O fato punível pode ser realiza- do por ação ou omissão. Quando a lei reprime o fato, aten- dendo ao resultado produzido, responderá também quem não o impediu, se pôde fazê-lo de acordo com as circunstân- cias e se tinha o dever jurídico de evitá-lo, in R.D.P . nº 7/3; No Projeto Soler, observamos em seu art.10 - (co- missão por omissão) - O que omite impedir um resultado , que de acordo com as circunstâncias devia e podia evi- tar, responde como se o houvesse produzido. O dever de a- gir incumbe a quem tenha por lei obrigações de cuida- do, proteção ou vigilância, a quem com seu comportamen- to precedente criou o risco, e a quem, assumindo a res- ponsabilidade de que o resultado não ocorreria, determi- nou com isso que o risco fosse afrontado, in , R.B.C.D . P., nº 12, 1966, p.212; cf. ainda. o Projeto da Parte Ce

ral do Cód. Penal Argentino que disciplina a matéria da seguinte forma em seu art. 14. "El que omitiera impedir - el resultado de un hecho punible será sancionado con la pena prevista para su comisión si le incumbia el deber juridico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubie - ra creado con su comportamiento precedente- in Nuevo Pen samiento Penal nº 4, 1975,

14 - cf. 9 art. 9 152 § Cons. Federal, cf. CURY, Reflexi ones sobre la Analogia en Derecho Penal del Presente in Ciencia Penal nº 4 , 1975 , p. 26 e seq.

15 - cf. SCHÖNE, WOLFGANG - La Proteccion de la Vida y la Integridad Corporal en la Reforma Penal Alemana, in Revista Ciencias Penales, Santiago , nº I to - mo XXXII p. 165.

16 - CURY, Orientación, cit. , p. 298.

17 - WELZEL, Der. Penal cit., p.233; cf. SOLER, SEBASTI - AN, Estructuras Objetivas y Figuras Juridicas, in - R ev. Ciências Penais, S.P. 1974 , nº 2, p.1/14.

18 - BAUMANN, ob. cit., p. 145.

19 - Apud ZAFFARONI , ob. cit., p. 376

20 - Die Dogmatik cit. p. 232, apud Der. Penal cit. na nota 9, p. 67.

21 - Em carta que nos foi endereçada pelo ilustre Prof. SCHÖNE, ele sustenta que a solução do problema está na

introdução de alguns tipos bem definidos na P. Esp. e assim se evita um aumento da punibilidade não justificado; cf. artº citado na nota 15: "Como se ha dicho ya en la ojeada al derecho vigente, el número de los tipos de omisión que pudieran garantizar la conservación de un bien jurídico, es extremadamente escaso. Esta situación jurídica, es considerada con razón, como poco satisfactoria - especialmente para una parte de los casos de omisión, de salvar vidas. Es cierto que una y otra vez se ha procurado superar las fallas de política jurídica, por la via dogmatica con la justificación de la posibilidad de subsumir determinadas omisiones (precisa y solamente aquéllas de los "garantes") en los presupuestos de los delitos de comisión. Pero, esta tentativa debe considerarse fracasada, a partir de las investigaciones de ARMIN KAUFMANN. Siempre que se aplica todavía el marco penal de los delitos de comisión a la omisión de evitar el resultado, apelando a los llamados "principios generales de los delitos de omisión improprios", significa ello una manifiesta violación del principio fundamental, "nullum crimen, nulla poena sine lege"., p. 165.

22 - WELZEL, Derecho Penal cit., p. 289.

23 - BERNARDINO GONZAGA, art. cit., p. 252.

- 24 - BACIGALUPO, Lineamientos cit., p. 150
- 25 - MAURACH, Tratado cit., vol.II, p. 282, coloca, ainda, o seguinte elemento: " a produção do resultado causado pela não intervenção do autor da omissão!"
- 26 - Of. FRAGOSO, Lições cit., p. 257; ZAFFARONI, ob.cit., p.286; A omissão imprópria culposa será analisada oportunamente.
- 27 - WELZEL , D.Penal cit., p. 202; BACIGALUPO, Lineamientos cit., p. 124, cf. FRANCISCO A.TOLEDO, ob. cit., p.63.
- 28 - Der. Penal cit., p. 292.
- 29 - Cf. WELZEL, Der. Penal cit., p.294/295; WESSELS, ob. cit.,p.163;MOURULLO, Der. Penal cit., p.132;MAURACH, Der.Penal cit., vol II, 286; FRAGOSO , Lições cit., - p.252.
- 30 - ob. cit., p. 377.
- 31 - Segundo BACIGALUPO , que sustenta o critério material, cabe ao juiz fixar "o ponto de natureza axiológica e equivalência de uma ação com uma omissão aos efeitos do tipo de um delito concreto", Monografia cit. , p.110, "deduzida da ordem jurídica em sua totalidade", Idem p.124; cf. WESSELS, ob. cit. p.163;MOURULLO, D.Penal cit., p. 312; BACIGALUPO, Lineamientos - cit., p.159 e Monog. cit., p.116/125; sobre as fontes da Posição de Garantidor, cf. FILIPO SGUBBI, Respon-

sabilitã Penale per Cresso Impedimento dell'Evento, Cedam, Pãdua, 1975, p.187 e segs.

32 - Cf. o excelente artigo de BACIGALUPO, Conducta Precedente y Posición de Garante en el Derecho Penal, in Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofia del Derecho en Homenaje al Prof. J. de ASUA, Lã. Pannedille, B.Aires, 1970, p.105/121.

33 - Delitos Improprios cit., p. 122.

34 - Cf. BETTIOL, ob. cit., p. 314; MEZGLER, ob.cit., vol. I, p. 246; SAUER, ob.cit., p.153; BAUMANN, ob.cit., p.147; MAURACH, ob.cit., vol.II , p.285; FRAGOSO, Lições cit., P.Ceral, p. 253; VANINI, Monografia cit., p.141 ensina "Nei reati commissivi mediante omissione l'unica antiggiuridicitã è l'antigiuridicitã penale; cf. BACIGALUPO, em posição diversa a do texto: " o mandado de omissão tem por objeto a mesma função de defesa de um bem jurídico. O que difere é a posição do autor" cf. Delitos Improprios de Omission cit., p. 90 e seg.

35 - Liniamientos, cit. p. 293.

36 - Ob. cit., vol. I, p. 300; cf. também FRAGOSO, Lições cit., p. 253; Na França , sempre atenta às liberdades individuais, não se admite, como lembram

POLITOFF, GRISOLIA e BUSTOS, citando EMILE GARÇON, HENE GARRAUD, ROGER MERLE, ANDRE MERLE, DONNEDIEU DE VILRES e GEORGE VIDAL, com diversas justificações, homicídio praticado por omissão. Mesmo em relação a "L'Omission de Porter Secours" eles se mostram amedrontados: "La liberté individuelle est la base traditionnelle de notre législation: gardons-nous d'y apporter des restrictions qu'une impérieuse nécessité ne commanderait point. C'est, dit MERLIN, le plus grand des biens, celui dont l'homme est le plus jaloux. Cette nécessité existe-t-elle? Nous ne l'apercevons pas. C'est plutôt la mise en oeuvre d'une conception autocritique, combinée à une manifestation de sentimentalité, qui a déterminé l'introduction de l'obligation de porter secours dans quelques législations. Et cette innovation aboutit à une intrusion profonde dans le domaine de la morale et de la conscience, intrusion qui risque de devenir dangereuse, sinon intolérable. Il ne faut pas que la loi entre dans pareille voie. La mission du législateur criminel est d'assurer la protection des citoyens contre les actes qui troublent l'ordre social; il ne doit pas se transformer en directeur de conscience; il ne possède, d'ailleurs, pas les aptitudes necessari

res a l'exercice de cette délicate mission. Recueil Sirey, Paris, 1951, p. 19; cf . ainda, na p. 20 da ob. cit., as lições de BOUZAT e MAGNOL:

37 - ob. cit., vol. II, p. 288

38 - Idem p. 288

39 - Cf. art. 135 - C. Penal Brasileiro

40 - Veja-se a lição de SGUBBI: "Alla visione di una società di soggetti giuridicamente e formalmente eguali, in cui il bene comune si realizza automaticamente oggettivamente, per il solo fatto che ciascuno dei consociati persegue il proprio individuale interesse materiale, si sostituisce una visione di società como "comunità", in cui il bene comune deve essere perseguito e realizzato da ciascuno in base al proprio ruolo ed alla propria posizione sociale, ob. cit., p. 41.

41 - Eduardo Novoa Monreal, La evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo - Ed. Jurídica Caracas, 1977, p. 34-35, ensina: Hemos sostenido que el abandono del modelo individualista en el sistema de organización social y la gradual asimilación por este de nuevos valores, tales como la solidaridad y la intervención reguladora del Estado en

atividades sociais, especialmente de índole económica, imponen a los ciudadanos una actitud jurídica nueva en la que, aparte de los derechos subjetivos como objeto de protección, aparecen también las obligaciones de los individuos hacia la comunidad humana de que forman parte; esto es, surgen los que hoy día llaman los deberes sociales. Todo esto ha de traer consigo un aumento de los delitos de omisión, poco abundante en regímenes individualistas, a los que solo interesa proteger los derechos de los individuos".

42 - Tratado cit., p. 363/364; no Brasil, opina pelo alargamento da posição de garantidor, EVERARDO DA CUNHA LUNA, Causalidade na Omissão do Anteprojecto do Código Penal, RCBDF., nº 6, 1964, p. 57; TOBIAS BARRETO, ensinava no século passado: "Mas também me parece inquestionável que seria difícil de conservar-se num certo pé de ordem e tranquilidade de uma sociedade, onde fatos de semelhante natureza tivessem por único óbice, ou por correctivo único a voz da consciência moral, que é relativa as individualidades segundo a educação, o seu temperamento e suas paixões habituais".

43 - Lições cit., P. Geral p. 253 e RCBDF cit., p. 58

44 - Teoria de los Delitos de Omisión, Ed. Reus. Madrid 1915., p. 83. Anteriormente ele já afirmara: "Co-

mo es posible que el Derecho Penal pueda considerarse como fuera de su esfera de acción - del minimum ético el acto negativo de no salvar a un desgraciado que se ahoga, cuando bastaría para impelido extender el brazo "ob,cit.,p.75. Quanto as peculiaridades de TEJERINA na classificação dos "crimes comissivos por omissão "cf. MOURULO, Monografia cit. p. 108,109.

45 - Ob. cit. p. 163

46 - Supra Capítulo 1.

47 - Podemos resumir a posição de GLASER: A ação anterior do agente será a causa do resultado nos crimes comissivos por omissão. GLASER distingue duas categorias de crimes omissivos: a obrigação de impedir um resultado e colocação de uma condição favorável ao resultado lesivo, o que atualmente chamamos de conduta precedente perigosa. Daí a necessidade de intervir para evitar o resultado. "Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht", 1858, vol. I, p. 289 e segs. apud ANTOLISEI, II Rapporto cit., p. 142, Veja crítica a esta colocação a p. 143 da monografia de ANTOLISEI citada e FRAGOSO, Conduta Punível cit., p. 45, ou seja o dolo deve ser contemporâneo à ação.

48 - O pensamento de MERKEL é análogo ao de GLASER. Segundo MERKEL: "La causa del resultado o even-

to en estos delitos debe verse, no en la omisión en si misma, sino en la conducta activa del sujeto, con inclusión de las propiedades que han hecho su aparición como efecto de ella. Un no hacer, una inacción no puede, por su propia índole, producir ningún efecto; los efectos presuponen alguien que obre, y este alguien es imposible encontrarlo, igual en la esfera del obrar humano como en la de los fenómenos físicos ó mecánicos, en fuerzas que no existen, ó que, existiendo, no se ponen en actividad", (grifamos), Derecho Penal, trad., B. Dorado. , La España Moderna, Madrid, s/d, tomo I, p. 163/164.

49 - BINDING, foi outro autor que tentou demonstrar a causalidade da omissão com a teoria da interferência, delineada por VON BURI, segundo ANTON LISI, monografia cit., p. 142. É este o pensar de BINDING na transcrição de MEZGER: "una acción previa engendra la necesidad de actuar posteriormente, la omisión ha de considerarse sólo como un miembro en la ejecución de la acción prohibida, la "acción previa" por mitad impide y por mitad promueve el peligro y conduce de esta suerte a "la aceptación de la garantía"; pero en el momento decisivo el suje

to que ha tomado sobre si la función garantidora no actua voluntariamente en tal sentido;por tanto, "solo el no detener la causalidad pusta ya en marcha por el proprio suje - to hace posible la causación por la llamada o misión", Die Normen und ihre Übertretungen,II , p. 546 e segs. apud MEZGER, Tratado cit ., tomo I, p. 287; A crítica que se dirige habitualmente a esta teoria é que ela não cobre os ilícitos praticados com culpa inconsciente; cf. ANTOLISEI , Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale, Ed. Torino, 1960,p.133 /155, expõe as diversas teorias sobre a causalidade da omissão e a p. 222 exterioriza seu entendimento pessoal sobre a matéria.

50 - Tratado cit., vol.II.,p. 271 .

51 - Idem.

52 - Il Principio di Causalità nel Codice Penale , Dott Ed. , Napole s/d., p. 41.

53 - Ob. cit., p. 37; cf.V.LISZT, Tratado cit., p . 318/319.

54 - Esta é a posição de HAGLER, KAUFMANN, E. WOLFF e BACIGALUPO, citados por este in Delitos Im proprios cit., p., 78,cf. SPASARI, ob.cit.,p. 75,79; cf. WESSELS, ob. cit. p. 162.

- 54 A - MAURACH ensina que deve ser usada a teoria da adequação para aferir-se a provável causalidade, Tratado, cit., vol. II, p. 274.
- 55 - Do Nexo Causal, Saravia, S.P. 1964 , p. 135.
- 56 - Monografia cit., p.57; cf. também, DACIGALUPO Monog. cit., p. 78 e Lineamientos, p. 64.
- 57 - -Idem.
- 58 - -Idem, p. 60
- 59 - DIAZ PALOS, Fernando, La causalidad Material en el Delito, Bosch, Barcelona, 1954, p.80.
- 60 - - MASSIMO PUNZO, Il Problema della Causalità Materiale, Cedam, Padova , 1951 , p. 74 .
- 61 - - Idem, nota 60, p 74/75 .
- 62 - - PONZ DE LEON, La Causalità dell'Omissione nel Sistema Penale, Giuffrè, Milano, 1964 , p. 39.
- 63 - - Idem, nota 62 , p. 41 .
- 64 - - Cf. MEZGER, Derecho Penal, P.General, Libro Estudio, trad. 6a. Ed.Alemã por CONRAD FINZI e RICARDO NUNES, E.B.A., B.Aires, 1953 , p.121 e Tratado Derecho Penal, cit., 2a.ed.

TOMO I, p.283 e segs; cf. GRAF ZU DOHNA, La Es -
 tructura cit., p.30, WELZEL admite na omissão
 apenas uma finalidade potencial , com o que con -
 corda KAUFMANN apesar deste aceitar a causalida -
 de das condições negativas; cf. PACIGALUPO, Mo -
 nog. cit., p. 79, cf; ainda, BONINI, ob.cit., p.
 79, no sentido de que a causalidade é uma cri -
 ação da lei: DALL'ORA, ob.cit., p.137, : "Il diri -
 tto può interpretare la causalità non può cre -
 arla": SPASARI, Monog . cit., p.170, ensina que
 a causalidade na omissão não se resolve exclu -
 sivamente em questão da relevância jurídica; cf.
 CURY, Orientación cit., p.303 e FRAGOSO , Condu -
 ta Punível, p. 47.

65 - Cf. Cap. II - 1. Consulte-se sobre o dolo na o -
 missão o art. 94 do Código Civil Brasileiro. Os
 artigos 471 e 472 do Projeto de Teixeira de
 Freitas dispunham sobre a omissão dolosa.

66 - Cf., SPASARI, ob. cit., p.137,; cf. BONINI, ob. -
 cit. p.125 ; Diversamente, com a doutrina tradi -
 cional WESSELS. Para ele: "O omitir-se doloso é
 a decisão entre a inatividade e o fazer possí -
 vel. O objeto do dolo nos delitos omissivos é a
 totalidade dos elementos que preenchem o tipo -
 objetivo incluindo as circunstâncias fundamenta

doras do dever de garantidor", *ob.cit.* ,p.166

67 - BACIGALUPO , *Lineamientos cit.*, p.166 e exten
samente em *Delitos Improprios cit.*, p.125/128.

68 - WELZEL, *Derecho Penal cit.*, p. 291

69 - *Ob.*, *cit.*, p.161

70 - *Of. ZAFFARONI, ob.*, *cit.* 386

71 - "Los delitos de comisión por omisión, son deli-
tos, a mi juicio, siempre dolosos, es decir, ex-
traordinariamente graves. Esta distinción no -
la veo suficientemente subrayada, considerán-
do que hay una grand fuente de la responsabi-
lidad culposa que consiste en omisiones, negli-
gencia y falta de cuidado. Cuándo una omisión
es un delito de comisión por omisión? A mi ju-
icio, la figura de la comisión por omisión ti-
ene un elemento constitutivo en el tipo, que ha-
ce incompatible su aplicabilidad culposa". *Ac -*
tas da segunda sessão, 20.10.1965, in Código -
Penal Tipo para Latino América, P.Geral, tomo -
II, vol, I, p.101; cf. BACIGALUPO, Delitos Improp-
prios cit., p.71.

72 - *Cf. WELZEL, Der.Penal, cit.*, p.307, ; *cf. PRAGOSO,*
Lições cit., *P.Geral, p.257, ; MOURULLO, afir -*
ma que a jurisprudência espanhola admite a o -

omissão imprópria culposa. cf. Der. Penal cit. p.314.
A jurisprudência brasileira também a aceita; cf.R.D.P.
nº 13, 14,p. 138 e segs. comentários à Ap. Criminal
8848, 1a. Câmara, Trib. Alçada GB.

- 73 - Cf. WELZEL. Der. Penal cit., p. 285 e BACIGALUPO, Li-
neamientos cit., p. 166.
- 74 - Ob. cit., p. 390.
- 75 - Direito Penal, cit., vol I, p. 239.
- 76 - Conducta Precedente y Posición de Garante in Proble-
mas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofia
del Derecho en Homenaje al Prof. Luiz J. de ASUA ,
Ed. Pannedille, 1970, B. Aires, p. 109; VANINI na Mo-
nografia cit., p. 143 fala de quem permanece inativo
por erro; sobre a culpa na omissão cf. WOLFGANG SCHÖNE,
"Ação, Omissão e Conduta", a ser publicada na Rev.Dir.
Penal.; JUAN BUSTOS RAMYRES, Culpa Y Finalidad, Ed.
Juridica de Chile, 1967, p. 45; El Delito Imprudente,
Jaime M. Goti, Astrea Ed., B. Aires, 1972, p.68 e segs.
- 77 - Por tratar-se de tipo aberto FRAGOSO lembra que nos
Crimes Comissivos por Omissão a ilicitude deve ser posi-
tivamente determinada através da demonstração de que
houve contrariedade ao dever, Lições, p. 258.
- 78 - GLADYS N. ROMERO, Constitue el Deber de Garantia en
los Delitos Impropios de Omisión um Elemento del Ti

po o de Antijuridicidade, in Jornadas Int. de Dere -
cho Penal Argentino, B.Aires, 1973, p. 112; eis a
lição de KAUFMANN, "El tipo se corresponde solamente
con la materia de la norma, no con el objeto de -
la norma, los elementos de la autoria, quedan fue -
ra del tipo", apud BACIGALUPO, Delitos Improprios cit., p.
101; criticamente BACIGALUPO, p. 102 e especialmente p.
103.

79 - Der. Penal cit., p. 302; Veja-se a posição de NA -
GLER, GALLAS, in GLADYS N. ROMERO, artigo cit.; cf.
BACIGALUPO, Delitos Improprios cit., p. 103.

80 - Tratado cit., vol II, p. 281

81 - Lições cit., P. Geral, p. 255.

92 - La posición de garante, en consecuencia, debe ser co -
nocida por el autor, mientras que el deber de garan -
tía sólo requiere la posibilidad de ese conocimien -
to", BACIGALUPO, Mono. cit., p. 103; sobre a situação
jurisprudencial alemã, cf. WELZEL, Der. Penal cit. p.
302 e 303; ZAFFARONI, ob. cit., p. 386.

93 - Cf. FRANCISCO A. TOLEDO, ob. cit., p. 63, 106; WUNDERL, -
Tratado cit., p. 294; BLESSLS ensina que " a exculpa -
bilidade do erro deve ser aqui (na omissão) afirmada,
porém, mais cedo do que em caso de lesão do bem jurí -
dico através de fazer ativo", ob. cit., p. 168.

94 - Sobre a peculiaridade da inculabilidade na omissão in

própria, cf. WELZEL, *Dir. Penal*, cit. p.304.

- 85 - Cz. ZAFFARONI, *ob.cit.* p.689. Na doutrina brasileira, a matéria é pacífica quanto a admissibilidade da tentativa da comissão imprópria, apesar do paupér - rimo tratamento a ela dispensado. COSTA E SILVA, *Comentários ao Código Penal*, p. 69,; HUNGRIA, *Comentários cit.*, vol. I, Tomo II, p. 87,; ANIBAL BRUNO, *Dir. Penal*, cit., P.Geral, vol II, p.243,; FRAGOSO, *Lições cit.*, P.Geral, p. 258; MAGALHÃES NORONHA, *Dir.Penal cit.*, p.131, FREDERICO MARQUES, *Tratado Dir. Penal - cit.*, vol II, p. 287; DALASIO DE JESUS, *Dir. Penal - cit.*, p.308; sobre os que versaram a matéria da tentativa monograficamente, cf., SCARAMO, *La Tentativa*, p.299 e PETROCELLI, *II Bellitto Tentato*, p.50.
- 86 - *Ob. cit.*, p. 169
- 87 - *Tratado cit.*, vol II, p.183
- 87A - VANINI, I *Reati Commissivi cit.*, p. 172, "Nei reati commissivi mediante omissione ricorre la forma del tentativo nelle sue due specie di tentativo vero e proprio e di reato mancato", o qual entende não ser aqui "ammissibile l'ipotesi del ravvedimento atteso",La desistenza voluntaria à possibile, "p.174, - cf. ainda p. 175.
- 88 - Cf. MACIGALUPO, *Delitos improprios cit.*, p.153 e CA - RACCIOLI *ob. cit.* p.175
- 89 - MOURULLO, *La Omisión de Socorro*, cit., p. 279 e segs.

- 90 - Cf. ZAFFARONI, ob.cit., p.689.
- 91 - Cf. BACIGALUPO, Delitos Impropios, p.154, ele en sina que "Tal lesi3n del deber comienza, por tanto, alli donde la no ejecuci3n de una acci3n da lugar o aumante el peligro, para lo cual tambi3n aqu3 , en los casos de tentativa inid3nca, es decisiva la representaci3n del autor".
- 92 - Derecho Penal cit., p. 305; cf. nota 76 , cap. II
- 93 - Derecho Penal., p.305;sobre a discuss3o cf. nossa an3lise sobre omiss3o pr3pria, Cap II. 4.
- 94 - CARACCIOLI , ob.cit., p. 149; Na tradu3o de MAURACH, que consultamos, ARIEL, Parcelnoa,1962, ele se refere apenas 3 "dolosa demora de evitar o resultado", sem especificar o momento da a3o devi - da, Tratado, cit., p. 183.
- 95 - CARACCIOLI, ob. cit., p. 149.Como lembra Carac - cioli, " a jurisprud3ncia alem3 orienta-se no sentido de dar relevo ao primeiro momento no qual o o mitente se subtrai ao comando de agir", ob.cit. - p. 150. At3n3o ao exemplo de Caraccioli a p.50. Afirma CURY que face a dificuldade de estabele - cer o "momento eficaz de agir a tentativa de omis - s3o n3o 3 configurada pelos Tribunais chilenos", ob.cit.
- 96 - Ob. cit., p. 170
- 97 - Idem, p. 96.

- 98 - Delitos Improprios cit., p. 155
- 99 - Iden, p. 156
- 100 - SÓ FRAGOSO se refere ao momento de agir, e brevemente. Lições cit., P.Geral. ; p.. 258.
- 101 - Apud ASÚA, Tratado cit., vol VII, p. 885 .
- 102 - ASÚA, Tratado cit., vol VII, p. 885 ; sobre a particular posição assumida por ROXIN, cf. CARACCIOLI , especialmente a distinção entre atos preparatórios e de execução na omissão imprópria, ob. cit., p.205/206 ; no referido autor se pode também colher a opinião de ANDROULAKIS , MAIHOFFER, SCHMIDHAUSER , KAUFMANN, GRUENWALD e BACIGALUPO; opinião de CARACCIOLI, p. 208; sobre a possibilidade da tentativa inacabada cf. argumentos anteriormente expostos, cap.II, 5 ; quanto a maior severidade na tentativa de omissão imprópria do que na omissão própria, cf. CARACCIOLI , p. 171.
- 103 - Cf. cap. II. 5
- 104 - Delitos Improprios cit. p. 139
- 105 - Ob. cit., p . 651.
- 106 - Apud BACIGALUPO , Delitos Improprios cit., p . 134/135.
- 107 - Derecho Penal, cit. p. 284
- 108 - Lineamientos, cit., p. 309
- 109 - Delitos improprios cit., p.143
- 110 - Lições cit., p. 254

- 111 - Concurso de Agentes cit., p. 64.
- 112 - Delitos Improprios cit., p. 142 ; cf. também NILO BATISTA, ob. cit., p. 65
- 113 - Apud Delitos Improprios cit., p. 142,; também ZAFFARONI, ob. cit., p. 651.
- 114 - Apud ENCIGALUPO, Delitos Improprios, p. 137.
- 115 - Idem, p. 142
- 116 - Monografia cit., p. 155,, sobre a matéria no Direito Penal italiano, cf., ainda, Lições de CARRARA e outros autores citados na nota 2 de p.158.
- 117 - Entre nós FRAGOSO, Lições cit., P.Geral, p251 e NILO BATISTA, Monografia, cit., p. 65 e seqs.
- 118 - MAURACH, ob. cit. vol: II, p. 327; CURI , Lineamentos cit., p. 309;
- 119 - Delitos Improprios cit., p. 144
- 120 - Cf. ANDREUCCI, Coação Irresistível por violência , p. 10/11;
- 121 - Delitos Impróprios cit., p. 143. Entre nos sustenta este entendimento NILO BATISTA, ob., cit., p.66, fundamentando-o no domínio do fato, opinando, todavia,, pela impunidade daquele que age sem qualquer qualificação especial. Alguns autores admitem autoria - mediata como já assinalamos.
- 122 - Sobre a matéria na doutrina brasileira e em posição diversa, cf. criticamente NILO BATISTA, ob.cit. p.

- 131 e segs. A respeito de participação omissiva em crimes comissivos, cf., entre nós LLIRIA , Autoria e Participação cit., p. 223/225; DAMASIO DE JESUS , Da Co-Delinquencia em face do Novo Código Penal, p. 87, BACIGALUPO , Delitos Improprios cit., p. 134/135; CUNHA, ob. cit, p. 300; ZAFFARONI, admite cumplicidade por omissão, cf. ob.cit., p.660; também WESSELS a admite para quem tem o especial dever de impedir o resultado, ob. cit., p. 129
- 123 - ob. cit. p. 124 - , " L'Obbligo di Impedire L'Evento , in ANTOLISEI, Francesco, Scritti di Diritto Penale, Milano, Giuffrè Ed. 1955, p. 293.
- 124 - Cf. BACIGALUPO, Delitos Improprios cit. p.152 -
- 125 - Apud BACIGALUPO Delitos Improprios, cit. 152.
- 126 - cf. NILO BATISTA, Concurso Agentes cit. p. 71.
- 127 - cf. BACIGALUPO, ob. cit, p. 145
- WESSEL Derecho Penal cit. p. 305
- 128 - cf. ob. cit. p. 67 ; cf críticas a esta posição em BACIGALUPO, Delitos Improprios cit. , p. 145 e NILO BATISTA, Concurso Agentes cit., p. 67; o qual segue a orientação do mestre argentino.
- 129 - cf. NILO BATISTA ob.cit. 58 e 60, BACIGALUPO - Delitos Improprios, p. 145.
- 130 - Derecho Penal cit. p. 284 - A lição de WESSEL a

respeito da restrição de imposição de pena nos delitos especiais é muito conhecida - idem p.163 . NILO BATISTA opina no mesmo sentido apesar de haver sustentado que o não obrigado que impediu por via física a ação do garantidor será autor do homicídio na forma comissiva ob. cit., p. 68.....

131 - Neste sentido BACIGALUPO Delitos Improprios cit , p. 150.

132 - cf. CRDEIG, Autor e Cumplice cit., p. 300; LOCKEL MANN admite instigação em delitos de mão própria e especiais, ob. cit., p. 32; MELZEL, Derecho Penal cit., p. 69; ROXIN, Sobre la Autoria y Participación en el Derecho Penal, in Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Professor L. Jimenez de ASUA, Ed. Panedille , B.A. p. 69.

133 - Apud , BACIGALUPO, Delitos Improprios, cit. p. - 149.

134 - Cf. BACIGALUPO, Delitos Improprios, cit., p. 149.

135 - Lineamientos cit.p. 124. Do mesmo autor cf. La noção de Autor en El C. Penal p. 53,54 quando trata dos delitos de mão própria preocupando-se com conceito extensivo de autor. De forma identica Nilo Batista ob. cit., como ja assinalamos. Sobre o problema consulte-se ainda: "El sistema del derecho Penal en la Actualidade in Jornadas Int. Derecho Penal Argentino p. 189 especialmente Repercussion del finalismo en la teoria de la partici

pacion p. 129. Ordeig. Cf. art. cit. Roxin in Est. Homenaje Prof. Asua p. 55 e seg.

136 - Cf. Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte General, Ed. Jurídica do Chile, Tomo II, vol. I, p. 432 e seg.

137 - Cf. Mourulo monografia cit. p. 297. Cf. Frederico Marques, Tratado Direito Penal cit., Vol. II, p. 306

138 - Cf. Mourullo, Monografia cit. p. 297.

CAPÍTULO IV - TOBIAS BARRETO E A DOCTRINA BRASILEIRA DE SEU TEMPO

O Código Criminal do Império, ao estabelecer o conceito de crime, no parágrafo 1º de seu artº 2º fez menção expressa a omissão, verbis: "Julgar-se-á crime ou delito: § 1. "Toda a ação ou omissão voluntária contraria as leis penais". Esta referência legislativa de pouco valeu para a doutrina. Poucos autores e quase sempre rapidamente, se importaram com a omissão. Outros passaram pelo dispositivo legal ignorando as questões relacionadas à inércia voluntária legalmente equiparada ao fazer positivo, ativo.

MENDES DA CUNHA (1) foi asperamente criticado por TOBIAS BARRETO (2) em razão de não ter dado ao tema a atenção devida. Em suas páginas "vasias de idéias" revelou "pelo modo por que encarou a questão não ter dela nem sequer um leve pressentimento" (3). Realmente MENDES DA CUNHA não se apercebeu da riqueza do instituto da omissão preocupado que estava pela exteriorização da vontade através da conduta comissiva. Duvidava o mestre que o mencionado art. 2º alcançasse a inércia dos que "podendo, não obstão a perpetração de algum delicto", segundo a antiga máxima proverbial: qui non vetat peccare.... jubet" (4). Prossequindo esclarecia: "Longe de nós a pretensão de suprir com uma interpretação j daíça a investigação leal do espírito da lei; mas podemos afirmar sem hesi-

tação, que esta sorte de omissão não se contém, nem nos termos, nem no espírito do nosso artigo; porque bem que o concurso negativo da indiferença seja um delito moral, segundo o proverbio citado, e a eloquente expressão de Cicero, o nosso artigo não fala da omissão contrária aos atos; mas a lei, isto é, não aos atos puníveis de outrem, mas a lei punitiva de todos. A lei só não quer, que se faça aquilo, que ela proíbe, ou se deixe de fazer aquilo, que ela prescreve". O angulo de análise agora se volta para a cumplicidade, por omissão: "Não há entre nós, senão a cumplicidade direta, art. 59, e a cumplicidade direta, moral ou física, e sempre positiva, logo a cumplicidade moral da indiferença está fora da letra e do espírito da omissão contraria a lei". Proverbialmente conclue o parágrafo: "O legislador perderia com o excesso da vigilância o que poderia ganhar com o correctivo da indiferença" (6)

Estas lições são de 1851. Na exegese do mencionado art. 29 do Código Imperial feita por THOMAZ ALVES JUNIOR (7), Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1864, quase nada se encontrará a respeito da omissão. O autor, de passagem, apenas contesta a opinião de FERRÃO, que comentando o art. 19 do Código Penal Português criticava haver nosso legislador conceituado o delito através de definição abstrata da "justiça moral" (8).

Dois anos depois, BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA, lente em Recife, ainda que de forma superficial, como

lembra FREDERICO MARQUES (9), dedica-se à matéria sem a rapidez e brevidade observada em THOMAZ ALVES JR. Em BRAZ FLORENTINO omissão " é ato negativo que consiste em abster-se, omitir, deixar de fazer" (10). Como os danos podem ser praticados tanto por ação como por omissão, a lei penal é imperativa ou proibitiva. Mostra o autor que o "dever de empregarmos nossa atividade no serviço ou em socorro dos outros, bem que largamente compreendido no número dos deveres morais não existe como obrigação de direito, como dever juridicamente exigível pela coação, senão em situações, e em razão de certos motivos particulares" (11). Como consequência, as leis penais "proibitivas são muito mais numerosas do que as imperativas, e os delitos de ação muito mais frequentes e variados que os de omissão" (12). Citando MENDES DA CUNHA (13) ele questiona se, caso considerada a regra do art. 2º do Código Criminal de 1830, seriam puníveis os que não evitassem, podendo, a prática de um delito. Segundo sua opinião nossa legislação Criminal do Império em nenhum de seus artigos incrimina tal conduta, sendo evidente, afirmava ele acatando ensinamento de MENDES DA CUNHA, que nosso artigo trata da "omissão relativa aos atos puníveis de outros, mas à lei punitiva de todos" (14). O que fica inerte frente à ação delitosa de outrem deveria, segundo o mestre, ser responsabilizado por "delito acessório" ou seja cúmplice nos termos do art. 5º (15). Para BRAZ FLORENTINO a omissão criminosa é a contrária apenas à lei penal " e

não a uma lei qualquer" já que "há muitas ações e omissões que são punidas pela lei civil e que não podem constituir delitos propriamente ditos" (16). Lembra o mesmo autor que o legislador penal no art. 310 Código Penal de 1830 - excetuou "as ações e omissões que não são puramente criminais" (17)

Em 1876 aparece a obra de ARAUJO FILGUEIRAS JUNIOR. Ao tratar do art. 2º do Código que anotava, nenhuma referência fez à omissão, preocupando-se tão somente com a tentativa. (18) Outro comentador da legislação imperial, FRANCISCO LUIZ, nada trará de novo ao estudo da omissão. Da mesma forma que as ações, as omissões para que sejam puníveis necessitam de dois requisitos: sejam "voluntárias" e "contrárias às leis Penais". (19).

Havendo escrito dois anos após ser publicado os "delitos por omissão" de TOBIAS BARRETO, J. AUGUSTO CAMARGO não colheu seus frutos. (20) Ensina CAMARGO ser a lei penal "probitiva ou imperativa: "probitiva, quando proíbe certos atos, certo procedimento; imperativas, quando exige que o homem em relação a seus semelhantes. Ratique certos e determinados atos" (21). Quando alguém, em desprezo a lei "não faz o que esta ordena, e conserva-se em inação, pondo-se em um estado negativo, se diz que ele comete o delito de inação ou omissão" (22). O mesmo autor, a seguir se refere à infanticídio por omissão. (23).

Podemos acrescentar com BERNARDINO GONZAGA (24) dois outros autores que "nenhuma atenção concederam " ao tema: PAULA RAMOS JUNIOR e CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO.

Ao conselheiro VICENTE ALVES DE PAULA PESSOA, também de pouco valeu a expressa referência de legislação do império à omissão. Dedicando-se à exegese do § 1º do art. 2º já mencionado, o autor não se referiu à omissão. Somente ao estudar o crime de infanticídio, admitiu PAULA PESSOA a modalidade omissiva caso "se provasse que a mãe se absteve de dar os seus cuidados com a intenção detida de fazer perecer assim o seu filho" (25)

Positivamente os frutos do trabalho de TOBIAS começam a ser colhidos cinco anos após a publicação do estudo sobre crimes omissivos. O positivista JOÃO VIEIRA DE ARAUJO também lente na Faculdade de Direito de Recife, dedica-se ao tema em dez longas páginas, consignando ser digno de "atenta leitura e seria meditação" o estudo de Tobias sobre omissão, no qual o "ilustre autor tratou o assunto como especialista na matéria". (26).

JOÃO VIEIRA, que já confessara no prefácio da obra citada seguir os mestres do Direito Penal Italiano "pela impossibilidade pessoal de consultar os seus rivais alemães", valeu-se, além de TOBIAS, de ORTOLAN, HAUS e PESSINA.

Os ensinamentos de ORTOLAN foram analisados deti-

damente, concluindo JOÃO VIEIRA por afirmar que as considerações por ele feitas "não dão idéia clara do problema; por que além dos crimes omissivos e comissivos, nós podemos cogitar da dos comissivos praticados por omissão" (27), reconhecendo que ORTOLAN "vai muito adiante de outros criminalistas" (28). E continua JOÃO VIEIRA: "é uma questão importantíssima no direito criminal, a de indagar como alguém por sua inação pode tornar-se causa de um sucesso positivo e determinado - ou por outra, em que limites a responsabilidade criminal de um ato pode estender-se a terceiro por causa da omissão deste levando-se em conta sob tal aspecto o fato doloso ou culposo do não impedimento de um crime perpetrado por outrem" (29) Preocupando-se com a causalidade, faz outra colocação digna de nota: "O crime é um fato exterior ocasionando por um ato do homem. Entre o crime e a vontade há uma relação de causa a efeito. Desde que isto se admite e o fenômeno criminoso como efeito de um fazer ou deixar de fazer da parte do indivíduo, pode-se perguntar em que limite a omissão de um indivíduo pode ter influência em uma ação criminoso" (30). Já havendo demonstrado interesse pelos crimes "comissivos por omissão", volta o nosso autor de Projeto de Código Penal a questionar: "Nós temos a ação e a omissão como formas de crime - de uma violação das leis penais. É possível porém, uma omissão que de lugar a produção do fenômeno criminoso como ação. O crime tem seus caracteres próprios. É possível que por um não fazer se possa ser causa ou co-participante"

um crime? (31).

Caminhando pela solução de tais problemas, JOÃO VIEIRA critica Ortolan por elastecer a "esfera das obrigações ad-faciendum sem limitá-la à lei, ao contrato e às relações de parentesco" (32). Ao final ensina o mestre pátrio ser possível fundamentar-se teoricamente a omissão, englobando-se-lhe a forma comissiva por omissão. Esta última forma de realização de crime "em vez de gratuitas são muito realizáveis", daí sua "razão de alta conveniência social" (33).

Passa JOÃO VIEIRA a preocupar-se, fundando no exemplo de Ortolan, com a hipótese que considerou ser de "cumplicidade de delito comissivo praticado pela omissão" seguindo solução idêntica a de TOBIAS BARRETO. O exemplo de ORTOLAN é o seguinte: "Um homem vê uma pessoa dispor-se a levar aos lábios uma bebida que ele sabe estar envenenada e é mortal: estranho à preparação de tal bebida, ao desígnio criminoso ou ao acidente que o põs ao alcance daquele que vai tomá-la e a todos os fatos relativos, ele deixa de prevenir a vítima e o desgraçado se envenena e morre" (34). Partindo deste caso JOÃO VIEIRA formula situação um pouco diversa ou seja, a daquele que inerte assiste terceiro beber algo, por ele previamente envenenado para outra pessoa. Caso advenha resultado de lesão, o envenenador é autor, na solução incensurável de JOÃO VIEIRA. O mandato, tema tão caro a TOBIAS BARRETO, foi também lembrado por JOÃO VIEIRA

abstenção do mandatário hábil a evitar a prática do crime - (35). O mestre pernambucano aqui faz remissão ao célebre artigo de TOBIAS. Finaliza JOÃO VIEIRA seu estudo com a seguinte observação: "Se a nossa lei pune os fatos culposos, não há razão para que se deixem impunes inúmeros fatos dolosos como os de que tratamos" (36).

É deveras significativo, não bastasse a forma expressa como se referiu JOÃO VIEIRA ao trabalho de TOBIAS, haver ele escrito após este, já que, como observamos era tradição entre nós o quase total desconhecimento da matéria. Neste progresso doutrinário inegavelmente TOBIAS toma parte, no mínimo despertando problemas técnicos ausentes da preocupação dos penalistas da época. Em JOÃO VIEIRA, o que há de singular é sua colocação em posição crítica frente aos grandes penalistas europeus. Nosso mestre, autor de um Projecto de Código Penal, não aceita passivamente as opiniões alheias. Discute-as clarificando posições. É uma nova fase do Direito Penal brasileiro que com ele prossegue.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS DO CAPÍTULO IV

- 1 - O Código Penal do Império do Brasil com Observações sobre Alguns de seus Artigos, Recife, 1851, p.9/12
- 2 - Delictos por omissão, in Estudos de Direito, R.J., 1892 p.180 a 201.
- 3 - Idem, p. 189.
- 4 - Ob. cit., nota 1, p.9.
- 5 - Ob. cit., p.10.
- 6 - Ob. cit., p. 11.
- 7 - Anotações Theoricas e Práticas ao Código Criminal, R.J., 1864, tomo I, p. 143/145.
- 8 - O"§ 2º do Projeto do Código dizia: art. 1º: é crime.... § 2º: A omissão de um facto mandado praticar por lei, se esta impuser cominação penal", apud THOMAZ ALVES JR., ob. cit., p. 145.
- 9 - Tratado de Direito Penal, Saraiva, S.P., 1965, p. 49.
- 10- Lições de Direito Criminal, Recife, 2a. ed. 1872, p.33.
- 11- Ob. cit., p. 33/34.
- 12- Ob.cit., p.34.
- 13- Ob.cit., p. 34.
- 14- Ob.cit., p.35.
- 15- Ob. cit., p. 35.

16 - Ob. cit., p. 39.

17 - ~~P. 40~~ Dispunha o artº 310 do Código Criminal do Império "Todas as acções ou omissões que, sendo criminosas pelas leis anteriores, não são como taes consideradas no presente Código, não sujeitarão á pena alguma que já não esteja imposta por sentença, que se tenha tornado irrevogável, ou de que se não conceda revista".

18 - Código Criminal do Império do Brazil Anotado, Rio, 1876, p. 2.

19 - Código Criminal do Império do Brazil Theorica e Practicamente Annotado, Maceio, 1885, Tip. Menezes.

20 - Direito Penal Brasileiro, S.P. Tipografia da Gazeta, 1882.

21 - Ob. cit., p. 23.

22 - Ob. cit., p. 23.

23 - Ob. cit., p. 23.

24 - Respectivamente ob. cit., p. 80, Comentario ao Código Criminal Brasileiro, Rio 1875 e Manual do Código Penal Brasileiro, Rio, 1882.

25 - Código Criminal do Império do Brazil, 2a. ed., 1885, RJ Liv. Popular.

26 - Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escritas sobre o Código Criminal do Império do Brazil, Pernambuco, Tip. do Jornal de Recife, 1884, p. 75.

27 - Ob. cit., p. 72.

28 - Ob. cit., p. 73.

29 - Ob. cit., p. 72.

30 - Ob. cit., p.72.

31 - Ob. cit., p.73.

32 - Ob. cit., p.73.

33 - Ob. cit., p.74.

34 - Ob. cit., p. 71.

35 - Ob. cit., p. 75.

36 - Ob. cit., p. 75.

CAPÍTULO V - ANÁLISE CRÍTICA DOS "DELITOS POR OMISSÃO" - DE TEBRIAS BARRETO.

Inicialmente cremos necessário tecer algumas / considerações tendentes a esclarecer a data em que efetivamente foi escrito o célebre artigo de TOBIAS BARRETO sobre os crimes omissivos.

SILVIO ROMERO, em nota no final do citado ensaio, afirmou ser este um dos "mais antigos escritos de direito devido à pena do autor" (1). TOBIAS BARRETO no corpo do mesmo trabalho referiu-se ao Código Penal dizendo / já estar nosso diploma legislativo com 49 anos de existência. Tratando-se do Código Penal de 1830, como é óbvio, deduzimos que tal artigo foi escrito em 1879, o que será confirmado por SILVIO ROMERO: " em 1879, (TOBIAS) redigiu o periódico " Contra a Hipocrisia " - onde se acha o artigo famoso - " Delitos por Omissão " (2). ARTHUR CRIANCO, no prefácio das Questões Vigentes (3) afirma que ele " já em 1878 tinha escrito, na Província a Jurisprudência da Vida Diária e no Contra a Hipocrisia as brilhantes páginas que mais tarde foram reproduzidas nos " Estudos Alemães " sob o título " Delitos por Omissão ".

Estamos, assim, há um século da data em que foi escrito o precioso estudo. Andava TOBIAS pela casa dos

quarenta anos. No seu acanhado ambiente intelectual, e-
le demonstrará preocupações e insatisfações com relação
à matéria ainda hoje não solucionadas plenamente mesmo
pelas correntes doutrinárias mais modernas e sofisticada-
das. Tenha-se presente que o trabalho de TODIAS - Delit-
tos por Omissão - é anterior à publicação do Tratado de
VON LISZT. Precede-lhe em dois anos. Para melhor situá-
-lo historicamente, podemos lembrar que TODIAS escre-
ve depois de FILANCIERI, ROSSI, CARMIGNANI, ROGLIANO-
SI, CARRARA, dentre outros. Os Italianos, como se sabe,
não são os seus preferidos. Nem os franceses, o que não
impede que, ele cite BENOIT CHAMBERY no estudo de que cui-
damos.

Sua admiração pelos alemães o leva a traba-
lhar com os textos de V. BAR, OSCAR SCHWARZ, FEURDACH, LU-
DEN - a quem por vezes seguiu - BRASER e V. BURI, demons-
trando estar bem atualizado com o que no mundo se pen-
sava em termos de Direito Penal. Estas leituras, sem
sombra de dúvida foram-lhe estimulantes, possibilitan-
do-lhe ferir questões entre nós totalmente desconheci-
das à época.

Antes de iniciarmos propriamente a análise
se dos "Delitos por Omissão", não é demais recapitular
que, no Brasil, ALBERTO DA COSTA em 1951, comatara a

"cumplicidade moral" considerando-a "fora da letra e do espírito da omissão contrária a lei" (4). Por sua vez BRAZ FLORENTINO, em 1872, sete anos antes de TOBIAS, segue o ensinamento daquele (5).

Nada melhor do que isto infelizmente antecede o estudo de TOBIAS.

Começando a análise a que nos propusemos, podemos afirmar que TOBIAS BARRETO de forma muito clara e didática expõe suas opiniões partindo inicialmente de tres casos que formulara. Casos de autoria em crime omissivo. Sua constante inquietação, de pronto observável, é pela lacuna legal que possibilita a impunidade. Co-autoria por omissão, causalidade na omissão, alargamento do dever de agir, cumplicidade e instigação por omissão são alguns dos árduos problemas técnicos enfrentados por TOBIAS. Podemos antecipar que, considerando o desenvolvimento doutrinário de seu tempo, fora do Brasil, TOBIAS nada trouxe de novo. Talvez a solução do Direito Canônico, equiparando a co-autor quem podendo socorrer a outrem não o fizesse (6) o tenha influenciado.

TOBIAS parte do artigo 2 § 19 do Código Criminal Imperial. Os crimes omissivos, segundo o mestre, se "ca

racterizam pela postergação de um mandamento da lei, cuja omissão é ameaçada com pena" (7). O crime será de simples atividade. Sendo o resultado irrelevante, salvo na mensuração da pena. O dogmático seguro não vê nenhuma diferença entre as causas de exculpação e justificação nos crimes omissivos, identificando-as com os praticados por ação. A coação, o medo insuperável são ofertados como exemplos de exculpação, demonstrando a preocupação sistêmica nele rara numa fase em que sabidamente proliferavam "anotadores" e "comentadores" do Código.

Voltando-se para problemas mais delicados TOBIAS questiona "até que ponto, quando uma ação segundo o seu conteúdo positivo, é designada pela Lei como crime, e dominada com a sanção penal, é possível dar-se por um deixar de fazer a responsabilidade de qualquer indivíduo, como autor, co-autor ou cúmplice de tal delito (8). TOBIAS não se conforma com o estreito tratamento concedido por alguns autores como OSCAR SCHWARZ a este "deixar de fazer", visto exclusivamente como forma de participação / por omissão na conduta alheia, classificando-o de insatisfatório e rapidamente vem a justificação - provinciana, aliás -, de seu estudo: "Não é portanto, fora de propósito / discutir entre nós uma matéria, que no mundo superior não teve ainda a última palavra" (9) "Deficiências do nosso

Código "seriam também responsáveis pelas dificuldades que habitualmente cercavam o assunto. O excelente Código de 1830, sempre elogiado entre nós e pelos melhores especialistas estrangeiros, tomado como modelo pelo legislador espanhol (C.P. 1848 e seguintes), daí influenciando a legislação penal latino-americana, para TOBIAS, crítico mordaz e quantas vezes injusto, não passou de "acanhado e mesquinho, como produto intelectual", "obra lacunosa e incompleta" (10). O TOBIAS conservador verá como defeito a cominação da mesma pena ao que tentasse matar "o monarca ou trapentos retirantes" (11). O argumento básico é de que tal solução não se justificava - pois nos crimes contra a honra do Imperador foram cominadas sanções mais graves (12). Mas voltando ao tema , TOBIAS pergunta: "é possível que uma omissão do homem do mesmo modo que sua ação seja causal? Pode haver um nexó de causalidade entre um acontecimento ofensivo ao direito, e uma omissão, ou um deixar de praticar da parte do indivíduo?" (13). Seguindo LUDEN, admite TOBIAS plenamente a causalidade da omissão e segundo diz em resposta à sua colocação a "afirmativa é irrecusável" (14).

A preocupação seguinte é saber quando e em que circunstâncias um comportamento omissivo será considerado causa de um evento "por si só ou co-operativa-

mente" (15). Considerando que a punibilidade da omissão dar-se-á apenas "quando motivos impõem o dever de obrar" consoante o ensinamento de FEUERBACH (16), TOBIAS discorda deste modo de entender a omissão face a "estreiteza de âmbito". Algumas omissões ficariam, a ser assim, de fora do sistema ou cairiam na consideração única dos delitos omissivos propriamente ditos" (17). Vem a debate o infanticídio praticado pela mãe - omissão de atar cordão umbilical advindo hemorragia - vendo TOBIAS a parteira ou assistente como desobrigada de agir no sentido de evitar o resultado. Outros exemplos são usados: o do policial que deixasse de prender em flagrante delito um criminoso. Ele seria punível. Já o particular nenhum crime praticaria. O pai cruel que encarcerasse a filha e não lhe mandasse alimentos seria homicida. O estranho que ciente do fato permanecesse inerte não seria autor de qualquer ilícito penal. Outra vez TOBIAS critica a orientação doutrinária "lacuna e inaceitável": o mestre sergipano pretende alargar o âmbito da responsabilidade penal pelo resultado proveniente da omissão... O delito comissivo "deveria dizer-se comissivo por omissão - "não pode consistir somente no não cumprimento de uma obrigação ad faciendum, e tão pouco pode uma simples relação contratual tornar-se o fundamento da causalidade desses atos" (18). Podemos dizer com HUNGRIA mas retrocedendo temporalmente pois a referência foi feita a COSTA E

SILVA que "já não éramos mais receptáculos passivos de tudo quanto nos vinha do velho mundo" (19), pois apesar de LUDEN vir, prescindindo do dever de agir, em socorro de TOBIAS, este, contudo, demonstrando total independência intelectual, contesta o penalista alemão que pela vez primeira distinguiu os crimes comissivos por omissão (19-A). E fê-lo desta forma: "a teoria deste criminalista ainda é acanhada e pouco satisfatória. Conquanto ele reduzisse com justeza a doutrina dos delitos comissivos por meio de omissão à teoria do nexu causal, todavia não pode chegar as conclusões inteiramente admissíveis, ou porque, como diz V. BAR, lhe faltasse base segura de uma verdadeira teoria da causalidade em matéria criminal ou por qualquer outro motivo que não releva aqui indagar" (20).

Reconheçamos que TOBIAS não foi original. Não foi original porque a crítica a LUDEN, por el feita não foi elaborada com argumentos próprios. TOBIAS o criticou usando ensinamentos de GLASER. Mas este também, embora lhe reconheça os méritos, mereceu censuras do mestre brasileiro: "porquanto este autor, em mais de um ponto identifica as relações de causalidade com as de condicionalidade; e assim demonstra não se achar para ele bem determinado o verdadeiro conceito dos delitos em

questão. Verdade é que ele estabelece um princípio fe -
cundo, cuja aplicação pode ser um meio seguro de chegar
ao termo desconhecido do problema" (21). A lição de
GLASER citada é esta: " Se se busca abstrair o pretendi -
do autor de um crime dado da soma dos fatos, que o cons -
tituem, e mostra-se que não obstante , o resultado apa -
rece, que não obstante a seriação das causas intermediárias
permanece a mesma, então é claro que o ato criminoso ou
a sua imediata consequência, não pode ser posta a con -
ta desse indivíduo"(22). Nova crítica de TOBIAS - "mas -
importa reconhecer que tal prova ainda não é suficien -
te; e o mesmo GLASER confessou que não são raros os ca -
sos, em que ela encontra sérias dificuldades"(23). TO -
BIAS, não apenas disseminava entre nós a dogmática ale -
mã, como se percebe, corrigindo sempre que entendia pre -
ciso as lições dos melhores mestres da matéria. Para -
GLASER como já tivemos oportunidade de observar o ele -
mento físico da omissão identifica-se na ação anterior
do agente, funcionando esta como causa do resultado. A
crítica que basicamente se faz a GLASER, quanto à ine -
xistência do dolo subsequente passou, como seria natural
naquela época, despercebido a TOBIAS. Ele pelo contrá -
rio busca justificar uma solução com o auxílio da figura
do insustentável dolo subsequente o que será examina -
do a seu devido tempo.

Baseado nas lições que citara, parte TOBIAS para esta questão: "o delito comissivo omissivamente perpetrado faz parte do sistema de direito criminal brasileiro? (24). TOBIAS tem plena consciência que o problema "nunca foi conscientemente agitado". Não desconhece MENDES DA CUNHA, mais um a sofrer as suas impiedosas críticas. BRAZ FLORENTINO que escrevera sete anos antes de TOBIAS (1872) e que fora mais explícito do que MENDES DA CUNHA incompreensivelmente não foi citado por TOBIAS. As razões desta conduta ignoram-se. TOBIAS a atualizadíssimo não podia desconhecê-lo, inclusive porque o mesmo era seu colega na Faculdade de Direito de Recife e as "Lições" de BRAZ FLORENTINO foram editadas em Pernambuco seu ambiente geográfico e intelectual. Observada a estranha ausência do autor pátrio no trabalho de TOBIAS prossigamos. Entendendo demonstrado, que a nível teórico e nas praxis judiciária "não é comum entre nós" o conhecimento da omissão lembra TOBIAS haver assistido a julgamentos patrocinado por "defensores tidos em conta de juristas notáveis". Alegou-se, lá a inocência do acusado já que ele no momento da realização do homicídio "não praticara de positivo, mais ao contrário se distinguira pela inação" (25). Com o sarcasmo habitual vem a crítica de TOBIAS: "Quando se lhes opunha que nesta mesma inação, que nesta mesma falta de um ato positi

vo, que no caso teria servido para obstar o morticínio (tratava-se de tal delito) consistia o crime questionado, os bons juristas riam-se com ênfase, como diante de uma extravagância (26). Não é comum aceitar-se entre nós a forma omissiva imprópria, deixa TOBIAS asentado. Ele formula, logo após alguns exemplos, iniciando pela forma de autoria, tudo com o fim de demonstrar sua admissibilidade. Analisemo-los: O 1º exemplo é o seguinte: "A" deposita no seu porta-licor uma garrafa de bebida especialmente preparada para provocar vomitos em "B", velho borracho, que não dispensa ocasião alguma de saborear a santa pinga. Lis chega porém "C", cuja natureza é mui diversa, mas que hoje cedendo a um estranho desejo dirige-se ao porta-licor, e lança não justamente do frasco predestinado. "A" não tem a menor dúvida de que a bebida pode ser fatal a "C", entretanto cala-se de propósito, ainda que de um propósito ocasional, dolus eventualis, e deixa que "C" haura o pernicioso licor" (27). Advém, a morte "o que de certo "A" não tivera em mira, porém devera presumir e evitar" (28). Preocupa-se TOBIAS com o "momento causal" do delito e o encontra na omissão de "A" em evitar que "C" tomasse a bebida. Evidentemente na atualidade encontramos fundamento teórico da solução jurídica na conduta precedente dolosa do onitente ou seja o que causou o perigo se torna encarregado de evitar os danos de-

le provenientes. Transforma-se em garantidor da não -
ocorrência do resultado. Caso não o evitasse, seria -
responsabilizado penalmente na qualidade de autor de
homicídio na forma omissiva imprópria. TOBIAS poderia
oferecer melhor solução. Como se sabe em IEBERSACH não
se encontra, ainda, o fato anterior perigoso como da-
do fundamentador da posição de garantidor. Isto, no en-
tanto, foi enunciado por STURTEL, 51 anos antes de TOBI-
AS escrever seus "Delitos por Omissão," ou seja, STURTEL
falara na conduta precedente pela primeira vez em -
1828 (29). Deixemos consignado, contudo, que até hoje, a
doutrina entende insolúvel o problema da ingerência. A
título de exemplo, REISEL preocupa-se com a sua aplica-
ção aplicando a proibição de regresso de FRANK (30). -
MAURACH ensina ser suficiente apenas uma ação preceden-
te de qualquer natureza criadora do perigo. Sua qualifi-
cação jurídica é irrelevante" contrária ou não ao di-
reito, com ou sem culpa admitindo ele até simples atos
de cortesia, como acompanhar ancião para justificar a
conduta precedente como dado suficiente para transfor-
mar o extraneus em garantidor do bem jurídico (31). A
solução de MAURACH, contudo não é pacífica (32).

O segundo exemplo de TOBIAS é o da ponte de
destruída. Transcreverei-lo para facilitar o entendimen-
to: "11", em viagem para um certo lugar, tem de passar

necessariamente pela porta da casa de "N" que demora à margem de um rio, sobre o qual há uma ponte de trânsito geral e quotidiano. Sucede, porém, que nesse dia a ponte se acha deteriorada e não é transitável, sem perigo. "L" ignora, mas "N" conhece este estado; e não se deixa de advertir o transcurso da catástrofe iminente, como ainda se compraz em assistir o espetáculo dizendo cinicamente: vejamos a queda daquele Camão. Dito e feito: "N" cai da ponte arruinada e quebra uma perna" (33).

Em busca da solução para o caso, começa TOBIAS a salientar aspecto relevantíssimo dos crimes omissivos - ou seja o dever de agir -. Ele conhece e cita a lição de V. DURI, no sentido de ser demasiado exigir-se que qualquer pessoa em condições de evitar o resultado lesivo ao bem jurídico, fique a tal obrigada sob pena de responder criminalmente pelo resultado. TOBIAS não quer igualar o direito às normas éticas. Como ainda hoje não temos solução para o problema, também TODIAS claramente percebeu o perigo de elastecer-se o dever legal de agir. É no entanto atual e plenamente válida a lição do penalista sergipano. : "Mas também me parece inquestionável que seria difícil de conservar-se num certo pe de ordem e tranquilidade uma sociedade, onde fatos de semelhante natureza tivessem por úni

co óbice, ou por corretivo único a voz da consciência moral, que é relativa às individualidades segundo a - educação, o seu temperamento e suas paixões habitu - ais" (34). Veja-se a semelhança desta lição com a lição, posterior, de JIMENEZ DE ASUA (35).

No caso número três, a situação fática é esta: "J" e "L" andam a caçar nas florestas, e não sabem que, à pequena distância deles, acha-se também "P" entregue também ao mesmo entretenimento. Acontece, entretanto, que "J", assestando e disparando a arma contra um veado, ou outro animal bravio, ouve um grito de pessoa estranha, que acaba de ser ferida. "J" e "L" correm ao mesmo lugar e lá encontram "P" banhado em sangue, mas não mortalmente ferido, ainda que impossibilitado de caminhar. "L" reconhece em "P", seu velho inimigo, e não só deixa de prestar qualquer auxílio, como veda que "J" o preste ficando assim "P" abandonado por horas do dia e da noite às influências do ar, que lhe agravam o mal e trazem-lhe a morte (36).

É óbvio que "L" praticou delito comissivo - além da omissão da não prestação de socorro o que será, atualmente tipificado no § 4º do art. 121 do Código Penal, ou seja, homicídio culposo agravado pela

não prestação de socorro. Inaplicável na espécie o art. 135 que cuida da omissão de socorro face ao concurso a parrente de tipos que na hipótese ocorre. Se ele apenas deixasse de prestar socorro sem haver provocado a lesão a solução seria sem dúvida alguma mais delicada.

Dizíamos que "L" praticou um crime comissivo negligente. Mas a preocupação de TOBIAS, - com o nexo causal entre a omissão de "L" e a morte de "P", constante preocupação, era razoável se considerarmos que à época dava-se grande importância a causalidade na omissão. Dizita TOBIAS BARRETO a questão de dolo subsequente tradicionalmente vinculado às soluções causalistas ainda hoje por muitos aceita (37). Cabe argumentar quanto àquela solução, que uma ação negligente não pode a posteriori se transformar em dolosa. O dolo será sempre contemporâneo à ação. O dolo, aliás está na própria ação. No exemplo em análise o que houve foram ações diversas, com finalidades diversas. Inexistiria, portanto, como parecia a TOBIAS "seria a defesa ao sentimento do circoito" pois a hipótese não ficaria impune. Não se diga que os crimes culposos não eram incriminados. O próprio TOBIAS disto não duvidava (38). Nem JOÃO VIDIRA (39).

Tratando de "cumplicidade por ação", TOBIAS exemplifica: se "P" agarra "G" para ser este mais fácil -

mente apunhalado por "H", é cúmplice.

Nesta hipótese, para nós ele, ao invés de cúmplice será co-autor, porquanto, tem concomitante domínio do fato, aliás facilmente identificável não faltando sequer o dispensável prévio acordo. Seguem esta posição HELENO FRACOSO e NILO BATISTA(40). Ainda atualmente, porém, encontramos entre nós autores que preferem a solução da cumplicidade como FREDERICO MARQUES(41) e DAMASIO DE JESUS(42).

No entanto, diz TOBIAS - caso "C" maquinando a perda de 2 indivíduos, entre os quais sabe existir uma velha intriga, a fim de levá-los a explosão escrevesse cartas anônimas e empregasse outros iguais manejos sórdidos, até que um dos dois iludidos fosse impelido a assassinar o outro"(43).

A solução comum é de não se considerar "C" cúmplice. Segundo ele "isto seria absurdo e visivelmente atentatório do senso jurídico"(44). Difícil de entender como TOBIAS pode trazer esta hipótese para o campo da omissão, principalmente se considerarmos que ele estudou o "mandato criminal" seu trabalho universitário de Recife. O que nos parece haver aqui é instigação por ação, como é óbvio.

Volta-se TOBIAS, para a "concorrência por o -
missão ", apresentando este caso: "Q" surepreende "S",
no ato de lançar veneno na comida de que vai servir "R",
patrão do segundo. Este não recua diante daquela teste -
munha, mas antes trata de induzi-la a que guarde segre -
do; "Q" acede ao seu pedido. Uma palavra dele teria basta -
do para frustrar o plano de "S", mas tal palavra não -
se fez ouvir, "R" não é avisado do mal que o aguarda, e
o drama projetado tem o seu natural desfecho; "S" enve -
nena seu amo" (45).

Pergunta TOBIAS: "Não tem "Q" em semelhante
crime a parte do auxílio correspondente a sua omissão ,
isto é, ao seu silêncio? Sem dúvida, é a solução do mes -
tre(46).

Divergimos da solução de TOBIAS. No exemplo da
do, "Q" não praticou crime simplesmente porque não tinha
o dever jurídico de agir. Caso estivesse na posição de ga -
rantidor seria autor direto e não partícipe(47). Salien -
te-se, contudo, que na doutrina brasileira admite-se a par -
ticipação por omissão em crimes dolosos comissivos haven -
do a obrigação legal de impedir o evento. Assim pensam -
FRAGOSO, HUNGRIA e ANIPAL BRUNO (48). Todavia, havendo uma
anterior promessa de não agir como na hipótese em análi -
se, HUNGRIA sufraga entendimentos idêntico à secular li -

ção de TOBIAS. O autor dos preciosos Comentários afirma: "Na participação mediante omissão, basta, sob o prisma causal que se não tenha impedido o crime faltando a um dever jurídico. Se este inexistente, a abstenção não é participação, salvo se foi prometida livremente como condição de êxito da ação criminosa" (49). Para ANIBAL BRUNO existirá participação por ação sempre que houver "promessa prévia e influente na deliberação do executor de não interferir durante o crime ou de não o revelar depois" (50). São pronunciamentos respeitabilíssimos mas poder-se-ia objetar-lhes com a atipidade da conduta. De lege ferenda, caberia criar-se uma figura idêntica ao § 138 do Código Penal Alemão ou seja incriminar-se a não comunicação de determinados crimes de iminente realização. A solução sistemática oferecida por TOBIAS pode não ser a melhor. Pode até ser taxada de incorreta. Mas, ainda, hoje no Brasil como vimos não é lição usual a solução no sentido de considerar-se autor e não partícipe o que tem o dever legal de agir e se omite, apesar de não ser a resposta mais acertada. Extremamente injusto, seria portanto, qualificar-se pura e simplesmente de incorreta a solução tobiástica. Ele estava abrindo caminhos, preocupando-se com eventuais lacunas, sem perder de vista os perigos do indevido e exagerado alargamento do dever de agir. Isto está ocorrendo ainda na atualidade, com calo-

rosos debates na mais moderna doutrina penal, especialmente na alemã. As discussões em torno dos "sentimentos de lealdade pessoal" e das "estreitas relações de vida" é tema do presente, se bem que reconheçamos fuja um pouco àquela questão.

A fertilidade de TOBIAS é responsável por novo caso. É o exemplo do rapto, onde ele fala em "culpabilidade negativa" quando a governanta com "ares de quem nada vê e nada ouve" em troca de vultosa quantia fica inerte deixando que sua aluna seja levada (51). A solução para os nossos dogmatizados dias será encontrada no diapasão anterior. Em se tratando a governanta de garantidora será incriminada pela autoria colateral, isto é, individualmente, por violação de especial dever de agir.

Efetivamente, devido do conhecimento doutrinário que possuía, era de se esperar de TOBIAS algo de mais valioso do que uma simples "culpabilidade negativa". Quando TOBIAS escreveu em 1879, seu denso ensaio sobre omissão, como já dissemos, FEUERBACH já se preocupava com a fundamentação desta categoria de delitos (52) esclarecendo ser imprescindível o "especial fundamento jurídico" para obrigar a intervenção de terceiro, tendente a evitar o resultado. A solução de TOBIAS, é forçoso dizer-lo, fica aquém dos recursos da dogmática alemã

sobre a matéria.

Prosegue TORIAS, depois de tratar de cumplicidade por omissão nos crimes comissivos, naquela praticada nos omissivos. "Assim no infanticídio já figurado, pela perda de sangue provida de não se atar o cordão umbilical, a mãe que deu o plano do fingido descuido é autora do crime, e segundo as circunstâncias, é co-autora ou cúmplice a parteira que anuiu" (53). Considerando-se a parteira como garantidora, solução que nos parece a mais viável será ela autora de homicídio e não do delito privilegiado em questão que é crime próprio. Esta solução, no entanto, como se sabe está longe de ser pacífica na doutrina brasileira. Opina pela impossibilidade de participação e, em consequência, pela punição a título de homicídio : HUNGRIA, MESTIERI, AMIBAL, BRUNO (54). Ponto de vista contrário sustentam: PRIGOSO, modificando posição anterior, VAGALHÃES NORONHA, FREDERICO MARQUES, EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, DAMÁSIO DE JESUS e recentemente NILO BATISTA. Estes admitem a comunicabilidade da elementar do estado puerperal - punindo o partícipe por infanticídio - (55).

Uma observação não pode deixar de ser feita. As soluções atuais tem por base a elementar do estado puerperal que tras, como vimos, celebra a nível da comunicabilidade

dade das circunstâncias de caráter subjetivo referidas no art. 26 do Código Penal. "encha-se presente, contudo, que, no Código de 1930, texto legal com o qual TOBIAS trabalhava, a previsão do ilícito penal do art. 198 estava fundada na honoris causa. Naturalmente, isto não tem o condão de na hipótese debatida modificar a solução que está alojada em sede de omissão imprópria.

Mais uma vez fica evidenciado que TOBIAS nunca fugiu das questões técnicas mais controvertidas encarando-as frontalmente e apresentando soluções ainda hoje sustentáveis.

Dando atenção ao mandato diz TOBIAS não haver dificuldade quando vinculado a ação ou seja quando alguém determinasse a outro a abstenção" de um ato que serviria de obstáculo a prática de um crime e desta abstenção intencional resultar o mesmo crime" (56) Aqui diz, TOBIAS " a omissão é do mandatário inspirada pelo mandante. Mas não é possível dar-se também a omissão do mandante causando o ato positivo do mandatário, não é possível, em uma palavra, o mandato por omissão?" (57). É impressionante que este exemplo, para nós nunca visto em outro autor brasileiro tenha sido

idealizado há um século. O que TOBIAS afirma é a possibilidade da instigação por omissão e instigação no crime omissivo. Esta é uma discussão para gigantes e tem ocorrido entre finalistas e não finalistas (58). Infelizmente, como não poderia deixar de ser, o nexó causal tem sempre posição destacada em suas soluções, orientando-as (59).

TOBIAS após analisar o mandato no Direito Romano toma por fim posição: " Parece incontestável que não repugna a essência do mandato realizá-lo por meio de omissão " (60). Ele se preocupou também com o mandato por atos negativos ", em sua conhecida tese de concurso(61). O Mestre traz dois exemplos sobre o tema. Vejamos "Z" acaba de ser publicamente insultado por "X" e voltando à casa, depois de referir a sua família o que lhe aconteceu, houve a voz de um seu fiel escravo, que diz já no meio dos parceiros: se meu senhor não se zanga eu vou vingá-lo hoje mesmo; e a isto "Z" nada responde. Poucas horas depois, "X" é assassinado por esse escravo(62). Segundo TOBIAS há aqui um "mandato tácito", já que "se o silêncio de "Z" foi um ato de má-fé, dolo malu facerit, está fora de contestação que "Z" é mandante" (63).

O problema fundamental seria saber-se de pode

ríamos considerar o "senhor" garantidor dos atos do escravo, estando por consequência obrigado a impedir a prática de ação ilícita; o que nos leva mais uma vez a observar o objetivo de TORIAS de ampliar a responsabilidade penal através do que classifica de "mandato tácito". Mesmo considerando-se o escravo, absolutamente incapaz sobre o prisma jurídico, seria problemático, segundo nos parece, ampliar nesta hipótese a posição de garantidor para que assim o fosse o dominus obrigado a impedir os atos daqueles. Caso se, no entanto, admita esta solução, o "senhor" passará a ser autor e não mandatário na hipótese formulada por TORIAS (14).

O outro exemplo é mais significativo: "Um filho conta ao pai que presenciara a irmã, desgrenhada só, a conversar com um homem, havendo o pai perguntado: onde a enterraste?" (15). No exemplo dirigido a uma sociedade provinciana e vitoriana, vê TORIAS uma "censura" e uma "provocação". Teria o pai insinuado a morte da filha, e a solução para TORIAS é no sentido de que há, ante a inércia do pai, um "mandato de fraticídio, começado por meio positivo indireto e acabado por omissão" (16). A hipótese aqui é bem diversa da anterior. Primeiro porque houve um ato comissivo ou seja, a "insinuação". Não bastasse a prática da ação, ausente esta, se ele apenas se abstivesse de impedir a ação lícita de

exemplo de uma "pordida" que escreve ao "sedutor" uma carta ameaçadora: "se dentro destes oito dias não vieres realizar o prometido, ou pelo menos não me escreveres, saberei por termo a minha desgraça...". "Tu me entendes" (68). O sedutor permanece impassível, vindo a cumprir-se a promessa: ela se suicida. Para TOBINS o omitente cometeu um "verdadeiro delito", sem especiã-lo.

A matéria agitada neste último caso é estreitamente debatida, ainda hoje, não havendo unanimidade nas soluções apresentadas por diversos autores. Assim é que, havendo a obrigação jurídica de evitar o resultado, opinam pela caracterização do delito previsto no art. 122 do Código Penal, entre nós, HUNGRIA, AMI DAL BRUNO, MAGALHÃES NORONHA (69). FREDERICO MARQUES, EUCLEDES CUSTODIO DA SILVEIRA e FALCOSO secretamente opinam na hipótese de omissão juridicamente relevante de impedir o suicídio o crime será de homicídio. (70). De forma icônica SERGIO POLITOFT, FRANCISCO CRISÓLIA e JUAN BUSTOS (71).

O subscritor gostaria muito encontrar-se o garantidor legal jurídico, o que não foi feito por TOBINS. Para ele todas as questões se resolveriam no pla-

no da simples causatividade: " A questão se resolve, com todas as suas particularidades e nuances infinitas , numa simples questão de causa e efeito"(72). Já vimos ser esta simples causação insuficiente sem o dever de agir. Exige-se mais ainda exige-se a estreita relação com o Bem jurídico segundo os critérios materiais.

Termina TOBIAS assina seu belo trabalho: "Não sei que voz oculta está a dizer-me continuamente que persistindo neste terreno, bem possa eu depois de alguns anos, vestir também a minha clâmide de criminalista(73). Anima-me esta esperança" - disse o Mestre.

Não há nenhuma dúvida que a vestiu honrosamente e se pode dizer que houve um tempo em que no nordeste brasileiro, um irreverente, cáustico e até virulento honer de idéias dedicou-se dentro outros afazeres intelectuais ao Direito Penal - Um século já consultiv este tempo e atuais permanecem suas inquietações e algumas de suas lições. Mestre TOBIAS BARRETO foi decididamente um clássico no sentido do classicismo penal germânico no dizer de ANIVAL BRUNO(74). Foi nosso maior penalista do Império e República, sempre lugar preeminente na história do Direito Penal Brasileiro. Os estudos Penais de TOBIAS, portanto não deveriam ser colocados em plano se -

cundário, fruto de indevido esquecimento. Note aparecem certas categorias que constituem até hoje motivo de constantes indagações - por parte da doutrina penal.

Dir-se-á que ele não conheceu, como ficou evidenciado no texto, algumas lições de autores de seu tempo, leia-se, autores alemães. É verdade. Mas quantos ainda hoje no Brasil não os conhecem, sobretudo face à barreira da língua. - Teria TOBIAS tido oportunidade de ter acesso àquelas no Brasil Imperial? As dificuldades são notórias.

Isto não desmerece sua contribuição ao Direito Penal Brasileiro. Ninguém poderá negá-lo. TOBIAS honrou sua cátedra. Vestiu a "clâmide de criminalista".

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS DO CAPÍTULO V -

- 1 - Delitos por omissão, in Estudos de Direito de TORILAS BARRETO, Ed. Estado de Sergipe 1926 , p. 239.
- 2 - Obra Filosófica, Liv. José Olympio, Ed. RJ, 1969 p. 170 .
- 3 - Questões Vigentes, Sergipe , 1926 - p. XVIII.
- 4 - ob. cit. p. 11
- 5 - ob. cit., p. 35
- 6 - cf. AMARAL BRUNO, Direito Penal, P. Especial, Forensc Rio , 2a. ed. 1972 . p. 234.
- 7 - Delitos por omissão cit., p. 216
- 8 - Delitos por omissão, cit., p. 216
- 9 - Delitos por omissão, cit., p. 217
- 10- Delitos por omissão, cit. p. 218
- 11 - Delitos por omissão, cit. n. 219
- 12-TORILAS queixava-se também de o Código de 1830 desconhecer a concorrência ideal, real e o crime continuado, - crime momentâneo ou duradouro, transitório ou permanente" in Delitos por omissão cit., p. 220, 221.
- 13 - Delitos por omissão cit., p 222.
- 14 - Na p. 237 dos Delitos por Omissão dirá: A questão , se resolve, com todas as suas particularidades e nuances infinitas, numa simples questão de causa e efeito."
- 15 - Delitos por omissão, cit., n. 222, 223.
- 16 - cf. SACICALUPO, Delitos Improprios cit., p. 20 , onde o mestre argentino ensina que em FURTO a conduta "inocente" não seria de fundamento a posição de imputação.

- 17 - Delitos por omissão, cit., p. 223
- 18 - Delitos por omissão, p. 224.
- 19 - A evolução do Direito Penal Brasileiro in Rev. Fo
rense, julho de 1943, p. 9.
- 19A-Cf. BACIGALUPO, Delitos Improprios cit., p. 22.
- 20- Delitos por omissão, p. 224
- 21 - Delitos por omissão, cit., p. 224 , 225.
- 22 - Delitos por omissão, p. 225
- 23 - Delitos por Omissão , p. 225
- 24 - Delitos por Omissão , p. 225.
- 25 - Delitos por Omissão , p. 226
- 26 - Delitos por Omissão, p. 227
- 27 - Delitos por Omissão, p. 228
- 28 - Delitos por Omissão, p. 228.
- 29 - cf. BACIGALUPO, Delitos Improprios. cit., p. 20 .
- 30 - Derecho Penal cit., p. 298.
- 31 - Tratado cit. vo II , p. 289, cf ANTONISSI, L'Obli-
go de Irredire , L'Evento cit., p.314, 315 e segs.
- 32 - cf . on WELZEL, Derecho Penal, p. 297 e a opini-
ão de RUDOLPHI , por ex., Ele admite "una posici-
ón de garante solo en caso de una acción previa con-
traria al deber".
- 33 - Delitos por omissão, cit., p . 229
- 34 - Delitos por omissão, cit., p. 239.
- 35 - cf . cap. III quando tratamos da posição de garanti-
dor e cf. também a nota 42 do cap. III
- 36 - Delitos por omissão, cit., p.229, 230.

- 37 - Cf. Il dolo, ANTONIO PECORARO-ALBANI, 1955 - Napo-
les p. 586 e seg.
- 38 - "E seria singularíssimo que entre nós, v.g, sendo
punível o homicídio involuntário resultante de
uma imprudência não o fosse, porém o homicídio do-
loso, proveniente de uma omissão proposital e cal-
culada" - Delitos por omissão p. 237.
- 39 - "Se a nossa lei pune os fatos culposos, não há ra-
zão para que se deixem impunes inúmeros fatos do-
losos como os que tratamos", in Ensaaios cit., p.
75.
- 40 - Cf. NILO BATISTA - Concurso de Agentes, cit. p.81
- 41 - Tratado Direito Penal - 2a, ed. 1965, Saraiva S.
P., p. 320.
- 42 - Direito Penal, cit. 3a. ed., 1978, p. 387.
- 43 - Delitos por omissão cit., p. 231.
- 44 - Delitos por omissão, cit. p. 231.
- 45 - Delitos por omissão, cit. , p. 232
- 46 - Delitos por omissão, cit., p. 232
- 47 - Concordamos plenamente com a opinião de NILO BA-
TISTA. "O garantidor que omite ação de impedir o
resultado é autor e sua autoria se fundamenta na
violação do dever especial ao qual estava adstri-
to". Concurso de Agentes, cit., p. 133.
- 48 - cf. NILO BATISTA - Concurso de agentes, cit. p.
132 e segs.
- 49 - Comentários ao Código Penal cit., vol. I, tomo II,
p. 423.
- 50 - Direito Penal cit., vol. II., p. 279.
- 51 - Delitos por Omissão, cit., p. 233; afirma ANTOLI-
SEI que há legislações que tem "considerato il non
impedimento di un delitto como un caso di complici-
tà", art. cit., p. 298, como por exemplo "il codi-
ce havarese de 1813".
- 52 - LEBRUCH 11a. ed. 1823, apud BACIGALUPO, Delitos
Trp. cit., p. 20.
- 53 - Delitos por Omissão, cit., p. 53.

- 54 - Respectivamente: Comentários cit., vol V, p.266 ; Curso Direito Criminal, cit., p. 125, Direito Penal cit., vol IV, Rio - 1972 p. 151
- 55 - Respectivamente: Lições, P.Esp. Vol.I 3a. Ed. 1976 p. 88 ; Direito Penal. vol 2, p. 49 ; Direito Penal Ed. Rev. Trib. S.P. , 1973 , p. 98 ; Direito Penal, vol II, Saraiva, 1970 , p. 106 e seq; Curso de agentes cit., p.131. Neste último obra - na aceitar a possibilidade de participação no infanticídio, "desde que o partícipe conheça as circunstâncias, e não intervenha na execução (caso em que prevaleceria a autoria direta do delicto geral por homicídio)".
- 56 - Delitos por Omissão, p. 234.
- 57 - Delitos por omissão, p. 234
- 58 - cf. Cap. III. 5.
- 59 - Delitos por Omissão, p. 234
- 60 - Delitos por Omissão, p. 235.
- 61 - Mandato criminal , in Estudos de Direito, Ed. 1920, Est. de Sergipe, p. 263 e seq.
- 62 - Delitos por omissão, p. 236.
- 63 - Delitos por omissão, cit. p. 236.
- 64 - cf. nota 47.
- 65 - Delitos por omissão, cit., p. 236
- 66 - Delitos por omissão, cit., p. 236
- 67 - Delitos por omissão, cit., p. 236
- 68 - Delitos por omissão, cit., p. 236
- 69 - Respectivamente: Comentários cit., vol V, p.223 , Direito Penal, cit. vol. IV p. 140 ; Direito Penal cit., vol II. p. 35.
- 70 - Respectivamente: Tratado cit. vol IV p. 130; Direito Penal, cit., p. 32,; Lições cit, vol I, P.Esp.p. 114
- 71 - Direito Penal Chileno, cit., p.230 e seq.

72 - Delitos por omissão cit. p. 237.

73 - Delitos por omissão cit., p. 239

74 - TOBIAS BARRETO Criminalista, cit., p.18

CAPÍTULO VI - A TEORIA DA OMISSÃO NA DOUTRINA
BRASILEIRA MAIS RECENTE.

Em 1921, dá-se o que HUNGRIA classificou - de acontecimento notável: é publicada a parte geral - de Galdino de Siqueira. Comentando o art. 29 do Código Penal de 1890, ele separa de forma aguda os crimes omissivos próprios dos impróprios. Segundo Galdino, o iniciador dos estudos dogmáticos no Brasil, a omissão imprópria "supõe um preceito que proíbe certo resultado e se dá quando o resultado é produzido em razão da inação de quem está juridicamente obrigado a impedi-lo". (1). Ele salienta a imprescindibilidade do "dever que obriga a obrar" ensinando derivar este de: "um preceito positivo da ordem jurídica e da ação anterior(2). Este preceito positivo, do qual deriva o dever jurídico de agir, percebeu-o GALLINO, tanto poderia estar expressamente definido pelo próprio Direito Penal, como de forma tácita ou expressa desumido de outro campo do ordenamento jurídico. Na conduta anterior que gera o dever de impedir o resultado esclarece o ex-lente de Niterói que tal conduta indica a "atividade ulterior" como conforme ao dever e como contrária a ele a direção assumida(3). No "Tratado" Galdino de Siqueira voltou ao tema já agora apre

sentando segura análise da causalidade na omissão.

COSTA E SILVA, também ao analisar o art. 2º do Código Penal de 90, separa, operando com diversos trabalhos monográficos (GAND, LANDSGERG, MERKEL, REDOSLOD, TRAEGER, VANINI e TEJERINA (4)), os crimes omissivos puros dos impróprios. Naqueles, ensina o mestre de forma incensurável, inexistem dificuldades já que tudo "se reduz a um exame dos elementos constitutivos de seu conceito legal" (5).

Para COSTA E SILVA " a omissão não representa coisa diversa da ação: é apenas modalidade desta" (6). Com clareza invulgar analisa citando Laden, Glaser, Merkel, V. Buri, Bierling, Duenger, Binding, e H.E. Mayer, o tormentoso tema da causalidade por omissão (7). Justificadamente ANIBAL BRUNO (8) já dissera ser ele o "ponto mais alto de nossa produção na ciência do direito pátrio".

Ao versar a matéria da omissão imprópria, COSTA E SILVA deixa consignado que "ninguém contesta que certos crimes, que pressupõem para sua existência a prática de atos positivos por parte do delinquente, podem as vezes ser perpetrados por omissão ou atos negativos" (9). Ele ensina serem neces -

sárias duas condições para "que por omissão, alguém pratique um delito comissivo": A possibilidade de agir e o dever jurídico de evitar o resultado. A obrigação de agir defluirá, na lição do mestre paulista do preceito positivo da ordem jurídica, de uma convenção expressa, ou de um ato anterior (que capaz de produzir o resultado, não seja, por vontade de quem o praticou, obstado a chegar a este ponto dolosa ou culposamente" (10).

Consigna afinal COSTA E SILVA que "deves morais de assistência ou caridade não são bastantes " (11) anotando, com base em HAFTER, o aumento legislativo das infrações omissivas próprias. Nos "comentários" que vieram a luz em 1967 nada há digno de nota sobre o tema (12).

HUNGRIA, a quem tanto deve o DIREITO Penal Brasileiro, desgraçadamente, descuidou-se de matéria de tamanha relevância que estava a merecer, inegavelmente, sua rica e generosa contribuição.

Isto, no entanto, não ocorreu. Na parte geral de seus volumosos "Comentários", HUNGRIA se refere ao tema apenas quando estuda o fato típico dedicando-lhe na "divisão dos crimes" nada mais do que 4 linhas e um errado exemplo de omissão in

própria. Literalmente: "Daí a primeira divisão dos crimes em comissivos e omissivos, subdividindo-se estes em próprios e impróprios (comissivos por omissão), conforme a omissão seja, em si mesma, o crime (exemplo: a omissão de socorro), ou seja, o meio ou ensejo a um evento ulterior, condicionante do crime (ex: a mãe deixa, intencional ou negligentemente, de alimentar o filho recém-nascido, ocasionando-lhe a morte) (13). Ele retorna ao assunto quando trata, de novo, da "divisão dos crimes" em 7 magras linhas (14). O ensejo próprio para analisar a questão parece-nos não seria este. Em duas outras oportunidades - no estudo da causalidade - onde se fixa com brevidade que não se justificava, onde deixa expressa a hipótese do "dever jurídico de impedir o evento" (15). Dedicou ainda duas páginas à "participação mediante omissão". Na hipótese de ocorrer dever jurídico de agir, não impedir a realização do crime gera participação. Ausente a obrigação de evitá-lo, dar-se-á a conivência. Exemplifica HUNGRIA, citando outro comentarista, sintomaticamente MANZINI, cuja lastimável pobreza da parte geral é por todos conhecida (16).

Na obra excepcional do grande mestre HUNGRIA, era de se esperar maior contribuição do instituto da omissão à altura de sua cultura jurídica.

Tanto mais quanto se sabe que HUNGRIA dominava perfeitamente a literatura alemã. O método de trabalho - comentários - evidentemente prejudicou uma visão - mais profunda dos problemas da omissão. Pode-se dizer sem medo de ser injusto que HUNGRIA deixou de ferir os problemas fundamentais dos delitos impróprios de omissão, deixando de contribuir para iluminar a obscuridade em que se encontra a matéria. E não se diga que tinha sido apenas em consequência de sua visão causalista da teoria do delito.

Evidentemente que esta análise está voltada para sua parte geral. Na parte especial esporadicamente HUNGRIA se refere as formas omissivas, como por exemplo ao estudar o estelionato (17). Também em artigos tratou da questão.

Não poderíamos deixar de lembrar a redação que HUNGRIA deu ao Projeto do Código Penal Brasileiro - art. 14 - hoje constante do art. 13 do Código Penal de 1969 em suas linhas gerais (18).

Lamentavelmente, também, BASILEU GARCIA, inobstante farta documentação bibliográfica citada - não se deteve ao estudo da omissão, somente lhe dedicando alguns parágrafos na oportunidade em que anali

-sou o elemento objetido do crime na "parte atinente à conduta" (19). Não chegou o insigne professor sequer a conceituar a omissão ou se filiar a qualquer um deles. Definindo os crimes comissivos por omissão, nos quais "o preceito violado é positivo mas a conduta assume a forma de abstenção" (20). BASELÉU GARCIA, não consigna em que consiste, neles, o dever jurídico de agir. O fato é lamentável por que no seguro manual do mestre paulista estudou toda uma geração.

BENTO DE FARIA estuda o tema na oportunidade em que trata da causalidade sem qualquer inovação. Na bibliografia usada em seu texto figura TOBIAS BARRETO ao lado dos monografistas VANINI, TEJERINA, GAND, além de tratadistas (21).

Com mais vagar cuidou do assunto FREDERICO MARQUES. Ele expõe a teoria normativa da omissão e adere a concepção naturalista. A omissão é uma "conduta negativa" (22). Afirma FREDERICO MARQUES, após criticar a teoria do aliud agere, que a ausência da ação pode decorrer tanto da "inércia", quanto de um aliud facere. A omissão seria, portanto, a "ausência de ação que configura um fato típico." (23). Se o "não fazer", figura como "conditio sine qua non" da lesão a um interesse penalmente tutelado, enquadrando-se por isso numa figura típica., traduz ela uma

conduta criminosa" (24). Está claro que o autor atribui relevância a causalidade da omissão.

Separa FREDERICO MARQUES os crimes omissivos próprios dos comissivos por omissão. Naqueles a problemática se circunscreve apenas à tipificação da conduta já que o "non facere" vem descrito na regra preceptiva da norma incriminadora (25). Com apoio em SOLER e contestando MEZGER, quanto à inexistência do querer na omissão, sustenta FREDERICO MARQUES que "também a omissão apresenta seu coeficiente de subjetividade" (26). Nos crimes comissivos por omissão corretamente também cognominados de impropriamente omissivos, o núcleo do tipo reside em verbos que possibilitam diversas condutas para a produção do resultado, o "non facere" pode enquadrar-se, perfeitamente na descrição legal, como "prius" e antecede o evento" (27).

Além da omissão causal, salienta o autor ser necessário que o fato possa ser juridicamente atribuído ao sujeito, através do dever de evitar a consequência típica. Com base nomografista, DALL'NORA, ensina FREDERICO MARQUES, que o dever jurídico de agir "não se trata de juízo normativo sobre a antijuridicidade da omissão, e sim de adequação típica mediante um juízo normativo. Tanto isso é exato que mesmo reco

nhecida a tipicidade da omissão, o fato típico pode ser declarado lícito" (28). Finalmente ele consigna as circunstâncias nas quais surge o dever de evitar o resultado: quando emana de um preceito legal específico, quando existe obrigação contratual e quando o ato precedente impõe esta obrigação" (29).

Como se observa, FREDERICO MARQUES tocou em dois pontos fundamentais do instituto da omissão. O problema do "querer", o que equivale a dizer o dolo na omissão, e o problema do lugar sistemático da posição de garantidor - se está no tipo ou na ilicitude - teria muito a doutrina brasileira a ganhar se tais questões fossem desenvolvidas pelo reconhecido talento do mestre paulista.

Outro autor a cuidar da omissão de forma fragmentada é MAGALHÃES NORONHA - A ela se detém quando analisa o conceito de ação (30), a "divisão dos crimes" (31) e a estudar a relação de causalidade (32). A omissão para NORONHA está compreendida no conceito de ação "genus de que é espécie". Naturalisticamente, "a omissão é uma conduta que apesar de não se concretizar na materialidade de um movimento corpóreo - já que é abstenção dele - é percebida como realidade" (33). Aproxima-se, todavia, MAGALHÃES NORONHA a lem

brar, numa postura normativista, que a omissão somente desperta interesse para o Direito quando representa o descumprimento de um dever jurídico em oposição ao comando da norma" (34). A conceituação dos crimes omissivos e "impróprios ou comissivos omissivos" será feita pelo autor na forma tradicional, incluída na "divisão dos crimes" como fizera HUNGRIA. Crimes omissivos "são os que ofendem o bem jurídico, mediante inação, constituindo esta, elemento integrante do tipo". "São impróprios ou comissivos omissivos quando a omissão é meio ou forma de alcançar o resultado posterior: o homicídio em que a mãe deixa de aleitar o filho" (35).

Respondendo a indagação, quanto à causalidade da omissão, afirma MAGALHÃES NORONHA ser ela causal sempre que houver o dever de impedir o resultado (36). Aqui, no setor da causalidade, serão apreciadas as hipóteses nas quais resultarão o dever de agir: "norma jurídica, submissão particular do agente a esse dever; ou de comportamento seu que lhe imponha obstar aquele" (37). Em relação a primeira afirma NORONHA que pode provir de "mandamento equivalente à lei", até mesmo do direito costumeiro. A segunda tem amparo em "relação contratual, função ou profissão ou situação análoga". Quanto ao tercei

ro vigora o princípio de "quem criou o perigo de um resultado tem a obrigação de impedir que se realize". Nestes casos a "omissão será causal" (38). São estes os ensinamentos do mestre sobre o tema.

ANIBAL BRUNO, após longos anos de dedicação integral às atividades docentes, escreve a mais substancial obra de Direito Penal de nosso país, que será por muito tempo insuperável. Trabalho sistemático em dia com o instrumental técnico europeu, seu Direito Penal enriquece sobremaneira a literatura jurídico-penal brasileira. Talvez pudéssemos, não fosse a figuração um pouco subdesenvolvida, afirmar que ANIBAL BRUNO representa para o nosso país o que, para Alemanha, representa a figura ímpar de HEZGER. Neles o sistema clássico encontra expositores rigorosos e incedíveis. Também causalista, ANIBAL BRUNO não separa a estrutura típica dos crimes omissivos dos comissivos, estudando-os concomitantemente. Após TODIAS e COSTA E SILVA, é com ANIBAL BRUNO, em sua geração, que o instituto da omissão merece uma análise mais detida, documentada por farta informação bibliográfica, como sempre. Vejamos seu pensamento sobre o assunto: considera ANIBAL BRUNO a ação como espécie da omissão: "ação é assim, um termo ge-

nérico, que compreende as duas formas possíveis do -
comportamento do agente " (39) - Como na ação ele se-
para os momentos de comportamento voluntário omis -
sivo: o interno - (do ato volitivo), no que contes -
ta MEZGER, e o externo da conduta do emitente. "A o -
missão admite um conceito que sustente a sua posição
dentro da fórmula geral de ação em sentido amplo, gê-
nero da qual é espécie" (40). A ausência da ação devi-
da - dado normativo-é completado pelo elemento natu -
ralista (41). Isto não significa, porém, que a omissão
seja um juízo apenas, crítica que dirige a teoria -
normativa, dessa forma: "A realidade desse dever jurí-
dico de agir que o emitente ilude e não o juízo da a-
ção esperada é que serve de núcleo à doutrina da omis-
são oferecendo solução para seus problemas." (42).

Liberal, sempre preocupado com a função de
garantia da lei penal, não poderia ANIDAL BRUNO dei-
xar de limitar o campo da omissão ao atendimento de
uma imposição jurídica. O simples dever moral será, -
assim, para ele insuficiente para fundamentar o dever
de agir. Elastecidos estes limites, estaria feri -
da "a exigência de definição precisa do campo de apli-
cação da sanção penal, com prejuízo da segurança das
liberdades individuais" (43)

Na lição do mestre, também de Recife como Tobias, o dever de agir deriva de uma " norma de Direito, da particular aceitação do dever por parte do agente (contrato) ou do comportamento anterior que fundamente o dever de impedir o resultado" (44) .

Admite ANIBAL BRUNO que o dever oriundo de uma norma jurídica se deduz da lei, dispositivo que a ele seja equivalente ou da norma consuetudinária . Além das três hipóteses apontadas - lei, contrato, con duta anterior - aceita ANIBAL BRUNO como hábil a gerar o dever de agir certas associações ou agrupamentos especiais ("que criam, embora transitoriamente uma certa comunidade de vida e perigo e um regime de mútua confiança" . (45), e a conduta precedente perigosa. Curioso ter o Mestre aceite a tão debatida comunidade de vida e de perigo face à sua preocupação anteriormente demonstrada com a segurança na aplicação da lei penal.

Por crimes comissivos por omissão são responderá o garantidor, conclue ANIBAL BRUNO ao se preocupar com a responsabilidade penal do emitente, ensinando: " só um dever que resulte dessa posição de garantidor servirá de fundamento a punibilidade do fato como crime comissivo por omissão" (46) .

Com a segurança de sempre já consignara :
"Nem toda omissão do cumprimento de um dever jurí-
dico acarreta para o omitente responsabilidade cri-
minal pelo resultado. E este é justamente o proble-
ma mais sério com que nos deparamos em matéria
de omissão: o de determinar quando o omitente deve
responder só pelo não cumprimento do comando e
quando esse não cumprimento do dever importa para
ele em responsabilidade pelo resultado punível daí
decorrente" (47) .

Em outras passagens, fez ANIBAL BRUNO, re-
ferência à omissão, como para exemplificar na a-
gressão injusta por omissão ao estudar a legítima
defesa. Cuidou também ANIBAL BRUNO da participação por
omissão admitindo-a (48) quando presente o dever jurídico de
agir e omitente tenha vontade consciente de coope-
rar no fato". Separa ANIBAL BRUNO a participação -
por omissão da participação em crime por omissão ,
deixando claro que, ausente o dever jurídico de a-
gir, se configurará a conivência juridicamente im-
punível. (49). Estas lições representam algumas
das melhores páginas na doutrina brasileira so-
bre o tema.

JOÃO BERNARDINO GONZAGA, autor de uma monografia sobre o "Crime de Omissão de Socorro" (50), de teve-se, mais tarde, em um excelente artigo, especificamente ao estudo dos crimes comissivos por omissão, acolhendo quase integralmente as lições de MEZGER. Partidário do conceito naturalista de omissão (51), BERNARDINO GONZAGA, traz ao debate os grandes problemas da matéria lembrando que a doutrina e a jurisprudência não nos deu, ainda, soluções seguras para os mesmos, o que resulta na prática em soluções alheias à dedução sistemática. Prevalece o empirismo, como afirma o autor. A lei penal pátria, por sua vez, colabora com o seu silêncio diversamente do que ocorre com o Código Italiano.

A equiparação do não agir a uma ação será feita, segundo o autor, através da pesquisa no sistema jurídico penal e extra-penal. Ele afirma com MEZGER que "nos crimes comissivos por omissão, o autor não faz o que deve fazer e produz, por isso, um resultado que não deve produzir" (52). A norma proibitiva será violada, porque o omissor permitiu a ocorrência do dano, não cumprindo a norma imperativa.

Mas, que norma imperativa, questiona BERNARDINO GONZAGA, é esta que determina o dever jurídico de evitar o resultado? A omissão só será penalmen

te relevante quando típica. Se elas não estão previstas e já que " a norma penal que descreve um tipo de crime omissivo não pode gerar, ao mesmo tempo, a responsabilidade pelo resultado danoso, a título de crime comissivo por omissão" de onde resultará esse dever jurídico? A questão foi colocada sistematicamente de forma concreta. Em sede de tipicidade. É esta a posição de BERNARDINO GONZAGA em relação a posição de garantidor . Para ele "aceitar os encargos de fiscal, particular ou de governante "não geraria a responsabilidade penal pela omissão. Mas colocaria, o omitente na posição de garantidor (52A). O ingresso no Direito Penal dar-se-á pelo inadimplemento da obrigação, diz o autor. Há, portanto, para ele dois momentos básicos: um pré-penal, que gera o dever de agir: O outro é constituído pela "abstenção da atividade devida posterior". Há, assim para BERNARDINO GONZAGA, dois vínculos de causalidade material : "o primeiro é o que une a ação e se reveste de cunho acentuadamente normativo, porque fica na total dependência do conteúdo do dever jurídico". O segundo "é o que surge entre a ação e o evento". É a ação esperada de MEZGER (52.B).

BERNARDINO GONZAGA, já tratava na monografia citada da posição do garantidor, afirmando que

o dever de agir se fundasse, excepcionalmente, no costume .(53) . E também nos "encargos impostos por sentenças judiciais e as ordens legítimas de superior hierárquico", excluindo a gestão de negócios, já que a "simples circunstância de assumir alguém um encargo privado não pode ter a força para provocar as pretendidas consequências penais"(54) . O mestre analisa de forma diversa o encargo assumido por contrato (55) . É no entanto na conduta precedente, afirma BERNARDINO GONZAGA com correção, que se localizam as maiores dificuldades dos crimes "impropriamente omisivos". Ele extrai desta situação um princípio básico: "aquele que causa com a sua atividade o risco de sobrevir o resultado ilícito fica obrigado a evitar que este ocorra" (56) . A ausência de normas específicas tornam a trazer ásperas dificuldades às soluções jurídicas. Se a conduta precedente perigosa for típica por si só, não será hábil a justificar o dever de impedir os resultados futuros, pois já estaremos no campo da comissão. O mestre exemplifica com as qualificadoras do § 4 do art. 121 e § 7º do art. 129 do Código Penal (57), o que muita das vezes trará "grave dificuldade para a perfeita realização da justiça substancial" (58) . Para BERNARDINO GONZAGA esta dificuldade decorrerá da diferença entre a culpa inicial culposa ou não culposa, ou quan -

do, embora se dê a culpa seja esta forma de condu -
ta penalmente atípica. Ele ensina: "Se houve culpa e esta é
prevista em lei, procuramos mostrar que se da aplica-
ção das penas mais benignas reservadas aos delitos
dessa espécie, mesmo que a superveniência do resulta-
do tenha também dependido de uma dolosa omissão do
sujeito" (59). Na hipótese inversa "a posterior omis-
são intencional ensejará a responsabilidade pelo da-
no produzido a título de crime doloso" (60). O autor,
traz exemplos esclarecedores que nos levam efetiva-
mente a perplexidade (61). Costaríamos de passagem, de
discordar da solução dada ao caso formulado pelo mes-
tre paulista quando se refere àquele que em legíti-
ma defesa fere seu ofensor deixando-o a míngua de
socorro. Sobrevem a morte. Segundo BERNARDINO GONZA -
GÁ o que se defendera pode ser responsabilizado pe-
la morte na forma omissiva imprópria "a não ser que
se pudesse equiparar a conduta expressamente permiti-
da pela lei com algo equivalente a inexistência cau-
sal" (62). Ven a nosso socorro a lição de WELZEL con-
tra a solução mencionada: "El agredido que derri -
ba al agresor en defensa legitima, no es garante de
impedir consecuencias posteriores de la lesión. Pues
autor del actuar precedente no es el agredido, sino -
el agresor en una situación en que carece de liber -
tad, por la cual este lo lesiona" (63) Adverte WEL -

ZEL que permanece a obrigação geral de prestação de socorro. O máximo então que se poderia fazer seria pleitear-se sua punição pelo art. 135 do C.P. Nada mais.

Prossegue BERNARDINO GONZAGA com muita sensibilidade observando que "o ideal, enfim, seria ter o Código disciplinado especificamente os crimes omissivos. Forçoso é reconhecer, todavia, as enormes dificuldades da tarefa - que, aliás, não vemos também realizadas em nenhuma lei penal estrangeira - pois que a extrema variedade das situações a considerar torna-as rebeldes à cristalização em preceitos legislativos fixos" (64). Ele reconhece, como se vê, que o problema está na própria natureza da coisa. O autor finaliza seu excelente estudo referindo-se a "fonte do dever de agir" seguindo lição de Mezger. Adverte ele afinal a insuficiência da obrigação moral para fundamentar a responsabilidade penal pelo resultado nos crimes comissivos por omissão (65).

Vamos analisar agora o pensamento jurídico-penal de HELENO FRAGOSO sobre a matéria. FRAGOSO apresenta doutrinariamente duas fases bem distintas. Em seu primeiro trabalho - CONDUTA PUNIVEL -, sustenta o autor uma concepção social da ação e se coloca em

posição crítica à teoria final da ação (66). Posteriormente ao editar a ansiosamente esperada parte geral de "suas Lições", dívida que contraíra no prefácio de sua Parte especial aparece finalmente um novo HELENO FRAGOSO (67) revigorado pela aceitação das conquistas teóricas do finalismo. Como se pode facilmente depreender esta revisão de conceitos dogmáticos propiciará a FRAGOSO uma transformação radical na sua interpretação da Teoria do Delito.

Na Conduta Punível, trabalho com que em 1961 conquistou a Livre Docência de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, FRAGOSO dedicou-se, detidamente ao estudo da omissão. Os crimes omissivos são classificados em sua forma própria e imprópria. Estes são os que "se concretizam na violação de uma proibição através da abstenção de uma atividade" (68). Aqueles, também chamados de omissivos puros são os que "consistem na simples violação de uma ordem" (69).

As teorias naturalista e normativa da omissão foram expostas criticamente (70). O autor, a seguir, volta-se ao estudo da causalidade da omissão, realizada de forma cuidadosa, passando em rese -

nha desde ao aliud agere de LUDEN até as mais modernas colocações de MEZGER, WELZEL, MAURACH, não faltando mesmo referência à famosa monografia de ARMIN KAUFMANN. A preocupação seguinte dirige-se à estrutura da omissão(71). Posteriormente, dez páginas antológicas são dedicadas à antijuricidade da omissão(72), nas quais o dever de agir e a posição de garantidor são analisadas por FRAGOSO. O trabalho nesta parte é de caráter meramente expositivo, como a liã foi esclarecido no prefácio. As opiniões de FRAGOSO sobre o assunto serão encontradas na segunda parte de seu estudo. Inicialmente vejamos como FRAGOSO se situa doutrinariamente na omissão: "É um equívoco supor que naturalisticamente poderíamos reconhecer a omissão, pela simples observação do comportamento humano. Esta somente nos pode revelar uma atividade ou uma inatividade corpórea. A omissão, porém, envolve sempre a necessidade de um termo de relação, que depende não de quem realiza o comportamento que se considera, mas de um juízo objetivo, razão porque, constata a inexistência de uma atividade devida ou esperada (que não tem qualquer correspondência com a inércia ou a atividade corpórea). A omissão é, porém, uma realidade social, e não apenas um juízo: é realidade social, como a ação, constatada

através de um juízo objetivo (73), " com sua sede no plano da tipicidade" (74). Como dados elementares da omissão FRAGOSO coloca o dever jurídico e a possibilidade de agir, funcionando este como pressuposto - daquele. O aliud agere merece sua crítica (75). Enfrenta, também, FRAGOSO a questão técnica delicada da colocação sistemática do dever de agir (76) concluindo que "tal dever não integra nem o tipo nem a anti-juridicidade da conduta", salvo "os elementos não escritos do mesmo, os pressupostos de fato de que surge este dever jurídico" (77). O erro sobre tais elementos é tratado de forma tradicional como " erro de fato" excludente da culpabilidade. O erro a respeito do dever de agir será um "erro sobre a anti-juridicidade", irrelevante segundo o autor. Após afirmar que o dever de evitar o resultado necessariamente deverá ser um "dever jurídico", sustenta FRAGOSO a impossibilidade de se alargar "o conteúdo desse dever jurídico na ausência de texto expresso" (78). A admissibilidade do simples " dever moral", admitido pela jurisprudência alemã que elastece o dever de agir, é para FRAGOSO " perigosíssima" pois gera o "enfraquecimento da função da garantia do tipo" (79). Nada impede, diz FRAGOSO, porém "que o direito positivo venha a transformar

em dever jurídico o dever moral de agir que decorre de certas situações de vida" (80). Saliencia FRAGOSO estudando o dever de agir oriundo do negócio jurídico que a obrigação de agir surgirá não propriamente do contrato mas de sua "projeção social" (81). A "anterior atividade geradora do perigo, culpável ou não" segundo FRAGOSO "é bastante imprecisa", como tem consignado quase toda doutrina. Da causalidade da omissão, diz FRAGOSO, não se cogita nos crimes omissivos puros: "a questão surge apenas nos crimes comissivos por omissão" (82). Concluindo a seguir: "Não há causalidade alguma na omissão. Quem pratica a omissão é punível, não porque causou o resultado, mas porque não o evitou. A omissão como abstenção de uma atividade devida nada pode causar" (83). FRAGOSO não aceita sequer a teoria da causalidade adequada. O raciocínio para encontrar tal "causalidade" seria feito pesquisando-se se a ação não realizada evitaria o resultado. A solução seria encontrada com base somente em um "juízo hipotético" apoiado esta em "alta probabilidade, próximo da certeza" (84). São estas as posições de FRAGOSO, na Conduta Punível.

O HELENO FRAGOSO das "Lições" de 1976, o que equivale a dizer, já finalista, obrigatoriamente distinguirá a estrutura típica comissiva dolosa da cul-

posa e da omissiva. Nenhuma modificação digna de nota observamos nas novas lições do mestre ao conceituar omissão exceto a referência ao "poder final de realização". (85). Os crimes omissivos próprios são conceituados como aqueles "em que não se exige qualquer outro resultado, consumando-se com a abstenção daquela atividade" (86) - problema que hoje não podemos afirmar ser pacífico na doutrina - "de nada valendo a demonstração de que a ação omitida não teria impedido o resultado que o legislador procurou afastar" (87), pois são regra geral estes crimes de perigo abstrato. A estrutura típica dos crimes omissivos próprios é esclarecida, didaticamente: "A tipicidade integra-se com a abstenção da atividade devida, o que se demonstra com o fato de ter o agente permanecido inativo ou realizado ação diversa da que era exigida e requer também o poder de fato de atuar, evitando a lesão do bem jurídico. Este último requisito compreende: a) conhecimento da situação típica da qual deflui o dever, b) possibilidade física real de realizar a ação ordenada" (88).

São estudados os erros "quanto à ocorrência da situação típica geradora do dever" agora tratado como erro de proibição, segundo o autor irrele-

vante (89) opinião com a qual não comungamos.

A ilicitude dos delitos omissivos próprios é idêntica aos demais funcionando o tipo como ratio cognoscendi daquela. Nenhuma peculiaridade vê também na culpabilidade destes crimes - (90). A tentativa, bem como a co-autoria e participação, não são admissíveis para FRAGOSO na omissão própria.

Na forma comissiva por omissão, a lição é no sentido de inexistir "violação de uma proibição, mas de um comando que se situa paralelamente à norma proibitiva" (91). Basicamente, " não há crime comissivo por omissão sem que haja especial dever jurídico de agir" (92). A posição de garantidor "característica da autoria" - como em WELZEL é elemento fundamental para existência dos crimes comissivos por omissão. Só o garantidor tem obrigação de agir para evitar o resultado lesivo ao bem jurídico. Este dever "só pode ser dever jurídico" (93) sendo insuficiente "que resulta da norma penal relativa aos crimes omissivos puros" (94) e deriva de 3 situações: lei, assunção da responsabilidade de impedir o resultado e anterior atividade causadora do perigo (95). Se o omissante desconhece sua posição de garantidor, es -

tá laborando em erro que é de tipo (96). Conhecendo-a, mas pensando incorretamente não ter obrigação de impedir o resultado, estaria em erro de proibição novamente considerado por FRAGOSO "irrelevante" (97). Salientamos que se se trata de erro de proibição escusável sua consequência será aniquilar a culpabilidade, excluindo a reprovabilidade da conduta.

FRAGOSO nega a causalidade da omissão: "É possível afirmar que todo fenômeno depende de um conjunto de condições positivas e negativas para sua realização. Isso, porém, não basta para que se atribua à ocorrência de condições impeditivas a categoria de causa" (98). Vale-se FRAGOSO do "juízo hipotético" como fizera na Conduta Punível.

O tipo subjetivo dos crimes impróprios de omissão são estudados pelo autor. Neles "a parte subjetiva do comportamento requer vontade de realização da conduta diversa, que corresponde à vontade de omitir a ação devida" (99).

Com FELZEL ele distingue a omissão querida da omissão consciente, sendo imprescindível que o omi-

tente tenha "consciência de que ocorrem as circunstâncias de fato que fundamentam a sua posição de garantidor da não superveniência do resultado"(100).

Os "crimes comissivos por omissão culposos" são aqui analisados. Neles o "agente viola o cuidado objetivo exigível abstendo-se de atuar conhecendo (culpa consciente) ou podendo conhecer (culpa inconsciente) o resultado que lhe cumpre evitar" (101).

Não vê FRAGOSO, em sede de antijuridicidade e culpabilidade da omissão imprópria, maiores distinções. Estas categorias se assemelham aos crimes comissivos (102).

Ele acertadamente admite tentativa nos crimes comissivos por omissão, fazendo remissão aos crimes omissivos próprios no que concerne à autoria e participação: (103). Podemos alinhar em três itens, seu pensamento sobre este último aspecto da dogmática dos delitos omissivos: a instigação por omissão é inconcebível (104); "não há autoria mediata em crime omissivo" (105); "não se exclue a cumplicidade por omissão se o sujeito tinha o dever jurídico de evitar o resultado" (106).

Exposição pioneira entre nós da teoria do delito com base nos ensinamentos da teoria final da ação a Parte Geral de FRAGOSO é o mais moderno manual brasileiro sobre a matéria.

Outro autor primitivamente causalista, que hoje admite plenamente a teoria final da ação é DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS. Ele adota um conceito superior de conduta, englobando ação e omissão. Em seu Direito Penal (107), após expor as colocações naturalistas e normativas da omissão, DAMÁSIO critica as teorias do aliud agere e do nihil facere concluindo com a afirmação: " O que importa é a conduta omissiva", acompanhando a lição de FRAGOSO. Define DAMÁSIO, a omissão própria e imprópria, esclarecendo em que consiste o dever jurídico de impedir o resultado preso a critérios formais. Da análise da obra de DAMÁSIO DE JESUS, se observa que, sem embargo de haver o ilustre professor aderido ao finalismo, ele não tratou a dogmática dos delitos omissivos como habitualmente é feito pela corrente doutrinária a que aderiu, ou seja, total separação dos crimes omissivos dos comissivos. DAMÁSIO- ainda se refere aos crimes omissivos na tradicional "qualificação legal e doutrinária dos crimes" (108).

É esta a situação atual da doutrina brasi-

leira sobre a matéria.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS DO CAPITULO VI

- 1 - Direito Penal Brasileiro, R.J. Liv. Jacyntho Ed. 1932 p. 46.
- 2 - ob. cit. p. 46
- 3 - Tratado de Direito Penal - Jose Konfino Ed. R.J. 1947 p. 294 .
- 4 - Código Penal dos Estados Unidos do Brasil - Cia Ed. Nacional S.P. 1930 p.6 . e seq.
- 5 - ob. cit . p. 13
- 6 - ob. cit. p. 6.
- 7 - ob. cit. p. 13
- 8 - Direito Penal, Parte Geral, Forense, Rio, 1967 p. 175 .
- 9 - ob. cit . p.13
- 10- ob.cit. p.14
- 11 - ob. cit. p. 14
- 12 - Comentários ao Código Penal Brasileiro., vol. I., P. Geral - S.P. 1967 - cf. p. 49 .
- 13 - Comentários ao Código Penal - Forense , Rio , 1958 , vol I ; Tomo II , p. 11
- 14 - ob. cit ., p. 42
- 15 - ob. cit ., p. 70
- 16 - ob. cit. p. 422 e seq.
- 17 - Comentários cit., vol VIII, p. 207.
- 18 - Esporadicamente refere-se ainda HUNGRIA a mais

são quando trata das "concausas e causalidade por omissão perante o Cod.Penal" in Rev.Forense LXXXIX, p. 851; e da " Ortotanasia ou eutanasia por omissão "in Rev.Forense nº 150/515.

- 19 - Instituições de Direito Penal - Max Limonad - S.P., 1951, vol. I, Tomo I.
- 20 - Código Penal Brasileiro Comentado - R.J. 1958 - vol II , p.117.
- 21 - ob . cit, p. 202
- 22 - Tratado de Direito Penal - Saravia , S.P. 1965 Vol. II, p. 51
- 23 - ob. cit. , p 52.
- 24 - ob. cit.p. 51
- 25 - ob. cit., p 52
- 26 - ob. cit., p. 53
- 27 - ob. cit., 53
- 28 - ob.cit.53
- 29 - ob.cit. p. 54
- 30 - Direito Penal S.P. 1971 Saraiva p. 99
- 31 - ob. cit . p .112
- 32 - ob.cit., p.188 e seg.
- 33 - ob.cit. 99
- 34 - ob.cit. p. 99
- 35 - ob. cit . 112
- 36 - ob. cit. 119

- 37 - ob. cit., p.119
- 38 - ob. cit. p.120
- 39 - Direito Penal cit. p. 293
- 40 - ob.cit. p.297
- 41 - ob.cit. 298
- 42 - ob. cit . 298
- 43 - ob.cit 300
- 44 - ob.cit. p.300
- 45 - ob.cit. p.301
- 46 - ob.cit. 301
- 47 - ob. cit . p. 301
- 48 - Direito Penal, vol. II, p. 278
- 49 - Direito Penal, vol II, p. 278
- 50 - O Crime de Omissão de Socorro cit.
- 51 - Monografia cit., p. 31
- 52 - Crimes Comissivos por Omissão in Estudos de Direitos e Processo Penal em Homenagem a NELSON HUNGRIA - Forense -S.P.1962.
- 52a - art. cit. p. 256
- 52 B - art. cit. p. 257
- 53 - art. cit. p. 291
- 54 - monografia cit. p. 66
- 55 - monografia cit. p. 67
- 56 - art . cit. p. 258
- 57 - art. cit. p. 258
- 58 - art. cit . p. 259

- 59 - art. cit . p. 260
- 60 - art. cit. , p. 260 ; a propósito, o STJ de Portugal, no Ac. de 22.3.50, já decidiu: "Não obstante o dever moral e legal - art. 152, al.b) do Cod. da Estrada (de socorrer os ofendidos em caso de acidente de viação, a conduta culposa do agente e abandono consequente da vítima, desde que o evento letal teve como causa necessária e única aquela conduta culposa e tal fuga e abandono não tiveram nenhuma influência na sua produção". In ENJ, 18, apud Cod.Penal Portugues, Maia Gonçalves, p. 3
- 61 - Art. cit. p. 260, 261
- 62 - art. cit. 262
- 63 - Derecho Penal cit. p. 296
- 64 - Art. cit. p. 262
- 65 - art. cit. p. 263
- 66 - Conduta Punível, cit., 171,173
- 67 - NILO BATISTA - fazendo a resenha das Lições de Direito Penal - Parte Geral e da re-edição do - vol.I da Parte Especial, situou com muita propriedade o caminho científico percorrido por FRAGOSO. Afirma ele: " O segundo HELENO FRAGOSO opera/ com uma teoria do delito que incorpora de forma-

meditada, e conseqüente as profundas alterações propostas pelo finalismo, sem se afastar da abertura de visão que o fizera evitar o causalismo naturalista, atrelando a ação ao conteúdo de relevância social que dela faz, a um tempo, fato e valor". cf. Rev. Direito Penal nº 19/20, p. 90

- 68 - Conduta Punível, cit. p. 39
- 69 - Conduta Punível, p. 39
- 70 - Conduta Punível, p. 42
- 71 - Conduta Punível, p. 52
- 72 - Conduta Punível, p. 72
- 73 - Conduta Punível, p. 183
- 74 - Conduta Punível, p. 184
- 75 - Conduta Punível, p. 184
- 76 - Conduta Punível, p. 185
- 77 - Conduta Punível, p. 186
- 78 - Conduta Punível, 1 p. 188
- 79 - Conduta Punível - p. 188
- 80 - Conduta Punível, p. 188
- 81 - Conduta Punível, p. 188
- 82 - Conduta Punível p. 189
- 83 - Conduta Punível, p. 189
- 84 - Conduta Punível, p. 190
- 85 - Lições de Direito Penal, cit. p. 248

- 86 - Lições cit. p. 249
- 87 - Lições cit. p. 249
- 88 - Lições cit. p. 249
- 89 - Lições cit. 250
- 90 - Lições cit. p. 250
- 91 - Lições cit . p. 251
- 92 - Lições cit. p. 253
- 93 - Lições , cit. p. 253
- 94 - Lições cit. 255
- 95 - Lições cit. p.254
- 96 - Lições cit. 255
- 97 - Lições cit. p. 255
- 98 - Lições cit. p. 256
- 99 - Lições cit. p. 257
- 100- Lições cit. p.257
- 101 - Lições cit. p. 257
- 102 - Lições cit. p. 257 , 258
- 103 - Lições cit., p 258
- 104 - Lições, cit. p. 276
- 105 - Lições, cit . p. 251
- 106 - Lições cit. p. 276, sobre a matéria cf.Con -
curso de Agentes cit. de NILO BATISTA.
- 107 - Direito Penal Parte Geral Vol . I ed. Saraiva
1978 p.227
- 108 - Ob. cit. 186

- C O N C L U S Ã O -

Houve realmente um tempo - e podemos nos orgulhar disto - em que, no nordeste imperial, um irreverente, cáustico e até virulento homem de idéias dedicou-se, dentre vários afazeres intelectuais, ao estudo do Direito Penal.

Um século transcorreu e no entanto não desapareceu a atualidade de suas idéias. Inquestionavelmente um clássico - como bem assinala Anibal Bruno.

Não apenas um penalista, mas o maior penalista do Império com um lugar assegurado na história do Direito Penal Brasileiro.

No pensamento jurídico de Tobias Barreto encontramos categorias que, ainda hoje, são motivos de permanentes indagações por parte da doutrina criminal.

Assim sendo, é indispensável manter em primeiro plano, em sua vasta obra, os estudos penais que o mestre sergipano deixou como testemunho de uma insaciável curiosidade intelectual.

Assim é o velho mestre cujo pensamento não envelheceu, tais são as riquezas por ele deixadas tratando de temas que ainda logram um ensinamento válido às novas gerações que dele se aproximarem. O mestre aí está. Quem quizer aprovei

tar esta fonte rica de ensinamentos que entre em contato com sua obra.

Como sempre a compreensão do passado valoriza o presente.

INDICE ANALÍTICO -

Introdução: Biografia de Tobias Barreto....	p. 08
CAPÍTULO I - Problemas Fundamentais da Omissão - A omissão Teorias: O Conceito Normativo. Conceito Natural de Omissão equiparado à ação. Conceito Natural de Omissão mediante opo sição à ação. A omissão na teoria finalista da ação. Con - ceito de Crime Omissivo.	p. 33
CAPÍTULO II - Delitos Omissos Próprios. 1. A tipicidade nos delitos omissivos próprios. O tipo objetivo. O tipo subjeti vo. O erro de tipo. II 2. A antijuridicade nos delitos omissi vos próprios. II. 3. A culpabilidade nos delitos omissivos próprios. II. 4. A tentativa nos delitos omissivos próprios II. 5. A autoria e participação nos delitos omissivos pró - prios.	p. 65
CAPÍTULO III - OS DELITOS IMPRÓPRIOS DE OMISSÃO. III.1. A tipicidade nos delitos impróprios de omissão. A posição de garantidor. O problema da causalidade da omissão. O tipo sub jetivo dos delitos impróprios de omissão. III. 2 . A Antiju ridicidade nos delitos impróprios de omissã. III.3. A Culpa bilidade nos delitos impróprios de omissão. III.4. A tenta - tiva nos delitos impróprios de omissão III.5. Autoria e Par ticipação nos delitos impróprios de omissão.	p.105

CAPÍTULO IV - TOBIAS BARRETO E A DOUTRINA BRASILEIRA DE SEU TEMPO. Mendes da Cunha. Thomaz Alves Junior. Braz Florentino Henrique de Souza. Araujo Filgueiras Junior. Francisco Luiz. J. Augusto Camargo. Paulo Ramos Junior. Carlos Frederico Marques Perdigão. Vicente Alves Paula Pessoa. João Vieira de Araujo.

p.174

CAPÍTULO V - ANÁLISE CRÍTICA DOS "DELITOS POR OMISSÃO" de TOBIAS BARRETO"

p.185

CAPÍTULO VI - A TEORIA DA OMISSÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA MAIS RECENTE: Galdino Siqueira, Costa e Silva. Nelson Hungria. Basileu Garcia. José Frederico Marques. Magalhães Noronha. Anibal Bruno. J. Bernardino Gonzaga. Heleno Fragoso. Damásio de Jesus.

p.216

CONCLUSÃO..... p.249