

Nota de Introdução

Este trabalho de meu avô **Heleno Fragoso**, falecido há 20 anos, é inédito em revistas e livros e somente está reproduzido no site www.fragoso.com.br

O texto havia sido redigido, a pedido de um amigo, para instruir impugnação de uma questão de prova de um concurso público para ingresso no Ministério Público. Encontrei este trabalho inteiramente esquecido em meio a documentos e fotografias pessoais dele, que saudosamente guardamos em nosso escritório de advocacia. Parece-me que o texto merece publicação (embora não tenha sido revisado pelo autor com tal finalidade), especialmente para fomentar a discussão acerca deste tema, ainda ignorado pela ampla maioria de nossa doutrina nacional. O trabalho é aqui reproduzido em sua versão original.

Especificamente quanto aos crimes omissivos, a AIDP, dedicou uma das Seções do XIII Congresso Internacional, realizado no Cairo, Egito (1984), para discussão de sua problemática, tendo sido relator o Professor **Novoa Monreal**. À época, Heleno Fragoso e vários outros professores brasileiros apresentaram trabalhos, através de um Colóquio Preparatório (20-23.10.1982), promovido pelo Grupo Brasileiro da AIDP e que se encontram publicados na *Revista de Direito e Criminologia*, n.º 33.

Nos últimos tempos, a agenda da AIDP tem sido ocupada mais intensamente por temas de Direito Penal Internacional, certamente em virtude do esforço empreendido por seu ex-Presidente, Professor **Cherif Bassiouni**, para o estabelecimento de uma corte penal internacional. Isto poderia nos dar a falsa impressão de que a AIDP não se interessaria em contribuir para a evolução dos sistemas internos de Direito Penal. Não podemos, todavia, esquecer que a AIDP é uma Associação Internacional de Direito Penal, e não uma Associação de Direito Penal Internacional. Assim, a AIDP também deve ser pensada para fomentar a discussão, com representantes de outras nações, de questões de Direito Penal interno, colimando o aperfeiçoamento das regras internas dos países. E mais: a AIDP deve pensar *principalmente* nos ordenamentos dos direitos penais internos, pois, mesmo com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, é inegável que o poder punitivo, em sua esmagadora maioria, continuará sendo exercido com a aplicação do Direito Penal interno dos estados nacionais. Por isso, todo e qualquer tema de Direito Penal, e de ciências afins, interessa à AIDP.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2005.

Christiano Fragoso

Crimes omissivos por comissão ? (*)

Heleno Fragoso

1. Em um concurso recentemente realizado para ingresso na assistência judiciária, no Rio de Janeiro, aos candidatos se apresentou o seguinte problema: “Um marido, desejoso de casar-se com terceira mulher, impede a intervenção de médico que viera salvar de perigo iminente sua verdadeira esposa. Que crime cometeu o marido?”. A resposta indicada pelos examinadores (“crime omissivo por comissão”) deixou inconformados e perplexos muitos candidatos, que nunca tinham ouvido falar nisso. Existem, na doutrina do direito penal, crimes omissivos por comissão ?

2. O que todos sabem é que os crimes, quanto à conduta realizada pelo agente, em face da norma, podem ser comissivos ou omissivos. E que estes últimos, como se reconhece na doutrina desde LUDEN¹, podem ser omissivos puros ou comissivos por omissão. Em vão se procurará, na obra de nossos penalistas mais consagrados, como NELSON HUNGRIA ou ANÍBAL BRUNO, qualquer referência a crime omissivo por comissão. O mesmo ocorre em relação aos mais importantes tratadistas estrangeiros.

3. Na doutrina alemã, no entanto, alguns autores se referem a *Unterlassungsdelikte durch Begehung*. Diz VON WEBER que essa espécie de crime ocorreria quando se viola uma norma que impõe uma ordem de ativar-se, em conjunto com uma proibição de impedir a ocorrência da ação². Uma pequena nota de BINDING, em seu principal livro, também alude, sem maiores conseqüências, à possibilidade de serem os crimes omissivos praticados através de ação, quando esta se dirija a tornar inidônea a realização do dever de ativar-se³. VON OVERBECK, logo depois, dedicou um estudo completo à demonstração de que existem crimes omissivos

¹ LUDEN, *Über den Tatbestand der Verbrechen*, 1840, 259

² VON WEBER, Hellmuth. *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Bonn, 1948, 57.

³ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. II, Leipzig, 1914, 109.

que se praticam através de ação que impede a realização do comportamento ativo que a norma ordena⁴. Outros autores acolheram a novidade⁵.

4. Na Itália, encontramos no *Tratado*, de MANZINI, a afirmação peremptória de que existem certos crimes omissivos que podem ser praticados mediante ação. Diz o autor que tanto vale não fazer o que se deve, como agir positivamente contra o que está prescrito, ou realizar fatos positivos para eximir-se do cumprimento de um dever. Nesses casos, o crime mantém o seu caráter omissivo, a menos que a ação positiva seja incriminada como tal. Segundo MANZINI, poderia cometer-se mediante ação, por exemplo, o crime de abandono material⁶. O nosso PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR também alude a crime omissivo por comissão, afirmando que tanto faz descumprir o dever de ativar-se por omissão ou por ação. Assim, por exemplo, teríamos omissão por comissão no caso do jardineiro que deixa plantas morrerem, não porque deixa de regá-las, mas sim porque as rega com sublimado⁷. Não temos dúvida em afirmar que o exemplo não é feliz. Se o jardineiro mata as plantas por utilizar para regá-las substância venenosa, o caso é de ação, e não de omissão.

5. Os poucos autores que aludem a crimes omissivos por comissão não chegaram a propor a criação de uma nova categoria de crimes omissivos. E suas idéias foram objeto de extensa crítica. PETROCELLI, por exemplo, referindo-se às observações de MANZINI, diz que estas não são exatas, porque o fato de realizar atos positivos para eximir-se do cumprimento do dever, ou cumprí-lo de forma incompleta ou tardiamente, não tem relevância jurídica. Se o crime é verdadeiramente omissivo, relevante é só o fato de não realizar a ação que o agente podia e devia realizar⁸. No mesmo sentido pronuncia-se JIMENEZ DE ASÚA, dizendo: “*los que tienen transcendência jurídica no son esos hechos de apariencia física positiva, sino el no cumplimiento de lo que se espera y que debe ejecutar-se*”⁹. A mesma crítica se aplica à opinião de SABATINI, no sentido de que há crimes de fato positivo e resultado

⁴ VON OVERBECK. “Unterlassung durch Begehung”, in *Der Gerichtssaal*, vol. 88, 319 (1922).

⁵ RITTLER, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, vol. I, Viena, 1954, 87; HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, Berna, 1946, vol. I, 76.

⁶ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. I, Turim, 1950, 601/2.

⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José. *Do nexa causal*. São Paulo, 1964, 36.

⁸ PETROCELLI. *Principi di Diritto Penale*, Pádua, 1943, 303.

⁹ ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, Buenos Aires, 1951, 328.

negativo que ocorreriam nos casos em que o agente não realiza no modo e no termo prescrito pela lei a ação que deveria realizar¹⁰. É óbvio que as ações realizadas em forma diversa, ou a destempo, são juridicamente irrelevantes.

6. Na Alemanha, VON HIPPEL se opôs, em pequena nota inserida em seu tratado, à concepção de VON OVERBECK, que classifica de “*esforço inútil*” (“*ein vergebliches Bemühen*”). No caso em que o agente suprime posteriormente uma medida de salvação por ele disposta para a realização do mandato, WELZEL entende que não estamos diante de um crime comissivo, e, sim, omissivo, porque neste caso, decisivo é o mandato que o agente transgride. De outro lado, no caso de terceiro que elimina medida de salvação, WELZEL entende que o crime é comissivo¹¹.

7. ARMIN KAUFMANN, em sua conhecida monografia, examina extensamente o assunto, formulando diversos exemplos:

- (a) Tício mantém seguro, na margem, o bote que a corrente levaria para Caio, que está se afogando.
- (b) Tício mantém seguro um cão de guarda que ‘quer’ retirar da água a pequena filha do patrão.
- (c) Tício perfura o bote inflável com que Caio quer salvar Mévio, que está se afogando; ou Tício usa violência para impedir a ação de Caio.
- (d) Tício ameaça Caio de Causar-lhe grave mal se este se lançar na água para salvar Mévio; Caio permanece na margem.
- (e) Num local de acidente, o motorista Tício detém-se para prestar socorro às vítimas. Caio quer impedir o socorro e convence falsamente a Tício que as vítimas já foram transportadas.

¹⁰ SABATINI. *Istituzioni di Diritto Penale*, vol. I. Catania, 1946, 264.

¹¹ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, Berlim, 1969, 203/204. Veja-se também CLAUS ROXIN, “Andere Grenze von Begehung und Unterlassung”, no volume *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main, 1969, 386.

- (f) Depois de um acidente, prepara-se Tício para prestar socorro às vítimas. Caio, no entanto, dando-lhe uma nota de cem marcos, o faz seguir viagem.
- (g) Tício conseguiu, com grande esforço, o medicamento capaz de salvar Caio, gravemente enfermo. Conduzindo o medicamento, Tício se encontra com Mévio que, com conhecimento de causa, destrói o remédio. Ou Mévio prende Tício até que Caio morra.
- (h) No mesmo caso anterior, Tício encontra-se com Mévio que lhe dá um cheque de mil marcos e fica com o medicamento.

Em todos os casos, sem a ação praticada pelo agente a morte da vítima não teria ocorrido. O agente atuou dolosamente, por cobiça. As hipóteses sub a e b são, sem a menor dúvida, de crimes comissivos, que se praticam através de ação. Estes casos envolvem também uma omissão, mas decisivo é o comportamento ativo, porque não só é este que causa o resultado, como também porque, é sobre ele que recai a reprovabilidade. O caso sub c também seria resolvido pela doutrina tradicional como crime comissivo, quer Caio tivesse, ou não, o dever jurídico de impedir o resultado. A hipótese do emprego de grave ameaça (exemplo sub d) coloca a questão de saber se Tício é autor mediato de um crime de omissão, pois em tal caso caio permanece capaz de ação e realiza uma omissão típica e antijurídica. Em tal caso, Tício só poderia ser punível por omissão de socorro, se não tinha o dever jurídico de impedir o resultado, solução positivamente esdrúxula. No caso sub e também, se se admite a prática de um crime omissivo através de ação, o agente iria responder apenas por omissão de socorro, se lhe faltasse o dever de impedir o resultado. No caso sub f, teríamos instigação a um crime omissivo e, portanto, Caio deveria responder apenas por omissão de socorro, se não tem a posição de garante, o que é totalmente injustificável, pois ele causa o resultado. No caso sub g, parece inafastável a responsabilidade de Mévio por ação e não pela omissão que obriga Tício a realizar. Nesse caso não há participação na ação de Tício, e seria impensável um crime omissivo por comissão. No último caso (hipótese sub h), temos a mesma situação do exemplo f e a mesma solução inaceitável, no caso de inexistir dever jurídico de impedir o resultado.

8. ARMIN KAUFMANN, depois de mostrar que seriam completamente insatisfatórias as soluções a que se teria de chegar se se admitisse uma participação ativa em crime omissivo, resolve todas as hipóteses formuladas como crime comissivo, entendendo que a questão fundamental em todos esses exemplos é a da causalidade, que tem de ser afirmada. É perfeitamente possível desfechar uma cadeia causal por ação, levando em conta que não ocorrerá fator capaz de impedir o resultado. Estão, pois, reunidas, na espécie, as características de um crime comissivo, que se resolve com os princípios gerais dos crimes que se cometem por ação. Em conseqüências, termina KAUFMANN por dizer que os crimes omissivos por ação simplesmente não existem (“*sie existieren nicht*”)¹².

9. Não hesitamos em adotar a solução que ARMIN KAUFMANN, WELZEL e o próprio ROXIN dão para os casos em que se supõe haver crime omissivo por comissão. Nesses casos, há violação de uma proibição e o crime é comissivo. Se há precedente ação, devem ser adotados os critérios dos crimes comissivos, porque é a ação que causa o resultado. Tanto faz que o agente, por ação, cause diretamente o resultado, ou que o cause por ação que provoca uma omissão que seria capaz de impedi-lo. Inteiramente inaceitável seria admitir que em tal caso haveria crime omissivo por comissão, e, portanto, um crime omissivo, fazendo a punição depender da existência do dever jurídico de ativar-se ou de impedir o resultado.

10. A conclusão a que se tem de chegar é a de que realmente não existem crimes omissivos por comissão. Parece-me, assim, ser totalmente inaceitável a solução dada pela comissão julgadora do problema que formulou, adotando uma categoria de delitos que sequer é mencionada pelos grandes mestres do direito penal brasileiro e que nunca foi admitida pela doutrina e pela generalidade dos autores.

(*) Texto inédito, elaborado para instruir impugnação em concurso público.

¹² KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, 195/204.