

Fake news e a responsabilidade na omissão

16/05/2024

A omissão sempre despertou enorme dificuldade de equacionamento na dogmática penal. Uma das questões candentes diz respeito à responsabilidade dos omitentes em face da regra contida no artigo 13 do Código Penal, que inclui a omissão entre as condições do resultado.

Em virtude da contradição entre a omissão, como um nada, e a causalidade, como um dado empírico positivo, Heleno Fragoso havia, percucientemente, salientado a necessidade de uma correção da regra do código, porque, como dizia ele, do nada nada poderia ser produzido.

Indagação necessária

A questão, porém, é que a regra do código continua em vigência e, por isso mesmo, será importante buscar uma interpretação que a possa contemplar sem contradições. Nesse sentido, há dois caminhos: um, decorrente de uma interpretação da própria causalidade; outro, da adoção da teoria do risco. Mesmo em uma interpretação da causalidade não se deve partir do conceito de omissão, mas sim da ação mandada.

A omissão não existe por si mesma, está sempre associada a uma determinação, ou seja, trata-se de omissão de ação e não de omissão de omissão, o que soaria um absurdo. Há, assim, por trás da omissão, uma norma determinativa de ação, cuja realização no mundo fenomênico é esperada tanto pelo Direito quanto por aqueles que serão por ela afetados. Assim, pela teoria da causalidade, com base na regra do código, a indagação que se deve fazer é se a ação esperada poderia ter evitado o resultado, ou seja, a causalidade estaria afirmada uma vez que, realizada a ação esperada, também estaria eliminado o resultado.

Por exemplo, o pai deve alimentar o filho; o filho morre de inanição; se o pai o tivesse alimentado, o filho não teria morrido; portanto, a omissão do pai é causa de sua morte. O raciocínio não deve girar, assim, em torno da eliminação da omissão, porque a omissão é um nada, e um nada não pode ser eliminado, simplesmente não existe na realidade fenomênica, mas a ação esperada pode ser eliminada e, por um critério de probabilidade, poderá conduzir à afirmação de que, se fosse realizada, não se produziria o resultado. Esse é o caminho da causalidade.

Teoria do aumento do risco

Spacca





Depois, porém, quando, por influência de Roxin, se passou a delimitar a causalidade pela teoria do aumento do risco, seguiu-se outro caminho. A teoria do aumento do risco não substitui a teoria da causalidade, como se tem afirmado afoitamente; é uma teoria normativa de limitação da causalidade, uma teoria da imputação. Dessa forma, ainda que afirmada a causalidade, se a conduta do sujeito não aumentou o risco da produção do resultado, não haverá imputação.

A imputação de responsabilidade na omissão pode ser feita, portanto, ou com base exclusivamente na causalidade, como se fazia na teoria causal-naturalista da ação e em outras, ou, além disso, mediante um aporte da teoria do risco, de modo a verificar se, efetivamente, a conduta do agente provocou ou aumentou o risco da lesão do bem jurídico.

Uma vez acolhida a teoria do risco, deixa-se de lado a correção da causalidade pela variação de seu conceito, e sua limitação passa a ser composta por um critério normativo. Tomando em consideração a teoria do risco, pode-se interpretar o artigo 13 do Código Penal da seguinte maneira: a omissão será imputada ao sujeito como causa do resultado quando a prática da ação mandada, mas que não foi realizada, tivesse diminuído o risco da produção do resultado.

Postos em destaque esses pressupostos causais da omissão, será possível também trabalhar as consequências da não realização da ação mandada. Nesse ponto, será relevante verificar a efetiva relação entre o omitente e o titular do bem jurídico. Conforme essa relação, haverá, de um lado, um dever geral de assistência e, de outro, um dever de garantidor.

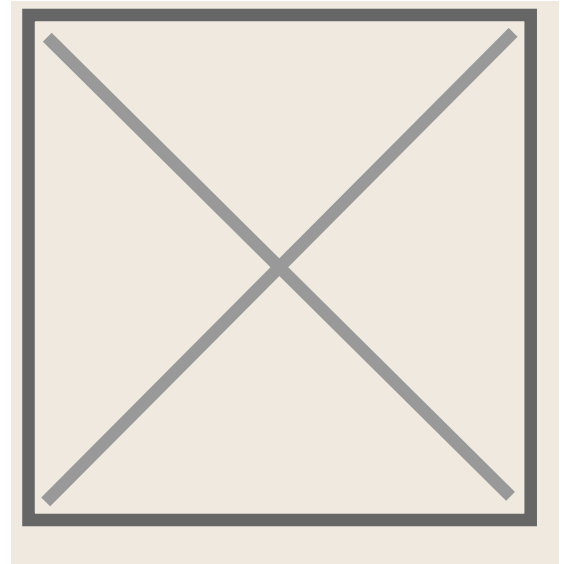
O dever geral de assistência não pressupõe uma relação especial do omitente quanto à proteção de bem jurídico; o dever de garantidor, que é um dever específico que vincula o omitente diretamente à proteção do bem jurídico, pode resultar da lei, do contrato ou assunção fática de proteção ou da ingerência (artigo 13, § 2º, do Código Penal).

Divulgação de fake news

Pode-se incluir também na ingerência a responsabilidade pelas fontes produtoras do perigo. Não pretendo desenvolver aqui uma teoria completa da omissão, apenas ressaltar alguns de seus elementos essenciais para formular uma reflexão sobre fatos de interesse geral.

Em virtude de fatos ocorridos recentemente, relacionados à divulgação das chamadas fake news, com repercussão na vida e na integridade das pessoas, a questão da responsabilidade implicou a formulação de algumas questões relevantes.

A questão principal diz respeito a se é possível imputar-se um delito omissivo a alguém em virtude da prática de um ato comissivo e não propriamente omissivo. Há muito a doutrina tem trabalhado esses casos. Por exemplo, alguém impede que uma pessoa promova o salvamento de outrem que está em grave e iminente perigo, mediante uma atuação direta sobre a pessoa que está disposta a efetuar o salvamento, ou pela destruição do material disponível para esse salvamento ou mesmo com uso de força física ou ameaça. Nesse caso, a doutrina fala de omissão por comissão, o que suscita a indagação se se trata mesmo de um delito omissivo ou de um delito comissivo.



Critério da energia e a questão da probabilidade

A decisão acerca da natureza do delito pode ser feita segundo diversos critérios, que são relevantes na diferenciação entre delitos omissivos e comissivos. O critério mais usual é o da energia: haverá comissão desde que a conduta implique um dispêndio de energia. Por este critério, impedir o salvamento pressupõe um dispêndio de energia por parte do agente e, assim, haveria uma comissão e não uma simples omissão. A omissão, porém, é uma entidade normativa e não um dado empírico positivo.

Assim, tendo em conta essa qualidade da omissão, para se obter uma diferenciação mais apurada, pode-se, por exemplo, adotar aqui o critério da natureza da norma criminalizadora: se é uma norma proibitiva ou mandamental. Os crimes omissivos próprios estão associados a normas puramente mandamentais; os crimes omissivos impróprios decorrem da violação de uma norma proibitiva.

Vamos partir do dado mais simples: alguém está se afogando porque caiu da barca Rio-Niterói; um passageiro vai jogar-lhe a boia, mas é impedido por outro passageiro, que é inimigo da vítima; a vítima morre. Haverá apenas omissão de socorro cometida por comissão, ou um delito de homicídio? São quase que intermináveis as indagações, mas poderemos proceder a uma reflexão com base na norma criminalizadora.

A norma criminalizadora da omissão de socorro tem como referência a não prestação de auxílio: se o sujeito não joga a boia de salvamento comete omissão de socorro; se o sujeito impede o salvamento, não só deixa de prestar auxílio, mas, ademais disso, interfere no processo causal e aumenta o risco da produção da morte; neste último caso, responderá por omissão de socorro ou por homicídio?

Está claro que a norma que disciplina a omissão de socorro tem apenas como referência a conduta omissiva de não prestar auxílio, quando podia fazê-lo, a alguém que se encontre em grave e iminente perigo; ela não disciplina a conduta daquele que impede o salvamento.

À primeira vista, portanto, parece que aquele que impede o salvamento poderá responder por homicídio, porque interfere na própria causalidade. Ocorre, porém, que a afirmação do homicídio necessita de uma prévia correção: verificar até que ponto a interferência sobre o salvamento produziu a morte. Procedamos, inclusive, ao raciocínio da eliminação hipotética: se não tivesse havido a interferência sobre o ato de salvamento, o resultado não teria ocorrido? A

resposta jamais poderá ser de absoluta certeza, mas sim de probabilidade. Se em alto grau de probabilidade, o resultado não teria ocorrido, terá havido causalidade por ato comissivo.

Teoria do risco e divulgação de fake news

Façamos agora uma análise sob a teoria do risco: a interferência no processo causal, de modo a impedir mesmo o salvamento, provocou um aumento do risco da ocorrência da morte? Se a resposta for positiva, pode-se dizer que houve imputação do resultado morte por comissão; caso contrário, não. Agora, vamos aplicar essas considerações sobre a divulgação de fake news.

Divulgar mentira não constitui por si mesmo delito, salvo se essa mentira estiver vinculada a algum ato que possa desencadear uma lesão de bem jurídico. Alguém, pode dizer, por exemplo, em uma festa para querer se autoqualificar, que é médico, mas se essa afirmação não estiver associada ao exercício da medicina ou a qualquer ato que exige a qualificação de médico, constitui uma simples bravata.

Contudo, se, não sendo médico, apresentar-se como tal em um consultório ou hospital para tratar pacientes, tal mentira é relevante porque integrará o delito de falsa identidade e poderá evoluir para o exercício ilegal da medicina, se vier de fato a exercê-la.

Vejamos os casos revelados na mídia: alguém divulga, falsamente, a notícia de que, sob um estado de calamidade pública, como ocorre no estado do Rio Grande do Sul, as ajudas humanitárias estão sendo impedidas de chegar ao seu destino; ou que a eletricidade fora religada em uma zona totalmente alagada, impedindo com isso, sob risco de vida, que barcos pudessem circular para efetuar buscas e salvamentos prementes, de pessoas em grave e iminente perigo. Em virtude dessas notícias, as ajudas humanitárias não chegam.

Em face da falsa notícia sobre a eletricidade, as pessoas morrem por falta de salvamento. Em relação à deficiência das ajudas humanitárias não há como afirmar que, por sua falta, as pessoas tenham perecido, porque a distância entre os fatos impede um juízo de alta probabilidade acerca do resultado. Porém, no que toca ao salvamento imediato, a morte das pessoas pode configurar, sim, a produção do resultado por ação.

Imagine-se, por exemplo, que, em um prédio em chamas, encontra-se o filho de alguém, necessitando ser socorrido, e o pai dessa pessoa esteja ali com o corpo de bombeiros prestes a salvá-la; mas o salvamento é interrompido diante da falsa afirmação prestada por um vizinho, com eloquente manifestação afirmativa, de que o filho a ser salvo não estaria mais no prédio; uma vez não resgatado, o filho morre queimado.

Ninguém duvida de que o autor da notícia falsa interveio diretamente no processo causal e impediu o salvamento; cometeu, portanto, um ato comissivo e não simplesmente uma omissão.



Agora, responderá por homicídio ou omissão de socorro? Quando o autor da falsa notícia tomou conhecimento de que no prédio em chamas haveria alguém, deveria prestar-lhe socorro ou pedir a ajuda das autoridades; não o fazendo, cometeu o crime de omissão de socorro.

Portanto, quando ele dá a falsa informação de que a vítima não estava no prédio, já havia consumado o delito de omissão de socorro, mas ele vai além: prolonga a ausência de socorro com a mentira de que a vítima não estava no prédio, ou seja, ele prolonga no tempo o ato ilícito de não prestar socorro e, além disso, reforça a ilicitude com uma mentira; com isso, ele impede o salvamento; quando impede o salvamento, sua conduta não é mais meramente omissiva, mas comissiva; assim, propagando a mentira, aliada à omissão de socorro, aumentou o risco de que a vítima viesse a falecer e diminuiu as chances de que pudesse ter sido salva. Vê-se, então, que o processo causal entre a comissão e a morte está completo e respaldado pelo aumento do risco do resultado.

Mentiras, ingerência e a criação do risco

Há ponderações de que, como as fake news não são criminalizadas, sua prática não ensejaria consequências penais. Algumas condutas não são criminalizadas e nem mesmo ilícitas de antemão e nem por isso seus autores estarão isentos de responsabilidade pelas consequências. Por exemplo, colocar vasos de plantas nas janelas não constitui delito nem ato ilícito; há um monte de gente que tem vasos nas janelas e não sofre qualquer persecução penal, mas se esses vasos vierem a cair sobre um transeunte, causando-lhe a morte, é mais do que evidente que seu proprietário deve responder por essa consequência, que poderá ser caracterizada por um homicídio culposo.

É preciso dizer, ademais, que colocar vasos na janela sem a devida proteção constitui uma violação do risco autorizado, porque, segundo a experiência geral da vida, essa prática pode gerar danos em outrem diante de fatores externos.

No caso das fake news que impedem o salvamento, o fato em si mesmo, das notícias falsas, não é criminalizado, mas o autor deve responder pelas consequências. A questão que se coloca é se ele responderá por homicídio ou por omissão de socorro com resultado morte, caso os afetados venham a morrer pela falta de socorro.

Procedendo-se à análise a partir da natureza da norma que disciplina o fato, pode-se dizer, à primeira vista, que o autor das fake news realizou uma conduta comissiva, que produziu um retardo do socorro, o que poderia caracterizar uma ingerência: com sua conduta, criou o risco da produção do resultado.

123RF

Portanto, à primeira vista, o autor das fake news teria cometido homicídio, porque, ao haver criado o risco da produção do resultado, se tornou garantidor do bem jurídico. No entanto, para que haja ingerência, a melhor doutrina exige que o ato, a conduta de divulgar fake news, seja desde logo ilícito e, além disso, que o agente tenha domínio sobre as relações de perigo resultante dos fatos. Por sua vez, divulgar mentiras não constitui ato ilícito; dessa forma, não se poderia tratar os mentirosos como se fossem, desde logo, ingerentes do resultado e, assim, garantidores do bem jurídico.



Todavia, se não são garantidores do bem jurídico, são autores, por outro lado, da omissão de socorro com resultado morte (caso haja mesmo a morte), cometido por comissão, porque, com sua atuação, diminuíram as chances de que o resultado pudesse ser evitado. Poder-se-ia perguntar: como seria possível responderem por omissão de socorro, se não estavam no local? Em se tratando de ato comissivo, é irrelevante a localização do agente.

Uma pessoa no Japão pode, por exemplo, induzir um homicídio no Brasil. Assim, podem impedir o salvamento de outrem, mesmo não estando no local do perigo. Se, porém, estiverem no local, serão autores de homicídio, quando, ao ampliarem sua conduta, impedirem diretamente a prestação de socorro, por exemplo, sabotando os barcos ou materiais de salvamento.

Também serão autores de homicídio se estiveram naquela condição do exemplo do sujeito que, mentindo, impede o salvamento da pessoa que se encontrava no prédio em chamas. Por quê? Porque, como estava ele nas condições de prestar socorro, portanto, diante do perigo, não o fazendo cometerá, por omissão, um ato ilícito, ao contrariar uma norma mandamental; ilícito esse que se prolonga no tempo, à medida que o socorro não é prestado.

Assim, se os autores das fake news estiverem diante do perigo e nas condições de prestar socorro diretamente ou mediante apelo às autoridades, e não o fizerem, contrariam uma norma mandamental e cometem, por omissão, o crime de omissão de socorro; ademais, ao divulgarem a mentira, reforçam o ato ilícito da omissão de socorro e, com isso, aumentam o risco da produção do resultado; portanto, podem responder por homicídio. Neste último caso, porém, é preciso verificar até que ponto o autor da notícia falsa teria as relações de perigo sob seu domínio.

Para que as tivesse sob seu domínio deveria ou ser portador de um conhecimento especial sobre os fatos, ou propalar a mentira de tal ordem que não pudesse ser imediatamente conferida. Se a mentira é consistente e, pelas circunstâncias do evento, não puder ser desde logo afastada, pode-se dizer que seu autor domina as relações de perigo, porque as manipula de conformidade com seu interesse. A questão atinente ao dolo e à culpa é matéria que deve ser discutida em outro patamar. Não vem ao caso a referência à liberdade de expressão, porque aqui se trata de responsabilidade por atuação de alguém que criou o risco da produção do resultado ou diminui as chances de que pudesse ser evitado.