

A CAUSALIDADE NA OMISSÃO, NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

Prof. Everardo da Cunha Luna ()*

1 — A OMISSÃO

Ação e omissão representam as formas da conduta humana que corporificam o ilícito penal, ora consideradas, por lei e doutrina, como entes autônomos, ora unidas numa superior categoria, sob a denominação comum de atividade, ação, conduta, comportamento, fato. Somos partidários, contra Radbruch e seguindo os ensinamentos de Max Ernst Mayer, Mezger, Maggiore, Antolisei e Bruno, do conceito unitário, o que nos não impede, é evidente, de acolhermos as formas, variadas e ricas, com que a ação se manifesta na realidade social e jurídica.

Produto do pensamento científico do século passado, século em que a física se ergueu, não só como a rainha das ciências, mas imperiosamente como a única e verdadeira ciência, é a concepção naturalista da ação, ora despojada de seu sentido jurídico para ser tragada pela sociologia criminal da escola positiva italiana, pela comteana física social, ora mantida como dogma imposto pela ciência da natureza a uma das mais complexas ciências da atividade espiritual do homem. Em sua pureza, tem valor puramente histórico, a concepção naturalista. Como objeto de superação, porém, representa um passado vivo, no qual o mergulhar do presente colhe ensinamentos imprescindíveis para a compreensão do Direito contemporâneo.

(*) Catedrático de Direito Penal.

No campo da omissão, os naturalistas ora procuram descobrir o conteúdo físico do não fazer, ora buscam explicá-lo como fenômeno psíquico. O ser físico da omissão ora se encontra no atuar positivo do **aliud agere**, ora no fato negativo em que consiste a falta de cumprimento da ação que se esperava de um homem. O primeiro, inapelavelmente um absurdo; o segundo, demasiado genérico e vago, tão genérico e vago como a teoria da equivalência das condições aplicada ao nexos causal, em sua plenitude. A omissão, como fato psíquico, tem base naturalista, porque a ciência natural alcança o mundo interno da mente, senão espacial, pelo menos temporalmente. É verdade que a omissão, assim entendida, supera, no dizer de Petrocelli, a **cogitatio**, figurando, ao invés de síntese da ação e da vontade, como acontece com a ação propriamente dita, figurando, íamos dizendo, como identidade de vontade e ação. Mas o psíquico não esgota a realidade da conduta humana, permanecendo na ordem natural, porque, quando enriquecido pelo ser espiritual, torna-se compreensivo e, como tal, sócio-histórico, cultural, jurídico, precisamente jurídico-penal.

Desesperados de uma fundamentação naturalista do não fazer, alguns autores negam realidade à omissão. É um nada e, do nada, nada provém. Com certa cautela, autores afirmam que a comissão mediante ação é ação autêntica, não se distinguindo, em essência, da pura ação. Já a omissão propriamente dita não tem, para êsses autores, objetividade, sendo pura concepção da inteligência, existindo no tempo e não no espaço. Enquanto a ação, usando a linguagem kantiana, como vontade, é autônoma; a passiva omissão, como desejo somente, é heterônoma. Enquanto a ação pode violar vários bens, várias disposições de lei, a omissão surge como pura desobediência, pura concepção, pura percepção, incompatível, portanto, com a violência e a fraude. Radical, porém, é Grispigni, ao dizer que a omissão é um juízo de relação e de contrariedade. Apesar de negarem o conteúdo naturalista da omissão, só aparentemente os citados autores se rebelam contra a con-

cepção naturalista. Ao contrário. Procuram submeter, a ela, os fatos jurídicos, e, quando êstes fogem à sua compreensão, declaram-nos inexistentes, expulsando-os da realidade. A nosso ver, dois ilustres juristas italianos da época presente, Bettiol e Cavallo, não se libertaram da ação naturalista. O primeiro, pelo caminho da negação, ao considerar o ato omissivo como juízo, como fato subjetivo, muito embora reconhecendo a existência, na realidade objetiva, da coisa que representa o objeto do juízo, a conduta voluntária do sujeito, realidade temporal e espacial. O segundo, pelo caminho da afirmação, ao conhecer o ato omissivo como realidade física temporal e espacial, embora consistente no comportamento negativo em face do comando, sendo, dêsse modo, forma da conduta.

Desprezando a base científica e naturalista, autores outros buscam um fundamento filosófico para a ação e a omissão. Na Itália Maggiore, jurista e filósofo, diz que a omissão é um voluntário não fazer concreto e não um não fazer abstrato, recorrendo a Hegel, para quem o "não ser" da famosa dialética não é o puro nada, mas um aspecto do próprio ser, momento representativo daquela realidade que é o vir-a-ser, o devir. Com o ponto de partida hegeliano, conclui que a omissão é uma espécie do gênero ação. Parece-nos que a conclusão não resolve, mas dissolve o problema.

Concepção filosófica da ação, hoje de imenso prestígio, é a chamada teoria finalista, nascida na Alemanha, principalmente com Welzel e embasada nos sistemas de Scheller e Hartmann. Muito se tem escrito e discutido sobre tal teoria. Podemos afirmar que, na doutrina jurídico-penal contemporânea, a nenhum outro problema se tem dado igual relêvo.

Trata-se, igualmente, de um produto do passado século, senão do cientificismo, pelo menos da filosofia pós-kantiana, hoje em fase de desagregação. Ensina Maurach que a teoria finalista repele o operar com um duplo conceito de ação — o ontológico e o jurídico-penal, acrescentando que a ação, no Direito Penal, não pode ser outra senão a do conhecimento filosófico.

Urge a compreensão de que existe finalismo e finalismo. Finalismo, de um lado, de Hartmann e Welzel, e finalismo, de outro lado, tradicional, na filosofia desde Aristóteles e Cristiano Wolff, e, no direito, com Ihering e Liszt.

O finalismo de Hartmann, ao contrário do de Aristóteles, é negativista. Expressa-se assim Raeymaeker: O problema ontológico, começado com Aristóteles, foi retomado por Hartmann, para considerá-lo uma "dificuldade insolúvel". Escreve Sciacca que, para Hartmann, o ser espiritual é o mais irracional, sendo inalcançável em sua estrutura. Diz Hirschberger que Hartmann é uma vítima do pensamento mecanista do positivismo naturalista moderno. Que a sua metafísica é um corpo sem alma, principalmente quando o "nexo finalista é indirigível por já estar prêso a fins preexistentes". Não admira que, com inspiração em tais idéias, tenha Maurach construído, no Direito Penal, uma teoria — a da responsabilidade pelo ato que, embora inconfundível com a velha responsabilidade penal pelo resultado e com a responsabilidade social do positivismo criminológico, aproxima-se da chamada responsabilidade objetiva, quando, sem distinguir imputáveis e inimputáveis, define a atribuíbilidade como a constatação de que o autor de um ato típico e anti-jurídico não agiu em conformidade com as exigências da comunidade social — responsabilidade objetiva na qual, segundo a aguda observação de Sforza, a culpa é um ente lógico e não de vontade. Apesar dos graves defeitos que lhe aponta a doutrina e que não queremos repetir, a teoria finalista da ação é rica de contribuições para a ciência jurídico-penal. É um acervo, no dizer de Marcello Gallo, de timidez ideológica e audácia construtiva, de extremismos exasperados e inexplicáveis hesitações.

Entendemos que uma explicação correta do ato omissivo, no Direito Penal, bem como da ação no senso lato, deve ser jurídica e não filosófica (ontológica ou lógica), ou naturalista (física ou psíquica). O jurídico é o acento tônico, a nota específica, não o conceito total

ou totalitário, porque o Direito, como realidade espiritual de fatos, pertence ao mundo social e histórico, que supõe a realidade biopsíquica, a um tempo natureza e consciência, surgindo a consciência, no dizer de Gusdorf, não para sustar o movimento da natureza de que emerge, mas para o elevar a uma potência superior no sentido de seu acabamento.

Numerosas são as ciências do homem; a ciência total do homem, diz Heidegger, uma antropologia filosófica, é de conteúdo inabarcável e heterogêneo. O ponto de partida do jurista é o jurídico, do penalista o jurídico-penal; não o científico global, com veleidade de filosofia, ou o próprio ponto de partida filosófico.

É o próprio Maurach quem nos ensina ser a vida social que decide, em primeiro lugar, se uma conduta humana considera-se ação; que é o ordenamento jurídico, em sua totalidade, que pronuncia o juízo sobre a sua proibição, e que o Direito Penal lhe determina a punibilidade. É ainda o grande mestre do Direito Penal alemão contemporâneo quem nos ensina que o conceito de ação tem uma natureza distinta nos diferentes ramos do direito, e que a "ação por omissão" é conceito plenamente jurídico, quando não especificamente jurídico-penal.

Tais ensinamentos correspondem a ensinamentos de outros mestres noutros campos da ciência do homem. Para Antônio Falchi, subjetivamente a ação é individual, mas objetivamente é social, mais finalista do que causal. A omissão, que atua para dentro, ao contrário da ação, que atua para fora, em relação com os demais, é uma **inibição**, segundo Nerio Rojas. Mas tanto numa como noutra, é a vontade que decide a conduta no plano superior da consciência, do juízo e da moral, porque o homem é um ser naturalmente social e político. E o grande Ortega exclama que "a palavra não é palavra dentro da boca de quem a pronuncia, mas no ouvido de quem a escuta". Esse, o sentido completo da ação e da omissão. Não é possível injuriar alguém quando se está sozinho no deserto.

A omissão é conceito jurídico-penal. O monogra-

fista italiano Spasari oferece-nos uma interessante sugestão, que, desenvolvida e completada, nos pode trazer alguma luz sobre o tema. Para êle, a omissão só se capta no terreno normativo, porque é de natureza sintética, ou seja, exprime, a um tempo, forma e conteúdo, ao contrário da ação, que manifesta uma realidade mais circunscrita, mais limitada, porque representa somente um dos dois termos do juízo, a ela referíveis. Preferimos dizer que a ação é sempre valorizada social e juridicamente **em abstrato**: a ação de matar com um punhal, por exemplo, abrange toda a comunidade. A valorização da omissão é feita nos casos concretos, daí a síntese de forma e conteúdo com que ela se apresenta: a omissão de alimentar alguém não abrange a inteira comunidade, como crime de homicídio, apenas certas e determinadas pessoas.

Como conceitos pertencentes a uma categoria superior, ação e omissão apresentam caracteres comuns, e a diferença, que entre elas existe, não é qualitativa, mas quantitativa.

Na vida prática forense, sente-se que os crimes por ação apresentam maior gravidade do que os crimes de omissão. Há, entre êles, uma escala, uma gradação, semelhante à que existe entre o perigo e o dano: o perigo como possibilidade ou probabilidade do dano; a omissão como um meio caminho para a ação. Sem identificar o atual com o possível, conforme Parmênides, os megáricos, Hartmann e Sartre, não nos repugna ver no possível uma forma do real, e, no perigo, um fenômeno objetivo.

Assim, também, sem identificar a omissão, como Hegel, com um momento da ação, vemos, na omissão, uma forma do real.

Alguns autores pretendem classificar os crimes omissivos em cinco grupos: a) simples omissão; b) comissão por omissão; c) omissão mediante ação; d) omissão de resultados; e) omissão espiritual. As três últimas classes não merecem guarida na doutrina e na lei. Alguns autores vêem na comissão por omissão autênticos crimes de ação, sem nenhuma exceção, e

limitados aos crimes de ação para os quais o autor ele-geu, acidentalmente, um meio omissivo, conforme Asúa: nos últimos existe vontade do ato e para o resultado que se pretende lograr desde o comêço mesmo da conduta inativa, com a qual se causa a direta consequência representada (caso da mãe que mata o filho recém-nascido privando-o de alimento).

Já para Carnelutti, todos os crimes comissivos por omissão nada mais são do que crimes omissivos, destes apresentando todos os caracteres. Mezger, por sua vez, destaca a ação da omissão, vendo naquela a violação de uma norma de proibição e, nesta, a violação de uma norma de ordem. Maurach, porém, entende que a comissão por omissão não é uma variedade da pura omissão, mas uma forma complementar de manifestação da comissão: em vez de violar uma norma de ordem, a comissão por omissão viola uma norma de proibição.

A nosso ver, a comissão por omissão, ou ação por omissão, participa da natureza da ação e da omissão. A mãe, por exemplo, que mata a sua criatura pela privação do leite materno, transgride a ordem legal de alimentar o filho e a norma que proíbe matar alguém. Não que haja dois bens jurídicos violados separadamente, mas uma síntese de valores perante o ordenamento jurídico como um todo. Para efeito de interpretação, de distinção entre os crimes comissivos por omissão e os de simples omissão, prepondera, em relação aos primeiros, sobre a norma de ordem a norma de proibição.

Ensina Maurach que o meio seguro para a distinção dos crimes comissivos por omissão dos de omissão própria não se encontra na relação dos tipos penais, mas nas normas imperativas ou proibitivas. Exemplo: A entrega a B, em região contaminada pela febre tifóide, um vaso d'água para beber, sem havê-la fervido antes e sem advertir a B das circunstâncias do fato. Resulta que B morre da febre, podendo-se apreciar a comissão e a omissão a um tempo. Pela omissão simples, fato nenhum a punir; pela comissão, homicídio culposo. Outro exemplo oferece Exner: o ciclista não causa

a morte do pedestre por haver omitido a colocação de uma luz na bicicleta, mas por ter marchado, pela via pública, em uma bicicleta perigosa por não conduzir luz. Conclusão: não importa a valorização particular, mas a consideração complexa do processo total.

Maurach ainda esclarece que a omissão se opõe ao puro crime de atividade ou crime formal, e que a omissão imprópria corresponde, preponderantemente, como no estelionato através do silêncio aos crimes materiais, e, em parte, como no falso testemunho, pelo silêncio, ao puro crime de atividade. Vê-se que a omissão própria e a imprópria são conceitos pluridimensionais, negadores, portanto, de uma concepção totalitária do crime, do crime como um todo, preconizada pelo direito penal de autor.

Contra certa corrente de autores italianos, deve-se admitir a causa de justificação na omissão, permanecendo esta como fato penalmente relevante e não como um puro nada.

Na omissão, o coator físico age, não omite, não importando o dever de garantia nem relativamente ao coato, nem ao coator.

Contra Mezger, que nega, nos crimes de simples atividade, a possibilidade da comissão por omissão, estamos com Maurach, para quem quase todos os crimes de atividade podem ser praticados mediante comissão por omissão. Como exceção, podem ser citados a bigamia, em que se torna necessária a voz afirmativa "sim", e o falso testemunho, em virtude de exigir-se a prestação de juramento. Em que pese não poderem tais crimes ser praticados por omissão, admite-se, nêles, a participação omissiva.

2 — A CAUSALIDADE

Welzel, a nosso ver com inteira razão, considera a causalidade como uma categoria real do ser. A causalidade não é meramente lógica, não é uma categoria do conhecimento; integra, ao contrário, a realidade: a sua natureza é real. Nela existe uma concatenação ou conexão interna entre a causa e o fenômeno cau-

sado. No Direito Penal, causa é a ação, causa é a omissão; o fenômeno causado é o evento, ou melhor, o resultado.

Problema complexo, o problema da causalidade. Encara-o a filosofia, as ciências naturais e as ciências do espírito. Na metafísica, indaga-se o porquê das coisas e não como as coisas acontecem. Na física, verifica-se a causalidade material, ou seja, a relação de sucessão e necessidade entre dois fenômenos, que se caracteriza pela uniformidade ou constância e pela equivalência ou invariabilidade, definidoras da adequação ou proporcionalidade da relação. Na psicologia natural ou empírica, procura-se estabelecer o nexó entre os fenômenos psíquicos como causantes e os fenômenos biológicos como causados. Nas ciências do espírito, como a psicologia compreensiva, a sociologia, a história e as ciências culturais, tomam-se os fenômenos físicos e psíquicos como ponto de partida, permitindo-se a elas, às ciências espirituais fixarem conceitos próprios sobre a causalidade, que muitas vezes não encontram correspondência no chamado mundo da realidade de naturalista. É que o puramente empírico é superado para ser enriquecido por uma nova ordem da realidade humanizada, na qual devemos investigar a causalidade jurídica.

Não se pode usar, no Direito Penal, o conceito filosófico de causa, nem o conceito de causa das ciências da natureza. O conjunto de tôdas as condições do resultado, bem como a *causa efficiens*, pode ter aplicação na criminologia, ciência híbrida de natureza e espírito.

No Direito Penal, o problema da causalidade é limitado, modesto mesmo. Tempo houve em que formava, com a culpabilidade, um binômio monopolizador da ciência jurídica dos crimes e das penas — era a *imputatio facti* de um lado e a *imputatio juris* do outro. Hoje, figura apenas como um meio para a fixação da responsabilidade penal, com dependência do problema da culpabilidade.

Poucos são os crimes em que a causalidade é to-

mada em consideração: homicídio, lesões, incêndio, coação, estelionato. Nos crimes de pura atividade ou formais, mesmo para os autores que apontam um resultado, logicamente coincidindo com a ação ou omissão, o problema da causalidade, praticamente não apresenta relevância. Ainda, segundo Maurach, não se deve superestimar o problema, porque, às vezes, nem donexo causal surge o fato punível, nem de sua negação resulta a inexistência do crime. Haja vista a tentativa, em que o autor pode responder pelo crime de homicídio sem haver o resultado morte, ou simples lesão corporal. Aqui, em concreto, o perigo, ou seja, a possibilidade de causalidade. Nada além.

A ênfase dada, no Direito Penal, à solução do problema da causalidade, resultou do império das ciências da natureza, resquícios do século passado. Mas o próprio List, que viveu a concepção naturalista de nossa disciplina, teve a visão, ia dizendo, a vidência de que, no dogma causal da equivalência, a provocação é suficiente e sem necessidade é a causação. E as próprias ciências da natureza, no evoluer do século presente, provocaram um impacto, pondo em crise a causalidade material, não sendo segredo de especialistas, mas componente da cultura geral, de que pela denominada teoria **quântica**, a física teórica já não está comprometida com um esquema de lei determinista, introduzindo-se, nela, considerações de volição e probabilidade. De volição não só como causa psíquica, comum ao homem e aos animais até então, mas de volição livre-arbitrista, havendo físicos modernos que supõem terem os corpúsculos microscópicos o dom humano do livre-arbítrio. Exageros, talvez, mas que servem para despertar os penalistas do sono dogmático da causalidade, para a colocarem na merecida posição sistemática.

O problema da causalidade é teleológico, não lógico — naturalista, afirma Bettiol; no direito, a causa é final, diz Bruera; o conceito de causa é social e o juízo social prevalece sobre o individual, escreve Azzali. O social, com efeito, prevalece sobre o naturalista, na

causalidade: medite-se sôbre o fato de quem mata outrem usando, como instrumento do crime, os recursos da feitiçaria. Tomando-se como base a causalidade naturalista, tem-se de enveredar, forçosamente, pelos caminhos corretivos, limitativos. Dada a equivalência das condições, surgem, fatalmente, a responsabilidade, a culpabilidade, a adequação etc., para colocarem-na em posição condizente com os conceitos e os interesses do Direito Penal.

As teorias numerosas sôbre a causalidade valem, no dizer de Petrocelli, como inspiração para o legislador ou para o juiz. Defendendo a teoria da causalidade adequada, Maurach argumenta com admirável precisão e clareza, trazendo à colação um copioso material colhido na jurisprudência, nas fontes da vida. Tentando fixar o conceito da causa jurídica, Cavallo, em longa monografia, e tratado, busca compreendê-la com o embasamento dos requisitos seguintes: a) psiquismo (falho na responsabilidade penal objetiva, em que pese a opinião contrária do autor); b) domínio dos precedentes que concorrem para a causação do resultado; c) eficiência; d) suficiência ou grau de eficiência; e) consciência do valor causal; f) inexistência de causas supervenientes; g) juízo *ex ante* e *não ex post*.

O problema prático fundamental da causalidade, na ordem legislativa, consiste em verificar se os códigos penais devem estabelecer normas disciplinadoras do nexu causal, ou se devem silenciar no que diz respeito à matéria, deixando-a ao critério dos julgadores. Em síntese, trata-se de saber se a tarefa é técnica, legislativa, ou prática, judicativa. As fórmulas legislativas têm sido, em geral, criticadas. Os preceitos do Código Penal Italiano, sôbre causalidade, geraram uma celeuma na doutrina peninsular. Os do nosso Código de 1940 não têm escapado à crítica dos estudiosos, já nacionais, já estrangeiros.

O Anteprojeto, no art. 14, reproduziu o dispositivo do art. 11 do Código: "O resultado de que depende a existência do crime é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o

resultado não teria ocorrido”. O fato do nexo de causalidade abranger um número limitado de crimes, não é suficiente para desprezar-se a disciplina legislativa, que, antes, tomava posição na Parte Especial e, hoje, ocupa lugar na Parte Geral dos Códigos. E isto porque, no Direito Penal, a causalidade, além de merecer atenção especial no estudo do mais importante de todos os crimes — o homicídio — deve representar um conceito unificador de palavras típicas, como causar, ocasionar, provocar etc. E principalmente porque representa, hoje, o primeiro degrau para a verificação da culpabilidade. É a culpabilidade que decide, em última instância, sobre a responsabilidade penal. A atenção, dispensada pelo legislador, ao nexo causal, funciona não em razão deste, como entidade autônoma, mas, em razão da culpabilidade, fulcro do direito punitivo. Sem a indagação da culpabilidade, sem a verificação de seus magnos problemas — o dolo, a culpa, o erro, a coação, a imputabilidade — a causalidade desaparece do Direito, perde a razão de ser, de existir. Sem o elemento volitivo, desaparece a própria figura de autor, como estabelece o Anteprojeto, no art. 23: “Não é autor do crime quem o pratica sob coação física irresistível, respondendo tão-somente o coator”. Em resumo, podemos dizer que o preceito legislativo sobre o nexo causal deve figurar como parte componente do complexo de normas que disciplinam a culpabilidade. Não pertence ao estudo objetivo da ação, por exemplo, a pesquisa das causas de sua ausência, matéria, esta, rigorosamente da competência da culpabilidade, o que não impede que a doutrina, por abstração, considere o aspecto objetivo da causalidade de modo autônomo, dentro do capítulo da ação, e fora, portanto, da teoria da culpabilidade. Apesar do exemplo do Anteprojeto Alemão, que abstrai da lei a disciplina do nexo causal, cremos dever-se manter o esquema legislativo, continuando a experiência mal começada pelo Código Italiano, contanto que se despojem do Anteprojeto, as referências feitas à superveniência de causa autônoma, no Código causa independente, bem como à relevância da omis-

são, matérias ambas que devem ser confiadas ao trato da doutrina e às decisões da jurisprudência.

Sobre o termo resultado, a que se refere o Anteprojeto, muito se tem discutido na doutrina. Limitado o problema da causa aos crimes materiais, não vemos por que se insista na defesa de uma concepção chamada jurídica ou normativa, segundo a qual todos os crimes têm resultado. Sendo o resultado o fato produzido pela causa e sendo a causalidade nexu limitado a alguns crimes, por que considerar o resultado como elemento comum a todos os crimes?

Além do dano, o resultado entende-se como perigo. Aqui, como já vimos, existe apenas a possibilidade de causalidade.

Quando o Anteprojeto define o dolo como o querer o resultado, este se entende como o segundo termo da relação psicológica que o liga à vontade do autor. Resultado, aqui, representa não só o fenômeno causado, mas o fato, nos crimes de pura atividade ou formais, constituído pela ação praticada. Assim, na injúria verbal, por exemplo, deve-se distinguir a ação da injúria, que é a manifestação da vontade de injuriar, e a injúria da ação, que é o resultado como segundo termo da relação psicológica que se observa no dolo.

Podemos conceber o resultado também como a realização do tipo objetivo, ou seja, o crime material e juridicamente concebido em seu puro aspecto externo. Realização do tipo objetivo, acompanhada de tôdas as circunstâncias materiais, a totalidade do fato externo, em resumo.

3 — A CAUSALIDADE NA OMISSÃO

Por amor à simetria, procurou-se ver, na causalidade por omissão, fenômeno idêntico à causalidade na ação. Buscou-se uma base naturalista para a omissão, em termos de causalidade material. Assim Antolisei, aproveitando a idéia da condição negativa de Landsberg e o conceito de ação esperada de Mezger, fundamenta a causa omissiva no mundo natural pelo *dominium* das forças que mantém o omitente. A teo-

ria, entre as teorias naturalistas, é, talvez, a mais sedutora. Pode-se, contudo, objetar, contra ela, como o faz Azzali, que condição negativa seria todo o inexistente, o que extrapola, sem dúvida, os limites preciosos com que se constroem os dogmas jurídico-penais. Outros autores, sem maiores explicações, como, entre nós, Costa e Silva, limitam-se a dizer que tão causal é a omissão quanto a ação, numa manifesta adesão à teoria da equivalência das condições em tôda a sua pureza.

Posição interessante é a de Pagliaro, que afirma ter a vontade fôrça causal suficiente para a produção de fenômenos naturalistas, independentemente da ação como sua manifestação física. Como vimos acima, Petrocelli explica a omissão como realidade naturalista psíquica, negando, porém, a ela, fôrça causal. A afirmativa de Pagliaro pertence ao grupo das teorias que não limitam a causalidade à esfera material, estendendo-a também ao mundo do homem, social e jurídico. Enquanto Petrocelli conserva o psíquico dentro da natureza, tratando-o sob o exclusivo aspecto de fenômeno empírico, segundo a psicologia natural, Pagliaro acrescenta ao psíquico o elemento espiritual, conforme a psicologia compreensiva. De um lado, causalidade naturalista; de outro, causalidade moral. Também Cavallo segue a mesma trilha ao afirmar que a ausência de base material não exclui a causalidade jurídica. Diz o penalista italiano que causalidade direta e indireta se equivalem, e que os requisitos, exigidos para a ação como causa, estão presentes na ação, requisitos êstes que enumeramos acima. Acrescentamos nós que se equivalência não significa identidade, tem, contudo, a significação de ser igual: a causalidade, no direito, representaria um conceito englobante de ação e omissão.

Além de Petrocelli, nega fôrça causal à omissão Bettioli, com a ressalva de que a ausência da causalidade na omissão não implica confundir-se omissão com antijuridicidade. Negativista é esta ingênua construção simétrica: assim como, no direito punitivo, existe uma responsabilidade puramente material, que é a

responsabilidade objetiva, assim também existe uma responsabilidade puramente moral, que se fundamenta na omissão. Construção que não se encontra em nenhum grande penalista italiano, como os citados Petrocelli e Bettiol.

Com a teoria finalista da ação, houve, de certo, um progresso na solução do problema de que nos ocupamos. Para Welzel, se a omissão não é causal no sentido naturalista, é-o, contudo, no sentido finalista, porque “a vontade como fator de uma formação finalista do porvir pode fazer surgir uma formação determinada de realidade através do deixar acontecer as séries de evoluções confiadas ao futuro”, e “tão-só aquela ação que está submetida ao poder final do fato (domínio do fato) de uma pessoa, pode ser omitida”. Segundo Maurach, existe tanto na causalidade da ação quanto da omissão, um processo ideal hipotético, sucedendo porém, que na própria omissão, existe um fenômeno hipotético, que é a ação esperada. Acrescenta Welzel que se deve exigir uma probabilidade de impedir o resultado praticamente nos limites da certeza.

Enquanto Welzel põe o juízo, na omissão, *ex post*, Maurach põem-no *ex ante*. Maurach ainda critica Welzel, afirmando que a razão de punir a omissão não se apóia, de modo algum, na causação do resultado como tal, mas unicamente na causação baseada numa infração do dever de garantia.

Apesar de reconhecermos que a teoria finalista trouxe contribuições ricas, em quantidade e qualidade para a solução do problema da causalidade na omissão, não somos partidário dela porque nela vemos um vício de origem — é que o finalismo, baseado nas idéias de Hartmann, não se caracteriza pela riqueza, em humanidade, do finalismo tradicional, que remonta a Aristóteles. Este é o nosso pensamento: o finalismo Welzeliano é uma causalidade mecanista pelo avesso. Nêle, o fim da vontade não é um simples fato do homem, mas uma fatalidade da vida.

Para nós, sendo a causalidade uma realidade de ordem física, psíquica e sócio-histórica, afirmamos que

a omissão, como fato do direito e, mais precisamente, do direito penal, é causa do resultado no sentido da sociedade e da história, em cuja realidade presente está o direito como uma de suas atividades constantes, como um universal de cultura, que não se opõe à natureza, mas, aproveitando as suas forças, procura estendê-la, aprimorá-la, humanizá-la enfim.

Certeiras são estas idéias de H. Mayer, que merecem o louvor destas palavras de Maurach: "Mérito de H. Mayer é ter pôsto em relêvo a equiparação substancial entre o fazer e o **deixar suceder** em um mundo de flutuante evolução. O conceito naturalista de ação parte — **lucus a non lucendo** — de uma concepção realmente artificial. A representação do crime como exclusiva "modificação do universo objetivamente entendido", a concepção do delito como pura atividade proibida, sòmente pode prosperar quando se contempla o mundo de modo rígido, como um museu sem variações. "Mas a esfera social não é um mundo de objetos, mas de conexões de sentido neste fluído processo de acontecer; dêste modo, a tarefa de proteção dos bens jurídicos, pelo direito penal, não sòmente proíbe a intervenção perturbadora num processo socialmente proveitoso, como também a indiferença ante um desenvolvimento socialmente perigoso. É aí, e não no contraste entre movimento e falta de movimento, que se encontra a diferença entre os crimes de comissão e os de omissão".

Afirmamos, acima, que não concordamos com a presença, no Anteprojeto NELSON HUNGRIA, da superveniência da causa autônoma, no Código causa independente, criticada pelo Professor Basileu Garcia, com penetração. Não nos satisfaz o substitutivo apresentado pelo Prof. Heleno Cláudio Fragoso, no segundo número da "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal". Nossa sugestão é que o dispositivo desapareça do futuro Código. Dissemos, também, não concordar com o § 1.º do art. 14 do Anteprojeto, que disciplina a omissão. Deve êle também desaparecer do futuro Código e o dizemos por duas razões principais.

Em primeiro lugar, porque abrange fatos em demasia; em segundo lugar, porque deixa de abranger fatos que deveria abranger. Peca portanto, permitam-nos o gracejo, por comissão e por omissão.

Uma doutrina foi elaborada no sentido de fixar, como fontes da omissão relevante, a trindade representada pelo dever legal, pela relação contratual e pela perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente. Essa doutrina está no parágrafo citado.

Na omissão própria, a punição fundamenta-se no dever legal. Na comissão por omissão, tanto no dever quanto no contrato e no perigo. Ora, casos existem em que, apesar da relação contratual e da perigosa situação de fato criada pelo omitente, injustiça é punir-se a omissão. Para podermos enfrentar a matéria árdua, é necessário que desenvolvamos, de modo especial, os fundamentos que distinguem e que unem o par de conceitos **ação-omissão**, abraçados pelo Anteprojeto do Código Penal.

Digamos que a ação é um fato social e um fato histórico. Como fato social, é geral, é abstrato; como fato histórico, é individual, é concreto. Digamos também que a omissão é fato social e fato histórico, sendo geral ou abstrato, no primeiro caso, e individual e concreto, no segundo caso. Até aqui, os caracteres da ação e da omissão são comuns, ou seja, ambas são fatos sociais e históricos, abstratos ou gerais e concretos ou individuais. Os caracteres, mencionados, unificam a ação e a omissão. Mas caracteres, outros, existem, para distingui-las, porque no próprio conceito de unidade, está o que é comum e o que é distinto. Em síntese: ação e omissão, relacionadas entre si, não são fatos plúrimos ou singulares. Isto pôsto, o que é que distingue, senão qualitativa, mas quantitativamente, a ação da omissão? Tentemos uma resposta, uma resposta, escute-se bem, e não a resposta, por que não somos exclusivistas, nem dogmáticos no sentido filosófico.

O que é histórico, na ação, corresponde a uma significação que o homem atribui a um determinado

fato natural, fato natural êste que tem realidade independente da significação, atribuída, pelo homem, realidade que não é social, fato que já não é chamado de ação, mas que é, inegavelmente, fato.

Exemplifiquemos com o envenenamento de alguém causado por alguém: o envenenamento é fato que pode, entre outras ciências da natureza, ser observado sob o puro aspecto químico. Na ação de envenenar, pode-se separar, pelo conteúdo, o histórico do natural, porque o fato histórico não se esgota no mundo da natureza, muito embora tenha nesta o pressuposto. Por isso, diremos que a ação é analítica.

Mas o que é histórico, na omissão, corresponde a uma individualização do social, é o próprio fato social concretizado. Fato individualizado, concretizado, inseparável da sociedade, porque nada é senão um *modus essendi* do social, destacando-se dêste só conceitualmente, por abstração. Qualquer omitir é um omitir de alguma coisa, existindo entre a coisa omitida e a omissão uma necessária relação de homem e sociedade. A omissão é um fenômeno psíquico referido a um fato social. Por isso, queremos dizer que a omissão é sintética.

Enquanto na ação, que pertence à ordem social, o elemento histórico é representado pela historicização da natureza; na omissão, que também pertence à sociedade, a história outra coisa não é que a própria sociedade observada sob um determinado ângulo, o ângulo da individualização do social.

Sendo síntese, a omissão, sob pena de deixar de sê-lo, não pode cindir-se, no mundo concreto das coisas; não pode ser representada unicamente por um fato da natureza, como o fenômeno psíquico, porque o psíquico, nela, é inseparável do social, constituindo, ambos, uma realidade psíquico-social, que em última análise, se reduz a uma realidade social. Sendo assim, sendo síntese de abstrato e concreto na ordem social, coexistem, na omissão, elementos contraditórios, formando um todo complexo, que serão mortos se forem separados pelo conteúdo. E o conteúdo, o conteúdo contradi-

tório, existente na omissão, é que ela é, ao mesmo tempo, ação e inação. Quanto à real co-existência de elementos contraditórios no mundo da realidade concreta, estão de acôrdo o realismo tomista e o idealismo hegeliano.

Existindo concretamente, na dependência dos casos particulares, ilimitados e imprevisíveis, a omissão é conceituada pela ciência jurídica, cujos conceitos, como todos os conceitos de tôdas as ciências, só alcançam uma parcela da realidade que pretendem abarcar. Não deve, porém, ser conceituada pela norma jurídica, cuja finalidade não é conceituar (embora o faça algumas vêzes e muito oportunamente), mas estabelecer regras de conduta, disciplina para a vida prática. Da ciência, a norma tem o caráter da generalidade; da jurisprudência, o caráter da praticidade. Deixar, pois, à ciência que defina a omissão, e à jurisprudência que vá indicando quais os fatos da realidade vivida que devem ser considerados, pelo direito penal, como fatos omissivos. Ademais, se o Anteprojeto não conceitua a ação, a não ser para dizê-la causa do resultado, por que conceituar a omissão? A nosso ver, com menos razão para fazê-lo no último que no primeiro caso. O Anteprojeto alemão conceitua tanto a ação quanto a omissão. Mas ao conceituar a omissão, fá-lo de u'a maneira mais prudente do que o nosso Anteprojeto, porque deixa, à doutrina e aos juízes, campo mais vasto de trabalho, que, por método e natureza, pertence a juízes e doutrina. Apenas refere-se ao dever jurídico de evitar a realização de um fato típico, o que, a nosso ver, é tautologia, porque falar em "dever" ou "poder" para tornar a omissão "relevante" é mesmo que dizer que a omissão consiste em omitir, "dever", "poder", relevância e outras palavras equivalentes que estão implícitas na omissão, que pertencem à natureza, à essência do fato omissivo.

Tôdas as omissões são fatos sociais, têm relevância na sociedade. Pertencem elas, as omissões, a essa realidade humana e universal, que é a **ausência**, realidade muitas vêzes mais intensa e dramaticamente hu-

mana do que a própria presença. A angustiada mãe que sabe estar o filho querido em lugares longínquos, em um campo de batalha, por exemplo, vive a tristeza da ausência com mais vida do que se presente estivesse o filho a espalhar alegria junto à veneranda progenitora, dentro do lar, numa permanente afirmação de sua presença. É que, ao contrário dos animais que vivem unicamente o momento que passa, a velocidade do instante, o presente em uma palavra, os seres humanos cumprem a sua vivência dramática num tempo tridimensional, porque só podem viver de lembranças, que correspondem ao passado; de atos, que são conteúdo do presente, e de projetos, que dão forma ao futuro.

Mas em meio aos fatos sociais que são as omissões, é necessário destacar aquelas que têm relevância jurídica, e, entre as omissões jurídicas aquelas penalmente relevantes.

Na realidade social e, muitas vezes, na realidade jurídica global, as omissões são fatos que ora são valorizados positiva, ora negativamente. No campo do direito penal, são elas essencialmente negativas, ou seja, constituem objeto de um juízo de valor negativo, ou juízo de desvalor. Se positivamente valorizadas pelo direito penal, como acontece, por exemplo, quando alguém pratica fato omissivo compreendido como causa de justificação, não apresentam o caráter penal constitutivo (caráter constitutivo inegável do direito penal, ao lado do caráter sancionador), mas figuram como fatos pertencentes aos demais ramos do ordenamento jurídico e projetados na órbita jurídico-penal. Lògicamente, precedem elas, as omissões juridicamente positivas, às omissões jurídicas negativamente valorizadas, como o lícito precede o ilícito; historicamente, a precedência cabe às omissões ilícitas, entre as quais estão as omissões criminosas.

Agora, a pergunta final: quando é que uma omissão é criminosa?

Na omissão chamada própria e em alguns crimes comissivos por omissão, quando se encontram expres-

samente descritas nos tipos penais. A omissão própria é reconhecida com mais facilidade e, além disso, não oferece problema de ordem causal, muito embora, no que toca a questões de outra natureza, ofereça sérias e ainda não vencidas dificuldades.

Quanto ao crime comissivo por omissão, expressamente descrito nos tipos penais — o que acontece algumas vezes, não se limitando ao clássico dispositivo do Código Penal Francês em matéria de homicídio — o primeiro obstáculo a transpor é distinguí-lo, claramente, do crime comissivo, do crime por ação, tarefa esta de natureza exegética. Verificada a inexistência de um resultado material, pode-se assegurar que não se está diante de um crime comissivo por omissão tipicamente expresso. Pode-se, contudo, na apreciação dos casos concretos, surpreender a existência de uma omissão imprópria, porque, como já vimos, esta não é incompatível com os crimes de atividade simples, ou crimes formais, ou crimes sem resultado material.

Se, porém, aponta-se, no tipo, o resultado material, êste resultado indica, na maioria dos casos, que estamos a deparar com um crime de ação. Mas a regra geral não nos deve conduzir à interpretação do tipo, com ligeireza. É de bom aviso fixarmo-nos no núcleo do tipo penal, verificando, cuidadosamente, o verbo ou expressão verbal que o anima, se verbo da voz ativa, se verbo da voz passiva. A pura interpretação gramatical do verbo, porém, não é suficiente, exigindo-se o sentido teleológico de que está animado dentro do complexo típico. É possível mesmo que um só verbo, que figura no tipo penal, na conformidade dos casos concretos apreciados, ora receba uma significação ativa, ora passiva.

Pela interpretação teleológica, verificar-se-á então qual a natureza da norma violada — se proibitiva (para os casos de crimes materiais por ação); se ao mesmo tempo proibitiva e imperativa, ou seja, constitutiva de um bem jurídico complexo (para os casos de crimes comissivos por omissão, tipicamente expressos).

Casos desta última natureza, casos de crimes commissivos por ação expressamente previstos nos tipos penais, podem ser encontrados, por exemplo, nos crimes lesivos da saúde, em que a saúde, abstratamente considerada, apresenta ou integra o bem jurídico violado, tornando-se o objeto jurídico do crime e representa ou integra, concretamente, o objeto material em referência ao qual está dirigida a atividade omissiva do autor.

Considerado o resultado material, ou simplesmente, o resultado, não só elemento constitutivo do crime, como também causa especial de agravação da pena, perguntar-se-á, talvez, se, verificada esta última hipótese, um crime de omissão própria ficará transformado em crime commissivo por omissão. Dê-se, como exemplo, o crime de omissão de socorro, de que resulta lesão corporal de natureza grave ou morte. Responderemos pela negativa, não somente porque o decisivo, aqui, não é o nexó de causalidade, mas a natureza da norma violada, mas também porque a classificação dos crimes em crimes de omissão própria e de omissão imprópria (ou commissivos por omissão) é abstrata, não se subordinando aos casos concretos apreciados. Pela mesma razão, o crime tentado de homicídio, por exemplo, não perde a sua classe de crime material pelo fato de não ocorrer, na realidade, o resultado morte, e não existir em relação ao resultado morte, um nexó, mas tão-sómente uma possibilidade de causalidade.

Agora, os crimes commissivos por omissão não expressos nos tipos penais. Como resolver-lhes o problema causal?

Uma primeira objeção pode surgir e deve, de pronto, ser rechaçada, por demasiado literal, por excessivamente apegada à letra da lei, com manifesto prejuízo para o espírito legal. É que, pode-se dizer, os chamados crimes commissivos por omissão violentam o preceito constitucional, contido na segunda parte do § 27, art. 141 da Constituição Federal: "Ninguém será processado nem sentenciado senão na forma de lei anterior", preceito que se baseia no princípio da reserva legal e

que está expresso no Código e no Anteprojeto do Código Penal como dogma da anterioridade da lei definidora de crime e de pena. Para tais crimes, pode-se argumentar, não existe descrição legal, não estando eles tipificados.

Responda-se que a tipificação de um fato criminoso não é necessariamente expressa, literalmente expressa: o fato pode fugir, à primeira vista, da descrição legal e, no entanto, estar implicitamente contida nela, sendo tão típico, tão dentro da lei como o que a lei descreve expressamente. Responda-se, igualmente, que vários crimes comissivos por omissão, como acabamos de verificar, estão expressamente descritos nos tipos penais. Creio que objeção de tal natureza ainda não surgiu no Brasil; não é impossível que venha a surgir, como já surgiu na Alemanha, por exemplo, e partida de juristas da estatura de Welzel, H. Mayer, e, em relação aos chamados tipos abertos, Bockelmann.

Ventilada a questão de ordem constitucional, retomemos o problema de ordem causal.

Dissemos, acima, que o dispositivo do Anteprojeto é, nuns casos, demasiado amplo, e, noutros, inegavelmente restrito. Com efeito, para provarmos a afirmativa, passemos à parte final de nosso trabalho.

Em primeiro lugar, as três classes de deveres jurídicos, indicados no Anteprojeto — preceito jurídico, aceitação do agente e conduta precedente — classes de deveres, — aliás, enumeradas pela grande maioria dos autores, reduzem-se na realidade a uma só, ou seja, à classe dos deveres que se fundamentam na lei, embora, nos casos concretos diversos sejam os seus conteúdos, como observa Goldschmidt.

Em segundo lugar, o que realmente importa é a exigência revelada no caso concreto, no dizer de Asúa, apoiado em Carrara. A correta posição carrariana toma, no momento atual da ciência jurídica, uma forma mais perfeita com a denominada **posição de garantidor**, concebida por Welzel. A posição de garantidor, que supera a exigência no caso concreto, expressão esta demasiado genérica, e preferível à “equivalente hosti-

lidade ao direito” de H. Mayer, apresenta conforme a penetrante lição de Maurach, dois requisitos fundamentais: 1.º) é uma posição pessoal especial, e 2.º) é uma posição objetiva especial, o que significa que, nos crimes comissivos por omissão, a norma não atinge um número ilimitado de pessoas, como sucede na omissão própria, e, ao atingir somente determinadas pessoas, deve fazê-lo, não só no que diz respeito ao dever de agir, como no que toca à produção do resultado, o que não sucede na omissão própria.

Por que, perguntamos, três classes de deveres e não somente duas, ou mais de três, quatro, por exemplo?

Que o dispositivo do Anteprojeto pode abranger demasiados casos di-lo o exemplo oferecido pelo Prof. João Bernardino Gonzaga, que se declara contrário aos deveres oriundos da aceitação do agente e da conduta precedente: “admita-se que, passando por uma estrada, Tício encontre certa pessoa ferida em completo abandono, recém-atropelada por veículo que trafegara pelo local. Ao prestar os socorros urgentes que o estado da vítima reclama, omite, por negligência, uma das medidas indispensáveis à sua salvação e, assim, não consegue evitar o êxito letal. Pois bem, conforme as circunstâncias, ter-se-á, aí, um contrato ou uma gestão de negócios... Mas será possível acusarmos Tício, porque foi negligente, de homicídio culposo perpetrado omissivamente? Não, se causa única da morte foram as lesões produzidas pelo atropelamento. De nada vale dizer que, assumindo o encargo de lutar contra o resultado, êle deveria ter procedido eficazmente para impedir que êste sobreviesse. A sua omissão, no caso, será penalmente inócua”.

Que o dispositivo do Anteprojeto deixa escapar, por não abrangê-lo em sua enumeração taxativa, autênticos casos de omissões que devem ser considerados criminosos, é o que tentaremos demonstrar.

Na enumeração dos deveres jurídicos, que fundamentam os crimes comissivos por omissão, tem-se notado, através da evolução histórica do problema, uma clara tendência para aumentá-los, ampliá-los, torná-

los, pelo menos, mais elásticos. Vejamos o primeiro dêles: o **preceito jurídico**. Feuerbach limitava-o à estrita norma de lei, ao rigoroso preceito legal. Com a evolução da doutrina, o preceito jurídico passou a compreender não somente a lei, mas o decreto com força de lei, a ordem de superior hierárquico, o direito consuetudinário e a sentença judicial. Passemos, agora, à aceitação pelo agente. No direito penal antigo, limitava-se a aceitação exclusivamente ao contrato. Hoje em dia, além do contrato, compreende a gestão de negócios sem prévio encargo e a aceitação de cargo oficial. Por último, vejamos a conduta precedente. Contra ela manifestava-se Landsberg, e, ante ela, vacilou o gênio poderoso de Frank. Atualmente, abrange não só as condutas antecedentes culposas como as não culposas, não só as lícitas como as ilícitas, e até simples atos de cortesia, e, com raridade, meras condutas passivas.

A não desaparecer o dispositivo, ora criticado, do futuro Código Penal, dispositivo que não tem a elasticidade do correspondente, no Anteprojeto alemão, sugiro que aos três deveres jurídicos enumerados taxativamente, acrescente-se mais um: o dever de comunidade de vida e perigo, comunidade permanente ou ocasional, ou dever de convivência, na expressão de Asúa.

O positivismo jurídico, como sempre limitado, vê, nos deveres de comunidade, simples deveres morais, pelo que não devem penetrar a esfera jurídica. Esquece-se de que objeção semelhante foi lançada, no passado, contra outros deveres, que agora se aceitam como jurídicos. Que se trata de um dever moral, social, nenhuma dúvida; mas que se restrinja ao campo da moral, não é procedente. Deveres morais, uma vez acolhidos pelo direito, tornam-se deveres jurídicos, enriquecendo-se com a nova valorização.

Entre os penalistas latinos, Asúa merece ser escutado: "Quando não se trata de um caso de egoísta abandono, podendo-se configurar um **animus occidendi** naquele que nega o socorro, mesmo tratando-se de **dolus eventualis**, o fato já não se enquadra na simples

omissão de socorro, sem consideração do resultado, devendo-se imputar ao omitente um homicídio de comissão por omissão”.

E, com toda atualidade e incontestável autoridade, escreve Maurach o seguinte: “De um modo geral cabe afirmar que os deveres de ação, reconhecidos pela atual ética social em atenção à concreta posição do obrigado como vinculatorios e dotados do efeito de garantia, devem também merecer a consideração de deveres jurídicos de ação”. Verdade é que o mesmo Maurach reconhece o seguinte: “Trata-se, em suma, de um princípio que não só amplia perigosamente a responsabilidade penal, como também estende a “íntima solidariedade” a âmbitos da vida, que, conforme a clara vontade expressa de outros ramos do direito, não deveriam dar lugar a tais veículos. Continua de pé a questão de se a autonomia do direito penal justifica uma tal independência”.

De nossa parte, pensamos que a ampliação da responsabilidade penal tanto pode ser perigosa como salutar. Perigosa, por exemplo, quando procura investir nas consciências individuais; salutar, por exemplo, quando surge uma época em que se fazem apelos à solidariedade humana, a uma maior compreensão entre os homens, como é a nossa, já cansada pelo excesso de individualismo. Quanto à justificação da independência do direito penal, em relação aos demais ramos do direito, a que alude Maurach, somos de parecer que o direito penal, pelo seu caráter não meramente sancionador, mas igualmente constitutivo, pode disciplinar os atos humanos com autonomia. E, em relação ao dever de comunidade de vida e de perigo, de convivência, de solidariedade, com mais razão ainda, porque, entre todos os ramos do direito, é aquêle que maiores contactos mantém com a moral, e, como tal, mais do que alguns velhos preceitos do direito civil, está capacitado a ouvir os reclamos da ordem social contemporânea.

Se alguém vê um cego caminhando para um despenhadeiro, onde encontrará morte certa, e o deixa ir

ao encontro da morte, revelando a vontade de que o desgraçado morra, quando podia, com um simples toque de mão sobre o braço, sem nenhum perigo para si ou para outras pessoas, fazê-lo voltar para a vida, muito embora uma vida de trevas, não deve responder, pensamos nós, pela simples omissão de socorro, cuja pena é de um a seis meses de detenção, ou somente de multa, triplicada para o caso citado, em virtude do resultado morte, mas pelo homicídio, que, conforme as circunstâncias particulares do caso, tanto pode ser simples, como privilegiado ou qualificado.

O fato, citado por Asúa, do jardineiro despedido que assiste, impassível, ao afogamento, em um raso tanque, do filho do patrão, criança de quatro anos de idade, deixando-a sucumbir, por exclusiva vingança contra o pai, é tão impressionante que mereceu de Soler o qualificativo de ferocidade. Contudo, mesmo considerando o agente como uma fera, no momento daquele desenlace, o grande penalista argentino nega tratar-se de homicídio, definindo o fato como abandono de pessoas. Nota-se que Soler é muito zeloso no que diz respeito às liberdades do indivíduo, mas, no caso indicado, o seu zelo foi evidentemente excessivo, não fazendo, mas mal-fazendo um bem para o nosso direito penal.

Termino, dizendo que esta minha última sugestão para o futuro Código Penal Brasileiro, além de ter encontrado apoio autorizado na doutrina, e de ter encontrado apoio na jurisprudência alemã e italiana, versa sobre matéria já tratada na órbita legislativa: o Projeto do Código Penal para Cuba, de 1926, redigido por Fernando Ortiz, reconhece, entre os chamados deveres jurídicos, o que êle chamou de "dever geral de assistência mútua".