

Responsabilidade por Omissão

Sergio Cavalieri Filho

*Desembargador aposentado e ex- presidente do TJRJ.
Professor emérito da EMERJ. Procurador-Geral do
TCE/RJ. Professor de Responsabilidade Civil e Direito
do Consumidor.*

I. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1. Ninguém contesta, sequer desconhece, que a omissão, tal como a ação, integra a conduta humana e que esta, por sua vez, é o elemento nuclear do ato ilícito gerador da responsabilidade, em qualquer de suas espécies: penal, civil, administrativa e tributária.

2. O nosso Código Civil de 1916 (para não irmos muito longe nos antecedentes legislativos), no seu artigo 159 (cláusula geral da responsabilidade civil), já se referia expressamente à omissão: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. De acordo com milenar direito, que já vinha da Roma antiga, a omissão estava ali inserida como elemento da conduta humana. E como não poderia deixar de ser, o Código Civil de 2002, no seu artigo 186, repetiu a mesma regra.

3. Também no Direito Penal, a omissão sempre integrou a conduta punível. O nosso Código Penal de 1940, no seu artigo 11, dispunha: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. A regra foi repetida na cabeça do artigo 13 do Código Penal vigente.

4. Poucos são os autores, entretanto, na realidade pouquíssimos, que tratam da relevância jurídica da omissão, como se ela, no plano naturalístico, estivesse em condição de igualdade com a ação. Preferem começar

falando da culpa sem atentar ao fato de que esta, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa é uma característica da conduta e só adquire relevância jurídica quando a integra. É a conduta humana culpável, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.

5. Em seu aspecto naturalístico, vale ressaltar, a omissão, ao contrário da ação, é um não fazer, é o nada, e do nada nada provém. Como, então, considerar a omissão como causa de um resultado danoso? Quando será possível responsabilizar o omitente por esse dano?

6. A causalidade omissiva, como se vê, é um dos pontos cruciais e mais tormentosos da responsabilidade, pelo que merece mais atenção e cuidado da doutrina e da jurisprudência.

II. A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA OMISSÃO

7. A conduta humana, como já destacado, é o elemento nuclear da responsabilidade, e a ação ou a omissão constituem as formas básicas da conduta. Uma e outra, entretanto, têm estruturas inteiramente distintas. Com a ação, viola-se uma proibição (*non facere*) e, com a omissão, viola-se um comportamento ativo (*um facere*). O direito, como se costuma dizer, não se contenta em que haja abstenção da prática do mal; exige, não raro, que se realize o bem. A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer.

8. Muito oportuna a observação de ANTUNES VARELA: “*Que o facto gerador da responsabilidade seja, em regra, um **facto positivo** ou uma **acção** (e não uma omissão) resulta da circunstância de, fora do domínio contratual, as pessoas estarem as mais das vezes obrigadas, no foro do direito privado, a **abster-se** da prática de actos que possam lesar o seu semelhante e não a praticar **actos positivos** de cooperação com ele*”.¹

¹ Das obrigações em geral, Almedina. Coimbra, 8ª edição, 1994, vol. I p.535.

9. O problema, como já ressaltado, está em saber quando e como a omissão pode, em tese, servir de base à responsabilidade. Deveras, se no plano naturalístico a omissão é um não fazer, uma simples abstenção, um nada - e do nada nada provém -, em que medida, ou em que casos pode alguém ser responsabilizado com base na omissão? Como chegar a admitir um efeito positivo de uma causa negativa?

10. Essa questão agitou a doutrina por muito tempo, e, para resolvê-la, sucederam primeiramente as teorias que podem ser chamadas de naturalísticas, minuciosamente examinadas por PAULO JOSÉ DA COSTA JR em seus “Comentários ao Código Penal”. A teoria da *ação contemporânea* foi uma das primeiras a serem elaboradas:

“O homem, enquanto omite a ação comandada, executa algo de diverso. Este aliud actum, que se desenvolve contemporaneamente e paralelamente à omissão, constitui a causa do evento”. Seguiu-se a teoria da ação antecedente, segundo a qual, “através de um comportamento precedente positivo, o omitente assume o compromisso de impedir o evento, ou movimenta uma condição favorável a ele”. Outras teorias tentaram conferir valor causal à omissão : da interferência, das condições negativas da causalidade humana exclusiva etc.²

III. A TEORIA NORMATIVA

11. Falidas as teorias puramente naturalistas, surgiram concepções que foram acampar na zona da *normatividade* e acabaram por oferecer solução jurídica sólida para a questão da causalidade omissiva. Foram concebidas e desenvolvidas por nossos melhores juristas.

12. Na precisa lição de FREDERICO MARQUES,

“a omissão é uma abstração, um conceito de linhagem puramente normativa, sem base naturalística. Ela aparece, assim, no fluxo causal que liga a conduta ao evento, porque o imperativo jurídico determina um facere para

² ob. cit. Saraiva, 1986, Vol. I, p. 116 – 123.

evitar a ocorrência do resultado e interromper a cadeia de causalidade natural, e aquele que deveria praticar o ato exigido, pelos mandamentos da ordem jurídica, permanece inerte ou pratica ação diversa da que lhe era imposta”.³

13. Outro grande penalista, ANÍBAL BRUNO, de genialidade indiscutível, deixou-nos a seguinte pérola:

“A omissão admite um conceito que sustente a sua posição dentro da fórmula geral da ação em sentido amplo, gênero do qual é uma espécie. Como a ação em sentido estrito, ela é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omitente, que, embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade, que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado. Este é o elemento naturalista da omissão. Mas esse comportamento, que consiste em um não fazer, não revela espontaneamente o seu conteúdo. Este é o não cumprimento da ação devida, isto é, da ação que teremos de caracterizar, não como uma ação qualquer, mas como a ação determinada que, nas circunstâncias, era de esperar do agente. Assim, o elemento naturalista de voluntário comportamento negativo do agente se completa pelo elemento normativo da ação que era de esperar, da ação devida, o que importa, não no juízo de alguém, mas no contraste real e efetivo entre esse comportamento e uma norma; normativo em sentido muito geral, como vimos, não estritamente jurídico [...] A realidade desse dever jurídico de agir que o omitente ilude, e não o juízo de uma ação esperada, é que serve de núcleo à doutrina da omissão, oferecendo solução para seus problemas”.⁴

14. Por derradeiro, a primorosa conclusão de PAULO JOSÉ DA COSTA JR:

“Diante da peregrinação realizada nos campos das várias doutrinas, pode-se concluir que a teoria normativa é a mais apta a conceituar a omissão. Sem o filtro normativo, não será sequer possível verificar a conduta omissiva, no mundo exterior em que deita raízes [...] Quem empresta sopro vital à

³ Tratado de Direito Penal, 2ª ed. Saraiva, 1955, p. 49 – 50.

⁴ Direito Penal, Parte Geral, Forense, 2ª ed. 1959, Vol. I p. 297 – 298.

omissão, para que adquira valor causal, é a própria norma. Graças a ela, o não impedir é equiparado ao causar [...] Embora não possa a omissão ser responsabilizada pelo acontecimento de um fato, poderá permitir que a causa opere, não impedindo o evento, ou até facilitando a sua verificação. De feito, se o não impedir se diversifica do causar, o não impedir significa permitir que a causa opere, deixando-a livremente desenvolver-se, sem tentar paralisá-la”.⁵

15. Depois de longa maturação, a doutrina normativa assentou que a relevância jurídica da omissão tem por fundamento *o dever jurídico de impedir o resultado*. A responsabilidade do omitente surge não porque tenha causado o resultado, *mas porque não o evitou quando podia e devia agir*. Só ocorre quando, já estando em curso o processo causal que conduziu ao evento (dano final), o omitente deixa de interrompê-lo quando tinha esse dever jurídico (podia e devia agir para impedir o resultado). “*O omitente coopera na realização do evento através de uma condição negativa: ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize*” (Paulo José da Costa JR. ob. cit. pg. 128).

16. O dever jurídico de agir tem por fonte a lei, a condição do garante (negocial ou não) e, ainda, a conduta anterior do próprio omitente criando uma situação de perigo.

17. Devemos aos penalistas a maior contribuição para a solução do problema da causalidade na omissão, tal como fizeram com o nexo causal e com a própria culpa. Os civilistas, como já ressaltado, não se dedicaram a essas questões. ANTUNES VARELA, em nosso entender, foi dos poucos a dar atenção ao tema:

“A omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano”.⁶

⁵ Paulo José da Costa JR. ob. cit. pg. 128.

⁶ ob. cit. p. 535.

IV. A DISCIPLINA DA OMISSÃO NO DIREITO POSITIVO

18. A disciplina legal da omissão só ocorreu recentemente, primeiramente no artigo 486 do Código Civil Português de 1966, que tem a seguinte redação: *“As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”*.

19. No Brasil, o Código Civil de 1916 não tratou da relevância jurídica da omissão, tampouco o Código Penal de 1940. Somente em 1984, com a reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209 de 11/07/1984), a omissão foi disciplinada no § 2º do seu artigo 13 que, ao incorporar os princípios da teoria normativa, dispõe: *“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; com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

20. Esse dispositivo, como se vê, estabeleceu os pressupostos de fato de que deflui o dever jurídico de agir, dever esse que pode decorrer primeiramente da lei, quando esta impõe a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. É o caso das disposições relativas ao direito de família, como, por exemplo, o dever de guarda e manutenção dos filhos. A violação de dever jurídico de agir decorrente da lei gera o que a doutrina tem chamado de *omissão genérica*.

21. A segunda situação de que pode advir o dever de agir para impedir o resultado surge da posição de *garantidor*: *“de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”*. O dever do garantidor vai além do contrato ou do negócio jurídico, para o qual são indiferentes as limitações que possam surgir da relação contratual, inclusive a validade jurídica desta. É indispensável e suficiente que o agente tenha assumido a posição de fato de garantidor, mesmo que a isto não obrigue o contrato. Bastará qualquer situação de fato que coloca o omitente em estreita relação com o bem ju-

rídico tutelado (pessoa ou coisa) de modo a considerar-se garante da não ocorrência do resultado. Encontra-se na posição de garante não só o salva-vidas, o guia turístico, ou o médico que tem contrato com seu paciente, mas também aquele que está de plantão em um hospital. O médico que começa a socorrer um paciente não pode abandoná-lo sem ministrar-lhe os indispensáveis cuidados; a enfermeira, mesmo depois de ter cumprido o seu horário de trabalho, deverá permanecer no serviço até a chegada da sua substituta (são exemplos bem lembrados por Paulo José da Costa Jr). A violação do dever jurídico de agir que decorre da posição de garantidor gera a chamada *omissão específica*.

22. A terceira situação de que pode advir o dever de agir é consequência da atividade anterior do omitente causadora do perigo. *Quem cria perigo tem obrigação ou dever jurídico de impedir que este se converta em dano*. Se um fumante atira a ponta do cigarro em lugar impróprio e ali tem início um pequeno incêndio, não pode se omitir em apagar o fogo. O mesmo se diga de alguém que convida outras pessoas para um passeio em lugar perigoso, na floresta da Tijuca por exemplo, e uma delas lá se perde. Aquele que tomou a iniciativa do passeio não pode se omitir em prestar o socorro ao extraviado. A hipótese não é igual à do guia montanhês que tem contrato com as pessoas que conduz.

V. A CLÁUSULA GERAL DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

23. Resulta do exposto que o § 2º do artigo 13 do Código Penal é a cláusula geral da responsabilidade por omissão. A disciplina jurídica nela estabelecida não é exclusiva para a responsabilidade penal, pois, por ser norma que consagra princípio geral de direito, aplica-se também à responsabilidade civil ou a qualquer outra espécie de responsabilidade. E assim é, relembre-se, porque a omissão, tal como a ação, integra a conduta, e esta é o elemento nuclear do ato ilícito.

24. Essa é também a razão de não haver diferença substancial entre o ilícito penal e o civil. Ambos importam violação de dever jurídico pre-existente. Haverá ilícito penal se o agente infringe dever jurídico estabe-

lecido em norma penal, de Direito Público; haverá ilícito civil se o dever jurídico violado estiver previsto em norma de Direito Privado.

25. CAIO MÁRIO nos legou lição precisa sobre o tema desde a primeira edição de sua consagrada obra:

*‘Nesta análise cabe toda espécie de ilícito, seja civil, seja criminal. Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente, e a imputação do resultado à consciência do agente. Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento deste, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato. Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de reestruturação do equilíbrio rompido’*⁷.

26. Assim, no caso de omissão, esta terá relevância penal se o *dever de agir* estiver estabelecido em norma penal, *v.g.*, crime de omissão de socorro; se o *dever de agir* estiver previsto em norma civil, haverá relevância jurídica da omissão geradora da responsabilidade civil. E mais, uma mesma conduta omissiva pode incidir, ao mesmo tempo, em violação civil e penal, caracterizando dupla ilicitude, dependendo de sua gravidade.

VI. CONCLUSÃO

27. Estas, nos parecem, são considerações indispensáveis para o enfrentamento da responsabilidade por omissão em face da desconsideração que o tema tem merecido da doutrina civilista. Não por outra razão, grandes são as divergências e dificuldades enfrentadas pela doutrina e jurisprudência para darem resposta a graves problemas decorrentes da omissão em sede da responsabilidade civil do Estado e outras áreas. Persiste, por exemplo, a controvérsia sobre a responsabilidade civil do Estado por

⁷ Instituições de Direito Civil, Forense, 1ª ed., 1961, Vol. I, p. 456-457.

omissão, se objetiva ou subjetiva, por não se fazer distinção entre omissão genérica e específica.

28. No campo da responsabilidade civil nas relações de consumo, a omissão passou a ter um papel extremamente relevante em face do *dever de informar*, que o Código do Consumidor impõe aos fornecedores de produtos e serviços.

29. Com efeito, entre os direitos básicos do consumidor, o direito à informação é dos mais importantes. O Código de Defesa do Consumidor refere-se a esse direito em vários dispositivos, mas de maneira específica no inciso III do seu art. 6º: “*informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam*”. A toda evidência, ao direito à informação do consumidor se contrapõe o dever de informar do fornecedor, dever esse que tem graus, vai desde o dever de esclarecer, passa pelo dever de aconselhar, podendo chegar ao dever de advertir, dependendo do grau de gravidade dos riscos dos produtos e serviços.

30. É o que se extrai do próprio texto legal. No inciso III do art. 6º, o Código fala em *informação adequada e clara*; no art. 8º, fala em *informações necessárias e adequadas*; no art. 9º, fala em *informação ostensiva e adequada* quando se tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde ou à segurança.

31. A informação tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes. Essa escolha consciente propicia ao consumidor diminuir os seus riscos e alcançar suas legítimas expectativas. Mas só há vontade válida quando o consumidor é bem informado e pode manifestar a sua vontade de maneira refletida. Daí a relevância do chamado *consentimento informado*.

32. A omissão quanto à informação adequada pode levar o fornecedor a responder pelo chamado risco inerente, assim entendido o risco intrinsecamente atado à própria natureza do produto ou serviço, e ao seu

modo de prestação, como, por exemplo, o risco de produtos tóxicos, de uma cirurgia médica etc.

33. Embora o fornecedor, em princípio, não responda pelos riscos inerentes, porque não caracterizam defeito de concepção nem de fabricação, ele pode, entretanto, responder pelo defeito de informação - omissão quanto à informação adequada sobre esses riscos -, consoante arts. 12 e 14 do CDC, parte final: “*informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*”. O consentimento informado, *v.g.*, no caso de uma cirurgia médica de alto risco, é essencial, o que não se obterá se houver omissão quanto à informação adequada.

34. Por último, a disciplina jurídica da omissão não está acabada em face da atual problemática dos danos difusos e coletivos. O Estado pode ser responsabilizado por omissão pela poluição ambiental por falta de saneamento básico? Como estabelecer a relação causal no caso de poluição ambiental pela omissão de múltiplos poluidores?

35. Estas e outras situações estão a desafiar a criatividade dos novos juristas e a demonstrar a necessidade de uma mitigação da causalidade por omissão, de modo a abranger também o dano indireto.

36. Embora a doutrina tradicional só tenha dado aplicação restrita à omissão como causa, admitindo-a somente nos casos de relação direta e imediata entre a omissão e o dano, a mais atual jurisprudência, a começar pela do Supremo Tribunal Federal, tende a admiti-la no caso de dano indireto. No julgamento do RE 409.203, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, a Suprema Corte responsabilizou o Estado por omissão pelo estupro praticado por apenado foragido. Entendeu que “*se a Lei de Execução Penal houvesse sido aplicada com um mínimo de rigor, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir pena nas mesmas condições que originalmente lhe foram impostas e, por conseguinte, não teria a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o delito em horário no qual deveria estar recolhido ao presídio*”.

37. Em face da dificuldade probatória de se estabelecer o liame causal entre o fato imputado ao agente e o dano final, parte da doutrina já enquadra a responsabilidade pela *perda de uma chance* como uma mitigação teórica do nexo causal, principalmente quando se trata de conduta omissiva; já estando em curso o processo causal que conduziu ao evento, o omissente deixa de interrompê-lo quando tinha esse dever jurídico. A omissão médica, por exemplo, ou falta de tratamento tempestivo são típicos casos de perda de uma chance de cura ou de sobrevida.

38. Sustentam os defensores desse entendimento ser essa a maneira mais eficiente para resolver toda a perplexidade que a apuração do nexo causal por omissão pode suscitar. “*A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua omissão pode ter contribuído, mas pela chance de que ela privou o paciente (...); a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida*”⁸❖

⁸ Resp 1254141, Relatora Ministra Nancy Andrigli.