

O “QUARTO DE LOCKE”: reflexões sobre a responsabilidade penal decorrente de omissões

José Alexandre Zachia Alan*

*“O que depende de nós para ser feito,
também depende de nós para não ser feito.”*

Aristóteles

1 Apresentação do caso

O caso que anima essa reflexão é o seguinte: há determinada criança severamente doente cujos cuidados estão entregues exclusivamente ao seu pai. Sua enfermidade reclama haja a administração diária, de tantas em tantas horas, de medicamento específico a que não venha a falecer.

Depois de grandíssimo tempo nessa rotina, o pai, a quem chamarei de **A**, resolve dar cabo da vida de seu filho. É que o sofrimento já se fazia significativo e entendeu fosse o caso de permitir que o menino falecesse. Colheu opiniões dos médicos responsáveis e estes lhe disseram que a simples não administração do remédio em uma única oportunidade resultaria na morte, o que se daria de forma indolor. Então, na ocasião predeterminada, justo numa madrugada em que o sono teria de ser interrompido para a administração do remédio, o pai foi ao seu quarto e deitou-se para dormir, decidido a, naquela noite, não se

* Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

levantar. Passada a noite, **A** despertou, foi até o quarto do filho e o encontrou morto. Havia-se produzido o resultado que planejava.

Acontece que nessa mesma noite houve fato que lhe passara despercebido. É que **B**, amigo de longa data de **A**, sensibilizado pelo sofrimento do pai e do filho, também resolveu dar cabo da vida do menino. De modo a executar seu plano, após perceber que **A** se encaminhara ao seu quarto, tratou de chavar a porta do aposento. Assim procedeu a que o pai, quando levantasse para administrar o remédio salvador, não conseguisse sair de seu quarto. Na manhã seguinte, **B**, mesmo antes de **A** acordar, assegurou-se de que o menino morreria e dirigiu-se até a porta do quarto destrancando-a.

Para que o exemplo possa servir a ilustrar os conceitos que pretendo examinar, há de se partir do pressuposto, primeiro, de que não havia combinação entre **A** e **B** para as condutas descritas. Ademais, há de se ponderar que a única saída possível de **A** do quarto seria por meio da porta chaveada.

2 **A responsabilidade de A**

O caso deste texto consta de vários livros que tratam de filosofia e de direito penal, tendo sido batizado de “Quarto de Locke”. Detive-me acerca de seus contornos depois de encontrá-lo no livro da professora Fernanda Palma.¹ Na verdade, seu nome deriva de ideia inicial lançada pelo filósofo inglês acerca dos contornos da liberdade. Locke perguntava-se se determinado sujeito encarcerado em um quarto sem condições de sair e que tivesse tomado a decisão espontânea de ali permanecer seria verdadeiramente livre. Ou seja, indagava-se se para a conceituação de alguém por “livre” bastava a convicção pessoal de que determinado ato ou omissão haveria de ser praticado ou se a isso haveria de se acrescentar a possibilidade física da realização da conduta pretendida,² fosse comissiva ou omissiva.

Locke conclui que a liberdade por atributo humano depende da dupla verificação. De acordo com seu pensamento, a que se diga que determinada con-

¹ PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78.

² “Uma vez mais: suponhamos que um homem é levado para uma sala – enquanto dorme profundamente – onde está uma pessoa que ele deseja ver e com quem deseja falar, ficando aí fechado. Acorda e fica feliz por se encontrar com a tão desejada companhia, e prefere aí permanecer a ir embora. Eu pergunto: esta permanência não será voluntária? Acho que ninguém duvidará disso: e, contudo, estando fechado, é evidente que não é livre para não ficar pois não pode sair. Portanto, liberdade não é uma ideia pertencente à volição ou à preferência, mas ao poder que uma pessoa tem de realizar, ou de suspender um ação de acordo com o que a mente escolher ou ordenar. A nossa ideia de liberdade estende-se tão longe quanto a esse poder e não mais.” LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 314.

duta, comissiva ou omissiva, é fruto da liberdade humana há de se verificar o envolvimento anímico do sujeito, vertido no convencimento da necessidade da prática de determinada conduta, e a efetiva exteriorização desse convencimento para o mundo físico, traduzindo-se, ao menos, numa possibilidade material efetiva de que seja realizada.

Essa compreensão é simples ao se manejar com crimes ou mesmo condutas de caráter comissivo e com as responsabilidades moral e penal decorrentes. Vale dizer, não há mesmo dúvida acerca da inexistência de conduta livre direcionada a matar se a simples intenção não se traduzir na ação material direcionada à produção do resultado morte.

Ainda mais. É também bastante seguro, salvante raras objeções históricas, de que a não produção completa do resultado desejado há de importar responsabilidade mitigada. Ou seja, caso determinado sujeito, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue completar seu intento criminoso, a pena que se lhe há de aplicar deve ser diminuída, mesmo que do ponto de vista da volição não haja diferença entre o crime completo e incompleto.

Quero dizer com isso que mesmo nos crimes tentados de homicídio, por exemplo, em que a morte não se produziu por especial resistência da vítima ou por erro de pontaria do autor, não há dúvida de que a pena há de ser menor do que nos casos das mortes consumadas. E isso se dá mesmo que reconhecida a circunstância de que do ponto de vista anímico não há diferença entre o sujeito que dispara a matar e consegue o resultado e aquele que pratica fato idêntico, mas o resultado simplesmente não acontece.

Do mesmo modo, há de se apontar para os casos de punibilidade de tentativas inidôneas,³ ocorrentes em diversos ordenamentos jurídicos continentais.⁴ Falo da possibilidade de aplicação de pena mesmo nos casos em que determinada tentativa não alcança sua finalidade por força de meios inidôneos, mas que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, podem ser categorizados por equivalentes a atos de execução geradores de algum perigo ao bem jurídico tutelado.⁵

Por derradeiro, há de se apontar que a evolução dos conceitos da teoria da imputação objetiva serviu a colocar pá de cal por sobre o assunto. É que não mais se faz possível admitir tenha ocorrido conduta penalmente relevante

³ Por todos, menciona-se o artigo 22, nº 2, “c”, Código Penal Português.

⁴ Não é demais recordar que tal distinção é estranha ao direito penal brasileiro. É que em havendo qualquer sorte de inidoneidade do meio escolhido para a prática do crime, a solução preconizada é a do artigo 17, Código Penal.

⁵ O exame desse tema certamente extravasa em muito os limites deste escrito. De toda a sorte, remete-se o leitor às conceituações lançadas por MIR, José Cerezo. *Obras completas I, Derecho Penal – Parte general*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1062.

se não verificada a produção de risco juridicamente proibido. Há de se notar, pois, que já não mais se fala da simples produção de risco, mas de um risco especialmente destacado, a ultrapassar patamar mínimo de aferição.

Convém destacar, aliás, que parte da doutrina estabelece por critérios a capacidade do domínio do processo causal e a intangibilidade do risco gerado⁶ para excluir da apreciação do direito penal a exteriorização de determinadas volições. Outro segmento ocupa-se de apontar, simplesmente, a necessidade de que desprezados riscos gerados que sejam irrelevantes.⁷ De toda e qualquer forma, essa enumeração de pensamentos busca apenas apontar o avanço ocorrido na doutrina penal no sentido de normatizar a prática da conduta e a produção do resultado, de modo a que, distanciando-se do finalismo, essas aferições deixem de ser mera apreciação de acontecidos naturais.

Feitas essas primeiras anotações, é certo apontar que se para as condutas comissivas a ideia de que a simples volição é insuficiente a justificar a responsabilização penal é de aceitação fácil, não se obtém a mesma concordância ao se estudar a prática de condutas omissivas.

Isso se deve, ao que parece, às diferenças evidentes que existem entre as construções dos vínculos de responsabilidade estabelecidos para ambos os casos. É que se, por um lado, no caso das condutas comissivas cuida-se de determinar a vinculação entre conduta e resultado a partir de observação de processo naturalístico especialmente qualificado a partir do preenchimento de determinados requisitos normativos, no que concerne à conduta omissiva está-se diante de vínculo de responsabilidade construído única e exclusivamente por meio de balizas de caráter normativo.

Ou seja, nos casos em que se imputa determinado homicídio por comissão a um sujeito, é bastante simples aferir o nexos causal naturalístico, requisito que se faz comprovar a partir de estudo das minudências do fato, de seus contornos e das demais circunstâncias que o cercam. Então, mesmo sem que se recorra a qualquer conceito jurídico, é bastante simples, ao menos no mais das vezes, apontar a relação de nexos entre o tiro disparado e a morte ocorrida.

No caso das omissões, considerando-se se está diante de nexos causal normativo, a aferição do “algo mais” a qualificar a volição se dá a partir de outras bases de partida. Na verdade, o tal “algo mais” não se faz refletir na verificação física de um determinado acontecido, mas depende de que se afira se era possível ao agente se comportar como a norma determinara e, ainda, se a conduta determinada pela norma naquela circunstância especial tinha a capacidade mínima de evitar a geração de perigo ou o resultado proibidos caso fosse praticada.

⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Del Rey, 2002. p. 285.

⁷ Por todos, GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Lisboa: Editora da Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 2005. p. 32.

Em outras palavras, enquanto nos homicídios por comissão a morte é produzida a partir de ação direta partida do autor do crime, que alveja a vítima com arma de fogo ou dá-lhe golpe mortal com uma faca, nos homicídios por omissão a morte se dá por acontecidos que, do ponto de vista naturalístico, em nada se relacionam com o sujeito ativo ou com sua conduta. Com efeito, a inação do agente ativo somente se torna juridicamente relevante a partir de qualificação que a lei atribui a tal ausência de comportamento. Isso se dá, como cedo, através da imposição de deveres gerais de ação – como no caso do crime de omissão de socorro, artigo 135, Código Penal brasileiro – ou por força do reconhecimento de determinada vinculação do agente ativo com a vítima ou com a produção do risco, o que lhe faz responder por crimes cuja estrutura original se vaza na comissão – crimes comissivos por omissão, vínculo de “garante” do artigo 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, Código Penal.

Superadas essas explicações, há de se fazer o destaque do ponto principal deste pequeno escrito. Não raramente se vê nos trabalhos produzidos acerca de direito penal e mesmo nas lides forenses a ideia de que a responsabilidade omissiva por crimes comissivos ou mesmo a responsabilidade criada pelos tipos omissivos próprios consiste em simples reprodução da estrutura da responsabilidade comissiva com sinal trocado. Falo da noção de que tudo o que se construiu, especialmente acerca do nexos causal, para a responsabilidade comissiva haverá de bem servir à responsabilidade omissiva, bastando se faça breve adaptação dos exemplos e dos paradigmas.⁸

Acontece, contudo, que esse emparelhamento de raciocínios constitui des-serviço à compreensão das balizas da responsabilidade por crimes omissivos, tudo como se apontará em seguida.

Veja-se, por primeiro, que nos crimes comissivos, a verificação de determinada conduta positiva serve a referendar a ideia de que a prática ilícita pretendida pelo sujeito ativo e reprovada pela norma ultrapassou a sua esfera moral. Ou seja, a prática positiva e aferível da conduta proibida garante que o agente ativo adiantou-se para além de sua intencionalidade e, fazendo uso de sua liberdade, violou a norma jurídica e mesmo o comando ético subjacente.

Não é demais apontar que a despeito da afirmação acima parecer singela, a migração de determinada intencionalidade ou de acontecidos íntimos de determinados agentes para condutas que traduzam atuação livre e viabilizem a responsabilização é tema interessantíssimo e que nos dias atuais se cinge de especial relevância. Falo, muito especialmente, dos crimes cometidos no contexto dos grandes aparatos de poder ou mesmo no seio de grandes organizações crimi-

⁸ Para interessante retrospecto das construções teóricas acerca da responsabilidade omissiva, recomendo a leitura de LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas, SP: Editora Russel, 2003. p. 230 e ss.

nosas, construções funcionais em que não raro se faz difícil saber de qual agente partiram as ordens a que determinada conduta fosse praticada e, mesmo, se a intencionalidade chegou a ser vertida em exteriorização a que o crime fosse cometido.

De volta ao giro original, é mesmo evidente verificar que o “teste” de liberdade apontado para os crimes comissivos, qual seja, verificação da prática de uma conduta positiva que transcenda a mera intencionalidade, não há de servir para os casos dos crimes omissivos. É que nesses últimos a norma não proíbe conduta, mas ordena determinada prática. Então, a transcendência da intencionalidade a revelar verdadeira liberdade haverá de ser percebida a partir de outro modelo.

Para tanto, há de se atentar que para a identificação da ocorrência de conduta livre de abstenção deve-se recorrer a observações distintas das que servem às comissões. Refiro, por primeiro, que se há de aferir se a abstenção foi animada por intencionalidade. Ou seja, deixarei de fazer algo porque assim minha intencionalidade comanda. A partir desse apontamento, excluem-se da categoria das condutas omissivas livres e penalmente relevantes, por exemplo, a atitude do médico de não ir a determinado quarto para atender determinado paciente se não sabia que o doente necessitava de tratamento ou auxílio. Ao depois, de se convir que a abstenção imediata deve se relacionar com determinada conduta que há de ser fisicamente possível ao autor da conduta. Daí se vê que determinado homem não pratica conduta omissiva livre de, por exemplo, voar com suas próprias forças até a lua,⁹ mesmo que diga jamais ter tido desejo de desplantar seus pés da terra.

Em não se levando tais distinções suficientemente a sério e seguindo-se o reflexo comum de, simplesmente, trazer para a discussão da responsabilidade omissiva a verificação óbvia traçada no espaço da responsabilidade comissiva, não raros serão os que apontarão para a responsabilidade do agente mesmo sem que realizado teste de liberdade. No caso deste escrito, falo dos que apontarão a responsabilidade de **A** mesmo tendo sido trancafiado em seu quarto por **B** sem seu consentimento.

Os argumentos aviados a tanto são objeto de discurso colorido por algum tom de obviedade. Principia-se pela aferição de que a vítima de fato veio a morrer de sua doença, dado que não recebeu o medicamento que lhe era indicado. Ao depois, é certo e indiscutido que a posição do pai se ajusta por luva à hipótese do artigo 13, § 2º, letra “a”, Código Penal, sendo que tinha a responsabilidade de administrar o remédio. Por último, caso se venha a transportar

⁹ Passa-se ao largo de toda a discussão interessantíssima acerca de Liberdade e Culpa no Direito Penal. Acerca do tema, recomenda-se DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

simplesmente o paradigma das comissões para estes casos, bastará se ver que o pai, A, nada fez no correr da noite deliberadamente a alcançar o medicamento ao seu filho, o que coroa a solução a dar pela responsabilidade.

O ponto, contudo, está justamente nessa última verificação. É que a conduta de fato criminalizada consiste na omissão não apenas voluntária, mas livre, da prática de determinada omissão. Vale dizer, não chega desejar a abstenção proibida. É preciso que o agente seja livre para a abstenção, tudo a que o vínculo necessário à responsabilização penal se preencha adequadamente, conceito que há de ser compreendido pelo conjunto de atributos relacionados a que se afirme possível ao agente o comportamento de acordo com o comando normativo ou moral. E caso ainda haja alguma dúvida, é bastante certo que não haverá os que pretendam a criminalização por omissão de socorro do tetraplégico que se encontrava às margens da piscina na ocasião do afogamento da vítima. É que para tal pessoa a ação era mesmo impossível, sendo que para a conclusão pela inexistência do crime omissivo pouco importa que o tetraplégico muito quisesse salvar a vítima ou, mesmo, que se ocupou de comemorar intimamente a morte do afogado porque seu desafeto.

E se tal perspectiva parece bastante óbvia, impõe-se reflexão para saber qual a diferença entre o caso do tetraplégico e o que se examina nesta altura, do pai trancafiado num quarto. Em outras palavras, é de se indagar se faz sentido oferecer tratamento diferenciado às impossibilidades de ação que decorrem, digamos assim, de uma situação existencial relacionada ao indivíduo, caso do tetraplégico, e outras situações de impossibilidade pontualizadas, especialmente as que não se relacionam diretamente com a capacidade pessoal do indivíduo, caso do “Quarto de Locke”. Com efeito, não há parâmetro distintivo viável que seja vazado em critério ético válido, motivo pelo qual há de se ver ambas as impossibilidades por idênticas.

Ainda a buscar possível fundamentação para a responsabilidade de A, convém examinar a construção teórica batizada de *omissio libera in causae*. Falo de caso no qual o agente ativo do delito, deliberadamente, se coloca em situação na qual a conduta determinada pela norma se faz impossível. A hipótese clássica apontada pela doutrina¹⁰ é a conduta do responsável pelo direcionamento de determinado trem num cruzamento que, decidido a causar desastre que venha a custar a vida de muitas pessoas, toma potente sonífero e se coloca em condição de completa incapacidade de atender seu dever de regular o tráfego por ocasião da vinda de dois trens, o que resulta na colisão fatal pretendida.

Antes de mais nada, e especialmente porque este escrito se insere no contexto brasileiro, é preciso apontar distinção sobremaneira importante. É que para a maciça maioria da doutrina brasileira a teoria da *actio libera in causa*

¹⁰ Por todos, novamente LISZT, ob. cit., p. 268.

se define de modo absolutamente distinto do que para os doutrinadores dos restantes sistemas continentais. Com efeito, em termos brasileiros, a menção à teoria em questão remete à construção de mecanismo de responsabilidade a alcançar os que praticaram fatos típicos e se encontravam em estado de incapacidade momentânea que decorra de embriaguez voluntária ou mesmo culposa.¹¹

Para o restante da doutrina dos sistemas continentais, a *actio libera in causa* serve somente a justificar a responsabilização dos que intencionalmente se colocaram no estado de embriaguez ou incapacidade para a prática de determinado crime.¹² Com efeito, as hipóteses de fatos praticados no correr de estado de embriaguez não predeterminada para o ilícito reclamam enfrentamentos distintos e não abarcados pela construção da teoria em testilha.¹³

Realizada essa primeira explicação, tenho de confessar que a invocação da *omissio libera in causa* é uma das soluções mais interessantes que me foram apresentadas para o problema do “Quarto de Locke” no correr das muitas vezes em que o apresentei a interlocutores. A ideia da invocação da teoria se estabelece na medida em que a construção doutrinal, conforme mencionou Jeschek,¹⁴ aponta para verdadeiro “recuo” da aferição da responsabilidade nos casos em que o agente se colocou preordenadamente numa situação de incapacidade de atender seu dever de evitação do mal. Em outras palavras, seria como se tivesse de ver a conduta criminosa não no exato momento em que se omite o fazer ordenado pela norma, mas na ocasião em que o agente se coloca numa situação em que o cumprimento posterior do dever lhe seja impossível.

No caso do exemplo que tratamos, imaginemos que A, já decidido a deixar seu filho à míngua e sem o remédio necessário, tenha desligado seu reló-

¹¹ Apenas à guisa de ilustração, colaciona-se: “Segundo a exposição de motivos do CP de 1940, endossada por Hungria, adotou-se quanto à embriaguez a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual não deixa de ser imputável quem se pôs em situação de inconsciência ou incapacidade de autocontrole, dolosa ou culposamente (em relação ao fato que constitui o delito), e nessa situação comete o crime.” MIRABETTE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal – Parte geral*. São Paulo: Editora Atlas, 1980. p. 219.

¹² “La cuestión de si el autor es o no inculpable se refiere al momento del hecho (§ 20: ‘em la comisión del hecho’). Una excepción en este punto que, aunque no reglada legalmente, es reconocida por el Derecho consuetudinario, viene a ser la *actio libera in causa*. Bajo la misma se comprende aquele comportamiento cuya realización se decide em una situación en la que se posee capacidade de culpabilidad...” JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte general*. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 478.

¹³ O problema da prática de crime em estado de embriaguez não preordenada é resolvida no ordenamento jurídico português com a figura do artigo 295, Código Penal, assim redigido: “1 – Quem, pelo menos por negligência, se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – A pena não pode ser superior à prevista para o facto ilícito típico praticado.”

¹⁴ Nota acima.

gio despertador e tenha deixado de tomar as demais providências que regularmente tomava a acordar na hora apropriada para a administração do remédio. Então, aos defensores dessa teoria, a prática penalmente relevante se dera em momento anterior à própria administração do medicamento, o que justificaria a aplicação de punição. Não fosse isso bastante, reclamam analogia à circunstância de impossibilidade de **A** por haver, por exemplo, consumido o mesmo sonífero potente mencionado no exemplo do operador do trem, situação na qual há unanimidade a apontar a responsabilidade do embriagado.

A despeito de respeitar a inteligência do raciocínio, tenho não seja convincente. É que nos de *omissio libera in causa*, a impossibilidade de atendimento do dever decorre justo da ação do agente ativo. Vale dizer, o responsável pelo facere se acha impedido de cumprir com a obrigação que a lei lhe determina justo por conta de sua própria atuação anterior e impossibilitadora. Tudo muda muito de figura se as razões da impossibilidade vão acrescidas de circunstância externa, alheia à vontade do agente, de modo que mesmo tenha o agente suprimido intencionalmente sua capacidade de atender o dever reclamado pela norma, ainda assim não seria capaz de se comportar de acordo com o devido.

Ao que parece, o recurso à teoria da *omissio libera in causa* de algum modo se orienta por desvalor que se vê apenas a partir do desejo do agente ativo de não cumprir com sua obrigação, o que resultaria na morte proibida. Todavia, de modo a escapar do óbice gerado pelo impedimento de se comportar conforme a norma decorrente da ação externa, comportamento de **B**, lança-se mão do recurso do “recuo” da aferição do comportamento. Todavia, o problema a tratar é verdadeiramente outro.

Falo da circunstância de que o nexos causal dos acontecidos, sejam comissivos ou omissivos, há de ser aferido no momento exato da abstenção ou da ação, normativo para o primeiro e causal para o segundo, mesmo que eventualmente se recorra à teoria da *actio libera in causa* para explicar a voluntariedade racional ligada ao fato típico nos casos de incapacidade autoinduzida. Caso assim não seja, haverá de se reclamar punição para o operador do cruzamento dos trens que se embriagou para não cumprir as suas obrigações ainda que comprovado o entrave do mecanismo de redirecionamento dos vagões por circunstâncias alheias à sua vontade. Ou seja, haveria de se converter a *omissio libera in causa* em caminho para a responsabilização do que se colocou incapacitado previamente ainda que o comportar-se de acordo com a norma lhe fosse impossível mesmo não tivesse incapacitado. Então, tal resposta ao problema parece de todo inadmissível.

Feitas todas essas ponderações, parece certo afirmar que não há modo de se construir vínculo de responsabilidade pela morte da vítima que venha a alcançar **A**, mesmo que tenha desejado o resultado e praticado omissão voluntária.

ria de comportamento que lhe era determinado, porquanto, repito, o comportamento de acordo com a norma não lhe era fisicamente possível.

3 Da responsabilidade de B

De modo a examinar a responsabilidade de **B**, a primeira pergunta a responder é a ver se os comportamentos praticados pelo agente ativo em questão – dirigir-se até a porta do quarto de **A** e trancá-la – se amoldam à forma comissiva ou à forma omissiva da prática de conduta que venha a importar para o direito penal.

É de se ver, num primeiro termo, que a construção dos conceitos de “fazer” e “não fazer” são relativamente simples no contexto do direito. Com efeito, os fazeres são as condutas de intervenção e de dispêndio de energia a que algo venha a acontecer, sendo que os não fazeres se caracterizam por retenção de energia de modo a não alterar o rumo de determinados acontecidos.¹⁵

Acontece, contudo, que não raramente os “fazeres” se convertem na prática de crimes omissivos e os “não fazeres” traduzem a prática de crimes comissivos. No que concerne à derradeira hipótese, basta se veja tudo o que foi escrito no capítulo acima, ocasião em que se apontou para a possível prática de crime de homicídio, tradicionalmente comissivo, por meio de omissão. Conforme mencionado, os “não fazeres” servem aos crimes comissivos nos casos preestabelecidos das posições de garante.

Por outra parte, a doutrina identifica pelo menos três hipóteses nas quais a prática de condutas positivas podem ser relevantes para a prática de omissões. A uma, fala-se da instigação realizada por determinado sujeito, conduta evidentemente ativa, a que outrem venha a se omitir de conduta devida. É o caso do sujeito que instiga outro a, por exemplo, não prestar socorro a determinada pessoa que se acha em risco. A segunda hipótese para tratar é o caso do sujeito que opera ativamente para interromper conduta sua anteriormente iniciada e que consistia no cumprimento de determinado dever jurídico. Digamos, à guisa de exemplo, que determinado médico tenha postado carta para informar o diagnóstico de doença cuja notificação é obrigatória.¹⁶ Contudo, após entregar a carta, arrependido, trata de abordar o carteiro um tanto mais adiante para que este lhe devolva o envelope. É certo que tal conduta, a despeito de consistir inequívoco *facere*, se traduz em elemento do tipo omissivo em questão. O ter-

¹⁵ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Editora Vega, 2004. p. 169.

¹⁶ No caso brasileiro, a tipificação do crime em questão se encontra no artigo 269, Código Penal, e tem o *nomen juris* de “omissão de notificação de doença”. A redação do tipo é a seguinte: Art. 269 – Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

ceiro grupo é integrado por aquelas condutas dos sujeitos que interferem ativamente a que haja omissão de terceiro. É o caso do sujeito que em avistando a vítima se afogando, impede o salva-vidas de atirar-se ao mar para salvá-la, trancando-o, por exemplo, no interior da guarita.

Dessas possibilidades é evidente que a terceira é a mais assemelhada ao caso do “Quarto de Locke”. É que **B** agiu de modo a impedir houvesse a ação salvadora de **A**, consistente na administração do remédio. Na verdade, ao que me parece, a chave para a solução de casos como o presente, a ver se o fazer em questão há de ser enfrentado por conduta comissiva ou omissiva advém do estudo acima mencionado donexo causal por categoria do ilícito. Conforme sublinhei alhures, nos crimes comissivos a conduta desfecha um processo natural que redundana produção do resultado. Retorno, a tudo ilustrar, ao exemplo do homicídio por arma de fogo, no qual a morte é resultado direto do projétil que alcança a vítima.

Nos casos em questão, seja o do salva-vidas ou do “Quarto de Locke”, os fazeres de trancar o salvador na guarita ou trancafiar a porta do quarto do pai em nada interferem nalgum processo lógico-causal naturalístico relacionado à morte da vítima. Então, a produção do resultado somente pode ser ligada à conduta por meio de nexocausal normativo, depreendido de determinados deveres de agir que advém da lei, característica a nos remeter para a inserção de tais condutas nalgum tipo omissivo.

Antes de prosseguir, porém, há de se realizar dois destaques. O primeiro vai ao sentido de que fronteira entre condutas comissivas e omissivas não é possível de ser desenhada com precisão matemática, havendo de se atentar para o caso a caso de modo a que se possa caracterizá-la definitivamente.

Ao depois, é certo que existem muitos casos nos quais a interferência na ação de terceiro direcionada a salvar poderá vir a constituir também um fazer e importará reconhecimento de crime comissivo. A tudo exemplificar, trago a situação de determinada vítima que estava a se afogar e recebeu uma boia arremessada por um determinado salvador. Se o agente ativo do delito, após o arremesso da boia e a vítima estiver a nadar em sua direção, trata de arrancá-la d’água e, assim, impede seja alcançada pelo afogado, se está diante, evidentemente, de crime comissivo. É que nesse caso particular, a intervenção do agente ativo – retirar a boia – serve por intervenção em processo causal já iniciado para o salvamento. Ou seja, há ofensa direta ao bem jurídico tutelado dado que se suprime possibilidade de salvamento que já se realizava.

Muito bem. Estabelecido que os “fazeres” de **B** não contribuiriam naturalisticamente para o resultado morte e tampouco interromperiam ação salvadora que já alcançara a esfera da vítima conclui-se que sua conduta somente pode se ajustar a alguma forma de omissão. Resta examinar, então, se há forma de crime omissivo que possa ter aplicação ao caso.

O primeiro reflexo do intérprete é buscar encontrar forma de garante a vincular **B** ao resultado morte, de modo a que se lhe possa imputar crime de homicídio doloso por omissão, infração tradicionalmente comissiva, mas que por força do determinado no artigo 13, § 2º, Código Penal,¹⁷ faz com que algumas formas de omissão possam ser relevantes. Para o “Quarto de Locke”, de logo se exclui a possibilidade de garante do item “a”, dado que **B** não tinha qualquer sorte de obrigação legal de vigilância, cuidado ou proteção com relação à vítima. Também parece singelo concluir que não há assunção de responsabilidade de **B** a impedir o resultado, o que torna certa a exclusão da hipótese de relevância da omissão da alínea “b”.

Tudo há de ser examinado mais detidamente ao se estudar a possibilidade da alínea “c”, a saber da responsabilidade por omissão em função de comportamento anterior. Diga-se, por primeiro, que em situação diferente daquela que examinamos, na qual o pai houvesse de fato levantado e buscado administrar o remédio ao filho, mas que houvesse restado impedido de sair de seu quarto porque a porta fora trancafiada, há inequívoca responsabilidade de **B**. É que sua conduta gerou um risco para o bem jurídico, advindo de o pai não haver conseguido dar o remédio à vítima, risco, aliás, que se realizou com a consumação do resultado morte.

Todavia, no caso do “Quarto de Locke” tudo há de ser visto de modo diferente. É que como **A** estava decidido a não atender a vítima e de fato não se levantou para administrar o remédio, **B** não gerou risco algum. Ou seja, o bem jurídico tutelado, vida do doente, não se submeteu a nenhuma sorte de acréscimo de risco por força da conduta de **B**.

Convém recordar que o risco a aferir a partir da omissão há de ser balizado por critério de realidade. Ou seja, nada servem os argumentos de que o pai poderia eventualmente mudar de ideia e se levantar durante à noite. O fato é, insisto, que o pai não se levantou e, portanto, a conduta de **B** não gerou qualquer sorte de risco ou mesmo de piora na situação do bem jurídico tutelado.

A esse respeito, impõe-se destacar a opinião da corrente funcionalista a sustentar que somente há imputação possível nos casos em que gerado perigo ao bem jurídico a partir da conduta criminal verificada, mesmo que a parcela

¹⁷ Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

subjetiva do comportamento se apresente de modo completo.¹⁸ Ademais, há de se aferir a realização do perigo no resultado concreto alcançado.

Ademais, ainda que se adira às críticas endereçadas às teorias funcionalistas, há de se recordar que no caso do “Quarto de Locke”, a causalidade é necessariamente normativa, mesmo se faça aproximação lançando mão unicamente dos instrumentos vazados na teoria finalista da ação. É que mesmo sob tal perspectiva, em que a causalidade dos fatos comissivos vai aferida por crivo naturalista e os dilemas de imputação são resolvidos por recurso à formatação do dolo, nos casos das omissões há recurso à normatização para a construção do vínculo de responsabilidade.

Ou seja, mesmo que se despreze o pensamento da teoria funcionalista, nos casos das omissões sempre se teve de manejar com aspectos normativos para a construção do nexu causal. Falo da circunstância de que em se estando diante de suposta omissão, haveria de se indagar dos conceitos normativos e não apenas da natureza a saber se determinado comportamento é relevante do ponto de vista penal para a produção do resultado.

Feitas essas observações, conclui-se preliminarmente que não há imputação possível do resultado de homicídio doloso a **B** por meio da utilização da posição de garante. É que, como visto, o fato praticado não se insere em qualquer das balizas normativas que tornam o comportamento relevante por gerador de risco de modo que a omissão posterior possa ser apontada por causa do resultado proibido.

Em sendo tudo assim, resta imputar a **B** eventual crime omissivo relacionado ao não atendimento de dever geral de prestação de auxílio. Considerando o ordenamento jurídico brasileiro, falo de possível imputação que se lhe faça do artigo 135, Código Penal,¹⁹ por ter tido conhecimento de que a vítima se encontrava em apuros e por não haver lhe prestado auxílio, mesmo que não tivesse qualquer sorte de relação com a geração do risco experimentado.

Essa solução não raramente é apresentada pelos que se veem confrontados com a solução desconfortável que a aplicação direta do sistema penal gera para o caso do “Quarto de Locke” – nem **A** nem **B** serão responsabilizados diretamente pela morte do doente.

¹⁸ “Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por um riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado em resultado concreto.” ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Madrid: Editora Civitas, 1997. p 363.

¹⁹ Art. 135 – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único – A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Todavia, a solução assim vazada traz também sua dose de desconforto. Num primeiro momento, porque desconsidera integralmente as condutas de **A** e de **B** para o efeito de criminalização. Ou seja, as condutas de se omitir diretamente praticada por **A** ou de trancafiar a porta praticada por **B** são relegadas a indiferentes penais na solução preconizada.

Depois, porque a solução, bem ou mal, não acarreta responsabilidade direta pela morte da vítima, mas se arrima em mero reclamo de responsabilidade por ausência de auxílio possível. Então, a pena a ser aplicada se mostra ínfima para a reprovabilidade que o conjunto de comportamentos denota.

Considerando-se o resultado morte, vê-se que a pena a ser aplicada a **B** por força do fato praticado oscilaria entre mínima de dois meses e máxima de um ano no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Então, está-se diante de hipótese em que lhe seria aplicável medida despenalizadora de transação penal²⁰ caso preenchesse os requisitos objetivos, livrando-se de tudo mesmo sem ser processado.

Por terceiro, há de se apontar que realizada pequena variante do exemplo estudado basta a evidenciar novamente o desconforto resultante da impunidade, excluindo a possibilidade de imputação do crime omissivo próprio a **B**.

Imagine-se que em vez de administrar determinado medicamento, a vítima necessitasse ser submetida a um procedimento específico – fisioterapêutico, v.g. – para que permanecesse vivo e que demandasse alguma sorte de treinamento a ser aplicado. No contexto de fato do exemplo modificado, apenas **A** possuiria o conhecimento suficiente para a aplicação da técnica, sendo que **B** não se fazia capaz de administrá-la. Ademais, pode-se incrementar o exemplo dizendo que todos os três personagens do caso – **A**, **B** e a vítima – se encontravam em local distante e não havia possibilidade de que **B** buscasse qualquer sorte de socorro ao agonizante.

Estabelecida essa pequena modificação ao caso apresentado, torna-se à solução da qual se pretendia escapar, na qual há impunidade de todos os envolvidos pela morte da vítima. Este, então, o paradoxo.

²⁰ Art. 76, Lei 9099/95: Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. [...] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

4 Considerações finais

Não é nenhum exagero afirmar que a conclusão do estudo de caso que se apresenta gera enorme desconforto aos que o enfrentam. É que, bem ou mal, havia dois sujeitos que desejaram a morte da vítima e operaram no máximo de suas forças a que o resultado proibido sucedesse. Todavia, não receberão pena ou mesmo reprovação pelo que praticaram.

De fato, a genialidade do exemplo apresentado se estabelece justo em determinada particularidade de sua forma de construção. É que as condutas de **A** e de **B** constituem anulação simultânea dos riscos agregados à conduta de um e de outro. Ou seja, a omissão de **A** trata de anular o risco que eventualmente se faria gerar a partir da conduta de **B**, sendo que de sua vez, a conduta de **B** trata de anular o risco normativamente criado por força da omissão de **A**.

Depois de muito meditar acerca do exemplo trazido, tenho que a única forma de estabelecer responsabilidade de um e de outro ou mesmo de um ou de outro pela morte da vítima depende de reconstrução a abandonar o pensamento de Locke acerca da liberdade humana. Desnecessário dizer que tal circunstância transcende significativamente os limites do direito penal e invade o campo da filosofia moral.

Falo de eventual reconstrução da reprovabilidade dos comportamentos humanos que se vaza na circunstância de que somente pode ser categorizada por desviada a conduta que desatende o comando ético livremente, o que há de se entender por prática qualificada por intencionalidade e possibilidade de se comportar de acordo com a prescrição ética pertinente.

Em outras palavras, para além de abandonar modelo de compreensão da filosofia moral que se acha implantado na sociedade contemporânea definitivamente, cuida-se de reconstruir os mecanismos de responsabilidade de modo a reclamar reprovação para aquele que apenas teve a intenção do mal, mas que, de fato, não tinha possibilidade mesmo física de alcançar o comportamento de acordo com a norma ou que não gerou qualquer sorte de perigo ao bem jurídico tutelado. Ou seja, estar-se-á diante de um sistema de reprovação moral e jurídica balizado unicamente nas intenções. E esse é um preço que certamente não vale a pena pagar.

Referências

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Lisboa: Editora da Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 2005.

JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal* – Parte general. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas, SP: Editora Russel, 2003.

LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

MENDES, Paulo de Sousa. *Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco*. Contributo para uma crítica à moderna teoria da imputação objectiva em direito penal. Lisboa: Editora AAFDL, 2007.

MIR, José Cerezo. *Obras completas I, derecho penal* – Parte general. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETTE, Julio Fabrinni. *Manual de direito penal* – Parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Tomo I. Madrid: Editora Civitas, 1997.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Editora Vega, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Del Rey, 2002.