

JUAREZ TAVARES

TEORIA DOS CRIMES
OMISSIVOS

Prefácio de Winfried Hassemer

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE GERAL

NOTA PRÉVIA	7
PREFÁCIO – WINFRIED HASSEMER	9
GELEITWORT – WINFRIED HASSEMER.....	13

PRIMEIRA PARTE

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	25
----------------------------------	----

CAPÍTULO 1

A PROBLEMÁTICA DOS DELITOS OMISSIVOS	27
I. Os pontos centrais da controvérsia.....	27
II. Crise dos delitos omissivos ?.....	28
1. A expansão dos delitos omissivos.....	30
2. A importância dos delitos omissivos	36
III. Os problemas práticos dos delitos omissivos	43

CAPÍTULO 2

OS FUNDAMENTOS CATEGORIAIS DA OMISSÃO.....	47
I. A natureza da omissão	47
1. Panorama geral.....	47
2. A questão do método.....	50
3. As concepções.....	52
A) A categoria empírica	52
B) A categoria do ser	55
C) O argumento racional.....	61

D) A categoria normativa.....	64
E) A categoria organizativa	68
II. A estrutura.....	69
III. A punibilidade	73
IV. A redução do objeto.....	76
CAPÍTULO 3	
A OMISSÃO COMO AÇÃO	79
I. Panorama geral.....	79
II. Os critérios naturalísticos ou não normativos	82
III. O critério normativo	88
IV. Os deveres de organização	89
1. O sentido dos deveres de organização	89
2. As dificuldades dos critérios de organização	92
V. Resumo	95
CAPÍTULO 4	
A EQUIPARAÇÃO ENTRE AÇÃO E OMISSÃO	97
I. Os elementos de equiparação.....	99
1. A formulação do conceito de ação.....	100
2. A formulação da causalidade	104
A) A teoria do agir de outro modo	107
B) A teoria da ação precedente	107
C) A teoria da causalidade subjetiva.....	109
D) A teoria da interferência.....	110
E) A teoria da causalidade adequada.....	112
F) A teoria da suposta causalidade natural	113
II. O retorno ao conceito material de ação	116
1. As variações hegelianas	117
2. As propostas alternativas	118
III. Avaliação crítica	121
CAPÍTULO 5	
A OMISSÃO COMO CORRESPONDENTE DA AÇÃO.....	123
I. A origem do problema	123
II. A correspondência na antijuridicidade	124

III. A condição negativa	125
IV. A construção da ingerência	129
V. A posição de garantidor	132
1. A argumentação inicial	132
2. A evolução da posição de garantidor	136
CAPÍTULO 6	
A QUESTÃO DOS CRITÉRIOS DE EQUIPARAÇÃO	140
I. Os pressupostos de uma equiparação.....	140
II. A disfuncionalidade dos modelos de equiparação	147
1. A insuficiência da teoria da condição negativa.....	148
2. A insuficiência do conceito de ingerência.....	150
3. A insuficiência do conceito de garantidor.....	155
III. A necessidade de equiparação da omissão à ação	162
IV. Os parâmetros de equiparação.....	166
1. O âmbito de aplicação	166
2. Dados empíricos e prescrição normativa	167
3. A chamada conduta básica	170
4. As incertezas do princípio da legalidade.....	173
5. As perspectivas normativas de base kantiana	175
CAPÍTULO 7	
OS MODELOS TEÓRICOS DE CONDUTA.....	179
I. Panorama geral.....	179
II. A diferenciação metodológica.....	181
III. A ação instrumental.....	182
IV. A ação estratégica.....	184
V. A ação subordinada a regras	188
VI. A ação comunicativa	191
1. A teoria dos papéis.....	191
2. A concepção fenomenológica	192
3. O interacionismo simbólico	193
4. O agir comunicativo e a conduta performática	196
A) As relações vitais	197
B) A situação.....	199
C) A tematização e o contexto.....	199
D) As delimitações no Estado de direito.....	201

CAPÍTULO 8

OS FUNDAMENTOS OBJETIVOS DA OMISSÃO	204
I. A questão da aceitação.....	204
II. As teorias legitimadoras: o funcionalismo.....	205
III. As falácias da legitimação	209
IV. A construção da norma mandamental.....	210
1. Os dados racionais e o processo de comunicação.....	212
2. Os dados empíricos e os enunciados verdadeiros	215
A) A teoria da correspondência.....	218
B) A teoria da coerência	221
C) A teoria do consenso.....	224
(aa) A escola de Erlangen	225
(bb) A concepção de Lorenz.....	225
(cc) A concepção de Habermas.....	226
V. A aplicação da norma.....	230
1. A formatação legal	230
2. O processo interpretativo	231
A) O processo de cognição	234
B) O processo de decisão.....	238

CAPÍTULO 9

OS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DA OMISSÃO.....	244
I. O delito como fato e como construção normativa	244
II. A natureza do ato omissivo.....	245
1. A teoria finalista.....	247
2. A teoria negativa de ação.....	250
3. A teoria personalista.....	252
4. A teoria significativa	253
III. A caracterização do ato omissivo	254
IV. Relação fática e relação jurídica	256
1. Os juízos axiológicos	256
A) O modelo aristotélico.....	257
B) O modelo kantiano.....	258
2. O conteúdo dos juízos axiológicos.....	260
V. A configuração perlocucionária da omissão	264

SEGUNDA PARTE

OS COMPONENTES DOGMÁTICOS	271
---------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

O PAPEL DA DOGMÁTICA	273
----------------------------	-----

CAPÍTULO 1

A DISTINÇÃO PRÁTICA ENTRE AÇÃO E OMISSÃO	283
--	-----

I. As primeiras tentativas de distinção.....	283
1. O critério da energia.....	284
2. O critério da causalidade.....	285
3. Os critérios normativos e valorativos.....	288
II. Crítica e opção doutrinária.....	292

CAPÍTULO 2

CRIMES OMISSIVOS E COMISSIVOS	294
-------------------------------------	-----

I. A divisão dos delitos	294
II. Delitos culposos e omissivos	297
III. Delitos omissivos por comissão.....	298
1. A participação ativa em fatos comissivos	298
2. A <i>omissio libera in causa</i>	299
3. O impedimento da ação de terceiro.....	302
4. O desligamentos de aparelhos de reanimação.....	302
IV. Casos práticos	303
V. A classificação dos delitos omissivos.....	306
1. As espécies de delitos	306
2. Os critérios de diferenciação.....	307

CAPÍTULO 3

OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS	312
--------------------------------------	-----

I. A posição de garantidor	313
1. Breves antecedentes	313
2. O conteúdo material da posição de garantidor.....	316
3. As delimitações em face do princípio da legalidade.....	317
4. A lei como fonte do dever de garantidor.....	319
A) O dever de vigilância sobre subordinados	321
B) A relação entre ascendentes e descendentes	322

C) A relação entre cônjuges.....	324
5. O contrato e a assunção fática de responsabilidade	325
A) O contrato.....	325
B) A promessa.....	326
C) A assunção de responsabilidade.....	327
(aa) A vida em comunidades fechadas.....	327
(bb) O exercício comum de atividades.....	328
(cc) A relação médico-paciente.....	329
(dd) A assunção de posições de proteção.....	330
(ee) O exercício de funções ou serviços públicos	330
5. A ingerência	331
A) A limitação objetiva da causalidade	333
B) A limitação do risco autorizado	334
(aa) O risco permitido	336
(bb) Os riscos habituais	336
(cc) O exaurimento do risco no resultado	337
(dd) O risco como objeto da norma.....	337
(ee) O risco previsto em norma complementar.....	338
C) A limitação pelo princípio da autorresponsabilidade.....	340
D) A limitação da ilicitude.....	341
II. A cláusula de equivalência.....	342

CAPÍTULO 4

O TIPO DOS DELITOS OMISSIVOS.....	350
I. A omissão típica.....	350
1. A possibilidade do agir	351
2. A situação típica.....	355
II. As causas de justificação	355
1. A colisão de deveres	356
2. O estado de necessidade.....	358

CAPÍTULO 5

A CAUSALIDADE NA OMISSÃO	359
I. As controvérsias da causalidade	359
II. A individualização da causalidade	361
III. As controvérsias do neokantismo.....	363

IV. O significado da causalidade na omissão.....	364
V. A omissão causal no Código Penal	366
Anexo 1: A responsabilidade pelo produto.....	369
Anexo 2: A probabilidade nos limites da certeza	378

CAPÍTULO 6

A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NOS CRIMES OMISSIVOS	393
I. O dolo e seu objeto	393
II. O erro de tipo	398

CAPÍTULO 7

A CULPABILIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS	400
I. O erro de mandamento.....	400
II. A inexigibilidade de conduta diversa.....	401

CAPÍTULO 8

CONCURSO DE PESSOAS E TENTATIVA	404
I. Concurso de pessoas	404
II. Tentativa.....	408
1. Atos preparatórios e executivos	409
2. Nos crimes omissivos impróprios	411
3. Tentativa acabada e inacabada	412
4. Desistência e arrependimento	413
Anexo 3: O concurso de crimes omissivos	414

CAPÍTULO 9

OS DELITOS OMISSIVOS CULPOSOS.....	420
I. A norma na omissão culposa	420
1. Os delitos omissivos próprios culposos	420
2. Os delitos omissivos impróprios culposos	422
II. O tipo omissivo culposo	423
III. A culpabilidade nos delitos omissivos culposos.....	427
BIBLIOGRAFIA	429
ÍNDICE REMISSIVO	447

NOTA PRÉVIA

Este trabalho tem como objetivo discutir as questões relativas à natureza, à estrutura e à punibilidade dos delitos omissivos. Em face disso, procura-se analisar a omissão como categoria empírica, como categoria ontológica, categoria racional, categoria normativa e como manifestação de deveres de organização. Com essa análise, inaugura-se uma primeira parte do trabalho, na qual se passa a dialogar com os fundamentos da omissão como modalidade de ação, como entidade equivalente à ação ou como conduta equiparável ou correspondente à ação. Uma vez assentadas as bases de uma equiparação entre ação e omissão, traçam-se também os fundamentos das normas mandamentais diante da teoria do agir comunicativo e suas implicações no âmbito da interpretação dos preceitos legais, com vistas a elucidar sobre o conteúdo do ato omissivo e seus elementos essenciais diante das questões relacionadas à sua legitimidade. Numa segunda parte, são tratados os componentes dogmáticos dos delitos omissivos próprios e impróprios, suas características diferenciadoras e seus elementos típicos. A análise do tipo dos delitos omissivos se desdobra ainda em sua relação com a antijuridicidade e com a culpabilidade. Ainda que constitua uma questão quase que insolúvel, são trabalhados também os postulados da causalidade do ato omissivo, principalmente por força da regra estampada no art. 13 do Código Penal que deles não prescinde.

O método empregado na confecção dos temas e de sua discussão corresponde ao modelo construtivista de HOLZKAMP, que se destina a avaliar a argumentação científica e suas conclusões com base no princípio da realização, pelo qual se procede a uma integração entre o panorama linguístico (e normativo) e a realidade empírica, de modo a demonstrar a necessidade de uma constante renovação das teses deontológicas em face do contexto e de sua tematização. O núcleo principal do trabalho reside na delimitação dos deveres de atuar e dos elementos constitutivos da ação devida, para o efeito de evitar sua extensão e seu emprego em detrimento da pessoa humana diante dos princípios fundamentais da ordem jurídica democrática. Uma democracia

verdadeira não pode conviver com a estrutura de deveres de obediência, um resqúcio do Estado despótico em detrimento da autonomia do sujeito.

Nesta oportunidade, quero agradecer especialmente ao amigo, mestre e eminente professor doutor WINFRIED HASSEMER, catedrático da Universidade de Frankfurt am Main, pelos preciosos conselhos para a confecção da obra, bem como pela infinita possibilidade que me proporcionou de pesquisar na seleta biblioteca do Instituto de Filosofia e de Ciências Criminais dessa universidade. Agradeço-lhe mais pela gentileza de escrever um generoso e percuciente prefácio a este livro, que me fortalece e induz a seguir adiante pelo mesmo caminho de pesquisa. Agradecimentos vão igualmente para o caro amigo, professor doutor CORNELIUS PRITTWITZ, catedrático da Universidade de Frankfurt am Main, pelo convite para proferir uma conferência e participar de uma discussão específica sobre o tema no famoso *Dienstagseminar* de sua universidade, que trouxe relevantes contribuições para a solução de muitos problemas relacionados à omissão.

Quero agradecer também às minhas assessoras Luciana Cunha Cesar e Suzana Palma e ainda ao amigo, doutorando, Tiago Joffily pela ajuda inestimável na correção do texto.

Rio de Janeiro/Brasília, outubro de 2011.

JUAREZ TAVARES

PREFÁCIO¹

1. O OBJETO

Na dogmática penal alemã, e também na dogmática penal internacional, quase não há instituto tão controvertido quanto a análise teórica e o manejo prático da omissão. E quase não há instituto cuja diferenciação e configuração sistemática sejam tão pouco creditadas ao trabalho do legislador e, sim, marcadamente, à jurisprudência e, antes de tudo, à ciência. No Código Penal alemão, o legislador limitou-se a transcrever, no § 13,² os critérios e elementos da omissão punível que haviam sido, anteriormente, desenvolvidos pela ciência e pela jurisprudência. Um raro acontecimento.

Isso tem seus motivos:

- A dogmática e o correto tratamento da omissão punível penetram profundamente na nossa experiência cotidiana normativa e dissimulam-se também nessa experiência. Estão menos à disposição da ciência do que outras instituições de controle social e juízos de direito penal;

- Os crimes omissivos exigem – também por esse motivo – conceituação mais precisa e eficaz do que outros ramos do direito penal. Em relação a esses, estamos mais raramente de acordo sobre o correto resultado de sua avaliação do que sobre sua correta denominação e seu adequado posicionamento no sistema do direito penal;

- Assim, o interesse principal reside na criação de um Código Penal mais claro e determinado possível, o que corresponde à tarefa de um direito

1. Tradução de Fernanda Lara Tórtima.

2. NT (Nota da tradutora): § 13: Comissão por omissão. Quem se omite de impedir um resultado, pertencente ao tipo de uma lei penal, só é punível, segundo este código, se for juridicamente responsável para que o resultado não ocorra, e quando a omissão da realização do tipo legal corresponder a uma ação.

penal do Estado de direito, mais ainda no que diz com a justiça penal e a ciência do direito penal. Por isso, há sobre esse tema excelentes pesquisas científicas, não somente no interesse da ciência, mas também dos cidadãos.

Os questionamentos, que, normalmente, se apresentam em relação à punibilidade da omissão, são, a um só tempo, simples e bem profundos. Fazendo-se uma pergunta no plano do senso comum: por que deve ser punido um sujeito, que nada de mal tenha feito, mas que, no entanto, permita que se realizem a perversidade do mundo e os seus perigos para pessoas e animais, e deixe alguém morrer de fome ou de sede? Deve o direito nos obrigar a prestar socorro de modo permanente e nos punir quando seguimos nosso caminho de forma particular e individual? Não seria isso um pré-moderno e autoritário direito penal de controle, que não dá sossego às pessoas, em franca oposição a um ordenamento jurídico liberal e humano?

O direito penal moderno responderia que isso é assim, porque, atualmente, não mais vivemos e sentimos de forma particular e individual. Não queremos conviver – é bem verdade que por razões morais – tanto com aquele que, estando em condições de evitar o afogamento de uma pessoa, permanece impassível e a vê morrer, quanto com aquela mãe ou aquele pai que simplesmente deixa seu filho morrer de fome. Precisamente, existem situações nas quais o *nada fazer* (Nichtstun) tem a mesma relevância normativa do que a ação que viola um bem jurídico, como no caso do homicídio. Mas isso – assim, delimitaria o direito penal moderno – não vale para qualquer omissão; algo, por exemplo, como uma especial proximidade entre autor e vítima, como aquela entre pais e filhos, ou uma especial vulnerabilidade da vítima, deve ser pressuposto de uma punibilidade.

No entanto, em relação a isso, poderá afirmar o senso comum, o que está de acordo com o direito penal moderno, que, em comparação à responsabilidade pelo agir ativo, a responsabilidade pela omissão deve ser limitada e reduzida. E, a partir desse acordo, inserem-se, imediatamente, o direito penal moderno e o senso comum no centro dos problemas, que, nessa grande monografia, JUAREZ TAVARES enfrenta, tanto pela via tradicional da dogmática do direito penal quanto exprimindo-os de uma nova maneira.

Menciono apenas alguns dos problemas que há muito esperam por uma solução ou, pelo menos, por uma resposta adequada. Menciono apenas alguns dos que são bem observados por JUAREZ TAVARES. Devemos entender a omissão como uma ação ou como o seu oposto? aquele que causa um dano ao patrimônio de outra pessoa por meio de informações falsas ou fraudulentas faz algo diferente, sob o ponto de vista do direito penal, do que aquele que não adverte a vítima acerca do advento de um dano ao seu patrimônio? Quando se trata de ação, perguntamos, racionalmente, acerca da causação de uma violação a bem jurídico; quando se trata de omissão, é essa pergunta, de antemão, sem sentido. Segue-se daí o seguinte: há um equivalente funcional

para a causalidade que limite a responsabilidade pela omissão de forma tão coerente como ocorre na ação? que situações especiais fundamentam a responsabilidade penal também na omissão? proximidade social, parentesco, promessa privada de ajuda posterior, contratos, outros tipos específicos de comunicação social? como decidimos acerca de formas mistas, a exemplo da destruição de um equipamento de salvamento? como podemos entender e regulamentar, por meio de conceitos precisos, que, em termos normativos, a destruição comissiva normalmente não corresponda à omissão do salvamento de um bem jurídico?

2. O LIVRO

Este é um trabalho à altura dos padrões internacionais e adequado ao tempo.

Ele caracteriza-se por um estuendo domínio da literatura apropriada e – ainda mais – pela completude da discussão e dos questionamentos, raramente alcançada. Isso diz respeito não somente ao emprego da literatura científica internacional, mas ainda aos inúmeros casos nos quais as formas de lesão por omissão se manifestam. Neste trabalho, o leitor é orientado, em alto nível, acerca de todas as questões atualmente propostas na dogmática e na práxis dos crimes omissivos. Chama-se sempre a atenção do leitor para a fundamentação jurídico-filosófica e científico-social da responsabilidade penal da omissão, sem a qual, atualmente, o conhecimento dos institutos, aqui tratados, não pode mais ser compreendido.

Quero destacar especialmente duas qualidades desta monografia, que raramente são encontradas, mesmo em tratados atuais e exigentes: a solidez da discussão científica do direito penal e os seus resultados para os fundamentos científicos da nossa matéria, bem como o desenvolvimento de construções e modelos de dogmática penal em questionamento com uma política criminal científica. A presença de tais qualidades não seria natural ou obrigatória. No entanto, ambas se aproximam desse tema e enriquecem extraordinariamente a fundamentação científica. De qualquer forma, para os especialistas, é evidente que – quer se queira, quer não – a moral cotidiana é decisiva para a análise da punibilidade da omissão: afinal, somente uma determinada proximidade e uma determinada comunicação entre autor e vítima são aptas a equiparar, normativamente, a lesão pela omissão à lesão pelo atuar comissivo. Quando se compreende isso, está-se a um pequeno passo de uma reflexão filosófica e sociológica, como se faz neste livro.

Igualmente, está claro que uma equiparação e uma diferenciação sustentável e convincente, sob o aspecto político-criminal, da lesão por ação e por omissão é extraordinariamente difícil. Isso se manifesta não somente na conceituação extremamente vaga que sempre caracterizou as respectivas

normas penais. Que a discussão jurídico-penal, da forma como ela é exemplarmente apresentada neste livro, também cuide desse problema, consiste assim, portanto, também no interesse dessa discussão: sua aceitação por uma determinada ordem jurídica do Estado de direito e por uma sociedade convencida da relevância da Constituição.

Cabe perguntar, então: esse livro respondeu a antigos questionamentos tradicionalmente feitos em relação à punibilidade da omissão de forma tão inovadora, a ponto de os ter resolvido, permitindo que nós, na dogmática penal internacional, deixemos de cuidar deles e passemos a cuidar de novos problemas? Creio que não, pois, a questão sobre por que e como a pessoa humana, por causa de um simples *nada fazer* (Nichtstun), merece receber uma pena estatal, pertence àquelas perguntas eternas de uma ciência exigente do direito penal e, assim, deve permanecer. De qualquer forma, fora do âmbito de uma rigorosa ciência natural, resolvem-se questões científicas, não somente através de boas respostas científicas, como as que são dadas neste livro. Quando são boas, despertam elas ainda novos questionamentos científicos; em nossa ciência isso significa “progresso”.

E eu, também, não quero esperar por isso. A questão acerca da punibilidade pela omissão não é proposta, discutida e respondida cientificamente somente para que o legislador e a justiça penal encontrem um caminho bem fundamentado e construído, de modo a que possam tomar boas decisões na legislação penal e em julgamentos penais. Ela é, igualmente, analisada, porque as respostas dadas pela ciência a essa questão viabilizam o conhecimento acerca de nós mesmos e de nossa vida. Além de concretas decisões sobre questões de direito penal, aprendemos a descobrir as artimanhas a respeito de como, diariamente, julgamos, valoramos e fundamentamos, e como o entendimento normativo de uma sociedade funciona. Isso também pode ser o resultado da boa ciência. E esse resultado é precioso.

Encontrei neste livro tais preciosidades em abundância.

Frankfurt am Main, agosto de 2011.

WINFRIED HASSEMER

Dr. Dr. h. c. mult.

Professor Catedrático da Universidade de Frankfurt am Main.
Ex-Vice-Presidente da Corte Constitucional da Alemanha

GELEITWORT

zu

JUAREZ TAVARES, Unterlassungsdelikte

Stand: 27.8.11

I. DER GEGENSTAND

In der deutschen und auch in der internationalen Strafrechtsdogmatik gibt es kaum ein Institut, das wissenschaftlich so umstritten wäre wie die theoretische Analyse und praktische Behandlung des Unterlassens. Und es gibt kaum ein Institut, das seine Ausdifferenzierung und seine systematische Gestaltung so wenig der Arbeit des Gesetzgebers und so nachdrücklich der Rechtsprechung und vor allem der Wissenschaft verdankt. Im deutschen StGB hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, die Kriterien und Merkmale des strafbaren Unterlassens in § 13 abzuschreiben, die zuvor von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelt worden waren. Eine seltene Konstellation.

Das hat seine Gründe:

- Die Dogmatik und die gerechte Behandlung des strafbaren Unterlassens reichen tief in unsere normative Alltagserfahrung hinein und verbergen sich auch in dieser Erfahrung, sie liegen weniger auf der wissenschaftlichen Hand als andere Institutionen sozialer Kontrolle und strafrechtlicher Beurteilung;
- Unterlassungsverbrechen entziehen sich – wohl aus diesem Grunde – präziser Begrifflichkeit erfolgreicher als andere Teile des Strafrechts, bei ihnen sind wir uns seltsamerweise eher über das gerechte Ergebnis ihrer Beurteilung einig als über ihre richtige Benennung und angemessene Lozierung im System des Strafrechts;

- deshalb liegt der Hauptanteil bei der Herstellung eines möglichst klaren und bestimmten Strafgesetzbuchs, wie es die Aufgabe eines rechtsstaatlichen Strafrechts ist, immer noch bei der Strafjustiz und der Strafrechtswissenschaft, und deshalb liegen hier hervorragende wissenschaftliche Untersuchungen nicht nur im Interesse der Wissenschaft, sondern auch der Bürger.

Die Fragen, die sich bei der Strafbarkeit der Unterlassung typischerweise stellen, sind zugleich ganz einfach und ganz tiefgründig.

Warum, so kann man auf der Ebene einer alltäglichen, naiven Moral fragen, warum soll ein Mensch dafür bestraft werden, dass er nichts Böses getan hat, dass vielmehr die Schlechtigkeit der Welt und ihre Gefährlichkeit für Mensch und Tier sich gewissermaßen von selbst realisiert und einen Menschen hat verhungern oder ertrinken lassen? Ist das Strafrecht denn dazu da, uns alle zu einer permanenten Rettungsassistenz zu verpflichten und uns zu bestrafen, wenn wir privat und individuell unserer Wege gehen? Ist das nicht ein vormodernes, ein autoritäres Kontrollstrafrecht, das den Menschen nicht in Ruhe lassen will – das pure Gegenteil einer menschenfreundlichen, liberalen Rechtsordnung?

Darum ist das so, so würde das moderne Strafrecht antworten, weil wir heute nicht mehr privat und individuell leben und empfinden. Mit demjenigen, der imstande wäre, den Ertrinkenden zu retten, und ihm ungerührt beim Sterben zusieht, möchten wir – und zwar aus moralischen Gründen – ebenso wenig zusammenleben wie mit der Mutter oder dem Vater, die ihr Kind einfach verhungern lassen. Es gibt eben Situationen, in denen das Nichtstun normativ genauso schwer wiegt wie das Handeln, welches ein Rechtsgut verletzt, wie etwa das Totschlagen. Aber, so würde das moderne Strafrecht einschränken, das gilt nicht für jedes Unterlassen; irgend so etwas wie eine besondere Nähe zwischen Täter und Opfer, wie etwa die zwischen Eltern und Kind, oder eine besondere Verletzlichkeit des Opfers muss wohl Voraussetzung einer Strafbarkeit sein.

Dem wird die naive Moral zustimmen können, und so einigen sich beide auf eine strafrechtliche Haftung beim Unterlassen, die aber gegenüber der strafrechtlichen Haftung beim aktiven Tun begrenzt und reduziert sein muss. Und mit dieser Einigung stecken sie sofort mitten in den Problemen, die Juarez Tavares in dieser großen Monographie sowohl auf den traditionellen Wegen der Strafrechtsdogmatik verfolgt als auch auf eine neue Weise durchbuchstabiert. Ich nenne nur einige Probleme, die schon lange auf eine Lösung oder wenigstens auf eine angemessene Antwort warten. Ich nenne nur einige, die von Juarez Tavares gründlich traktiert werden:

Müssen wir das Unterlassen als Handlung verstehen oder als deren Gegenteil; tut derjenige, der einem anderen, etwa durch betrügerische Fehlinformation, einen Vermögensschaden zufügt, strafrechtlich etwas anderes als

derjenige, der das Opfer vor einem Vermögensschaden nicht warnt? Beim Handeln fragen wir vernünftigerweise immer nach der Verursachung einer Rechtsgutsverletzung; beim Unterlassen ist diese Frage von vorneherein sinnlos; was folgt daraus, gibt es ein funktionales Äquivalent für Kausalität, um die Haftung beim Unterlassen so konsequent zu beschränken wie beim Handeln? Welche besonderen Situationen begründen eine strafrechtliche Haftung auch für Unterkassen: soziale Nähe, Verwandtschaft, private Zusage späterer Hilfe, Verträge, bestimmt andere Typen sozialer Kommunikation? Wie entscheiden wir Mischformen, etwa das aktive Zerstören einer rettenden Apparatur? Wie können wir durch präzise Begriffe einfangen und regeln, dass das aktive Zerstören im Normalfall hinter dem Unterlassen der Rettung eines Rechtsguts normativ zurückbleibt?

II. DAS BUCH

Das ist eine Arbeit auf der Höhe der internationalen Standards und auf der Höhe der Zeit.

Sie zeichnet sich aus durch eine stupende Beherrschung der einschlägigen Literatur und – mehr noch – durch eine sonst kaum erreichte Vollständigkeit der Diskussionen und Fragestellungen; das betrifft nicht nur die Verarbeitung der internationalen wissenschaftlichen Literatur, sondern auch die zahlreichen Konstellationen, in denen sich die Formen einer Verletzung durch Unterlassen manifestieren: Hier wird der Leser auf höchstem Niveau orientiert über alle Fragen, die sich in der Dogmatik und der Praxis der Unterlassungsdelikte heute stellen, und er wird immer wieder auf die rechtsphilosophischen und sozialwissenschaftlichen Hintergründe einer strafrechtlichen Haftung für Unterlassen aufmerksam gemacht, ohne deren Kenntnis das hier behandelte Institut heutzutage nicht mehr hinreichend verstanden werden kann.

Zwei besondere Vorzüge dieser Monographie möchte ich besonders hervorheben; man findet sie auch in aktuellen und anspruchsvollen strafrechtlichen Traktaten eher selten: die tiefe Fundierung der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion und ihrer Ergebnisse in den Grundlagenwissenschaften unseres Fachs und die Weiterführung strafrechtsdogmatischer Konstruktionen und Modelle in Fragestellungen einer wissenschaftlichen Kriminalpolitik. Beides ist nicht zwingend und auch nicht selbstverständlich; beides legt sich aber gerade bei diesem Gegenstand nahe und bereichert die wissenschaftliche Begründung außerordentlich:

Jedenfalls für den Kundigen lässt sich mit Händen greifen, dass über die Strafbarkeit des Unterlassens – ob man das will und ob man es wahrnimmt oder nicht – letztlich auch mithilfe alltäglicher Moralen entschieden wird: Nur eine bestimmte Nähe und eine bestimmte Kommunikation von Täter und Opfer reichen am Ende hin, um die Verletzung durch Unterlassen einer Verlet-

zung durch aktives Tun normativ gleichzustellen. Wenn man das begreift, ist es nur noch ein kleiner Schritt zu einer philosophischen und soziologischen Reflexion, wie sie in diesem Buch angestellt werden.

Und klar ist auch, dass eine kriminalpolitisch überzeugende und haltbare Parallelisierung und Unterscheidung von aktivem Verletzen und Unterlassen außerordentlich schwierig ist. Das zeigt sich nicht zuletzt in der außerordentlich vagen Begrifflichkeit, welche die entsprechenden Strafnormen seit je her charakterisiert. Dass sich die strafrechtswissenschaftliche Diskussion, wie sie in diesem Buch musterhaft geführt wird, auch dieses Problems annimmt, liegt deshalb auch im Interesse dieser Diskussion selbst: ihrer Akzeptanz durch eine rechtsstaatlich bestimmte Rechtsordnung und durch eine von der Verfassung überzeugte Gesellschaft.

Hat dieses Buch nun also die alten Fragen, die sich mit der Strafbarkeit des Unterlassens traditionell stellen, auf eine neue Weise so beantwortet, dass sie sich so gründlich erledigt haben, dass wir ihnen in der internationalen Strafrechtsdogmatik den Rücken zukehren und uns neuen Problemen zuwenden können?

Ich glaube es nicht; denn die Frage, ob, warum und wie Menschen wegen puren Nichtstuns staatliche Strafe verdient haben, gehört zu den ewigen Fragen jeglicher anspruchsvollen Strafrechtswissenschaft, und so dürfte das auch bleiben: Jedenfalls außerhalb der strengen Naturwissenschaften erledigen sich wissenschaftliche Fragen nicht allein durch gute wissenschaftliche Antworten, wie sie in diesem Buch gegeben werden. Viel eher regen sie, wenn sie wirklich gut sind, neue wissenschaftliche Fragen an; genau das bedeutet in unserer Wissenschaft «Fortschritt».

Und ich möchte es auch nicht hoffen. Die Frage einer Strafbarkeit wegen Unterlassens wird in der Wissenschaft ja nicht nur deshalb gestellt, diskutiert und beantwortet, damit Gesetzgeber und Strafjustiz einen wohlbegründeten und gut ausgebauten Weg finden, um konkrete Entscheidungen in Strafgesetzen und Strafurteilen zu erlassen. Sie wird auch deshalb traktiert, weil die Antworten, welche die Wissenschaft auf diese Frage gibt, jenseits konkreter Entscheidungen strafrechtlicher Fragen einen Einblick in uns selber und in unser Leben gestatten kann: Wir lernen, uns selber auf die Schliche zu kommen, wie wir alltäglich urteilen, werten und begründen, wie die normative Verständigung einer Gesellschaft funktioniert; auch das kann ein Ergebnis guter Wissenschaft sein, und dieses Ergebnis ist kostbar.

Ich habe in diesem Buch eine Fülle solcher Kostbarkeiten gefunden.

Frankfurt am Main, im August 2011.

CAPÍTULO 1

A PROBLEMÁTICA DOS DELITOS OMISSIVOS

I. OS PONTOS CENTRAIS DA CONTROVÉRSIA

Ao tratar da oposição entre ideias falsas e verdadeiras, LEIBNIZ já indicava, em 1684, a necessidade de se proceder à diferenciação das formas e dos critérios do conhecimento, pelos quais se poderia separar o que é claro do obscuro, o que é transparente do nebuloso, o que é adequado do inadequado, o que é intuitivo do simbólico. Depois de percorrer todos estes aspectos, concluiu que o conhecimento correto seria aquele, igualmente, adequado e intuitivo.¹ Apesar de esses argumentos de LEIBNIZ terem sido destinados, primitivamente, às considerações sobre lógica e metafísica, são ainda sugestivos como ponde-

¹ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Fünf Schriften zur Logik und Metaphysik*, 1966, p. 9 e ss. Neste escrito, dizia LEIBNIZ que uma ideia será *obscura* quando não for suficiente para reconhecer um objeto já descrito; ao contrário, seria *clara* quando pudesse reconhecer aquilo que havia sido descrito. Por sua vez, um conceito será *transparente* quando servir para distinguir as coisas de conformidade com as suas características ou como resultado de uma investigação; seria, em contrapartida, *nebuloso* ou confuso quando não fosse capaz de dar especificidade às características de uma coisa, que a pudessem separar das demais. Além disso, um conhecimento claro e transparente será *adequado* quando conduzir a análise do objeto até suas últimas consequências; apesar de ser claro e transparente, seria *inadequado* se não pudesse utilizar as características de um objeto para complementar de modo definitivo sua análise. Finalmente, o conhecimento será *intuitivo* quando, em conceitos compostos de vários segmentos, retratar ou, pelo menos, puder retratar todas as características desses segmentos; seria *simbólico*, se conservasse essas características apenas como ideia e não como explicação para a sua origem. Por outro lado, como consequência dessa análise, distinguia LEIBNIZ entre *definição nominal* e *definição real* de um objeto. Enquanto a primeira se encarregaria de traçar suas características, de modo a distingui-lo de outros, a segunda cumpriria a tarefa de demonstrar sua possibilidade. Ainda que a definição nominal seja útil, é insuficiente para o conhecimento correto do objeto. Para tanto, será necessário valer-se de dados suplementares para afirmar que esse objeto é, também, possível. Assim, uma ideia será *verdadeira* se seu conceito for possível, ou *falsa* se seu conceito encerrar uma contradição.

rações acerca do que se pode e, conseqüentemente, do que se deve tomar como válido em uma investigação científica. Da mesma forma como ocorre com o conhecimento em geral, o estudo dos crimes omissivos também envolve questões relativas ao adequado e ao inadequado, ao simbólico e ao intuitivo.

Com efeito, ao percorrer os caminhos da produção legal, pode-se ver como os crimes omissivos apresentam, na sociedade contemporânea, uma incidência cada vez maior. Em face de inúmeras variáveis, o legislador os usa sem qualquer parcimônia, mesclando seus argumentos em torno de uma política criminal voltada para o abstrato e o incomensurável, principalmente para satisfazer objetivos administrativos pouco esclarecidos e sedimentar campanhas impressionistas. Pela própria natureza dessa política criminal imediatista e voltada para efeitos espetaculares, os crimes omissivos ainda não puderam se distanciar do simbólico e do inadequado. Na verdade, a dogmática penal não pôde, até agora, dar uma solução definitiva a três séries de problemas fundamentais que cercam esses delitos, relacionados à sua natureza, à sua estrutura e à sua punibilidade. A solução dessas três séries de questões vincula os delitos omissivos não apenas à dogmática penal, mas também ao poder normativo e interventor do Estado e, por seu turno, à ordem social nacional, à sociedade globalizada e, principalmente, aos preceitos de garantia que envolvem a formação social efetivamente democrática e humanista.

II. CRISE DOS DELITOS OMISSIVOS?

Geralmente, quando se aborda um tema que esteja submetido a grandes controvérsias, costuma-se dizer que esse tema está em crise. Isso se deu, primeiramente, com a adoção do conceito de ação, que gerou, a partir de determinado momento, inúmeros problemas e desencontros, de certo modo com a introdução no direito penal da teoria finalista e com as modificações procedidas pela teoria social de ação e pelas teorias funcionais. Em um segundo momento, passou-se a falar de crise da tipicidade, ao serem discutidas as propostas da teoria dos elementos negativos do tipo, as quais vieram a gerar, inclusive, uma formulação bipartida para o fato punível, como ação típica e culpável, com influência marcante no pensamento jurídico-penal da América Latina. Acrescente-se a tensão entre causalidade e critérios de imputação. Também se falou e ainda se fala de crise da culpabilidade, que se viu despertar com a adoção da teoria normativa, a partir da contribuição de FRANK e sua crítica acerca da tautologia do discurso tradicional,² e, mais tarde, com

² FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 6: «Auf die Frage: wann ist der Mensch für sein Verhalten strafrechtlich haftbar? antwortet die Wissenschaft: wenn sein Verhalten ein schuldhaftes ist. Auf die weitere Frage: wann ist sein Verhalten schuldhaft? erhalten wir von v. Liszt die Auskunft: wenn der Mensch dafür verantwortlich ist. Das ist ein offener Zirkel» (A pergunta: quando uma pessoa é punível pelo seu comportamento? responde a ciência: quando sua conduta for culpável. A pergunta subsequente: quando sua

o finalismo, que acabou esvaziando o seu primitivo conceito, ao retirar-lhe o dolo e a culpa, e com os funcionalistas, que querem, no fundo, eliminar o juízo de censura baseado no poder agir de outro modo e substituí-lo por um juízo de incompatibilidade para com a ordem jurídica. Ainda se poderia falar da crise na relação entre culpabilidade e pena, até agora não superada no âmbito de sua individualização em face das contradições entre as perspectivas preventivas e os fundamentos retributivistas. Não deixa de expressar também uma crise a conturbada relação entre dogmática penal e prática judicial, que percorrem caminhos contraditórios, ora exigindo pureza de conceitos, ora os confundindo em face da necessidade de enfrentar uma questão concreta e pugnar por uma solução imediata, ampliando ou restringindo a punibilidade.

Em todos esses momentos, aos quais se atribui o anátema de crise, a discussão não apenas se iniciou, como ainda continua, o que está a indicar que toda a teoria do delito sempre esteve em crise, desde que se apresente como o produto de controvérsias e juízos de valor, nem sempre compreendidos dentro de um consenso. O mesmo se dá com os delitos omissivos, que apresentam questões quase que insolúveis, independentemente das teorias e das propostas metodológicas para elucidá-las.

Ao analisar-se a crise dos delitos omissivos, conviria fixar, de antemão, o conceito de crise. Geralmente, entende-se por *crise*, segundo uma antiga terminologia médica, o momento extremo de manifestação de uma enfermidade, a partir do qual podem ser esperados dois desideratos: a cura ou a fatalidade.³ Essa expressão se tem estendido a outras disciplinas, que a trabalham conforme os respectivos métodos e finalidades. Assim, no âmbito da psicologia, poder-se-ia falar de *crise de identidade*, *crise da adolescência*, de *crise vegetativa*, *crise estática* ou *crise sincopática*, consoante os momentos e as características em que o fenômeno se manifesta na conduta humana.

No direito, costuma-se falar de crise quando subsiste um conflito entre normas ou um encontro de princípios. Isso pode ocorrer quando uma determinada norma já não esteja em condições de regulamentar o fato que, originariamente, lhe servia de substrato, ou quando o fato não possa ser regulado por falta de uma previsão legal, ou quando a interpretação acerca de como se deva proceder quanto à aplicação da norma em relação ao fato se tenha desvinculado de sua primitiva estrutura, ou quando um instituto não possa ser interpretado de um modo coerente, conforme os princípios superiores da ordem jurídica, ou, finalmente, quando os princípios em confronto não possam ceder, um em benefício do outro, por serem de igual hierarquia. Estas são as formas mais

conduta é culpável? colhe-se a resposta de VON LISZT: quando a pessoa for por ela responsável. Trata-se de um círculo vicioso).

³. PETERS, Uwe Henrik. *Lexikon Psychiatrie, Psychotherapie, Medizinische, Psychologie*, 2000, p. 315.

comuns das crises jurídicas. Entretanto, parece que quando se fala de crise não se deve ficar limitado a esses aspectos puramente normativos, que dizem respeito mais à validade ou à eficácia da norma. Em um sentido que leve em conta também as relações de legitimidade das normas e sua vinculação a um estado de preservação da pessoa e de sua liberdade, poder-se-ia falar, então, de crise, *quando se constataste que um determinado instituto já não estaria apto a servir de suporte ou de proteção aos seus direitos fundamentais.*

Entendida dessa forma a expressão *crise*, poder-se-ia dizer que os delitos omissivos estão em crise, não de eficácia, mas em crise de validade e de legitimidade. Isso se manifesta, entretanto, como o resultado de uma longa sedimentação que se procede, histórica e gradativamente, acerca de sua compreensão, inserção e tratamento no âmbito jurídico. Para analisar esse momento de crise, poder-se-á partir de dois importantes conjuntos. Primeiramente, a partir do conjunto centrado na identificação da conduta que deva servir de base à incriminação. Depois, do conjunto das expectativas que se desenvolvem sobre essa conduta, em função das perspectivas do poder.

1. A expansão dos delitos omissivos

Afirmou-se, inicialmente, que os delitos omissivos padecem também dos mesmos problemas relacionados à lógica e à metafísica, os quais vão se refletir nas indagações acerca de sua natureza, sua estrutura e sua punibilidade, e cujo tratamento teórico ainda se encontra em discussão, daí o sentido de crise que os envolve, crise essa que não foi solucionada pelos vários critérios propostos para equacioná-la. Se a crise diz respeito à antinomia entre os preceitos jurídicos incriminadores e a proteção de direitos da pessoa, sua repercussão na dogmática penal só pode ser representada pelas divergências quanto ao discurso legitimador. Parece, assim, que o grande problema, talvez o problema mais agudo dessa discussão, resida no fato de que todas as controvérsias dos delitos omissivos sempre estiveram situadas em torno do significado da omissão como conduta punível, daí ser relevante verificar como isso se processa no âmbito da evolução desses delitos. Pode-se adiantar que, tanto em sua manifestação doutrinária quanto legislativa, os delitos omissivos se desenvolvem, primeiramente, sobre a base de uma equiparação entre ação e omissão e não, imediatamente, sobre a delimitação do dever de impedir o resultado. A questão jurídica, portanto, que está na base do panorama de crise se situa em determinar como se procede, primeiramente, à unificação e, depois, à diferenciação entre *ação* e *omissão*. Esta é a tarefa inicial e decisiva, porque está ligada à própria natureza dos delitos omissivos e também aos fundamentos de uma racionalidade em torno de sua justificação. Afinal de contas, essa foi a preocupação de toda a doutrina do direito penal, desde que

se formaram os sistemas da *teoria do delicto*.⁴ Deve-se repetir que essa questão afeta, também, a própria punibilidade desses delitos, porquanto não se pode pensar nessa punibilidade sem dar uma solução definitiva a como identificar a conduta que se pretende punir.

Tendo em vista a rudimentariedade de sua incidência prática, o delito omissivo ficou, durante muito tempo, desligado da dogmática. Lançando os olhos sobre a evolução do conceito analítico de delito, pode-se constatar que a omissão não passava, inicialmente, de modalidade secundária de ação.⁵ Acolhida a norma incriminadora como manifestação direta da proibição, importante era a identificação da ação positiva, da qual deveria resultar a omissão. Ainda que concebido, legislativamente, em algumas hipóteses como delito autônomo desde o século XIV,⁶ seu grande passo dogmático só começa a se manifestar sob um regulamento próprio a partir do século XIX, quando se manifesta a necessidade de uma regra geral da omissão e, em face da diversidade normativa, se procede à distinção entre delitos que resultam da violação da proibição e delitos sedimentados sobre a infração de um comando.⁷ Anteriormente, o problema se achava limitado ao exame de casos concretos, relativos aos delitos de homicídio, infanticídio, omissão de socorro ou omissão de comunicação de crime, ou a delitos funcionais subordinados normalmente a

4. Nesse sentido, também, ORDEIG, Enrique Gimbernat. «La distinción entre delitos propios y delitos improprios de omisión», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 13, p. 74, 2003.

5. Como informa Nelson HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1958, vol. V, n. 106), no direito romano, só excepcionalmente se admitia, para os militares e os escravos, o dever jurídico de evitar um delito contra outrem, vigorando, como regra geral, o princípio de que o crime só poderia resultar de uma norma proibitiva. Em adeno a esse entendimento, assegura Wilhelm SCHWARZ (*Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, Breslau: Schletter, 1929, p. 3), que nem no direito romano, nem no direito canônico perdurava uma regra comum para essa modalidade de infração, orientando-se a tipificação por fatores isolados. No direito romano, por exemplo, se entendia constituir delito o fato de o soldado não defender seu superior frente a ataques do inimigo, e, no direito canônico, da mesma forma respondia pelo crime de agressão quem não houvesse impedido o ataque a seu companheiro: *qui enim non repellit a socio injuriam, si potest, tam est in vitio, quam ille, qui facit* (C. 7 C 23. 9. 3).

6. As Ordenações Filipinas de 1603, seguindo a tradição anterior, contemplam, ainda que rudimentarmente, nos títulos XII, 6; XIII, 5; LXII, 4, 5 e 6, alguns delitos omissivos, em sua maioria vinculados a deveres de denunciar fatos à autoridade pública.

7. Já no século XVIII, entretanto, pode-se talvez atribuir a C. G. WINKLER a primeira monografia específica sobre o tema, intitulada *De crimine omissionis*, Leipzig, 1776, na qual se destacam tanto os delitos omissivos impróprios quanto os próprios, com inúmeras citações de casos, como o do juiz que, ilicitamente, não pronuncia sentença condenatória, ou do enfermeiro que deixa morrer de fome e sede seus doentes. Segundo Otto CLEMENS (*Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichstrafgesetzbuch*, 1912/1977, p. 8), ao contrário de WINKLER, que não diferenciava entre delitos omissivos próprios e impróprios; o primeiro a fazê-lo fora C. WESTPHAL, em sua obra *Kriminalrecht*, Leipzig, 1785, com o seguinte desfecho: «Delitos são cometidos também por omissão...» «As omissões pressupõem, exatamente, de qualquer modo, deveres especiais, que incidem sobre o sujeito, de impedir aquilo que constitua o resultado».

deveres especiais de seus sujeitos.⁸ Desde essa época, no entanto, se sucedem pronunciamentos acerca da menor ou igual gravidade de tais delitos diante daqueles realizados por comissão,⁹ quer dizer, a previsão de uma omissão, como ação delituosa, não despertava unicamente um interesse no âmbito da teoria do delito, mas de sua punibilidade.

No plano legislativo, é preciso ressaltar que o Código brasileiro de 1830 (art. 2.º, § 1.º), independentemente da tipificação, já acolhia genericamente a omissão como modalidade de conduta punível, ao enunciar seu conceito de delito como «toda ação ou omissão voluntária contrária à lei penal».¹⁰ Anos antes, o famoso Código Penal bávaro de 1813, de autoria de FEUERBACH, havia por sua vez consignado, expressamente, que «quem realizar uma ação ou omissão proibida, à qual a lei comine determinada consequência danosa, deve submeter-se a essa consequência punitiva» (art. 1.º). Estes contributos legislativos têm, entretanto, seus antecedentes no Codex Juris Bavarici Criminalis de 1751, na Constitutio Criminalis Theresiana de 1768 e no Allgemeines Landrecht para os Estados Prussianos de 1794, os quais já previam que os delitos poderiam ser cometidos por ação e por omissão.¹¹ Igualmente, o projeto de Edward LIVINGSTON de Código Penal para a Luisiana de 1826 contemplava uma definição de delito como «atos e omissões proibidos pela lei positiva e

⁸ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, trad. Rodriguez Muñoz, Madrid, 1955, vol. I, p. 19, nota 1.

⁹ Antes disso, são conhecidas as duas posições antagônicas: de um lado, os práticos italianos e os renascentistas, respectivamente, FARINACIUS e THEODORICUS, que, por não reconhecerem uma perfeita equiparação entre omissão e ação, propugnavam por uma punição menor para os delitos omissivos; de outro, VON BÖHMER e seus seguidores, como ENGAU e KOCH, exigiam punição igual. Parece, todavia, que o pensamento de FARINACIUS e THEODORICUS se tornara dominante no século XVIII, principalmente por força da dissertação de WESTPHAL, já em 1760, relativa à participação criminosa, e cujo ensinamento se refletira em seu *Kriminalrecht* e nos autores subsequentes. Sobre isso, ver Otto CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, 1912/1977, p. 7 e ss.

¹⁰ Os comentaristas brasileiros do Código Imperial de 1830, entretanto, apesar da previsão de inúmeros delitos omissivos próprios, confundiam a omissão com a negligência, cf. Vicente Alves de Paula PESSOA, *Código Criminal do Império do Brasil*, 1885, p. 14, nota 3b. Para Heitor Costa Júnior, que procedeu a um exame exaustivo e percuente da doutrina penal brasileira do período imperial, apenas duas obras, praticamente, se dedicaram com maior vigor ao tema: a de João Vieira de ARAÚJO e, em destaque, a de Tobias Barreto (*A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto*, 1979, p. 178 e ss.).

¹¹ O *Codex Juris Bavarici Criminalis*, no seu § 3, dispunha, expressamente: «Haverá crime quando se faz ou se omite alguma coisa contra a lei, e certamente ou por dolo, malus e perigoso, ou por culpa acentuada, que independentemente de se confundir, algumas vezes, com aquela da lei civil, está submetida à pena criminal.» Já, por seu turno, a *Constitutio Criminalis Theresiana* consignava no seu § 1: «Haverá crime quando alguém, consciente e volitivamente, realize aquilo que a lei proíbe, ou omita aquilo que a lei determine». E o *Allgemeines Landrecht*, com menor técnica, admitia no § 8 que o delito pudesse também ser constituído de uma «omissão daquilo que a lei exija de alguém».

submetidos a uma pena», bem como já previa uma modalidade própria de delito de homicídio cometido por omissão.¹²

Apesar desses precedentes, que dão a entender que a omissão poderia constituir, juntamente com a ação, uma forma de conduta, a adoção de uma regra geral da omissão não decorre, entretanto, de imposição legislativa ou de uma exegese meramente declarativa, mas é fruto da evolução que se processa na teoria do delito, como forma de justificação do poder punitivo. O discurso dogmático só poderia alcançar seus objetivos sedimentadores da ordem, se pudesse estabelecer um denominador comum para todas as formas de manifestação do delito. Com isso poderia reduzir complexidades e também demonstrar a existência de um fundo de verdade nas normas incriminadoras. O processo de justificação, por isso mesmo, deve se apresentar de modo racional, às vezes, endossando, outras vezes, corrigindo os defeitos da legislação.

Inicialmente, pensou-se, como ocorreu com FEUERBACH, que o denominador comum entre ação e omissão deveria ser encontrado no conceito de antijuridicidade. Tanto a ação quanto a omissão constituiriam, assim, formas de violação da lei. No entanto, com uma diferença substancial: na omissão, deveria preexistir um dever de agir decorrente de uma lei ou de um contrato.¹³ Em face da violação do dever de agir, que só subsistiria na omissão e não na ação, tornava-se impossível a unidade natural entre ação e omissão; tal unidade só poderia se dar no plano normativo, no âmbito da contrariedade ao direito. A omissão estaria, como a ação, caracterizada como uma infração violadora de direito subjetivo. Essa será a fórmula mágica de justificação para sua inserção no âmbito jurídico. É interessante observar que essa assertiva de FEUERBACH conduz, ademais, a outros desdobramentos. Se a omissão não tem correspondência natural com a ação, mas o legislador ainda assim a

¹² Arts. 75 e 484. Parece que o projeto LIVINGSTON reflete, no particular, ainda que com técnica superior, os preceitos do *common law*. Assim, por exemplo, William BLACKSTONE (*Commentaries on the laws of England*, 1769/1984, vol. IV, p. 5), já contemplava uma definição de delito como: «um ato cometido, ou omitido, em violação a uma lei pública, que o profba ou o determine». Ao contrário de LIVINGSTON, porém, BLACKSTONE não pôde compreender um homicídio por omissão, conforme os deveres especiais do sujeito, embora previsse inúmeros delitos omissivos próprios, principalmente, quanto à alta traição, ou a fatos que ofendessem o rei ou relativos ao cumprimento de deveres funcionais (p. 74, 130 e 140), muitos dos quais se confundiam, inclusive, com sua forma culposa. Embora orientado, em parte, por ideias do *common law*, o projeto de Código Penal peruano de 1828, de autoria de Manuel de Vidaurre, que contém inclusive normas inovadoras de delimitação do poder de punir, não chega a enunciar um conceito de delito que contemple também a omissão; mas prevê alguns delitos omissivos próprios, geralmente, contra o Estado (título 1, lei 3), funcionais (título 2, leis 1, 2; título 3, lei 6), praticados por particular contra a administração pública (título 4, lei 1), ou contra o fisco (título 8, lei 3). O projeto, na verdade, diversamente do Código Criminal brasileiro de 1830 e do projeto LIVINGSTON, se estrutura em duas partes bem distintas: a primeira, dedicada ao processo penal e deveres importantes; a segunda, na qual se preveem os delitos e as penas.

¹³ FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1840, p. 49.

mantém como infração penal, isso tem que se refletir no âmbito de sua punibilidade. O fato de o legislador pretender, normativamente, unificar ação e omissão como espécies de infrações, embora no plano natural não subsista essa unidade, não implica que ambas devam ter o mesmo tratamento penal. Não desnatura a união normativa o fato de se admitir que a punibilidade da omissão deva ser menor do que da ação. Vale, neste aspecto, para FEUERBACH, quanto à compreensão da relação entre lei e ciência jurídica, aquilo que lhe foi observado por NAUCKE, de que, aqui, se procede à distinção de dois dados bem específicos: de um lado, o objeto ou a matéria-prima do delito, que pode ser a ação ou a omissão; de outro lado, a sua forma de punição, que, uma vez não esclarecida previamente pelo legislador, deve comportar uma interpretação diferenciada por parte da dogmática.¹⁴ A dogmática, portanto, não deve ser apenas uma técnica exegética, mas um instrumento de criação do direito, de modo a retificar, no plano argumentativo, o que o legislador havia normativamente consignado em detrimento da liberdade individual.

FEUERBACH teve sempre o mérito de temperar as regras estritas das normas com os dados empíricos da realidade. Esse é um mérito indiscutível, ainda hoje válido para coibir os arbítrios funcionais. Ao lado das concepções de FEUERBACH, no entanto, começam a ser sentidas algumas abordagens puramente normativistas, pelas quais se delinea uma decisiva estruturação da norma penal e a consideração de que há, na conduta punível, não apenas uma contrariedade ao que o direito proíbe, mas também uma desatenção ao que esse determina.¹⁵ Com essa bipolaridade atribuída à conduta punível de ser, ao mesmo tempo, passível de proibição ou determinação, criam-se, então, as condições normativas para a distinção entre delitos omissivos próprios e impróprios. Apesar disso, essa consideração normativa não pôde servir de modelo de união entre ação e omissão. Ação e omissão continuavam a ser tratadas como objetos independentes. Para superar esse tratamento dicotômico, foi preciso proceder-se a uma alteração de paradigmas. Não bastava, então, a assertiva de que tanto na ação quanto na omissão haveria uma contrariedade ao direito, como queria FEUERBACH, ou que a norma penal comportasse proibições e comandos, como sugeriam SPANGENBERG e LUDEN; era preciso que se encontrasse para ambas um elemento que as pudesse unir, também, naturalisticamente. Esse elemento, como se verá mais adiante, deverá ser a causalidade, mas para tanto era preciso que se adiantassem alguns pressupostos que pudessem envolver sistematicamente a ação e a omissão, e isso não seria possível apenas com a contemplação da natureza das normas penais.

¹⁴ NAUCKE, Wolfgang. «Einführung», in FEUERBACH, Johann Anselm. *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, 2002, p. XII.

¹⁵ Essas considerações começam a despertar atenção em Ernst SPANGENBERG («Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit», *Neues Archiv des Criminalrechts*, tomo IV, 1820, p. 527 e ss.) e, principalmente, em Heinrich LUDEN (*Abhandlungen aus dem gemein deutschen Strafrechts*, tomo II, Über den Tatbestand des Verbrechens, 1840, p. 219).