

O estranho e fascinante crime omissivo impróprio — Parte 2

1) A ingerência

Como exposto [no artigo anterior](#), o *crime omissivo impróprio* existe quando alguém tem o *dever* e a *possibilidade* de evitar o resultado e não o faz. Esse *dever* pode vir da *lei* (pais em relação aos filhos), da *assunção voluntária* do controle do perigo ou de proteção de bem jurídico (salva vidas em relação aos imigrantes em situação de risco anterior (CP, artigo 12, §2º).



Pierpaolo Bottini
advogado e professor

Essa última hipótese, chamada de *ingerência*, é o objeto deste artigo.

Segundo o Código Penal, responde por omissão aquele que "*com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*" (CP, artigo 13, §2º, "c").

A questão central: no que consiste essa *criação de um risco*? Trata-se de *qualquer risco*? Quem dirige um carro — mesmo que na velocidade adequada — *cria um risco* para pedestres. Caso atropelie alguém e não preste socorro, responderá por *homicídio por omissão*? E se prestar socorro e o hospital em que a vítima estiver internada pegar fogo? Caso esse motorista tenha a possibilidade de salvar o paciente do incêndio e não o faz, responderá por *homicídio por omissão*, uma vez que aquela pessoa só estava no local em decorrência do *risco inicial* criado por ele?

A resposta exige alguma reflexão.

Como exposto, o Código Penal aponta que será responsável pelo resultado aquele que *cria um risco*. *Criar um risco* significa um ato positivo, comissivo, atrelado a um *movimento corporal voluntário*, ou por um comportamento que se projeta *materialmente* sobre o mundo exterior, que coloca em *perigo concreto* ou *potencial* um bem jurídico [\[1\]](#).



Mas *criar um risco* não é suficiente para a reprovação penal. A sociedade contemporânea aceita o risco em inúmeros setores e atividades [2]. Dirigir automóveis, produzir energia, fabricar medicamentos, são atividades arriscadas, mas toleradas — e até incentivadas — para garantir a dinâmica da economia e assegurar o conforto e o desenvolvimento social.

A tolerância a atividades *arriscadas* está, em regra, condicionada ao cumprimento de *normas de cuidado*, a *comportamentos* positivos ou negativos capazes de manter os perigos dentro de certos limites [3]. Enquanto tais normas são observadas, o risco criado pela conduta é *permitido*, e em regra não há responsabilidade penal pelos resultados produzidos. Se alguém dirige *respeitando* as regras de trânsito, não é penalmente responsável por eventuais acidentes ou lesões produzidas pelo veículo.

Voltemos à ingerência.

Como exposto, o Código Penal prevê o *dever* de evitar o resultado para aquele que *cria riscos* de sua produção. A questão que se coloca, portanto, é se tal dever existe apenas quando os *riscos* criados são *não permitidos* (violadores dos deveres de cuidado) ou se também surge diante de *riscos permitidos* [4].

O enfrentamento da questão exige, em primeiro lugar, a constatação de que a criação de um *risco* pode desencadear para seu *criador* duas espécies de deveres: 1) um dever de *controle* desse risco; e 2) um dever de *salvamento* quando o risco sai do *controle* de seu criador.

2) Do dever de controle

Como exposto, todo aquele que cria um *risco*, mesmo permitido, tem o *dever* de mantê-lo dentro dos parâmetros toleráveis, definidos pelas *normas de cuidado* correspondentes.

Aquele que constrói um *brinquedo de parque de diversões* (montanha-russa) tem o dever de garantir sua manutenção adequada. Da mesma forma, quem dirige um veículo e percebe que ultrapassou a velocidade permitida, deve reduzi-la. Do contrário, o resultado ligado a essa *omissão* lhe será imputável. Aquele que *cria um risco* — mesmo que permitido — não tem o *dever* de impedir resultados danosos dele decorrentes, mas deve evitar que esse risco ultrapasse os limites do *permitido*, e nessa condição produza o resultado.

Assim, no âmbito do *controle do risco*, a omissão será relevante se *não restituir* um *risco desaprovado* criado pelo agente ao seu patamar tolerável, ou se *transformar* o risco permitido em não permitido, pelo descumprimento das normas de cuidado pertinentes. Quem dirige um veículo *deve agir* para manter esse *risco* dentro dos limites toleráveis (brecar no farol, reduzir ao avistar pedestres na faixa, checar os pneus). Caso não o faça, o resultado lesivo eventualmente decorrente desse *risco não permitido* será objetivamente imputável ao motorista, a título de *omissão imprópria*.

3) Do dever de salvamento

O *dever de salvamento* surge quando o *risco* inicial saiu do *âmbito de controle* do omitente, e se incorporou ao mundo de vida da *vítima*.

Enquanto um motorista dirige seu veículo, tem o *dever de controle*, porque esse foco de perigo — o carro em movimento — pode ser manejado por ele. Quando esse veículo atropela uma pessoa, o *foco de perigo*



— o carro — deixa de ser relevante para a sequência do curso causal. Não se exige mais, por inútil, seu *controle*, e, sim, uma conduta de *salvamento* do bem jurídico, no caso, da vítima (*dever de salvamento*).

Enquanto um produto é fabricado, o diretor de produção tem o *controle* sobre o processo de criação e em consequência o dever de observar ou fazer observar as *normas de cuidados* vigentes para aquela atividade (*dever de controle*). Após a distribuição do produto ao mercado, não existe mais esse *controle*. O produto se *desligou* de seu processo de produção. Se constatada uma falha na fabricação que o torna perigoso para consumo, o *dever* do fabricante não será mais de *controle* — porque ele perdeu sua capacidade de manejar o foco do perigo —, mas de *salvamento*, de alertar ou proteger os consumidores (*dever de salvamento*).

O descumprimento do *dever de salvamento* também torna o *omitente* responsável pelo resultado, como se o tivesse praticado. Mas aqui surge novamente a questão: isso ocorre apenas nos casos em que o *risco* inicialmente criado era *não permitido* ou também se aplica quando a conduta inicial estava nos limites do *risco permitido*?

Nos casos de *salvamento*, ou o perigo fugiu ao controle do omitente, ou criou um curso causal distinto. O contexto de perigo é independente do *controle do risco* original, embora ainda esteja ligado a ele por um liame naturalístico.

Nesse caso, se não quisermos cair em uma proposta puramente *causal* de imputação, será necessário afirmar que a responsabilidade pelo *salvamento* está atrelada a um *desvalor* daquele *risco original*, do qual ele se desprende. E esse desvalor só existe se o *risco* do qual se desencadeia o contexto de *salvamento* não for *permitido*, ou seja, se houver na origem o descumprimento de *normas de cuidado* [5].

Não existe o *dever de salvamento* decorrente de um *risco* anterior *permitido*. Nesse caso, a obrigação de *proteger* ou *salvar* o bem jurídico é *estruturalmente idêntica* à de qualquer pessoa diante dos fatos. Pode haver responsabilidade por *omissão de socorro* mas não uma *omissão imprópria* [6].

O motorista que dirige em alta velocidade — que cria um *risco não permitido* — e atropela um pedestre tem o *dever de salvar* a vítima. A omissão do *salvamento* faz com que o resultado morte seja imputável ao omitente a título de *ingerência*, ou seja, responderá por *homicídio*. Há uma falha na gestão da organização própria do omitente causalmente e normativamente ligada ao contexto de *salvamento*.

Por outro lado, aquele que conduz seu veículo de acordo com as normas de cuidado vigentes — que cria um *risco permitido* — e também atropela alguém não tem um *dever de salvar* do mesmo *porte* daquele que descumpriu as regras de cuidado. Responderá apenas pela *omissão de socorro* (CP, artigo 135). Ao dirigir respeitando as regras de trânsito, o motorista está na esfera do risco tolerado, e não tem qualquer *relação especial* com o *contexto de salvamento*. Há uma relação causal com o resultado, mas não um *nexo normativo* que torne a omissão especialmente relevante, mais grave que a *omissão de socorro*. Sua posição diante do contexto de *salvamento* é idêntica à de qualquer estranho ao processo causal [7].



Em suma, o *risco permitido* é a fronteira dos deveres de salvamento, o porto seguro que protege o agente/omitente do regresso ao infinito *causal* [8].

Imaginemos um acidente causado por um limpador de janelas que deixa cair o vidro que sustenta sobre um transeunte, que morre horas depois. Ele *causa* o resultado morte. Aqui podem ocorrer duas situações. A primeira: o limpador observou todas as normas de cuidado, e estava dentro do *risco permitido* ao manusear o vidro naquela altura. A segunda, o limpador foi displicente e postou a janela de forma que, segundo as regras técnicas de sua profissão, seria possível que ela se soltasse da estrutura. Ou seja, criou um *risco não permitido* por imprudência.

Em ambos os casos o pedestre atingido seria salvo se fosse levado para o hospital pelo limpador, mas ele fugiu do local do acidente, com a certeza de que a vítima seria socorrida por terceiros. Ou seja, não *salvou* a vítima. Se entendermos que este *dever de salvar* existe diante da criação de *qualquer risco*, mesmo dos *permitidos*, em ambos os casos haverá imputação do resultado morte ao limpador e ele responderá por *homicídio*. No primeiro, o limpador de janelas criou um *risco permitido* e depois se omitiu, deixando de socorrer a vítima, portanto, responderia por *homicídio culposo*. No segundo, o limpador que criou um *risco significativamente distinto*, um *risco não permitido*, mas também responderia por *homicídio culposo*, aqui talvez com a agravante do §4º do artigo 121 do CP, ou seja, com um terço a mais de pena [9]. A *diferença* seria pequena para distinguir condutas *estruturalmente* distintas.

Caso entendamos que o *dever de salvamento* somente existe para fins de *ingerência* em casos de criação de *risco não permitido*, o tratamento dos dois casos seria mais equilibrado. O limpador de janelas que criou o *risco permitido* e se omitiu posteriormente não praticaria *homicídio por omissão imprópria*, mas *omissão de socorro* (CP, artigo 135) com a pena de um a seis meses e multa. Responderia pelo crime *omissivo próprio*, e sua omissão não se equipararia à ação porque o comportamento antecedente estava nos limites do *risco permitido*. Já no caso do limpador que cria o *risco não permitido*, o resultado morte lhe será imputado como se o tivesse causado porque ele tem o *dever de salvar* diante da *ingerência*, atrelada a um *risco não permitido*.

Assim, o *dever de salvamento* para fins de imputação do resultado por *ingerência* só existe diante da criação de um *risco não permitido*. A existência de um *risco permitido* afasta a responsabilidade *especial* pelo *salvamento* da vítima, porque nestes casos a posição do omitente diante do bem jurídico é a mesma de qualquer outro possível interveniente que esteja no local. Não existe uma relação *especial*, um *status* diferenciado, que imponha ao omitente um dever distinto de qualquer outra pessoa, uma vez que inexistiu a *violação prévia* de um *dever de cuidado*. Aquele que cria um *risco permitido* e omite o *salvamento* da vítima responderá pela *omissão de socorro*, mas não por *homicídio*.

Deixemos para a próxima e última parte do artigo as considerações derradeiras sobre a *ingerência* e uma proposta *político criminal* de alteração legislativa sobre o tema.

[1] Como já apontava no século XIX VON LISZT, *Tratado*, pp. 193 e ss., concepção nunca abandonada



plenamente, segundo GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, pp. 8 e ss. Ver, sobre o tema, TAVARES, *Teoria*, p. 119.

[2] Nesse sentido, ver BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, pp. 29 e ss, BECK, *La sociedad, passim*; GIDDENS, *As conseqüências, passim*; DEMAJOROVIC, *Sociedade de risco*, p. 35; PÉREZ DEL VALLE, *Sociedad de riesgos, passim*; e SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *Prevención*, p. 83.

[3] A identificação da fronteira entre riscos *permitidos e não permitidos* não é objeto do presente estudo, mas vale destacar que os últimos são aqueles que são produzidos em face da violação das *normas de cuidado* vigentes determinada ordem jurídica, compostas por *normas e atos normativos institucionalizados, regras técnicas profissionais e deveres gerais de cautela*. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, p.178 e ss., GRECO, *Um panorama*, p. 54 ROXIN, *Derecho Penal*, I, p. 371, CAMARGO, *Crimes econômicos*, p.17, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo, passim*, MARTINEZ BUJAN-PEREZ, *Derecho penal*, p.289 e ss. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, pp. 285 e 286; JAKOBS, *Imputação objetiva*, p. 42; GIL GIL, *El delito*, pp. 231 e ss.; e GIMBERNAT ORDEIG, p. 92, FREUND, *Fundamentos*, p.84, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Los delitos*, p. 57, LUZON PEÑA, *Curso*, p.643

[4] Sobre as diferentes posições doutrinárias sobre o tema, ver Bottini, RBCCRim XXX.

[5] Diante do risco não permitido, o salvamento é devido. Como afirma LASCURAIN SANCHEZ, uma vez criado o risco não permitido, o dever de garantia ampliará suas fronteiras até onde alcancem as possibilidades individuais de evitação do sujeito, em *Fundamento*, p.212.

[6] BATISTA GONZÁLEZ, *La responsabilidad*, p.152

[7] Nesse sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, p. 910.

[8] JAKOBS, *Acción y omisión*, p. 31.

[9] CP, artigo 121, § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, artigo e ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Date Created

14/12/2020