

Crime comissivo por omissão. Exige o dever jurídico de impedir o resultado.

Helena Fragoso

A 2.^a C. Crim. do antigo TA da Guanabara, na AC 2.085, relator o ilustre juiz WELLINGTON PIMENTEL, por unanimidade, decidiu que os crimes comissivos por omissão exigem sempre a ocorrência de dever jurídico de impedir o resultado (*Arquivos*, 5/353).

Na hipótese, tratava-se do crime de desabamento culposo (art. 256 CP), atribuído à omissão do apelante. Afirmava-se ser este responsável pelo imóvel, que ruiu, matando duas pessoas e ferindo outras. Não era o apelante proprietário do imóvel, que efetivamente não utilizava. O prédio havia sido alugado, há muitos anos, a firma de engenharia pertencente ao falecido pai do réu. A empresa do apelante pagava a um vigia, que era antigo empregado da locatária original.

Essa decisão nos dá oportunidade para algumas observações de interesse.

O crime previsto no art. 256 CP não exige que tenha o agente qualquer qualidade ou condição pessoal: pode ser praticado por qualquer pessoa. Trata-se de crime comissivo, que poderia ser cometido por qualquer pessoa que, através de um comportamento ativo, causasse desmoronamento.

Como todo crime comissivo, este também pode ser praticado por omissão, constituindo um crime comissivo por omissão. A Dogmática Jurídico-Penal tem suscitado questões difíceis e altamente controvertidas, no que concerne a tal categoria de delitos, seja pelas dúvidas a que dá lugar a causalidade da omissão, seja pela identificação do dever jurídico de atuar.

É fora de dúvida, porém, que tais crimes não se configuram sem que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado. Não há omissão sem transgressão de dever jurídico de atuar. A omissão não é simples não fazer, mas

não fazer algo que o agente podia e devia realizar. Como nos crimes comissivos por omissão exige-se, para a configuração do delito, a superveniência de um resultado, o dever jurídico de atuar é aqui um dever jurídico de impedir o resultado. O que dá vida ao ilícito é o fato de o agente não evitar o acontecimento que tinha o dever de impedir. Cf. FRAGOSO, *Lições*, PG n.º 222.

Por isso, a doutrina tradicional afirma que os crimes comissivos por omissão apresentam antijuridicidade especial, consistente na violação de um dever jurídico de agir.

Já CARRARA (*Programma*, § 30) dizia que os crimes de pura inação não podem ser concebidos senão nos casos em que alguém tenha direito exigível à ação omitida. VON WEBER (*Grundriss des Strafrechts*, 1949, 58) sustenta que é pressuposto da omissão que haja um dever jurídico de agir, afirmando que as proibições se dirigem a qualquer um, mas as ordens, só a um restrito número de pessoas. Daí conclui HOEPNER (*Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte*, 1916, 115) que a omissão só pode ser equiparada à ação se for preliminarmente estabelecida a sua antijuridicidade, ensinando SCHÖNKE-SCHRÖDER, em seus preciosos comentários ao CP alemão, que tipicamente a omissão só pode corresponder à ação quando existe uma especial relação de dever (*Pflichtverhältnis*), por força da qual o agente é chamado a afastar o resultado típico, através de forças que se lhe oponham.

Em tais crimes, o agente surge como garantidor da não superveniência do resultado. É de mister que o agente tenha assumido ou que lhe tenha sido imposta a função de garantia da não superveniência do resultado típico. Não basta um dever *quemvis ex populo*. Essa visão dogmática dos crimes comissivos por omissão é corrente hoje na doutrina. Cf. MAURACH, AT 239; WELZEL, 184; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 27; ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale*, 1963, 180; BETTIOL, *Dir. Pen.*, 1966, 218; ANIBAL BRUNO, I, 307.

Afirma-se, assim, a exigência de dever jurídico de atuar, como elemento essencial dos crimes comissivos por omissão.

Nosso CP vigente é omissivo, em relação às fontes do dever jurídico

de atuar necessário aos crimes comissivos por omissão. Alguns códigos limitam-se a deixar assentada a exigência de um dever jurídico de impedir o resultado. É o caso do CP italiano (art. 40): "*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo di impedire, equivale a cagionarlo*". No mesmo sentido o CP grego, de 1950 (art. 13): "Quando a lei exige, para fundamentar um fato punível, determinado resultado, o não impedimento do resultado equipara-se à causação do mesmo, se o acusado omite especial dever jurídico de evitá-la". Assim também o Código iugoslavo, de 1951 (art. 22).

A doutrina supre a deficiência da legislação estabelecendo, desde FEUERBACH, que esse dever jurídico pode emanar a lei, do contrato ou de atividade anterior do próprio agente, causadora do perigo.

Os códigos mais recentes procuram estabelecer claramente tais pressupostos dos crimes omissivos impróprios. O CP de 1969, no art. 13 § 2.º, dispõe: "A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência."

Os anteprojetos SOLER (art. 10) e EDUARDO CORREIA (art. 7 § 1.º) seguiram a mesma orientação.

São três, portanto, as fontes do dever jurídico de impedir o resultado: a lei, o fato de assumir a responsabilidade de impedir o resultado, e a precedente atividade criadora do perigo.

A mãe que deixa de alimentar o próprio filho pequeno, que vem a morrer, responde por homicídio porque a lei (Cód. Civil, art. 231) impõe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Pessoa estranha praticaria apenas o crime de omissão de socorro.

Antiga doutrina afirmava que o dever de agir funda-se também no contrato. Neste caso, o dever de atuar e a posição de garantidor surgiriam de

obrigação contratual, quando o agente se tenha obrigado pelos riscos decorrentes. Seria o caso da enfermeira contratada para velar pelo doente; do professor que se compromete pelo pupilo; do locatário em relação ao imóvel, etc. Cf. ANÍBAL BRUNO, I, 305. A doutrina mais recente, no entanto, tem observado que não é propriamente do contrato que deriva o dever, que aqui se projeta como obrigação não limitada pelo direito privado. O essencial é que o agente tenha assumido a responsabilidade, como, por exemplo, no caso de pedestre que decide auxiliar a travessia do cego.

Finalmente, o dever de agir que pode dar lugar aos crimes comissivos por omissão existe também quando o próprio agente provoca a situação perigosa. Quem cria o perigo de dano tem obrigação jurídica de afastá-lo. Por isso afirma-se que o dever de agir nesses casos é tácito e resulta do sistema.

Quem põe fogo a um depósito tem o dever jurídico de socorrer os que nele se encontram.

É claro que a culpabilidade exige que o agente tenha consciência da sua posição de garantidor (WELZEL, 191; MAURACH, AT, 245). No exemplo da mãe que omite alimento ao filho, é indispensável que ela tenha conhecimento de sua condição de mãe. No caso do contrato, é indispensável que o agente saiba que é parte obrigada, etc.

No caso submetido a julgamento, pode-se observar que o locatário não tem o dever jurídico de zelar pela solidez do imóvel, se o contrato não o obriga nesse sentido. É que o Código Civil dispõe, em seu artigo 1.206: "Incumbirão ao locador, salvo cláusula expressa em contrário, todas as reparações, de que o prédio necessitar. Parágrafo único. O locatário é obrigado a fazer por sua conta no prédio as pequenas reparações de estragos que não provenham naturalmente do tempo ou do uso".

Atribui a lei civil a obrigação de restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, "salvas as deteriorações naturais ao uso regular" (art. 1.192, IV, Código Civil).

Não tem, portanto, o locatário dever jurídico de zelar pela solidez do imóvel. Tal dever a lei atribui ao locador. Ele poderá ser estabelecido em contrato, o que não era o caso, pois a locação não tinha contrato escrito.

Não seria possível, em consequência, que o acusado houvesse praticado crime comissivo por omissão, com referência ao desmoronamento, porque não cabia nenhum dever jurídico de impedir o resultado. Nem lei, nem contrato lhe impunham tal dever. Não foi ele que através de sua ação causou a instabilidade do muro. Essa sólida argumentação da defesa foi acolhida pelo tribunal.

Texto integral e original do verbete n.º 115, da obra “*Jurisprudência Criminal*”, 4.^a ed., Forense, Rio de Janeiro/RJ, 1982, p. 127-130.