

**FELIPE LONGOBARDI CAMPANA**

**A TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS: UM ESTUDO SOBRE O DESVALOR DA  
CONDUTA NA OMISSÃO**

**Dissertação de Mestrado**

**Orientador: Professor Dr. Pierpaolo Cruz Bottini**

**Universidade de São Paulo**

**Faculdade de Direito**

**São Paulo**

**2022**

**FELIPE LONGOBARDI CAMPANA**

**A TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS: UM ESTUDO SOBRE O DESVALOR DA  
CONDUTA NA OMISSÃO**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação  
*strictu sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo como requisito parcial para a obtenção do  
título de mestre em Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini.

**Universidade de São Paulo**

**Faculdade de Direito**

**São Paulo**

**2022**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Campana, Felipe Longobardi

A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão ; Felipe Longobardi Campana ; orientador Pierpaolo Cruz Bottini -- São Paulo, 2022.

196 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Crimes omissivos. 2. Responsabilidade penal por tentativa. 3. Desvalor da conduta. I. Bottini, Pierpaolo Cruz, orient. II. Título.

**FELIPE LONGOBARDI CAMPANA**

**A TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS: UM ESTUDO SOBRE O DESVALOR DA  
CONDUTA NA OMISSÃO**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação  
*strictu sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo como requisito parcial para a obtenção do  
título de mestre em Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini.

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**Banca examinadora**

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e minha irmã, pelo exemplo de honestidade, perseverança e dedicação; por toda ajuda, apoio e força transmitidas nos momentos de dúvida e angústia ao longo deste período e pela paciência e disposição para ouvir as longas explicações sobre esta pesquisa.

Ao Professor Pierpaolo Cruz Bottini, pela oportunidade de cursar o mestrado e realizar minhas primeiras atividades docentes, pelos ensinamentos ao longo deste período, pela atenciosa orientação e debates sobre a pesquisa, tornando possível a elaboração desta dissertação, e pela disponibilidade e generosidade em compartilhar conhecimentos jurídicos.

À Professora Heloisa Estellita, pelo apoio e incentivo fundamentais para que eu decidisse seguir a docência, pela atenção e ajuda em todas as etapas do processo do mestrado, com disponibilidade para ouvir, debater, ajudar e revisar o trabalho, além de colocar à minha disposição inesgotável bibliografia, e pelos ensinamentos sobre seriedade, rigor e competência na atividade de ensino e pesquisa acadêmica em Direito Penal.

Aos Professores Adriano Teixeira, Raquel Scalcon, Marcelo Cavali e Rodrigo de Grandis, pela generosidade e disponibilidade para ouvir e debater as ideias a respeito desta pesquisa, pelos grandes ensinamentos no exercício da atividade docente e pelo compartilhamento de conhecimento em Direito Penal.

*“Era seu próprio livro que buscava.... Pouco lhe importava que o livro estivesse esquecido e não servisse para muito... Não tinha a ilusão de que iria encontrar a si mesmo ali, naqueles caracteres desbotados. No entanto, sabia que uma pequena parte de si mesmo que ele não poderia negar estava ali, e ali permaneceria”*

(STONER, John Williams)

## RESUMO

A dissertação pretendeu investigar e responder se e quando a tentativa é punível nos crimes omissivos, vale dizer, se aquele que não cumpre com um dever legal de intervir em um processo causal perigoso, imposto por um tipo penal, pode ser responsabilizado ainda que não sobrevenha um resultado lesivo ou perigoso de tal processo. Para tanto, iniciou-se com a elaboração de casos hipotéticos a partir de casos concretos julgados por tribunais brasileiros como forma de explicitar o problema de pesquisa e sua relevância prática e, na sequência, propôs-se, durante toda a dissertação, a solução destes casos, demonstrando a correta localização dogmática do problema em questão. Por fim, a partir de um método de pesquisa bibliográfico e uma metodologia argumentativa, foram expostas as posições doutrinárias que definem se há ou não responsabilidade penal por tentativa em crimes omissivos e, em caso positivo, sob quais pressupostos, e tomou-se posição fundamentada a respeito da impossibilidade da responsabilização penal por tentativa nos crimes omissivos próprios e da possibilidade, com delimitação dos pressupostos, da responsabilização penal por tentativa nos crimes omissivos impróprios.

**Palavras-chave:** Crimes omissivos; responsabilidade penal por tentativa; desvalor da conduta.

## **ABSTRACT**

The dissertation intended to investigate and answer if and when the attempt is punishable in omission crimes, that is, if the one who does not comply with a legal duty to intervene in a dangerous causal process, imposed by a criminal type, can be held liable even if it does not happen an injurious or dangerous result of such a process. For that, it started with the elaboration of hypothetical cases from concrete cases judged by Brazilian courts as a way of explaining the research problem and its practical relevance and, subsequently, it was proposed, throughout the dissertation, the solution of these cases, demonstrating the correct dogmatic location of the problem in question. Finally, based on a bibliographic research method and an argumentative methodology, were exposed the doctrinal positions that define whether or not there is criminal responsibility for attempted omission crimes and, if so, under what assumptions, and a well-founded position was taken regarding the impossibility of criminal liability for attempts to commit omissive crimes themselves and the possibility, with a demarcation of assumptions, of criminal liability for attempts to commit inappropriate omissive crimes.

**Keywords:** Omissive crimes; liability for attempts; disvalue of conduct



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS: ORGANIZAÇÃO FORMAL E CONTEÚDO DA DISSERTAÇÃO .....	12
2 GRUPOS DE CASOS.....	15
2.1 PRIMEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE PROTEÇÃO .....	15
2.1.1 O caso do controlador de voo .....	15
2.1.2 O caso da menor humilhada.....	16
2.2 SEGUNDO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE VIGILÂNCIA.....	17
2.2.1 O caso da barragem.....	17
2.2.2 O caso do “homem-ao-mar” .....	18
2.3 TERCEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES POR INGERÊNCIA .....	19
2.3.1 O caso do abandono após atropelamento.....	19
2.3.2 O caso do amendoim envenenado.....	19
2.4 QUARTO GRUPO: DEVER GERAL DE AGIR .....	20
2.4.1 O caso do montanhista .....	20
3 PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO: ESTABELECIMENTO DE PREMISSAS E LOCALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA DOGMÁTICA OBJETO DA DISSERTAÇÃO.....	20
3.1 PRÉ-ANÁLISE: DISTINÇÃO ENTRE COMISSÃO E OMISSÃO.....	20
3.1.1 Definição do objeto de análise: a conduta humana.....	21
3.1.2 Definição do juízo de valoração: a omissão como uma modalidade de atribuição da realização típica pela conduta humana.....	28
3.1.3 A diferença entre os juízos de atribuição de comissão e de omissão: o fundamento material político-criminal.....	32
3.2 TIPICIDADE .....	36

3.2.1	Tipo objetivo .....	37
3.3	RESULTADOS PARCIAIS: A LOCALIZAÇÃO DOGMÁTICA DA CONTROVÉRSIA QUE ILUSTRA O PROBLEMA DE PESQUISA .....	58
4	RESPONSABILIDADE PENAL PELA TENTATIVA.....	59
4.1	APROXIMAÇÃO À DISCUSSÃO DA TENTATIVA NO DIREITO PENAL .....	59
4.2	A ESTRUTURA NORMATIVA: MESMA NORMA DE COMPORTAMENTO PARA O DELITO TENTADO E PARA O DELITO CONSUMADO .....	62
4.2.1	O modelo normativo adotado: modelo dualista e a norma de comportamento como imperativo de agir a todos os cidadãos .....	63
4.2.2	A estrutura normativa da tentativa e a importância do desvalor do resultado .....	75
4.3	O FUNDAMENTO MATERIAL DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL POR TENTATIVA.....	78
4.3.1	Os fins consequencialistas para a responsabilização penal pela tentativa .....	81
4.3.2	Regras deontológicas para a responsabilização penal pela tentativa .....	87
4.4	A DOGMÁTICA PENAL DA TENTATIVA NOS CRIMES COMISSIVOS: UMA APROXIMAÇÃO .....	96
4.4.1	O início da execução (art. 14, inc. II, CP).....	97
4.4.2	A inexistência de crime impossível (art. 17, CP).....	102
4.5	RESULTADOS PARCIAIS .....	104
5	A DOGMÁTICA PENAL DA TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS .....	105
5.1	A RESPONSABILIDADE PENAL PELA TENTATIVA POR OMISSÃO É ADMISSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?.....	106
5.1.1	Argumento de violação da legalidade: não há “início da execução” em condutas omissivas.....	106
5.1.2	Argumento da ilegitimidade: antecipação indevida do Direito Penal e dupla excepcionalidade.....	109
5.1.3	Argumentos dogmáticos .....	110
5.1.4	Tomada de posição.....	115
5.2	RESPONSABILIDADE PENAL PELA TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS .....	115

5.2.1	É admissível a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos próprios?	116
5.2.2	Tomada de posição.....	118
5.3	RESPONSABILIDADE PENAL POR TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS .....	124
5.3.1	Início da execução nos crimes omissivos impróprios (art. 14, inc. II, CP).....	125
5.3.2	Inexistência de crime impossível (art. 17, CP) .....	174
6	RENDIMENTO DA POSIÇÃO ADOTADA: A RESOLUÇÃO DOS GRUPOS DE CASOS	
	176	
6.1	ESQUEMA DE ANÁLISE ATUALIZADO .....	176
6.2	PRIMEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE PROTEÇÃO .....	177
6.2.1	O caso do controlador de voo .....	177
6.2.2	O caso da menor humilhada.....	178
6.3	SEGUNDO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE VIGILÂNCIA.....	179
6.3.1	O caso da barragem.....	179
6.3.2	Caso do “homem-ao-mar” .....	181
6.4	TERCEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES POR INGERÊNCIA .....	183
6.4.1	O caso do abandono após atropelamento .....	183
6.4.2	O caso do amendoim envenenado.....	183
	CONCLUSÃO .....	187
	REFERÊNCIAS.....	190

## INTRODUÇÃO

Considere que, diante de um grande perigo a um bem jurídico, um indivíduo A, que poderia e deveria atuar para evitar a concretização do perigo em um resultado, age diversamente deste atuar salvador. Ocorre que, por circunstâncias naturais ou pela atuação de terceiro, o resultado lesivo acaba não ocorrendo. *Este fazer diverso do indivíduo A tem algum desvalor penal?*

A presente dissertação é produto da pesquisa que procurou responder a esta pergunta, mais especificamente à pergunta sobre se é possível responsabilizar um indivíduo a título de tentativa por omissão e, em caso positivo, quais seriam os pressupostos dogmáticos para tanto.

Definida a pergunta-guia da pesquisa, é preciso demonstrar os motivos pelos quais ela merece ser respondida. A relevância deste tema de pesquisa pode ser demonstrada por três motivos principais:

O primeiro motivo diz respeito à fundamental delimitação entre o permitido e o proibido dentro de um Estado de Direito. Ao se perguntar sobre a possibilidade de responsabilização penal por tentativa, principalmente sobre o aspecto de quando ela inicia, inevitavelmente se está procurando traçar a linha tênue entre quais condutas podem ser consideradas violadoras de uma norma penal e quais não podem. Portanto, perguntar-se sobre a responsabilidade a título de tentativa na omissão significa procurar traçar os limites entre condutas omissivas penalmente proibidas e condutas omissivas permitidas pelo ordenamento jurídico.

O segundo motivo diz respeito à contribuição que esta investigação pode representar para a dogmática do *desvalor da conduta* nos crimes omissivos. Ao pesquisar e estudar a forma típica omissiva, a literatura penal dedica grande espaço para a discussão sobre o chamado *dever de garantidor*, seus contornos e limites, ou seja, os autores procuram responder à pergunta sobre quem seria especialmente obrigado a ponto de ser possível equiparar a não realização da ação de salvamento com a realização da ação lesiva.

Ocorre que o profundo conhecimento e a delimitação sobre se e quando alguém será portador deste dever específico não são de grande valia quando não estão aliados com o conhecimento sobre *quando e sob quais características* o descumprimento deste dever pela não realização da ação de salvamento terá relevância penal. De forma simples: afirmar que alguém é portador de um dever de garantidor ainda não indica as características que fazem sua conduta ser violadora deste dever. Portanto, perguntar-se sobre a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos representa também uma contribuição importante para a dogmática dos crimes omissivos, especificamente para

o desenvolvimento de qual seria o *desvalor da conduta* desta forma delitiva, aspecto ao qual a literatura penal dedica pouco espaço.

O terceiro motivo diz respeito à contribuição que a pesquisa pode representar para os fundamentos da responsabilidade penal por omissão imprópria dentro de um Estado de Direito. Em outras palavras, conferir maior subsídio para se responder sobre os motivos de se proibir e se punir as realizações delitivas omissivas como se fossem comissões.

Comumente a dogmática dos crimes omissivos impróprios se preocupa com a pergunta sobre quando é possível atribuir determinado resultado lesivo ou perigoso a uma realização delitiva omissiva, mais especificamente preocupa-se com as perguntas sobre a existência ou não de uma *relação de causalidade* entre a omissão e o resultado e sobre se o *cumprimento do dever de agir teria evitado* o resultado lesivo.

Ocorre que, ao se preocupar demasiadamente com o resultado e o seu desvalor penal, corre-se o risco de assentar toda a fundamentação da responsabilidade penal omissiva imprópria sobre o que aconteceu após a realização delitiva (*ex post*), fazendo depender do resultado o fundamento para a responsabilização por omissão imprópria, ou seja, nunca se responsabilizar um omitente pelo simples fato de o resultado não ter ocorrido e, por outro lado, sempre responsabilizá-lo quando o resultado ocorrer.

Portanto, perguntar-se sobre a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos representa também uma contribuição para que se apresente um fundamento para a responsabilidade penal por omissão imprópria independentemente do resultado, vale dizer, que esteja baseada no momento em que o omitente realizou a conduta (*ex ante*) e não com o que aconteceu posteriormente (*ex post*).

Ao final da dissertação se verificará que a pesquisa contribuiu para esses três importantes aspectos ao abordar e propor critérios para delimitar o início da execução (ou início da tentativa) nos crimes omissivos, demonstrar como estes critérios delimitam o *desvalor da conduta* na forma delitiva omissiva e os fundamentos para que este *desvalor da conduta* já possa representar o fundamento para a responsabilização penal.

## 1 ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS: ORGANIZAÇÃO FORMAL E CONTEÚDO DA DISSERTAÇÃO

Pergunta-guia e sua relevância suficientemente demonstradas, é necessário tratar brevemente de *como* ela foi respondida, isto é, qual a forma de resposta que essa dissertação propõe.

O método utilizado foi o teórico-argumentativo, pesquisando diferentes posições na literatura específica a respeito do tema principal e de seus subtemas, confrontando-as e testando-as com argumentos de falseabilidade para, ao final, tomar posições fundamentadas a respeito do tema principal e seus subtemas. Após a execução deste método de pesquisa, propôs-se a presente dissertação como uma forma de responder à pergunta-guia, ficando assim organizada em sua apresentação formal e em seu conteúdo:

Com relação à apresentação formal, a dissertação tem uma estrutura baseada no método de resolução de casos (*Gutachtenstil*)<sup>1-2</sup>, no qual, partindo de uma narrativa fática, propõe-se uma hipótese de incriminação (qual crime cada um dos envolvidos na narrativa poderia ter praticado com suas condutas) e, na sequência, testa-se essa hipótese por meio da verificação da presença ou ausência dos pressupostos de responsabilidade penal (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) a partir do raciocínio de subsunção de elementos da narrativa fática (premissa menor) aos conceitos teóricos pertencentes a cada um destes estratos da teoria do delito (premissa maior). Quando há uma dúvida sobre o estabelecimento teórico da premissa maior ou sobre se a premissa menor se encaixa no conceito teórico da premissa maior, identifica-se uma *controvérsia dogmática*, que deve ser solucionada por meio da exposição e confronto das diferentes propostas teóricas e da tomada de posição ao final.

Para seguir com esta estrutura, a dissertação inicia com a apresentação de quatro grupos de casos, isto é, as narrativas fáticas e as correspondentes hipóteses de incriminação (capítulo 2). Na sequência, as hipóteses serão testadas por meio da análise dos pressupostos de responsabilidade penal. Como a pergunta-guia da pesquisa é uma *controvérsia dogmática* sobre o conceito teórico de tentativa

---

<sup>1</sup> A respeito deste método nas Universidades alemãs, cf. HILGENDORF, Eric. VALERIUS, Brian. **Direito penal**: parte geral. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 e QUARCH, Tilma. Introdução à hermenêutica do direito alemão. *Der Gutachtenstil*. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 1, pp. 251-285, out./dez., 2014. Para uma breve introdução, cf. <https://www.gdpee.com.br/guta>.

<sup>2</sup> A escolha do método como forma de estruturação da dissertação é fruto da influência de trabalho desenvolvido e consolidado pelos Professores de Direito Penal na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, onde o método é utilizado na graduação, pós-graduação e mestrado profissional, e também da influência do trabalho desenvolvido por mim nos últimos dois anos na monitoria das disciplinas de Teoria Geral do Direito Penal I e II na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A proximidade com estas experiências de ensino demonstrou as vantagens organizacionais e de clareza do método para a análise e resolução de problemas dogmáticos no Direito Penal.

nos delitos omissivos, a estrutura seguida para verificar a presença dos pressupostos de responsabilidade será a seguinte<sup>3-4</sup>:

- Pré-análise: distinção entre comissão e omissão
- Tipicidade
  - Tipo objetivo
    - Situação de perigo
    - Posição de garantidor (art. 13 § 2º, CP) inequivocamente assumida
    - Ação concreta de salvamento inicial
      - Possibilidade físico-real e jurídica de agir
  - Tipo subjetivo
    - Dolo (art. 18, CP)
- Antijuridicidade
- Culpabilidade

Tendo em vista que os principais problemas a respeito da forma delitiva tentada estão na tipicidade objetiva – início da execução (art. 14, inc. II, CP) e inexistência de inidoneidade (art. 17, CP) –, a análise se restringirá aos seus pressupostos, não adentrando em problemas de tipo subjetivo na omissão e nem em problemas de antijuridicidade e culpabilidade.

Sendo assim, o capítulo 3 será dedicado a verificar se os primeiros pressupostos da responsabilidade penal da tipicidade objetiva estão presentes nas narrativas fáticas dos casos propostos, o que se fará em dois passos: (i) a definição teórica (premissa maior) e (ii) a subsunção do caso a esta definição.

Ao final deste capítulo ficará claro que a *controvérsia dogmática* tema da pesquisa é o estabelecimento da definição da tentativa nos crimes omissivos, ou seja, da premissa maior à qual a narrativa fática deve ser subsumida. Portanto, perguntar-se-á: *a presença dos pressupostos analisados*

---

<sup>3</sup> Não se ignora que, tradicionalmente, os esquemas de análise da responsabilidade por tentativa se iniciam com o tipo subjetivo. No entanto, conforme ficará demonstrado ao longo do trabalho, esta forma de estruturação é própria de ordenamentos jurídicos que assentam a responsabilidade penal por tentativa na representação do indivíduo. Este não é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, conforme se extrai do texto do art. 17 do CP. Portanto, entendendo que se adequa melhor ao ordenamento jurídico brasileiro e que não há desvantagens dogmáticas, optou-se aqui por iniciar a análise pelo tipo objetivo.

<sup>4</sup> Este esquema foi montado a partir do proposto por ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 79.

*até este momento é suficiente para afirmar a tipicidade objetiva da tentativa nos crimes omissivos ou são necessários outros? No segundo caso, quais seriam estes outros pressupostos?*

Após demonstrar a localização e especificar a *controvérsia*, a dissertação se afastará brevemente da análise dos casos para, no capítulo 4, abordar com maior profundidade o aspecto teórico-abstrato a respeito da responsabilidade penal pela tentativa, como forma de subsidiar o enfrentamento da *controvérsia*.

Estabelecido este arcabouço teórico a respeito da tentativa, no capítulo 5 será abordada a *controvérsia dogmática* objeto da pesquisa: estabelecer a premissa maior da análise, ou seja, os elementos dogmáticos que compõem o conceito de tentativa nos crimes omissivos. Para tanto, deverão ser expostas, confrontadas e testadas as diferentes posições sobre o conceito de tentativa nos crimes omissivos para, ao final, tomar uma posição.

Por fim, no capítulo 6, a dissertação retornará aos casos para realizar a subsunção dos fatos (premissa menor) aos elementos dogmáticos estabelecidos no capítulo anterior (premissa maior).

Com relação ao conteúdo da dissertação, os temas da omissão e da tentativa estão entre os que menos apresentam consensos no Direito Penal, ou seja, praticamente todos os seus aspectos são objeto de disputas doutrinárias. Por isso, três alternativas se apresentaram: (i) realizar uma análise exaustiva das posições doutrinárias a respeito de cada um dos temas envolvendo a omissão e a tentativa, o que geraria uma dissertação sem foco e deslocada da pergunta inicial; (ii) iniciar diretamente com o tema da pesquisa, pressupondo consensos que, na realidade, não existem, e (iii) adotar justificadamente posições em temas nos quais há dissenso para, então, enfrentar o tema da pesquisa, o que demanda uma análise exaustiva das posições doutrinárias.

Pelo ganho em clareza e rigor acadêmico, a terceira alternativa foi a escolhida, razão pela qual o leitor perceberá que os capítulos 3, 4 e 5 seguirão formas diferentes de apresentação e argumentação. Nos capítulos 3 e 4, apresentarei, já de início, a posição doutrinária que adotarei a respeito dos pressupostos de responsabilidade que são objeto de dissenso - como o conceito de omissão; a distinção entre omissão própria e imprópria; a posição de garantidor; o fundamento da tentativa; o início da tentativa e a tentativa inidônea - e somente indicarei as posições diversas no corpo dos tópicos e notas de rodapé, sem pretensão de exaustividade. No capítulo 5, tema da pesquisa, a forma de apresentação e argumentação se inverterá: primeiro farei uma exposição detalhada de cada uma das posições a respeito da tentativa nos crimes omissivos e, ao final de cada tópico, apresentarei minha posição fundamentadamente.



Explicada a forma de resposta que se propôs à pergunta-guia, verifica-se que a dissertação poderá ser lida como uma grande resolução de quatro grupos de casos, na qual a presença dos pressupostos de responsabilidade objetos de dissenso será analisada a partir de uma prévia posição doutrinária adotada (capítulos 3 e 4) e o ponto específico da controvérsia tema da pesquisa será analisado de forma exaustiva, com o confronto das diferentes posições doutrinárias em disputa, uma tomada de posição fundamentada (capítulo 5) e a resolução dos casos ao final (capítulo 6).

## 2 GRUPOS DE CASOS

Os casos apresentados são hipotéticos, apesar de criados a partir de narrativas de casos concretos julgados por Tribunais brasileiros, e têm por objetivo ilustrar o problema que esta pesquisa investigará e sua importância prática para a responsabilização penal.

Todos apresentarão uma narrativa somente com informações relevantes para a análise da responsabilidade penal e terão uma hipótese de incriminação ao final para os agentes envolvidos no caso, hipótese que será verificada ao longo da dissertação.

Os casos foram agrupados de acordo com a espécie de dever de agir dos omitentes: o primeiro grupo de casos contém situações fáticas em que o omitente ostenta uma posição de garantidor de proteção do bem jurídico (art. 13, §2º, *a*); o segundo grupo de casos contém situações fáticas em que o omitente ostenta uma posição de garantidor de vigilância sobre fontes de perigo (art. 13, §2º, *a e b*); o terceiro grupo de casos contém situações fáticas em que o omitente ostenta uma posição de garantidor por ingerência (art. 13, §2º, *c*) e o quarto contém situação fática na qual o omitente tem um dever geral de agir.

### 2.1 PRIMEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE PROTEÇÃO

#### 2.1.1 O caso do controlador de voo<sup>5</sup>

No dia 05 de abril, a aeronave XX iria de cidade de São José dos Campos/SP até a cidade de Manaus/AM. Os pilotos da aeronave apresentaram o correto plano de voo, que foi aprovado às 17h30m, pelo Controlador do setor 1 do CINDACTA. A aeronave decolou e percorreu seu voo

---

<sup>5</sup> Caso inspirado no REsp n. 1.609.502, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, em 02.06.2020. Modificações foram realizadas com o objetivo de concentrar a discussão no problema desta pesquisa.

regularmente até chegar nas proximidades de Brasília/DF. Por volta das 18h51m, a aeronave entrou no setor 7 do CINDACTA, momento em que os pilotos contataram o órgão de controle de tráfego aéreo e informaram o nível de cruzeiro F370 (37 mil pés), compatível com o plano de voo. Neste momento, o Controlador de voo “C1” recebeu a informação e passou a controlar a aeronave XX com o console nº 8.

Às 18h55m, a aeronave XX ultrapassou o ponto máximo em que poderia seguir a nível de cruzeiro de F370. Segundo o plano de voo, a partir daquele ponto ingressaria na aerovia UZ6 e deveria descer a uma altitude F360 (36 mil pés), compatível com o sentido Brasília-Manaus. No entanto, o nivelamento não foi realizado, permanecendo a uma altitude equivocada e com risco de colisão com as demais aeronaves que voavam no mesmo instante. Como a aeronave XX estava com o transponder ligado, “C1” recebeu a informação da altitude equivocada, mas não enviou mensagem aos pilotos.

Às 19h01m, por uma falha, o transponder da aeronave XX foi desligado, porém “C1” continuou sem enviar qualquer alerta aos pilotos. Na sequência, o “C1” saiu de seu posto, passando-o para Controlador “C2” e nada avisando a respeito da altitude equivocada que a aeronave XX se encontrava. Pouco tempo depois, os pilotos receberam alerta dos sensores da aeronave XX de que a aeronave YY se aproximava, perceberam que voavam a uma altitude equivocada e conseguiram evitar a colisão.

Hipótese de incriminação: Por ter permanecido inerte quando a aeronave XX estava a uma altitude equivocada e com risco de colisão, “C1” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio por omissão (art. 121 c.c. art. 13, § 2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

### **2.1.2 O caso da menor humilhada<sup>6</sup>**

Em dezembro de 2017, por ocasião das férias escolares, a menor “V” foi para um sítio com sua mãe “M”, tios e primos. Em 09 de dezembro, “V” sofreu humilhações e brincadeiras de sua tia, relacionadas a uma foto que havia tirado dela e de um primo se beijando, momento em que “M” já estava alcoolizada. Na sequência, em razão da situação vexatória, “V” tomou grande quantidade de Clorazepan, Centralina e Diazepan, medicamentos controlados, com o fim de se suicidar e “M” não tomou qualquer atitude para evitar os efeitos do remédio. Passado certo tempo, “V”, ainda sofrendo

---

<sup>6</sup> Caso inspirado no HC n. 443.697, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, em 11.09.2018. Consultou-se parte dos dados fáticos do caso nos autos do processo em primeira instância, que não estavam protegidos por sigilo. Modificações foram realizadas com o objetivo de concentrar a discussão no problema desta pesquisa.

humilhações, tomou mais medicamentos, iniciou um estado de choque, espumando pela boca e ficando desacordada, mas “M” continuou sem realizar qualquer intervenção. Diante destes fatos, um terceiro não identificado ligou para o Conselho Tutelar reportando o ocorrido. A conselheira chegou ao local e levou “V”, desacordada, ao hospital. No local, a menor recebeu os tratamentos de desintoxicação, ficou 24 horas internada e se recuperou, porém os médicos informaram que o estado da menor era grave e que, se não tivesse sido levada ao hospital, teria morrido.

Hipótese de incriminação: Por ter permanecido inerte após “V” ter tomado grande quantidade de medicamentos controlados com o objetivo de se suicidar, “M” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio por omissão (art. 121 c.c. art. 13, § 2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

## 2.2 SEGUNDO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE VIGILÂNCIA

### 2.2.1 O caso da barragem<sup>7</sup>

A empresa PAPEIS S.A. era proprietária de um terreno onde havia uma barragem de rejeitos químicos industriais. O Diretor Ambiental “D1” era o responsável pela gestão desta barragem. No ano de 2010, a empresa que fazia a manutenção da referida barragem apresentou um relatório constatando sua absoluta segurança. No entanto, em 2012, após nova vistoria, a mesma empresa alertou “D1” que a barragem apresentava alguns desgastes e risco de perda de resistência e desabamento, devendo ser *desativada*. No entanto, “D1” não tomou as devidas providências. Passados mais dois anos, um novo relatório foi apresentado demonstrando que o processo de perda de resistência havia se iniciado e que o risco de desabamento já estava presente. Porém, “D1”, sabendo que sairia dali três meses, não determinou a desativação da barragem. Posteriormente, o novo Diretor ambiental “D2”, mesmo tendo tomado conhecimento da situação da barragem, também não efetivou a desativação.

Passado mais um ano, os empregados que trabalhavam diretamente na barragem perceberam rachaduras importantes, o que exigia não só uma desativação, mas a efetiva intervenção de uma nova empresa especializada para conserto, medida que foi determinada por “D2”. No entanto, o conserto

---

<sup>7</sup> Caso inspirado no HC nº 94.543, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 17.09.2009, mencionado por ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 242. Modificações foram realizadas com o objetivo de concentrar a discussão no problema desta pesquisa.

das rachaduras não foi corretamente realizado pela empresa contratada, de modo que, com o grande comprometimento, pouco tempo depois a barragem acabou rompendo e ocasionando a morte de várias pessoas.

Hipóteses de incriminação: Por ter deixado o cargo de Diretor Ambiental e saído da empresa após a barragem apresentar risco de perda de resistência e desabamento, “D1” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio por omissão (art. 121 c.c. art. 13, § 2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP) ou o crime de tentativa de inundação por omissão (art. 254 c.c. art. 13, §2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

Hipótese de incriminação: Por ter permanecido inerte após se passar um ano de início do processo de desgaste, perda de resistência e risco de desabamento, “D2” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio por omissão (art. 121 c.c. art. 13, § 2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP) ou o crime de tentativa de inundação por omissão (art. 254 c.c. art. 13, §2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

### 2.2.2 O caso do “homem-ao-mar”<sup>8</sup>

O imigrante “V” adentrou clandestinamente em uma embarcação, que se encontrava atracada em um porto na Espanha e destinava-se ao Brasil. Durante a travessia, já em águas brasileiras, “V” foi descoberto pelos tripulantes “T1” e “T2” que, por não quererem problemas de imigração na chegada, planejaram jogá-lo ao mar somente com uma tábua de madeira de 1m<sup>2</sup> com galões de água para flutuar para que ele chegasse à costa sozinho. “C”, comandante-chefe da embarcação, observou seus subordinados realizando esta conduta, mas não deu ordens para que parassem. Na sequência, após “V” ter sido jogado, mesmo sabendo do risco daquela situação, bem como que um bote salva-vidas seria suficiente para “V” atingir terra firme, “C” deixou-o à deriva no mar. Pouco tempo depois, quando ainda era possível a “C” fornecer o bote, outra embarcação avistou “V” e ofereceu-lhe o bote, permitindo que chegasse até a costa sem maiores problemas.

Hipótese de incriminação: Por ter permanecido parado quando seus subordinados realizavam o processo de jogar “V” no mar, “C” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio por omissão (art. 121 c.c. art. 13, § 2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

---

<sup>8</sup> Caso inspirado no RESE nº 5002781-63.2012.404.7008, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rel. Des. ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, em 11.10.2008. Modificações foram realizadas com o objetivo de concentrar a discussão no problema desta pesquisa.

## 2.3 TERCEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES POR INGERÊNCIA

### 2.3.1 O caso do abandono após atropelamento<sup>9</sup>

O condutor “C” conduzia seu veículo muito acima da velocidade permitida para a via pública em que estava até que, ao realizar uma ultrapassagem e uma curva para a esquerda, perdeu o controle do veículo e atingiu o pedestre “P”, que foi arremessado por cima do veículo e ficou estendido no chão. Neste momento, mesmo percebendo que havia atingido “P” e que este ficou estendido no chão, “C” seguiu caminho sem prestar qualquer tipo de assistência. Uma testemunha que presenciou o acidente parou no local e chamou atendimento médico. “P” foi levado ao hospital, onde, submetido a uma cirurgia, acabou sobrevivendo.

Hipótese de incriminação: Por ter seguido caminho após o “P” ter sido atropelado e estar estendido no chão, “C” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio por omissão (art. 121 c.c. art. 13, § 2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

### 2.3.2 O caso do amendoim envenenado<sup>10</sup>

Em determinado dia, a esposa “E”, sabendo que seu marido “M” iria tomar um chimarrão e que gostava de acompanhar comendo amendoim, colocou inseticida (organofosforado) em uma porção de amendoim triturado. Pouco tempo depois, “M” ingeriu certa quantidade de amendoim e começou a passar mal e vomitar. Neste momento, “E” continuou cozinhando o almoço. O filho do casal passou na frente da casa, viu seu pai passando mal e o levou ao hospital. “M” foi devidamente medicado e, após três dias de internação, sobreviveu.

Hipótese de incriminação: Por ter continuado a cozinhar após “M” começar a passar mal e vomitar, “E” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio por omissão (art. 121 c.c. art. 13, § 2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

---

<sup>9</sup> Caso inspirado no RHC n. 95341, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, em 02.08.2018. Modificações foram realizadas com o objetivo de concentrar a discussão no problema desta pesquisa.

<sup>10</sup> Caso inspirado no HC n. 501.785, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. LAURITA VAZ, em 20.08.2019. Consultou-se parte dos dados fáticos do caso, não protegidos por sigilo, nos autos do processo de habeas corpus. Modificações foram realizadas com o objetivo de concentrar a discussão no problema desta pesquisa.

## 2.4 QUARTO GRUPO: DEVER GERAL DE AGIR

### 2.4.1 O caso do montanhista

Um montanhista “M1”, durante uma trilha, avista “V” com fraturas expostas em ambas as pernas e já desacordado. Neste momento, mesmo tendo a possibilidade de ajudar ao menos dando água ou se comunicando com um resgate, “M” segue seu caminho como se não tivesse visto nada. Pouco tempo depois, o montanhista “M2” avista “V” e realiza as ações de salvamento necessárias.

Hipótese de incriminação: Por ter continuado a seguir sua trilha mesmo estando “V” com fratura exposta nas duas pernas e desacordado, “M1” pode ter cometido o crime de tentativa de omissão de socorro (art. 135 c.c. Art. 14, inc. II, do CP).

## 3 PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO: ESTABELECIMENTO DE PREMISSAS E LOCALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA DOGMÁTICA OBJETO DA DISSERTAÇÃO

O primeiro passo para entender e enfrentar o problema da tentativa nos crimes omissivos é definir, brevemente, o conceito de omissão e quais são os pressupostos de responsabilidade penal exigidos para que alguém possa ser por eles responsabilizado. Por conta disso, este capítulo conferirá clareza sobre as posições adotadas a respeito do conceito e dos pressupostos da responsabilidade por omissão e os aplicará aos casos.

Por se tratarem de casos que, intuitivamente, indicam responsabilidade por omissão, será feita uma pré-análise para confirmar esta intuição, o que exige a exposição sobre o conceito de omissão adotado e sua distinção com a comissão (*infra* n. 3.1). Na sequência, partindo deste conceito, serão apresentados os pressupostos de tipicidade penal objetiva da responsabilidade por omissão: *situação de perigo* (*infra* n. 3.2.1.1); *posição de garantidor* (*infra* n. 3.2.1.2) e *ação concreta de salvamento inicial* (*infra* n. 3.2.1.3). Ao final, tendo em vista a inexistência do resultado típico, ou a impossibilidade de imputá-lo à conduta do autor, ficará clara a *controvérsia dogmática* que compõe o tema da dissertação (*infra* n. 3.3).

### 3.1 PRÉ-ANÁLISE: DISTINÇÃO ENTRE COMISSÃO E OMISSÃO

Conforme exposto acima (item *supra* n. 1), os temas relacionados à omissão não apresentam consenso entre os autores, a começar pelo seu conceito. Existem diferentes posições sobre o que é uma *omissão* no Direito Penal<sup>11</sup> e, dentre elas, adotamos a de que a omissão é a atribuição a uma conduta humana da não realização de uma ação concreta de salvamento inicial<sup>12</sup>.

Este conceito de omissão parte da premissa de que as discussões sobre os conceitos de ação e de omissão devem ser organizadas em duas etapas: (i) primeira etapa: analisar quando determinado processo causal pode ostentar o caráter de *conduta humana* (*infra* n. 3.1.1) e (ii) segunda etapa: analisar, a partir do tipo penal em questão, se se trata de uma *comissão* ou de uma *omissão* e, na sequência, qual a comissão ou omissão (*infra* n. 3.1.2 e 3.1.3)<sup>13</sup>.

Para o conceito adotado, portanto, a omissão não é um objeto, diverso da ação, sobre o qual recairá a desvalorização do Direito Penal. Ao contrário, o objeto é uma *conduta humana realizada* e a omissão é uma das formas de atribuição de significado jurídico-penal a esta conduta humana, atribuição esta de natureza *negativa*, pois afirmará que tal conduta humana não foi a realização de outra conduta, que se denomina ação concreta de salvamento inicial<sup>14-15</sup>. A determinação desta ação concreta de salvamento inicial é feita a partir da *expectativa* do sistema normativo jurídico-penal de intervenção para salvaguardar um bem jurídico em uma situação de perigo<sup>16</sup>.

Vejamos em detalhes cada uma das etapas para definir este conceito.

### 3.1.1 Definição do objeto de análise: a conduta humana

<sup>11</sup> Para uma exposição exaustiva das posições, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión**. Concepto y sistema. 2 ed., Colección Maestros del Derecho Penal, n° 12. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 25-151. Entre nós, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 24-33.

<sup>12</sup> O conceito é de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 180.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 153-158.

<sup>14</sup> Este é talvez um dos únicos consensos a respeito da dogmática da omissão. Nesse sentido, cf. von LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2006 [1899], p. 208; WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte General. 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez. Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Juridica de Chile, 1997 [1969], p. 238; KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006 [1980], p. 45-46; JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. ampl. Granada: Comares, 2002, p. 559; SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria**. Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luís Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 44; MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte General, 8 ed., rev. atual., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 238. Entre nós, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 245 e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 30. Para mais referências, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 28.

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios sobre los delitos de omisión**. Lima: Grijley, 2004, p. 15.

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 195.

Boa parte dos autores define a omissão como um *objeto* a ser valorado, isto é, como um *não praticar uma ação* sobre o qual recairá a desvalorização jurídico-penal. As divergências entre estes autores dizem respeito a dois aspectos: (i) é possível identificar um gênero comum para a ação e para a omissão? e (ii) qual o critério a ser utilizado para delimitar qual a ação que deveria ter sido realizada, mas não foi? De forma breve e simplificada, é possível classificar estas divergências em três grandes entendimentos:

Uns entendem que não é possível identificar um gênero comum para ação e para omissão, sendo objetos diferentes sobre os quais recairão a desvalorização jurídico-penal. Assim, utilizam o critério da possibilidade físico-real para definir a omissão como a não realização de uma ação físico-objetivamente possível<sup>17-18</sup>.

Outros entendem que ação e omissão, enquanto realidades ontológicas, são espécies de um mesmo gênero, que é o comportamento humano, cujo elemento comum é a *capacidade de ação* do indivíduo<sup>19</sup>. A partir disto, define a omissão ontologicamente como a não realização de uma ação *final* que o indivíduo tinha a capacidade para realizar<sup>20</sup>.

Outros, finalmente, entendem que o conceito do objeto “omissão” somente estará completo com a integração de um aspecto valorativo delimitador. Portanto, a omissão continua sendo a não realização de uma ação, porém esta ação não realizada é caracterizada não só pela possibilidade de

---

<sup>17</sup> O principal expoente desta concepção é RADBRUCH, conhecido por entender que não há um gênero do qual seriam espécies a ação e a omissão. Para este autor, ação e omissão se relacionam como “a e não-a”, de modo que o sistema jurídico-penal deve apresentar uma cisão logo de início. Partindo deste entendimento, RADBRUCH conceitua a omissão como a não realização de uma ação físico-objetivamente possível e afirma que tal possibilidade é um elemento exclusivo da omissão, não sendo elemento da ação efetivamente realizada (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 37). Muito próximo, MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 238. Entre nós, BOTTINI adota este conceito de omissão afirmando: “*entendemos que no campo ontológico ação e omissão são conceitos distintos... omitir é deixar voluntariamente de realizar uma determinada ação possível*” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 30).

<sup>18</sup> SCHÜNEMANN parece adotar este mesmo referencial de que a omissão é a não realização de uma ação física e intelectivamente possível a um indivíduo determinado. Porém, o autor demonstra que o método naturalista não é capaz, por si só, de explicar porque a *possibilidade* é um elemento caracterizador do conceito de omissão (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites...**, *op. cit.*, p. 45). No mesmo sentido, alerta SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 31.

<sup>19</sup> A capacidade de ação do indivíduo é composta pela *possibilidade física de ação*, isto é, a condição física da pessoa e aspectos externos, como o objeto sobre o qual deve recair a ação e os meios necessários para realizá-la, e pela *capacidade de direção final*, isto é, os aspectos intelectuais que permitiriam planejar e executar a ação final omitida (finalidade potencial), que são o conhecimento sobre o fim que se iria atingir com aquela ação e a possibilidade de conhecimento dos meios adequados para realizar a ação (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 55-61 e WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 238).

<sup>20</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 47. É importante destacar que, diferentemente de RADBRUCH, Armin KAUFMANN entende que a possibilidade de agir é característica *comum* à ação e à omissão (*Ibid.*, p. 55). No mesmo sentido, WELZEL conceitua a omissão como “*a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a uma determinada ação*” (WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 238).



realização, mas também por ser uma ação esperada por alguma norma<sup>21</sup>. Apesar deste núcleo comum, esta posição encontra diversas vertentes, que se distinguem em relação à natureza da expectativa a ser reconhecida<sup>22</sup>.

Porém, em que pese as divergências entre estas três posições, e suas respectivas derivações, entendemos que é preciso, primeiro, dar um passo atrás e afastar-se do pressuposto comum a todas elas, o de considerar a omissão como um *objeto* a ser valorado pelo Direito Penal, pois ele acarreta uma confusão metodológica entre “objeto” e “valoração do objeto”.

Os adeptos dos entendimentos mencionados, após admitirem que a omissão não se configura somente com um mero permanecer estático ontológico, mas também quando o indivíduo realiza outros movimentos corpóreos<sup>23</sup>, precisam utilizar o conceito de *expectativa normativa* para constituir o objeto “omissão” ou, no mínimo, para dotá-lo de relevância penal. Porém, o problema é que esta mesma expectativa normativa é que, posteriormente, irá valorar este objeto “omissão” por ela constituído ou selecionado anteriormente.

---

<sup>21</sup> Para uma definição geral desta posição, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 111. Importante ressaltar que autores próximos ao segundo dos entendimentos expostos não deixam de exigir um aspecto valorativo a ser integrado ao conceito de omissão. Porém, para eles, diferentemente deste terceiro entendimento, o elemento valorativo não define o objeto “omissão”, mas sim funciona como um “filtro” para definir quando a omissão ontologicamente definida é relevante ao Direito Penal. Nesse sentido, cf. KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 69; MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 237 e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 31. Próximo desta posição, GIMBERNAT ORDEIG admite, já no plano ontológico, duas espécies de comportamento humano o “fazer” e o “não fazer”, porém afirma que a *omissão* é somente uma espécie do gênero não fazer “*que vem caracterizada porque, dentre os possíveis comportamentos passivos, se seleccionam (normativamente) somente aqueles que merecem um juízo axiológico negativo: a omissão é um não fazer que se deveria fazer*” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre el delito de omisión**. 2 ed., Cidade do México: INACIPE, 2019, p. 02 e 07 – trad. livre).

<sup>22</sup> Adotando o conceito social de ação, JESCHECK/WEIGEND entendem que existirá omissão quando “*um fazer ativo, que era esperado conforme as normas do Direito ou da Moral, ou conforme regras dos costumes ou da experiência, deixa de produzir-se, apesar de ser possível utilizando a finalidade*” (JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...** *op. cit.*, p. 200 – trad. livre). Adotando o conceito pessoal de ação, ROXIN entende que ação e omissão podem ser conduzidas ao gênero conduta humana, cuja característica é a manifestação da personalidade. Porém, a omissão dependerá, além da manifestação da personalidade, da expectativa e da possibilidade individual de realizar a ação (ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2 ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997, p. 256; ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. 1 ed., Trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.). Civitas: Navarra, 2014, p. 755). MAURACH/GÖSSEL/ZIPF adotam a distinção entre um conceito ontológico de conduta, cuja característica é a finalidade, e diferenciam comissão e omissão somente no nível do tipo penal a partir da forma como conduzem a um prejuízo ao bem jurídico tutelado. A comissão conduziria ao prejuízo por meio de uma atividade corporal e a omissão por meio de uma inatividade corporal (MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general, vol. 2. 7 ed., Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 219-220).

<sup>23</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 31; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre...**, *op. cit.*, p. 18-19. Em sentido oposto, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF limitam o conceito de omissão à inatividade corporal, desde que conduza ao prejuízo ao bem jurídico (MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 222-223). Portanto, estes autores não ignoram o que foi feito pelo agente, mas realizam uma classificação ontológica a partir de uma atividade corporal para a comissão e uma inatividade corporal para a omissão. Com isto, limitam em demasiado o conceito de omissão e ampliam em demasiado o conceito de comissão, pois, por exemplo, o sujeito que, diante de uma situação de perigo ao bem jurídico, sai correndo, realizaria uma comissão.

Um exemplo pode ilustrar: imagine que uma criança “A” está se afogando em uma piscina e um salva-vidas “B” saia correndo para longe da piscina onde “A” está se afogando. “A” morre. Entre o início do afogamento e a morte da criança, “B” não praticou várias ações fisicamente possíveis como resgatar “A”; dormir; conversar com alguém, etc. Os adeptos das posições acima utilizam o critério normativo da expectativa para definir quais destas ações possíveis não praticadas são omissões ou, dentre estas omissões, qual é dotada de relevância penal, ou seja, o critério da expectativa normativa é que irá constituir ou selecionar o objeto de valoração.

Imagine então que se diga: a omissão penalmente relevante de “B” foi não resgatar “A” da água, pois havia uma expectativa normativa de que isso fosse realizado. Na sequência, é preciso valorar esta omissão a partir do Direito Penal para verificar se “B” tem responsabilidade penal pela morte de “A” ou, no mínimo, por não ter realizado o resgate. Ocorre que, ao admitir a existência da expectativa para constituir ou selecionar a omissão relevante, já se está, ao mesmo tempo, valorando-a. De forma simples: não é possível admitir que existia uma expectativa de que “B” realizasse o resgate sem afirmar, automaticamente, que esta não realização é penalmente desvalorada. Como consequência, corre-se o risco de, ao selecionar o objeto “omissão”, já antecipar sua desvalorização jurídico-penal. Em suma, há uma confusão entre a seleção do objeto e valoração posterior deste objeto<sup>24</sup>.

Esta confusão fica ainda mais evidente quando se pensa na situação contrária. Imagine agora que “B”, ao observar “A” se afogando, corre para a piscina e a resgata. Neste momento, “B” não fez várias ações possíveis, como não correu para o outro lado; não dormiu; não conversou com alguém, ou seja, para as posições sob análise, realizou várias omissões de um ponto de vista ontológico, mas sem relevância penal, ou sequer se omitiu, porque o que foi feito cumpriu a expectativa normativa. Ora, nesta situação, o objeto de análise está muito bem delimitado, é aquilo que o agente fez, e sobre ele recai uma valoração positiva de não responsabilidade penal.

Por que, então, na segunda situação se considerou o resgate como objeto a ser valorado e na primeira se ignorou a corrida como objeto a ser valorado? A resposta é que se está realizando a valoração antes da definição do objeto de valoração em razão da necessidade de encontrar um “não fazer” para denominar de omissão enquanto objeto.

---

<sup>24</sup> No mesmo sentido, BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. 2 ed. Madrid: Dykinson, 2005, p. 87. Essa confusão fica clara quando GIMBERNAT ORDEIG afirma: “a diferença específica da omissão frente ao gênero não fazer, ao qual pertence, é a de que consiste em um não fazer desvalorado” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre...**, op. cit., p. 02 – trad. livre).

Na segunda situação, considera-se o resgate de “B” como objeto porque de antemão já se fez uma valoração mental de que aquela era a conduta esperada, ou seja, já se valorou e, com base nesta valoração, selecionou-se o objeto a analisar. Na primeira situação, não se considera a corrida de “B” como objeto porque de antemão já se fez uma valoração mental de que aquela não é a conduta esperada, ou seja, já se valorou e, com base nesta valoração, descartou-se este objeto. Como consequência, busca-se constituir um novo objeto a ser valorado, isto é, um não praticar uma ação esperada que, ao mesmo tempo, já estará desvalorada pela própria expectativa que a constituiu<sup>25</sup>.

Além da falta de clareza metodológica, essa confusão impede<sup>26</sup> que se identifique um objeto no Direito Penal, que tem por função delimitar um substrato prévio sobre o qual recairá o juízo de valor posterior, cumprindo com a exigência de que se deve valorar os fatos praticados (“princípio do fato”)<sup>27</sup>.

Para cumprir com essa função, o objeto de análise deve ser o mais bem delimitado possível. Porém, ao se afirmar que a omissão é um “não praticar uma ação”, admite-se que o que não foi feito pelo agente é o que será valorado em detrimento do que está verdadeiramente delimitado: aquilo que o agente fez<sup>28-29</sup>. Portanto, as posições acima apresentadas ignoram o que de mais real, concreto e delimitado – e, portanto, mais adequado para ser um objeto de valoração – existe nos fatos em análise: a conduta do agente<sup>30</sup>.

Assim, se considerarmos sempre aquilo que foi realizado pelo agente, a mencionada confusão metodológica desaparece, pois o objeto de valoração será delimitado prévia e separadamente do juízo de valoração. Na primeira situação, “B” correu (objeto de valoração). Agora é preciso verificar se ao correr é possível atribuir a omissão de uma ação esperada (juízo de

<sup>25</sup> SILVA SÁNCHEZ também destaca esta consideração, ainda que inconsciente ou prévia, da conduta real do sujeito por parte daqueles que entendem a omissão como um objeto negativo (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de...*, *op. cit.*, p. 177).

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 174-175.

<sup>27</sup> Nesse sentido, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites...*, *op. cit.*, p. 62-63. Também GIMBERNAT ORDEIG afirma que a base ontológica da “não realização de ações” é referência necessária tanto dentro do campo do Direito Penal quanto para verificar se a conduta é neutra ou valorada positivamente e, na sequência, esclarece que este substrato ontológico surgiu como forma de combater a confusão trazida pela teoria hegeliana que identificava a ação com a imputação (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre...*, *op. cit.*, p. 36-37).

<sup>28</sup> Ignorando expressamente o que foi feito pelo agente, cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ critica esta posição afirmando: “*é comumente aceito que a omissão em sentido penal não tem por que corresponder a um estado de total passividade ou inatividade do sujeito. Sentado nisto e admitida a possibilidade de que o sujeito esteja fazendo algo ao omitir, resulta, no mínimo, discutível, sustentar que o juízo constitutivo de omissão não se assenta nele – o único real, efetivo – e sim em um não-ser que, por definição, não existe*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de...*, *op. cit.*, p. 150-151 – trad. livre).

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 94-95.

valoração). Na segunda situação, “B” socorreu (objeto de valoração). Agora é preciso verificar se ao socorrer é possível atribuir a omissão de uma ação esperada (juízo de valoração).

Em suma, o principal problema destas perspectivas é ignorar o que foi realizado pelo agente como objeto de análise e conceituar a omissão como um objeto de análise negativo (isto é, não praticar uma ação)<sup>31</sup>.

Esta problemática decorre do fato de que no plano ontológico não existem realidades negativas<sup>32</sup> (“não fazer algo”), pois o “não fazer” é sempre dependente de um processo positivo<sup>33</sup>. Em outras palavras, não é possível falar que existe um “não correr” ontológico, pois ele depende da realidade positiva “correr”. Não há como contrapor, no plano do ser, “não correr” com “dormir”, pois ao dormir obrigatoriamente o agente não está correndo, ou seja, são realidades sobrepostas, diferentemente do que ocorre com duas realidades positivas, como, por exemplo “dormir” e “correr”, que se contrapõem, já que enquanto o indivíduo realiza uma não consegue realizar a outra<sup>34</sup>.

O plano ontológico é composto somente por processos positivos que estabelecem mudanças de estados (nexos causais entre fenômenos). Alguns destes processos, provenientes do ser humano, além de explicáveis cientificamente, também podem ser interpretados e a eles é possível atribuir um significado, sendo denominados de *condutas humanas*<sup>35</sup>. Tais interpretações podem ser realizadas a partir de diversos pontos de vista, dentre os quais o jurídico-penal<sup>36</sup> que, de forma simplificada<sup>37</sup>, exige, como propriedade mínima para que um processo corporal humano seja considerado uma

---

<sup>31</sup> A respeito deste problema na premissa, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 69. No mesmo sentido, afirma BACIGALUPO “*Por outro lado, desde um ponto de vista ontológico sempre será necessário ter presente que a omissão não tem existência alguma...; somente é dotada de existência a ação efetivamente realizada*”. (BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios...**, *op. cit.*, p. 85-86 – trad. livre).

<sup>32</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 94. Em sentido contrário, SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites...**, *op. cit.*, p. 44-45.

<sup>33</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 94 e BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios...**, *op. cit.*, p. 83-84 e 87.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 93-94.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 156 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios...**, *op. cit.*, p. 15.

<sup>36</sup> Afirma SILVA SÁNCHEZ: “*O papel do conceito de conduta consiste, ao fim, em decidir quais processos são interpretáveis, isto é, acessíveis à interpretação típica*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 164 – trad. livre).

<sup>37</sup> Para uma exposição da discussão sobre a teoria da ação, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general**. Tomo I..., *op. cit.*, p. 233-266.

*conduta humana*, a capacidade de representar a tomada de posição frente às suas normas<sup>38</sup>, o que pressupõe um processo dotado de voluntariedade<sup>39</sup> e inexistência das causas de ausência de ação<sup>40</sup>.

A partir desta concepção surgem duas consequências importantes para a dogmática da omissão:

A primeira é que a verificação da existência de voluntariedade (ausência de *vis absoluta*) será realizada já no momento de identificação da conduta humana dentre os processos ontológicos, verificação esta que, para as perspectivas acima mencionadas, fazia parte do conceito de omissão, dentro da *possibilidade físico-objetiva* de agir<sup>41</sup>. Portanto, a presença da voluntariedade da conduta humana é elemento prévio à definição da omissão<sup>42</sup>.

A segunda é que o processo ontológico de permanecer estático (“situações de passividade”) em um determinado momento e um determinado local, desde que presente a voluntariedade do indivíduo, também é considerado uma *conduta humana*. No entanto, isso não significa que será obrigatoriamente uma *omissão*, o que se verificará posteriormente<sup>43</sup>.

Em conclusão, a omissão não é um objeto de análise sobre o qual recairá um juízo de atribuição de desvalor jurídico-penal, como entendem as perspectivas acima. No plano ontológico,

<sup>38</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 156-157. Próximo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre...**, *op. cit.*, p. 08 – nota de rodapé 11 e p. 11-12.

<sup>39</sup> Nesse sentido, MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. 8 ed., Barcelona: Reppertor, 2008, p. 310. Muito próximo, com seu conceito pessoal de ação, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo I..., *op. cit.*, p. 252-253 e também ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 755.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo I..., *op. cit.*, p. 258-265. No mesmo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre...**, *op. cit.*, p. 09.

<sup>41</sup> Nesse sentido, além dos autores já mencionados acima, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 756;

<sup>42</sup> Por conta disso, SILVA SÁNCHEZ afirma ser possível afastar as concepções que entendem que nos casos de omissão existem mais causas de ausência de ação que nos casos de comissão (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 171). Assim, ao tratar da possibilidade de agir e de situações de *vis absoluta*, o autor espanhol menciona o exemplo do pai que foi trancado em um local e consegue observar o filho se afogar pela janela, mas não o salva e destaca que não se trata de uma situação em que falta um elemento típico para a omissão, mas sim que está ausente uma conduta humana que possa servir de substrato para tal juízo típico de omissão, vale dizer, o pai não pratica uma conduta humana de ficar na cabana, pois não o faz com voluntariedade (*Ibid.*, p. 172-173). No mesmo sentido, MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 310. Apesar de distinções em relação ao conceito de omissão, JESCHECK/WEIGEND também entendem que deve ser feita primeiro uma análise geral da possibilidade de agir, que pertence à teoria da ação, e depois uma análise individual, que pertence ao extrato do tipo penal JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 560). Também destaca esta importância, MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 221-222. Em sentido contrário, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre...**, *op. cit.*, p. 14, para quem não há conduta humana omissiva também na situação em que o agente não tem os necessários conhecimentos para realizar uma ação.

<sup>43</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 164-165. O autor ainda afasta a crítica de que essas situações de passividade não teriam um caráter externo suficiente e violariam o princípio do *cogitationis poenam nemo patitur*, argumentando que, uma vez afastada a perspectiva puramente naturalista, não há como negar que essas situações de “passividade voluntária” são uma tomada de postura frente às normas e ao entorno, sendo passíveis de atribuição de sentidos no momento de análise da tipicidade (*Ibid.*, p. 165). No mesmo sentido, BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios...**, *op. cit.*, p. 85. Em sentido contrário, conforme já comentado na nota de rodapé n. 35, MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 222-223.

somente existem processos causais positivos, dentre os quais é possível identificar as condutas humanas. Estas condutas humanas é que serão o objeto de análise sobre o qual recairá um juízo de atribuição de desvalor jurídico-penal. A omissão será uma das formas de juízo de atribuição de desvalor jurídico-penal à conduta humana, um juízo de natureza negativa, pois afirmará que a conduta humana analisada não é a conduta mandada<sup>44</sup>. Esta conduta mandada é que deve ser delimitada no plano normativo, momento em que terão importante função os critérios da possibilidade físico-objetiva, da capacidade de agir<sup>45</sup> e da expectativa normativa.

Ilustrativamente: não há como afirmar que a não realização da ação “Y” é uma omissão, pois não há, no plano ontológico, realidades negativas. Por outro lado, é possível afirmar que a uma conduta humana “X” pode-se atribuir a omissão de “Y”<sup>46</sup>. Diferentemente das concepções acima apresentadas, para a concepção adotada há somente a conduta humana “X” e o juízo de discordância entre ela e a conduta “Y”, que permite atribuir à primeira uma *omissão* com o enunciado negativo “X” é uma omissão de “Y”<sup>47</sup>. No plano normativo resta definir o referencial de comparação com a conduta humana para que se possa realizar o juízo de discordância, ou seja, resta indicar como se delimita a ação “Y”.

### 3.1.2 Definição do juízo de valoração: a omissão como uma modalidade de atribuição da realização típica pela conduta humana

Definido que o objeto de análise é a conduta humana praticada pelo indivíduo, a pergunta que se coloca agora é: como definir a conduta que será referencial de comparação para afirmar que a conduta humana é sua omissão? Em outras palavras, qual o referencial que nos permite atribuir a uma *conduta humana* a não realização de uma conduta mandada?

A primeira opção seria a já mencionada *possibilidade físico-objetiva* da conduta não realizada. Assim, à conduta humana seria possível atribuir uma omissão quando ao agente fosse objetivamente possível realizar uma outra conduta humana (a conduta “X” é a omissão da conduta “Y” possível).

No entanto, a adoção exclusiva deste critério é, de um lado, insuficiente, e, de outro, equivocada. É insuficiente, pois torna o juízo de omissão amplo e ilimitado. A cada instante os

<sup>44</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de...*, *op. cit.*, p. 95. No mesmo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 310 e BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>45</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 87.

<sup>46</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>47</sup> *Ibid.*, *idem*.

indivíduos deixam de praticar inúmeras condutas que teriam possibilidade físico-objetiva de realizar, de modo que sequer seria possível falar em um juízo de omissão, mas somente em juízos de *omissões*<sup>48</sup>. É também equivocada, pois os adeptos desta perspectiva analisam a presença da possibilidade físico-objetiva após a ocorrência dos fatos (*ex post*), o que exclui do conceito de omissão diversas situações intuitivamente passíveis de responsabilidade penal<sup>49</sup>.

Portanto, a possibilidade físico-objetiva, apesar de necessária, desde que analisada sob uma perspectiva *ex ante*, como será demonstrado abaixo (item *infra* n. 3.2.1.3), é demasiadamente ampla para delimitar o referencial de comparação com a conduta humana<sup>50</sup>.

A segunda opção seria a exigência não só da possibilidade físico-objetiva da conduta humana, mas também dos aspectos intelectuais que permitiriam planejá-la e executá-la, ou seja, a representação sobre o objetivo daquela conduta e sobre os meios para realizá-la. Assim, a uma conduta humana seria possível imputar uma omissão quando ao agente daquela conduta era fisicamente possível realizar outra conduta e quando representasse o objetivo e os meios para realizá-la (a conduta “X” é a omissão da conduta “Y” possível e representada pelo agente).

No entanto, a adoção deste critério também é equivocada, pois com a exigência da representação do objetivo da conduta fisicamente possível pode-se impedir a responsabilização penal por omissões culposas<sup>51</sup>, nas quais o agente não representa estes objetivos. Ademais, não resolve o problema da amplitude, uma vez que o agente poderá representar diversos objetivos de condutas

<sup>48</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 40.

<sup>49</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 41. É preciso ter cuidado com esta crítica, principalmente na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro disciplina a situação de tentativa inidônea de forma diversa de outros ordenamentos jurídicos. Não há dúvida – e isso será melhor explicitado nos capítulos n. 4 e 5 – de que, ao se admitir que a verificação da possibilidade físico-real de realizar a ação deve ser feita *ex post*, muitas situações de tentativas de omissão imprópria não estarão abarcadas (tanto é assim que Armin KAUFMANN, que também segue uma perspectiva *ex post* se vê obrigado a estabelecer, para essas situações, outro tipo de capacidade para o conceito de omissão, que denominou de capacidade de tentativa de ação final ver. *infra* n. 5.3.1). Ocorre que, além de excluir estas situações de tentativa, SILVA SÁNCHEZ amplia a crítica ao conceito e afirma que também estariam excluídas as situações de tentativa inidônea, em que o sujeito supõe erroneamente que havia uma situação de perigo ou supõe que havia meios para realizar a ação de salvamento e não age (*Ibid.*, p. 54-56). Discordamos de SILVA SÁNCHEZ na extensão da crítica para esta segunda situação devido à disciplina do art. 17 do Código Penal (*infra* n. 4.4.2). Portanto, tal qual SILVA SÁNCHEZ, entendemos aqui que é necessário analisar a possibilidade físico-objetiva desde o momento da não realização da conduta, isto é, *ex ante* (*Ibid.*, p. 58). Porém, discordamos que seja possível a responsabilização quando, neste momento, objetivamente, já se conclua que o crime não ocorrerá *ex post* (tentativa inidônea), pois, de acordo com nosso ordenamento jurídico, essa situação não deve ser abarcada por conceito jurídico-penal de tentativa.

<sup>50</sup> Nesse sentido, afirma SILVA SÁNCHEZ: “A possibilidade *ex ante* por si só não é capaz de proporcionar tal concretização: são muitas e indeterminadas as ações possíveis *ex ante* para o sujeito. Daí que parece necessário um critério externo que, de todo o possível *ex ante* para aquele, concretize algo cuja não realização possa, com sentido, ser denominada ‘omissão’ para efeitos do direito penal” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 58 – trad. livre).

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ é categórico nesta crítica: “Assim, o sujeito que, desconhecendo a existência de uma situação de perigo para um bem jurídico, porém podendo conhecê-la, não atua, deveria ficar impune” (*Ibid.*, p. 46).

possíveis ao mesmo tempo e, conseqüentemente, realizar tantas omissões quantas representações fizer<sup>52</sup>.

O problema da amplitude do critério se agrava ao se admitir que já a representação *equivocada* da realidade é suficiente para atribuir uma omissão à conduta humana realizada pelo agente, ou seja, as situações em que este agente acredita que representa o objetivo de uma conduta possível que, na realidade, não existe<sup>53</sup>. Se já esta representação equivocada for suficiente para atribuir uma omissão, as atribuições de omissão à conduta do agente serão ainda mais amplas<sup>54</sup>.

Diante da insuficiência dos critérios anteriores, a terceira opção é utilizar o critério da *expectativa*<sup>55</sup> da realização da conduta. Assim, a uma conduta humana será possível atribuir uma omissão quando o agente podia realizar uma conduta *normativamente esperada* (a conduta “X” é a omissão de “Y” normativamente esperado).

Diferentemente da possibilidade físico-real de realizar a conduta e da representação do agente sobre a conduta, que somente descrevem o que *era* (o que era possível ou o que era representado em determinada situação), o critério da *expectativa* tem a vantagem de ser positivo, que define o que *deveria ser*, e, por consequência, soluciona o problema da amplitude, sendo capaz de conferir um conteúdo de sentido para a conduta referência do juízo de comparação com a conduta humana.

Por outro lado, uma vez definida a conduta humana como o objeto de análise (acima n. 3.1.1), não se corre o risco de confundir a constituição do objeto com o seu juízo de valor<sup>56</sup>, sendo possível utilizar o critério normativo da expectativa como o delimitador da conduta referência para o juízo de comparação com tal objeto.

---

<sup>52</sup> SCHÜNEMANN também rechaça este critério, pois afirma que para um conceito básico geral do sistema penal como o de omissão não poderiam ser incluídos elementos que só abarquem condutas dolosas como é o conhecimento ou mesmo elementos que só abarquem condutas culposas como é a cognoscibilidade (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites...**, *op. cit.*, p. 61).

<sup>53</sup> Esta é a situação que Armin Kaufmann, adepto do conceito ora em questão, denominou de capacidade de tentativa de ação (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 63-65). Este conceito será melhor apresentado e desenvolvido no cap. 5.

<sup>54</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 62.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>56</sup> Essa era a crítica de ARMIN KAUFMANN, que argumentava: “*Certamente, o ordenamento jurídico não pode fazer surgir mediante requerimentos ou valorações o que de outra forma não existiria: o aspecto valorativo não faz surgir algo do nada, mas somente pode converter algo em algo valorado*” (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 69 – trad. livre). BACIGALUPO também apontava esta crítica às posições normativas da expectativa, mas apresenta como solução, tal qual aqui se propõe, a de utilizar o que foi realmente feito pelo agente como objeto de análise (BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios...**, *op. cit.*, p. 89-90).



Diante do fato de que uma expectativa é uma regularidade que pode surgir de diferentes fontes<sup>57</sup>, é necessário definir a natureza da expectativa que será utilizada como critério para delimitar a conduta referencial para o juízo de comparação com a conduta humana real.

Tratando-se aqui da definição do conceito de omissão para fins do Direito Penal, cuja função precípua é a determinação de condutas, a natureza desta *expectativa* somente pode ser *normativa* e o sistema normativo de referencia deve ser o jurídico<sup>58</sup>, mais especificamente o jurídico-penal<sup>59</sup>. Entende-se, assim, que a *expectativa* que delimita a conduta referencial para o juízo de comparação com a conduta humana real é a expectativa proveniente do próprio tipo penal<sup>60</sup>.

Em suma, a omissão não é um não fazer ontológico, nem um juízo de desvalor sobre ele e também não se confunde com a conduta humana real<sup>61</sup>, a omissão é um juízo atributivo (uma interpretação) de diferença entre a conduta humana real praticada pelo agente e a conduta humana esperada a partir do conteúdo do tipo penal, que permite afirmar o seguinte enunciado: a conduta “X” é a não realização da conduta “Y” esperada pela proteção do tipo penal<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> SILVA SÁNCHEZ destaca que as expectativas são regularidades que podem estar assentadas em bases empíricas, dedutivas ou normativas e que as frustrações destas expectativas podem ser chamadas de *omissão* (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 112-113).

<sup>58</sup> Afasta-se assim a posição denominada de pré-jurídica que entende que a expectativa deve ter por referência o sistema normativo social, de modo que as omissões somente poderão ser relevantes ao Direito Penal se, antes, obrigatoriamente frustrarem expectativas sociais prévias. A favor desta posição, JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...** *op. cit.*, p. 201. Não convence o argumento de que um conceito de omissão que não levasse em conta uma frustração de expectativa social representaria a punição de meras intenções, infringindo a proibição do *cogitationis poenam nemo patitur*, pois, conforme a posição aqui adotada, o juízo de omissão recai sobre uma conduta humana real, que pressupõe a voluntariedade, seja ela uma conduta humana de movimentos corporais ou de inatividade. Logo, esta base já é suficiente para cumprir com o chamado “princípio do fato” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 123). Ademais, como argumenta SCHÜNEMANN, impor a exigência de expectativas sociais como essência das expectativas jurídicas significaria negar o caráter ideal do Direito, reduzindo-o às meras práticas sociais, à facticidade, e perdendo sua função configuradora (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites...**, *op. cit.*, p. 48). O Professor alemão destaca que o ordenamento jurídico-penal pode criar expectativas que não tem prévia relevância social, como é o caso da omissão de socorro, que transforma um simples dever ético-individual diretamente em uma expectativa jurídico-penal, o que demonstra que expectativas sociais não pode ser *ratio essendi* das expectativas jurídico-penais (*Ibid.*, p. 49). Também são contrários à posição pré-jurídica, ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General. Tomo II...**, *op. cit.*, p. 755; MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 310; MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 239. Entre nós, contrário à posição pré-jurídica de expectativa, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 34.

<sup>59</sup> Afasta-se assim também a posição pré-típica, segundo a qual a conduta esperada pelo ordenamento jurídico seria definida pelo ordenamento jurídico, mas anteriormente ao tipo penal e, como consequência, toda conduta referencial esperada pelo tipo penal pressuporia a expectativa prévia não penal, supostamente mais ampla. Isto porque não há dúvida a respeito da existência de expectativas que são próprias do sistema jurídico-penal, de modo que não se pode afirmar que o ordenamento jurídico-penal é sempre um conteúdo derivado do ordenamento jurídico mais amplo (Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 128).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 141-142. Próximo, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 37-42.

<sup>61</sup> Neste ponto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 150.

<sup>62</sup> Afirma SILVA SÁNCHEZ: “Sobre a base do que realmente efetua o sujeito, a omissão surge ao constatar-se, no juízo típico, a discordância entre ele e o que as expectativas de proteção de bens jurídicos requerem ativamente daquele” (*Ibid.*, p. 151 – trad. livre). Também adotando esta posição MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 309 e BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios...**, *op. cit.*, p. 87.

A partir desta delimitação, conclui-se que *comissão* e *omissão* não contêm um substrato material comum e prévio<sup>63</sup>, mas são dois juízos de atribuição da realização de tipos penais por *condutas humanas reais* devido à frustração de expectativas nele contidas, ou seja, modalidades de comportamento pessoalmente imputáveis<sup>64</sup>.

De acordo com a concepção aqui defendida, não há um supraconceito material, um gênero, que engloba as duas espécies, comissão e omissão. Pelo contrário, comissão e omissão se relacionam somente pelo fato de serem duas formas de juízo de atribuição (interpretação) a uma conduta humana da realização de um tipo penal<sup>65</sup>.

Isso fica evidente pelo fato de que tanto a comissão quanto a omissão atribuem à conduta humana real a frustração de uma expectativa proveniente de um tipo penal, por ser a realização de um fato típico<sup>66</sup>, razão pela qual cumpre aqui estabelecer a diferença entre estas duas modalidades.

### 3.1.3 A diferença entre os juízos de atribuição de comissão e de omissão: o fundamento material político-criminal

Parte dos autores<sup>67</sup>, independentemente do conceito de omissão adotado<sup>68</sup>, utiliza-se de uma distinção formal entre comissão penal e omissão penal pelo tipo de norma que descumprem. A primeira descumpriria uma norma de proibição, isto é, uma norma que afirma o que não se deve fazer, enquanto que a segunda descumpriria uma norma de mandado, isto é, uma norma que afirma o que deve ser feito. Por exemplo, uma norma de proibição afirma “não mate alguém”. Logo, para esses autores, aquele que a descumprir matando alguém pratica sempre uma comissão penal. Uma norma

<sup>63</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 142.

<sup>64</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 144 e também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios...**, *op. cit.*, p. 16.

<sup>65</sup> Segundo SILVA SÁNCHEZ: “A conduta em si (com ‘caráter de ação’) não oferece ainda um conteúdo determinado: não é ainda nem ‘comissão’ nem ‘omissão’. Só se define por uma ou outra, em sentido penal, mediante a ‘interpretação’ (imputação típica). Esta relaciona a conduta com as expectativas que partem do bem jurídico. É, pois, o conteúdo de tal expectativa o que permite atribuir à conduta real um concreto sentido – para o direito penal – omissivo” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 169 – trad. livre).

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>67</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 27-29; JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 547; JAKOBS, Günther. **Derecho penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación**. Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 940-941; MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 309; MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 237; BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios...**, *op. cit.*, p. 87. Entre nós, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 36-37.

<sup>68</sup> É importante ressaltar, conforme demonstrado até o momento, que para a maior parte dos autores o conceito de omissão é prévio à tipicidade. Logo, quando estes autores passam a tratar da omissão típica, acabam utilizando essa distinção formal entre norma de proibição e norma de mandado para diferenciá-la da comissão típica.

de mandado afirma “socorra alguém”. Logo, para esses autores, aquele que a descumpra não socorrendo alguém pratica sempre uma omissão penal.

No entanto, esta perspectiva formal é equivocada, pois não expressa a verdadeira distinção material e político-criminal entre *comissão* e *omissão*<sup>69</sup>. O conteúdo formal de disposição de uma norma é uma técnica de linguagem do legislador para indicar o que se deve ou não fazer (conteúdo de determinação da norma penal de comportamento). Ao utilizar a técnica da norma de proibição, o que o legislador faz é descrever aquilo que não se deve fazer e ao utilizar a técnica da norma de mandado, o que o legislador faz é descrever aquilo que se deve fazer.

Isso não significa, no entanto, que a infração da norma de proibição será sempre uma *comissão* e a infração da norma de mandado será sempre uma *omissão*. O legislador pode lançar mão de uma linguagem de norma de mandado para descrever as condutas que se deve fazer no lugar daquela conduta que seria *ofensiva ao bem jurídico* (p. ex.: para veicular um crime de homicídio, o legislador poderia utilizar uma linguagem de norma de mandado como “quando houver a possibilidade de matar alguém, faça outra coisa”) e, por outro lado, é possível que o legislador se utilize de uma linguagem de norma de proibição para descrever condutas que não se deve fazer no momento determinado em que se deve realizar uma certa conduta (p. ex.: para veicular um crime de omissão de socorro, o legislador poderia ter utilizado uma linguagem de norma de proibição como “não abandone pessoa em situação de perigo à vida”)<sup>70</sup>.

O fato de que exista uma coincidência entre a técnica linguística da norma de proibição e as *comissões* e uma coincidência entre a técnica linguística da norma de mandado e as *omissões* – porque são técnicas que melhor se adequam a cada uma das modalidades de atribuição – não nos autoriza a obrigatoriamente identificar forma e conteúdo e utilizar tais técnicas como critério de distinção entre *comissão* e *omissão*<sup>71</sup>. Desta forma, deve-se adotar uma perspectiva material, que seja capaz de distinguir estas duas modalidades de atribuição a partir das funções político-criminais de cada uma delas.

Este conteúdo material está relacionado com um colorário básico de qualquer Estado liberal, positivado em nosso ordenamento jurídico: a liberdade de agir. Aos cidadãos em um Estado liberal está permitido agir até o limite de causar danos a terceiros, de modo que somente está proibido praticar condutas que possam causar esses danos<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 185.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 191-194. Cf. também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 495-496.

<sup>71</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 186 e 197.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 181.

Porém, com a evolução histórica da função do Estado, que deixou de ser um ente que tem por função somente administrar os âmbitos de liberdade dos cidadãos e passou a cumprir funções positivas provedoras aos indivíduos (Estado social), abriu-se espaço para a proibição também da não prestação de auxílios positivos a interesses de terceiros, ainda que de forma excepcional<sup>73</sup>.

A distinção material entre comissão e omissão encontra-se nestas duas pretensões político-criminais que surgem dos bens jurídicos (ou de interesses de terceiros<sup>74</sup>), reitoras dos tipos penais: a pretensão do bem jurídico de não ser lesionado ou colocado em perigo e a pretensão de ser salvo ou protegido<sup>75</sup>.

A *comissão* seria a modalidade de atribuição de significado que identificaria na conduta humana a criação de um risco para o bem jurídico de terceiros, infringindo assim a pretensão de não interferência, e a *omissão* seria a modalidade de atribuição de significado que identificaria na conduta humana a não prestação positiva de salvaguarda deste bem jurídico contra um risco, infringindo assim sua pretensão de proteção<sup>76-77</sup>.

A favor desta distinção material entre *comissão* e *omissão* é possível argumentar que é a que explica corretamente o entendimento majoritário de que os mandados, ao exigirem a prática de uma única conduta, limitam mais a liberdade de agir dos indivíduos do que as proibições, que somente proíbem uma conduta, permitindo a realização de todas as outras. Isto porque, na realidade, a maior limitação da liberdade de agir não é proveniente do fato de que uma norma de mandado exige a prática de uma só conduta, mas sim do fato de que na omissão se está responsabilizando o indivíduo por não

<sup>73</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de...*, *op. cit.*, p. 182-183.

<sup>74</sup> A distinção entre a teoria do bem jurídico e a teoria dos direitos subjetivos não é aqui importante. Há quem argumente que esta distinção é, inclusive, de pouca relevância em geral (Nesse sentido, GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 275-276).

<sup>75</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de...*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 185-186 e também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios...*, *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>77</sup> Não se pode deixar de consignar aqui crítica feita a esta posição por MIR PUIG, que adota a diferenciação formal a partir do tipo de norma violada. De acordo com este autor, ao se limitar o conceito de omissão às situações em que a conduta humana significa somente a não prestação de salvaguarda positiva a um bem jurídico em situação de perigo não criada pelo omitente, o conceito “*conduz a qualificar como de ação (de comissão) delitos tradicionalmente considerados de omissão (pura), nos quais a falta de prestação exigida lesiona ou põe em perigo (idealmente) um bem jurídico*” (MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 309, nota de rodapé n. 2 – trad. livre). A constatação do autor parece correta, pois o conceito proposto por SILVA SÁNCHEZ e ora adotado realmente limita o campo das figuras omissivas, deixando de fora tipos penais que, tradicionalmente, se entende como omissivos. Porém, esta característica não pode, por si só, invalidar o conceito. O fato de tradicionalmente se considerar determinado tipo como omissivo, não significa que a tradição esteja correta. Por outro lado, sendo consequente com o conceito ora adotado e afastando estes tradicionais tipos da ideia de omissão, talvez exista um ganho dogmático em sua interpretação.

realizar uma prestação positiva a favor de interesses de terceiros em perigo, apesar deste perigo não ser fruto de seu exercício de liberdade prévio<sup>78</sup>.

Importante ressaltar que a distinção material entre *comissão* e *omissão* não se identifica com a discussão sobre deveres negativos e deveres positivos.

De forma simplificada, os deveres negativos são os que impõem um dever de respeito intersubjetivo de não lesionar, de modo que a vítima é dotada de um direito frente ao autor de não sofrer uma lesão e o exercício prévio da liberdade do autor é que permite responsabilizá-lo pelos resultados danosos consequentes. Os deveres positivos são os que impõem deveres de contribuição ao bem estar de terceiros em razão de uma relação de comunidade, de modo que a vítima não tem um direito forte em relação ao autor, mas mera pretensão frágil, baseada na condição de pessoas pertencentes à mesma comunidade<sup>79</sup>.

Afirmar que o que distingue o juízo de atribuição comissivo do juízo de atribuição omissivo é a diferente pretensão que surge do bem jurídico não é idêntico a afirmar que os crimes comissivos sempre impõem deveres negativos e que os crimes omissivos sempre impõem deveres positivos, pois esta pura identificação conduziria ao equívoco de ignorar que existe a possibilidade de, cumpridos certos requisitos, se reconhecer *omissões* que podem equivaler ao desrespeito de deveres negativos<sup>80</sup>.

A título de exemplo, é possível retomar o mencionado caso do salva-vidas e da criança que está se afogando. Afirmar que omissões sempre impõem deveres positivos significaria dizer que não existe mais do que um dever solidário entre salva-vidas e criança, proveniente da comunidade a que pertencem, para que o primeiro preste auxílio à segunda quando está se afogando. Ademais, caso o salva-vidas não preste este auxílio, estaria violando tão somente um dever genérico, mas não poderia ser responsabilizado por resultados danosos provenientes desta não intervenção. Portanto, não se pode fazer essa identificação entre deveres negativos e comissão e deveres positivos e omissão<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 190-191. Não ignoramos aqui a situação da posição de garante por ingerência, em que o sujeito cria um perigo prévio e posteriormente não atua. Porém, entendemos que, mesmo nesta situação, a responsabilização do indivíduo surge por não ter agido posteriormente e não por ter criado o perigo prévio, pois, do contrário, já a criação do perigo seria suficiente para sua responsabilização penal.

<sup>79</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **InDret Penal. Revista para el análisis del Derecho**. v. 4, out., 2013, p. 05-06.

<sup>80</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 04. Estas omissões são as aqui denominadas omissões impróprias (art. 13, §2º do CP), que serão delimitadas e tratadas no item *infra* n. 3.2.1.2.2.

<sup>81</sup> Importante ressaltar que também não se poderia simplesmente abandonar a distinção entre comissão e omissão e seguir com a distinção entre deveres negativos e deveres positivos, tal como parece ter feito JAKOBS, para quem o relevante no Direito Penal é o fundamento da responsabilidade como responsabilidade por organização (deveres negativos) ou como responsabilidade institucional (deveres positivos) (JAKOBS, Günther. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 948-949). Isto porque, com este abandono perde-se a referência de que, em um Estado liberal, a regra é a responsabilização pela ofensa a terceiros e a exceção é a responsabilização pelo não auxílio a terceiros e, consequentemente, (i) já não se exigem estritos requisitos para equiparar uma omissão ao descumprimento de um dever negativo e a ela imputar um resultado lesivo a terceiro e (ii)

Desta forma, chega-se ao conceito de *omissão* como sendo um juízo de atribuição a uma conduta humana de não realização de uma prestação positiva de salvaguarda, indicada como necessária e possível *ex ante*, de um bem jurídico em risco, realização esta proveniente de uma pretensão estabelecida no tipo penal<sup>82</sup>.

A título de exemplo, estaremos diante de uma omissão jurídico-penal quando um pedestre observa um terceiro ferido na rua e continua andando<sup>83</sup>. Estaremos também diante de uma omissão jurídico-penal quando um menor de idade estiver se afogando em uma piscina e seu pai permanecer tomando sol na cadeira<sup>84</sup>.

As características comuns a ambos os exemplos, para que sejam considerados *omissões jurídico-penais*, são que (i) havia uma situação de perigo ao bem jurídico de terceiro que indicava sua pretensão de ser salvo/protegido e (ii) o tipo penal apresentava a pretensão de que o pedestre e o pai interviéssem naquelas situações de perigo nas quais se encontravam os bens jurídicos “integridade física” e “vida” para salvaguardá-los.

Estar-se-á diante de uma *omissão jurídico-penal*, portanto, quando a uma conduta humana praticada por um indivíduo for possível atribuir a não realização de uma *conduta de salvamento*, extraída da pretensão de proteção do bem jurídico *em situação de perigo*.

### 3.2 TIPICIDADE

Conceituada a omissão jurídico-penal como uma das modalidades de atribuição da realização de um tipo penal a uma conduta humana real, verifica-se que este conceito é a síntese de

---

permite-se que o simples desrespeito de um dever positivo (ou de competência institucional, na linguagem de JAKOBS), tal qual um negativo, já fundamente a imputação do resultado lesivo. Tal fica evidente na concepção de JAKOBS, na medida em que o autor só distingue as duas formas de responsabilidade, mas da distinção não retira consequências qualitativas, vale dizer, em ambas os agentes podem ser responsabilizados indistintamente por resultados decorrentes da situação fática, seja ela criada ou não por eles. Neste ponto, ROBLES PLANAS é categórico em afirmar sua discordância com a posição de JAKOBS e demonstra as graves consequências da adoção daquela posição (ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos..., *op. cit.*, p. 06 e 09).

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de...*, *op. cit.*, p. 180. O autor espanhol esclarece que este conceito cumpre com a exigência de se adequar ao uso geral das palavras, pois evidencia o conteúdo negativo de não fazer algo que está ligado ao termo “omissão”, mas não entra em contradição com a empiricamente constatada inexistência de fenômenos negativos e também cumpre com a função sistemático-jurídica dos conceitos, que são três: (i) abarcar todas as formas de realização típica omissiva, conforme se demonstrou acima e ficará evidente com a análise os elementos típicos; (ii) ter um conteúdo material que a diferencie da comissão, conforme se demonstrou acima e (iii) ser a base para se compreender a chamada omissão impropria, conforme item *infra* n. 3.2.1.2.2 (*Ibid.*, p. 178-179).

<sup>83</sup> Este seria um caso do crime de omissão de socorro, disposto no art. 135 do CP.

<sup>84</sup> Este seria um caso do crime de homicídio por omissão imprópria, disposto no art. 121 c.c. art. 13, §2º do CP.

todos os elementos da realização do tipo objetivo por omissão<sup>85</sup>. Neste tópico, os elementos do tipo objetivo serão brevemente definidos e se verificará se estão presentes nos casos trazidos no item *supra* n. 2.

### 3.2.1 Tipo objetivo

#### 3.2.1.1 A situação de perigo

##### 3.2.1.1.1 Conceito

O primeiro pressuposto de responsabilidade penal por omissão é a existência de uma situação fática de risco de ocorrência de um resultado de lesão ou de risco de ocorrência de um resultado de perigo concreto<sup>86</sup> ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal que se está analisando<sup>87</sup>.

A existência desta situação de perigo é necessária, pois indicará qual a concreta pretensão de salvamento ou de proteção exigida pelo bem jurídico e, conseqüentemente, indicará que o indivíduo deverá atuar para salvaguardá-lo da concretização de um resultado de lesão ou de perigo concreto<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Conforme destacado por SILVA SÁNCHEZ: “O conceito de omissão se refere ao gênero que engloba todas as realizações típicas omissivas: contém seus elementos comuns” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 166).

<sup>86</sup> Importante aqui breve esclarecimento a respeito do termo “resultado” será utilizado nesta dissertação sempre em seu significado normativo. O termo “resultado” pode apresentar dois significados: um naturalístico e um normativo (nesse sentido, cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 236-237). O primeiro diz respeito à existência de um acontecimento modificativo do objeto de conduta constatável *ex post* (após a realização da conduta), que é perceptível pelos sentidos e que é diverso desta conduta, de modo a dividir os crimes em (i) crimes de resultado e (ii) crimes de mera conduta. Por exemplo, o crime de homicídio é um crime de resultado, pois exige, para sua consumação, a verificação da morte da vítima. O crime de conduzir veículo automotor sob efeito de álcool ou outras substâncias psicoativas (art. 306 do CTB) é um crime de mera conduta, pois para sua consumação basta a condução do veículo nestas condições. O significado normativo diz respeito à existência de uma ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal constatável *ex post*, ofensa esta que pode ser de efetiva destruição ou de risco de destruição, de modo a dividir os crimes em (i) crimes de lesão e (ii) crimes de perigo concreto. Por exemplo, o crime de homicídio é um crime de lesão, pois destrói a vida enquanto bem jurídico. Já o crime de inundação (art. 254 do CP) é um crime de perigo concreto, pois o que decorre do resultado de inundação é uma exposição a perigo da vida, propriedade e integridade física de terceiros. Diferentemente das classificações anteriores, os crimes de perigo abstrato apresentam uma previsibilidade do resultado de alto risco de destruição já de um ponto de vista *ex ante* (Para mais detalhes sobre esta classificação, cf. GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 49, pp. 89-147, 2004, p.118 e ss.).

<sup>87</sup> Sobre a situação de perigo (ou situação típica), cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 353-360. Também ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 240. Próximo, mas sem muitos detalhes, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 814.

<sup>88</sup> Destacando que é desta situação que se extrai o concreto dever de agir, cf. JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 559-560. O autor mencionado, no entanto, não preenche o conceito de conteúdo.

Enquanto não estiver configurada uma tal situação, não é possível afirmar que há uma pretensão de salvamento ou proteção por parte do bem jurídico tutelado e, por consequência, não cabe impor ao indivíduo o dever concreto de agir. Por outro lado, quando o resultado já tiver ocorrido, também já não existirá mais a pretensão de salvaguarda do bem jurídico, não sendo possível neste caso, em um Direito Penal que busca a proteção de bens jurídicos, atribuir um dever de agir a alguém<sup>89</sup>.

No entanto, é necessário delimitar esta situação de perigo no que diz respeito à sua origem, ao seu conteúdo e, por fim, ao momento de constituição.

Em primeiro lugar, esta situação poderá surgir de fatos naturais, como no “caso da barragem” (*supra* n. 2.2.1); de condutas de terceiros, como no “caso do controlador de voo” (*supra* n. 2.1.1) e no “caso do homem ao mar” (*supra* n. 2.2.2); de uma conduta do titular do bem jurídico, como no “caso da menor humilhada” (*supra* n. 2.1.2) ou de uma conduta do próprio indivíduo omitente, como no “caso do abandono após atropelamento” (*supra* n. 2.3.1) e no caso do “amendoim envenenado” (*supra* n. 2.3.2)<sup>90</sup>.

Definida a origem, é preciso indicar o conteúdo desta situação de perigo, vale dizer, qual o grau de perigo suficiente para que se possa afirmar a existência desta situação<sup>91</sup>. Não é possível estabelecer uma definição exata desta quantidade de perigo que seja capaz de separar uma situação de perigo relevante de uma irrelevante para o Direito Penal. No entanto, é preciso que esteja presente uma probabilidade de que ocorra o resultado de lesão ou o resultado de perigo concreto ao bem

---

<sup>89</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 241.

<sup>90</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 354. Nesta quarta hipótese, no entanto, a conduta do indivíduo omitente que criou a situação de perigo já poderá ser valorada como um crime autônomo de comissão, o que gerará discussão posterior sobre se há uma mudança do título de imputação subjetiva de culpa para dolo ou, caso se mantenha o dolo, de conflito aparente de normas. Esta discussão será melhor desenvolvida no capítulo *infra* n. 6, quando da resolução dos casos do “abandono após atropelamento” (*supra* n. 2.3.1) e do “amendoim envenenado” (*supra* n. 2.2.2).

<sup>91</sup> A discussão sobre o conteúdo da situação de perigo ainda prevê uma perspectiva qualitativa, que não será aqui objeto de análise, na qual se discute se esta situação é composta somente por características físico-ontológicas, que representem uma probabilidade de ocorrência do resultado, ou também por características normativas, mais especificamente, a pergunta a ser feita é se a situação de perigo engloba ou não riscos a respeito dos quais a vítima consentiu validamente (ex.: vítima pretende se suicidar) e riscos que, apesar de típicos, estão acobertados por uma causa de justificação (p. ex.: indivíduo A ameaça iniciar uma agressão em legítima defesa ao indivíduo B. Seria uma situação de perigo à integridade física de B capaz de gerar um dever de agir a um terceiro?). Sobre esta discussão, cf. *Ibid.*, p. 354-359.



jurídico tutelado ou que a lesão ou perigo já existentes se agravem<sup>92</sup>, mas, ao mesmo tempo, uma probabilidade que ainda permita a reversão pela prática de uma conduta<sup>93</sup>.

Esta probabilidade não é puramente matemática, devendo seguir alguns indicadores fáticos mínimos como a definição objetiva da vítima e sua concreta vulnerabilidade; a definição do meio de execução que conduzirá ao resultado lesivo ou perigoso e a delimitação temporal<sup>94</sup>.

Por fim, esta probabilidade de ocorrência da lesão ou perigo concreto ao bem jurídico decorrente de fatos naturais ou humanos deve ser verificada no momento em que o agente irá realizar a conduta humana real, que será denominado de momento *ex ante*<sup>95</sup>, e não no momento após a realização da conduta humana real, denominado *ex post*, que é o momento em que se verificará a ocorrência dos resultados de lesão ou colocação em perigo concreto.

O fundamento para que o momento de verificação da existência da situação de perigo seja o momento *ex ante* é o de que as normas provenientes do tipo penal têm um caráter precípua de normas de comportamento, vale dizer, contêm uma diretiva de como os indivíduos devem atuar<sup>96</sup>. Logo, para que funcione como uma diretiva de comportamento, a norma deve incidir no momento em que o agente irá se comportar (*ex ante*)<sup>97</sup>.

Assim, na medida em que a situação de perigo é que indicará a pretensão de salvamento ou proteção do bem jurídico e, conseqüentemente, o dever de agir do agente, sua verificação também deve se dar no momento em que o sujeito irá realizar a conduta humana<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 359. O autor espanhol defende, no entanto, que o conceito de situação de perigo englobaria ainda situações fáticas de probabilidade de ocorrência de um perigo *ex ante*, ou seja, situações de perigo da ocorrência da situação de perigo, que exigiriam o que ele denomina de deveres de asseguramento por parte do garante (*Ibid.*, p. 360). Discordamos do autor neste ponto, pois se as normas penais provenientes dos crimes de lesão ou de perigo concreto englobarem também esses perigos de perigos, de duas uma: ou já a criação deste perigo de perigo por um indivíduo será uma conduta típica e, se dolosa, uma tentativa por comissão, ou a conduta típica omissiva se iniciaria antes da conduta típica comissiva, pois, caso exista uma situação de perigo da ocorrência do perigo, ela poderá gerar uma responsabilidade penal por omissão, porém a responsabilidade penal por comissão só surgirá com a criação da situação de perigo em si. Ademais, uma tal posição não é capaz de distinguir um dever genérico e um dever concreto de agir, pois se o garante sempre é responsável já por evitar o perigo da ocorrência da situação de perigo, não há motivo para concretizar o seu dever de agir. Com isto, se afastam, de certa forma, as razões pelas quais se distinguem os delitos de omissão própria dos delitos de omissão imprópria. Por outro lado, o que é possível ocorrer é a tipificação pelo legislador de uma conduta de não cumprimento de um dever de asseguramento determinado, situação de perigo abstrato, na qual a distinção entre comissão e omissão perde o sentido e, principalmente, não há que se falar em responsabilidade penal por tentativa.

<sup>93</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 240.

<sup>94</sup> Esta discussão e estes critérios serão melhor desenvolvidos no cap. 4, quando da abordagem do início da execução na tentativa por comissão.

<sup>95</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 354-355.

<sup>96</sup> A respeito da perspectiva *ex ante* e de sua relação com as normas de comportamento no Direito Penal, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 584, nota de rodapé n. 1732. Para mais detalhes sobre o conceito de norma de comportamento ora adotado, ver item n. 4.2.

<sup>97</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 355.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 355.

### 3.2.1.1.2 Aplicação aos casos

Definido, brevemente, o conceito de *situação de perigo*, que serve como premissa maior deste primeiro pressuposto da responsabilidade por omissão, é preciso realizar a subsunção das partes das narrativas fáticas (premissas menores) a este conceito para verificar se está presente nos casos.

No *caso do controlador de voo*, no momento em que a aeronave adentrou a aerovia UZ6 e não desceu a uma altitude de F360, surgiu a possibilidade concreta de colisão com outras aeronaves, estando objetivamente definidos o meio pelo qual o resultado lesivo poderia acontecer e as vítimas, passageiros do avião. Ademais, a ocorrência do resultado era iminente. De outro lado, ainda havia tempo de impedir o resultado com ações de salvamento. Portanto, conclui-se que estava presente uma situação de probabilidade de ocorrência do resultado lesivo morte aos passageiros (situação de perigo).

No *caso da menor humilhada*, no momento em que “V” tomou diversos medicamentos controlados em grande quantidade e sem qualquer tipo de acompanhamento médico, surgiu a concreta possibilidade de morte, o que se mostra pelo fato de que a vítima já estava objetivamente delimitada, (a menor “V”); o meio de ocorrência do resultado lesivo morte estava definido e em marcha, e havia certa iminência da ocorrência do resultado. Portanto, conclui-se que estava presente uma situação de probabilidade de ocorrência do resultado lesivo morte da menor.

No *caso da barragem*, no momento em que surgiram especiais desgastes nas estruturas da barragem e risco de perda de resistência e desabamento, o meio de ocorrência do resultado já estava delimitado e em marcha. Ademais, as vítimas estavam objetivamente delimitadas, todas as pessoas que moravam na proximidade, mais especificamente suas vidas, integridades físicas e patrimônios. Por fim, diante de um risco de desabamento, a proximidade temporal com o resultado lesivo ou perigoso era alta. Havia, no entanto, a possibilidade de interromper esse processo com a prática de uma conduta. Portanto, conclui-se que estava presente uma situação de probabilidade de ocorrência do resultado morte de terceiros e resultado de perigo à vida, integridade física e propriedade de terceiros.

No *caso do homem-ao-mar*, no momento em que os tripulantes amarraram “V” e iniciaram o procedimento para jogá-lo ao mar, o meio de execução já estava objetivamente delimitado e havia sido iniciado, a vítima objetivamente delimitada e a ocorrência era iminente. Portanto, conclui-se que estava presente uma situação de probabilidade de ocorrência do resultado morte de “V”.

No *caso do abandono após atropelamento*, no momento em que “P” foi atropelado e ficou estendido no chão, não há dúvida da ocorrência de uma situação de perigo para sua vida. Isto porque a vítima estava objetivamente delimitada, o meio de ocorrência do resultado já estava em marcha e a iminência de ocorrer o resultado era grande. Portanto, conclui-se que estava presente uma situação de probabilidade de ocorrência do resultado morte de “P”.

No *caso do amendoim envenenado*, no momento em que “E” coloca inseticida no amendoim que o marido iria comer, a vítima já está objetivamente identificada, o meio de execução encontra-se em plena marcha e o tempo é curto, surge assim uma situação de perigo para a vida de “M”.

No *caso do montanhista*, no momento em que “V” se encontrava no meio da trilha com fraturas expostas em ambas as pernas e já desacordado, havia ali uma vítima objetivamente identificada, o meio de conduzir à morte estava em marcha e a havia proximidade com a ocorrência do resultado. Portanto, conclui-se que estava presente uma situação de probabilidade de ocorrência do resultado morte de “V”.

### 3.2.1.2 Posição de garantidor

A posição de garantidor é um elemento que auxiliará na distinção entre as duas espécies de *realização típica omissiva*, a omissão própria e a omissão imprópria. Em razão disto, primeiro apresentaremos o conceito e fundamento da posição de garantidor e, posteriormente, de forma breve, o critério adotado para distinguir as duas espécies de omissão.

#### 3.2.1.2.1 Conceito: fundamento da posição de garantidor

Algumas omissões têm como característica *necessária* a presença de um dever específico do omitente, destinado somente a alguns indivíduos, de intervir na situação típica, dever este que é conhecido como *dever de garante*.

Diversos são os entendimentos que procuram apresentar fundamentos para esta posição de garantidor, de forma que, sem pretensão de exaustividade, aqui se buscará somente apresentar um panorama das principais posições.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três fontes deste dever especial de agir do omitente, dispostas no art. 13, §2º do Código Penal, a *lei*, a *assunção prévia* e o *comportamento anterior arriscado*, razão pela qual uma primeira possibilidade de fundamento da posição de garantidor é a

denominada teoria das fontes formais, segundo a qual o dever especial de agir decorre de uma imposição extrapenal decorrente de leis ou de contratos<sup>99</sup>.

Esta posição, no entanto, já foi amplamente afastada, pois representaria a violação do princípio da taxatividade estrita do tipo penal<sup>100</sup>, a violação do princípio da igualdade<sup>101</sup> e é uma concepção insuficiente no tratamento de casos práticos, pois deixa a responsabilidade penal à mercê de avaliações contratuais<sup>102</sup>. De outro lado, o fato do Código Penal brasileiro ter positivado as fontes de dever acima indicadas não significa que a adoção de fundamentos materiais, desde que não contrários ao positivado pelo Código, representaria uma violação ao princípio da legalidade<sup>103</sup>.

Diante das críticas à teoria das fontes formais, outras concepções buscam fundamentar a posição de garantidor a partir de argumentos originariamente penais.

Uma primeira perspectiva adota como fundamento da posição de garantidor a presença do *domínio ontológico sobre o fundamento do resultado*<sup>104</sup>. Para esta perspectiva, ao se pretender equiparar a *omissão imprópria* à *comissão*, é preciso identificar uma estrutura ontológica equiparável a ambas, sob pena de se valorar igualmente objetos empíricos diversos, incorrendo na chamada falácia normativista<sup>105</sup>. Cumprindo com essa exigência, lançou-se mão do *domínio real sobre o fundamento*

<sup>99</sup> Nesse sentido, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 81-82 e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p.71-72.

<sup>100</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 82-83 e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 73.

<sup>101</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 83. A dificuldade em fundamentar uma diferença de pena é bem ilustrada por ESTELLITA, com o exemplo em que a criança “C” é espancada até a morte por “E” e o pai “P” e o padrinho “AP” assistem impassíveis o que ocorre, apesar de terem possibilidades físico-reais de intervir para evitar a morte de “C”. Enquanto “P” responderá pelo crime de homicídio por *omissão imprópria*, com uma pena de 6 a 20 anos, “AP” responderá pelo crime de *omissão de socorro*, com uma pena de 03 meses a 1 ano e 6 meses, apesar dos comportamentos serem idênticos. Assim, não há dúvida da necessidade de um fundamento efetivamente material para explicar esta diferença tão alta de pena (*Ibid.*, p. 85).

<sup>102</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 83. O caso da babá, mencionado por SCHÜNEMANN, e suas variações, são ilustrativos (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria. Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 162). Entre nós, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 86 e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes omissivos...**, *op. cit.* p. 73.

<sup>103</sup> Nesse sentido, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 83 e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes omissivos...**, *op. cit.* p. 73, especialmente nota n. 41. BOTTINI ainda apresenta a objeção de que a teoria das fontes formais não é capaz de fundamentar o dever de garante por ingerência, em que o indivíduo, com um atuar prévio arriscado, acaba tendo o dever de agir para impedir um resultado lesivo, hipótese do art. 13, §2º, c, do CP (*Ibid.*, p. 74). Tratando do ordenamento jurídico espanhol, que é próximo ao brasileiro na delimitação das fontes de garantidor, SCHÜNEMANN também argumenta que o afastamento da teoria das fontes formais não infringiria o princípio da legalidade (SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. Trad. Beatriz Escudero García-Calderón. In GARCÍA VALDÉS, Carlos *et. al.* (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. vol. 2, pp. 1609-1630. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1612-1613).

<sup>104</sup> Essa é a posição adotada por SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de..., *op. cit.*, p. 171 e ss.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 163. É importante lembrar aqui, conforme já explicitado no item *supra* n. 3.1.1., que SCHÜNEMANN parte de um conceito de omissão como um não fazer ontológico possível que se diferencia do fazer da comissão. Assim, para este

*do resultado* como conteúdo ontológico comum a ambas as formas. Na medida em que a responsabilidade a título de comissão é baseada no fato de que o agente, como autor, domina o próprio corpo, que realiza a ação causal para o resultado (próprio corpo como fundamento do resultado), uma omissão à qual se pretende atribuir responsabilidade equivalente à ação exige que o omitente detenha uma posição de domínio real, ontológico, sobre o fundamento do resultado<sup>106</sup>. Assim, será portador de um dever especial de garantidor aquele que exercer um domínio real e ontológico sobre o acontecimento que conduz à lesão ou ao perigo ao bem jurídico, isto é, o *fundamento* do resultado lesivo ou perigoso. São dois os fundamentos do resultado: (i) a causa essencial do resultado, que se denomina *fonte de perigo*, podendo ser tanto uma coisa como uma pessoa, e (ii) o desamparo do *bem jurídico*. SCHÜNEMANN entende, assim, que o fundamento material da posição de garante é o domínio real sobre o desamparo do bem jurídico ou o domínio real sobre uma fonte de perigo<sup>107</sup>.

A título de exemplo, terá dever de garantidor por dominar o desamparo do bem jurídico (*garantes de proteção*) a mãe que faticamente estiver na guarda de seu filho ou a babá que assumiu faticamente esta guarda, e terá, por outro lado, o dever de garantidor por dominar a fonte de perigo (*garante de vigilância*) o diretor de uma empresa de energia nuclear que faticamente assumiu a responsabilidade pela operação de uma das usinas ou o gerente de recursos humanos de uma empresa ambiental que faticamente assumiu a supervisão da atividade poluente de seus empregados.

Em que pese os inegáveis ganhos desta posição<sup>108</sup>, pois busca um fundamento de natureza jurídico-penal, é possível objetá-la a partir de três argumentos.

Em primeiro lugar, critica-se a natureza ontológica do domínio sobre o fundamento do resultado. Conforme demonstrado acima, esta construção ontológica é decorrente do conceito de omissão adotado por SCHÜNEMANN. Para o autor alemão, assim como para a maioria dos autores, a omissão é um “não fazer ontológico” diverso da ação. Partindo deste conceito, SCHÜNEMANN se viu obrigado a encontrar um substrato ontológico que fosse comum à omissão e à ação nas hipóteses de omissão imprópria para que fosse possível valorá-las de forma equiparável. Porém, caso se adote o conceito de omissão aqui defendido (item *supra* n. 3.1) como um juízo de valoração de um objeto ontológico, que é a conduta humana real, a necessidade que incomodava SCHÜNEMANN já não existe mais e é possível se utilizar de um critério *normativo* que aproxime a omissão imprópria da comissão.

---

autor faz sentido exigir um substrato ontológico comum para equiparar comissão e omissão imprópria. Esta posição será, no entanto, criticada neste tópico.

<sup>106</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de..., *op. cit.*, p. 171.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 171-172.

<sup>108</sup> Entre nós, adota esta posição ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 94-95.

Em segundo lugar e em decorrência da crítica acima, é possível criticar que a posição do domínio *ontológico* pode confundir a presença de uma posição de garantidor com a possibilidade de realizar a ação de salvamento<sup>109</sup>. Considere que uma pessoa “A” encontra-se em um parque e, em determinado momento, próxima a ela há uma criança de três anos subindo em um brinquedo alto e, evidentemente, correndo risco de cair e sofrer um acidente. Esta pessoa detém o domínio sobre o desamparo do bem jurídico integridade física da criança? É uma pergunta difícil de responder com o simples argumento do domínio como conceito natural, ontológico, pois é um domínio a ser constatado no caso e não atribuído por algum motivo jurídico-penal. Logo, inevitável acabar confundindo a constatação ontológica do domínio com a constatação ontológica de que era possível realizar uma ação de salvamento<sup>110</sup>.

Por fim, é possível criticar a posição ontológica do domínio pela sua falta de rendimento na resolução de casos de ingerência<sup>111</sup> e de responsabilidade penal pelo produto<sup>112</sup>, pois, em tais casos, não é possível estabelecer um verdadeiro domínio natural por parte do garante.

Uma segunda perspectiva, já exposta anteriormente, identifica a posição de garantidor a partir da divisão de JAKOBS entre deveres por organização e deveres por instituição. De acordo com o autor alemão, as limitações do exercício da liberdade dos indivíduos em uma sociedade surgem a partir de dois fundamentos: (i) limites gerais de liberdade, que se aplicam a todos os indivíduos (*status geral*), exigindo que estes formulem seu âmbito de organização de maneira a não produzir resultados

---

<sup>109</sup> BOTTINI menciona o caso do dono de um cão que consegue controlá-lo com um assovio. Se o dono acaba vendendo seu cão para terceiro e, posteriormente, passa na rua e vê o cão atacando uma pessoa, ele terá o domínio real sobre a fonte de perigo, mas nem por isso terá o dever de garantidor de intervir naquela situação (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 89). Interpretação diversa desta situação é conferida por SCHÜNEMANN, para quem, no momento em que o cachorro sai da vigilância do proprietário, seja por uma venda, seja por uma fuga, ele já não tem mais domínio sobre esta fonte de perigo e sua relação com o cachorro passa a ser igual à de qualquer outro indivíduo (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de..., *op. cit.*, p. 172). Essa argumentação do autor alemão, no entanto, somente reforça a crítica, pois se o que define o domínio não é um certo poder de agir sobre a fonte de perigo, como, por exemplo, o assovio proposto por BOTTINI, então, em última instância, a posição de garantidor não está baseada no domínio real, mas sim em uma relação jurídica prévia, no caso, a relação de propriedade sobre o cachorro.

<sup>110</sup> Essa crítica é reforçada na medida em que o próprio SCHÜNEMANN, ao tratar da situação da babá, somente a considera como portadora do dever de garante sobre a criança se “*assumiu faticamente a guarda sobre o bebê*” (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de..., *op. cit.*, p. 172). Ora, em última instância, o que define o domínio real para o autor alemão é então uma relação jurídica anterior de guarda sobre o bebê e não um poder de agir e, sendo assim, a diferença com as fontes formais se esvai.

<sup>111</sup> Nesse sentido, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 88.

<sup>112</sup> A dificuldade fica evidente na medida em que SCHÜNEMANN se vê obrigado a defender que, nestes casos, a posição de garantidor dos omitentes, que permite a responsabilidade penal pelos resultados dos produtos defeituosos, estaria fundada em um domínio sobre o desamparo do bem jurídico dos clientes, que só estaria presente em “*produtos de marca*” (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de..., *op. cit.*, p. 175). Ora, não há explicação para que um conceito ontológico de domínio dependa de um conceito valorativo e subjetivo como o de “produtos de marca”, ou seja, detém domínio real – conceito ontológico – o vendedor da marca X, mas não o da Y, porque a primeira é uma marca reconhecida? Fica evidente, assim, que o autor alemão precisa se valer de aspectos normativos para solucionar alguns casos e que estes aspectos não jogam papel em uma definição de domínio ontológico do fundamento do resultado.

nocivos às organizações alheias e (ii) limites traçados por instituições socialmente construídas, que se aplicam somente a algumas pessoas (*status específico*), exigindo que cumpram com os deveres deste *status*<sup>113</sup>. A responsabilidade penal estará fundamentada no desrespeito a um destes dois limites, do primeiro surge uma responsabilidade por competência de organização e do segundo uma responsabilidade por competência institucional<sup>114</sup>.

Com relação à competência por organização, JAKOBS afirma que se deve assegurar que do próprio âmbito de organização não surja algo nocivo para terceiros, ou seja, há um *dever de asseguramento* da manutenção da organização dentro do risco permitido. No entanto, ainda dentro desta competência por organização, JAKOBS admite que existem *deveres de salvamento* que surgem tanto da assunção, em que o indivíduo assume “a eliminação de um risco que não pertence já, ao menos exclusivamente, a seu próprio âmbito de organização”<sup>115</sup>, quanto da ingerência, em que há o dever de salvar por ter realizado uma organização perigosa anterior<sup>116</sup>.

Com relação à competência por instituição, JAKOBS afirma que os portadores do *status especial* devem cumprir com os deveres, não existindo importância na forma de organização, mas sim no desrespeito do dever<sup>117</sup>.

A partir desta divisão, JAKOBS afirma que a posição de garantidor estará sempre presente quando o indivíduo estiver diante de deveres de organização, pois será sempre garante do próprio âmbito de organização<sup>118</sup>. Da mesma forma, quando não houver um dever de organização, mas o indivíduo ostentar uma posição especial por dever de instituição, será dotado do dever de garantidor<sup>119-120</sup>.

---

<sup>113</sup> JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omisivo**. Trad. Enrique Peñarada Ramos. Bogotá, D.F.: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 09-11.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 18 - trad. livre.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 19-29.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>119</sup> O exemplo utilizado pelo autor é o de que tanto os pais que provocam (instigam) um ataque à vida de seu filho quanto os que deixam seu filho morrer são igualmente autores por um delito de infração de dever (*Ibid.*, p. 38-39).

<sup>120</sup> Próxima à concepção de JAKOBS é a adotada por BOTTINI, que entende que as omissões penalmente relevantes se dividem em dois grupos a partir da origem do risco: aquelas ligadas a *riscos próprios* e aquelas ligadas a *riscos alheios*. As primeiras são aquelas em que o omissor realiza uma conduta positiva anterior criadora de um risco para o bem jurídico e, na sequência, não intervém no curso causal lesivo. O fundamento da posição de garantidor, nestas hipóteses, é a própria criação do risco. Portanto, são as situações em que os riscos são produzidos dentro do próprio âmbito de organização do indivíduo, violando deveres negativos de não lesão (*neminem laedere*). As segundas são aquelas em que há um risco ao bem jurídico totalmente desconectado da esfera de organização do indivíduo, que não o produziu, e o agente não intervém para salvá-lo. O fundamento da posição de garantidor surge da fixação de expectativas especiais em relação a determinadas pessoas que ocupam papéis determinados ou mesmo que estejam em situações de proteção de bens jurídicos ou de contenção de riscos (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 117-120).

A partir desta estruturação, a concepção de JAKOBS, oposta à anterior, se vale de conceitos exclusivamente normativos para fundamentar a posição de garantidor, ignorando o aspecto ontológico com que a conduta se organiza<sup>121</sup>. Em razão disto, é possível criticar esta posição a partir de dois níveis de argumentos.

O primeiro, já tratado no item *supra* n. 3.1.3., é o de que ignorando as diferenças ontológicas com que as condutas se organizam e baseando a responsabilidade somente em aspectos normativos, JAKOBS chega a permitir a responsabilização pelo resultado em qualquer hipótese, não existindo diferença alguma entre uma competência por organização e uma competência por instituição. Em outras palavras, tanto se o indivíduo violar sua competência por organização, não realizando a intervenção para que um risco dela decorrente atinja terceiros, quanto se o indivíduo violar sua competência por instituição, que impôs a ele um papel de intervenção em situações que não decorreram de seu próprio âmbito de organização, este indivíduo será responsável pelos resultados lesivos.

Em última análise, perde-se a referência de que são necessários importantes e estritos fundamentos para equiparar um não intervir em um processo causal lesivo produzido por terceiro a um causar um processo lesivo a terceiro.

O segundo argumento diz respeito à amplitude do conceito de âmbito de organização, que engloba todo e qualquer empreendimento realizado por um indivíduo, permitindo assim uma responsabilização penal muito ampla. Por exemplo, se um indivíduo cria uma pessoa jurídica e dela vira sócio, esta pessoa jurídica estará em seu “âmbito de organização” e qualquer risco não permitido dela decorrente que o indivíduo não neutralizar já será uma violação ao dever de organização.

Uma terceira perspectiva procura um fundamento normativo para a posição de garantidor, tal qual a segunda, mas com olhares para a forma de atuação e a relação com o bem jurídico, tal qual a primeira.

Para SILVA SÁNCHEZ há uma posição de garantidor quando o agente tiver um compromisso de intervir como barreira de contenção de determinados riscos contra certos bens jurídicos<sup>122</sup>, pela natureza da relação que o agente tem seja com o bem jurídico seja com a fonte de perigo. De acordo

---

<sup>121</sup> JAKOBS entende ser indiferente, do ponto de vista jurídico, se o âmbito de organização era inócuo e foi seu titular que o tornou perigoso (ação) ou se o estado da organização era perigoso e foi seu titular que não o reorganizou para tornar-se inócuo (omissão), em ambos os casos ele será garantidor e responsável pelo resultado (JAKOBS, Günther. **La competencia por...** *op. cit.*, p. 14-15). O exemplo utilizado pelo autor é o de que não há diferença entre acelerar um veículo em direção a um transeunte e não desviar o veículo que vai em direção a um transeunte (*Ibid.*, p. 15).

<sup>122</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 464 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios...**, *op. cit.*, p. 16.



com esta posição, a partir da relação que o indivíduo tem com a fonte de perigo ou com o bem jurídico, será estabelecido um compromisso concreto que definirá as chamadas situações de garantia, ou seja, as proteções que o indivíduo terá de realizar a determinados bens contra determinados riscos<sup>123</sup>.

Este compromisso não pode ser proveniente de papéis sociais abstratos, que não têm um âmbito bem delimitado e principalmente que contêm obrigações difusas. Ao contrário, para que o compromisso esteja presente é preciso que a relação entre o indivíduo e o bem jurídico ou a fonte de perigo seja de alta intensidade, isto é, que o compromisso seja inequívoco<sup>124</sup>.

Referido compromisso se caracteriza pela produção de dois fenômenos, o da *confiança* e o do *abandono*. Com seu compromisso de intervir como barreira de contenção de riscos provenientes de uma especial relação prévia, o agente produz a confiança nos potenciais afetados de que serão, em parte, protegidos, e também produz o abandono dos potenciais intervenientes, que procurariam conter determinado risco<sup>125</sup>.

Uma vez presente este compromisso inequívoco, é possível falar que o indivíduo detém o risco em suas mãos, tendo de atuar como barreira de contenção deste risco, ou seja, tem o *controle normativo sobre o risco*<sup>126</sup>. É este compromisso de atuar como barreira de contenção do risco e seu posterior não atuar que permitem estabelecer uma identidade estrutural normativa entre a omissão, que será chamada de imprópria, e a comissão<sup>127</sup>.

Tal concepção, conforme adiantado, não se afasta completamente das anteriores, mas supera suas objeções.

Em primeiro lugar, partindo de um conceito de omissão como juízo de atribuição a uma conduta humana, desobriga-se da necessidade de encontrar um substrato ontológico comum que permita equiparar a valoração da omissão imprópria à comissão. Ao contrário, para esta concepção o

---

<sup>123</sup> Para SILVA SÁNCHEZ, portanto, situações em que não existe compromisso prévio ou que ele é duvidoso não fundamentarão um dever de garantidor. O autor espanhol apresenta dois exemplos: a situação em que a conduta prévia criadora do risco for produzida fortuitamente ou de maneira imprudente, impedindo assim a existência de um dever de garante por ingerência, e a situação duvidosa do irrestrito socorro dos pais aos filhos em qualquer hipótese decorrente unicamente da relação pais e filhos (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 464). Para fins de comparação, JAKOBS provavelmente resolveria as duas situações afirmando a presença da posição de garante e da responsabilidade penal. A primeira porque o indivíduo não agiu para evitar um resultado decorrente de uma organização defeituosa anterior e a segunda porque a paternidade é uma instituição e não salvar o filho é uma quebra do dever institucional.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>125</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios...**, *op. cit.*, p. 16 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 471.

<sup>126</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios...**, *op. cit.*, p. 16 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 471.

<sup>127</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios...**, *op. cit.*, p. 16 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 465.

substrato ontológico é a conduta humana e o que se busca é definir alguns pressupostos normativos que permitam afirmar uma *identidade estrutural normativa* entre a não realização de uma ação concreta de salvamento do bem jurídico (omissão imprópria) e a criação de um risco a este bem jurídico (comissão)<sup>128</sup>.

Desta forma, os pressupostos que fundamentam a posição de garantidor poderão ser normativos e, como consequência, baseados em relações jurídicas específicas entre o indivíduo e o bem jurídico ou entre o indivíduo e a fonte de perigo.

As principais vantagens de que tais critérios sejam normativos são que (i) não há confusão com a constatação da possibilidade física de realizar a ação de salvamento, ou seja, tal qual no exemplo acima citado da pessoa no parque, o indivíduo tinha a possibilidade física de realizar a ação de salvamento, porém faltava uma especial relação jurídica prévia com o bem jurídico, o que impede que se considere que firmou um compromisso de atuar como barreira de contenção de riscos e (ii) é possível reconhecer com maior facilidade a presença do compromisso de contenção em casos denominados de ingerência e de responsabilidade penal pelo produto.

De outro lado, esta posição não se limita à mera constatação normativa de violação de quaisquer deveres<sup>129</sup>, mas sim parte da diferença entre *comissão* e *omissão* e da exigência de que a segunda somente possa ensejar uma responsabilidade pelo resultado em casos nos quais estiverem presentes pressupostos específicos de *controle normativo dos riscos ao bem jurídico*, que são (i) o compromisso de contenção de riscos, composto pelos fenômenos da confiança das vítimas e do abandono dos potenciais intervenientes e (ii) pela assunção inequívoca deste compromisso.

### 3.2.1.2.2 Delimitação entre os crimes omissivos próprios e os impróprios

Apresentado o conceito e o fundamento da posição de garantidor, é possível distinguir brevemente as duas espécies de omissão.

A legislação penal brasileira apresenta duas espécies de *omissão*: uma que surge a partir de uma cláusula geral de relevância da omissão (art. 13, §2º, CP), denominada *omissão imprópria*, e outra que decorre de tipos penais concretos, como, por exemplo, o crime de omissão de socorro (art.

---

<sup>128</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 462 e 471. Afirma SILVA SÁNCHEZ: “Assim, cabe afirmar que concorre um controle sobre o processo causal que é idêntico no plano normativo – isto é, no nível das estruturas materiais de imputação – com o da comissão ativa” (*Ibid.*, p. 471 – trad. livre).

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 465.

135, CP)<sup>130</sup> e o crime de omissão de notificação de doença (art. 269, CP)<sup>131</sup>, denominada *omissão própria*.

Há grande disputa doutrinária sobre qual o critério a ser utilizado para distinguir estas duas espécies de omissão<sup>132</sup>, porém, aqui, interessa somente uma definição clara das duas espécies para que se possa seguir para o enfrentamento do problema de pesquisa.

O primeiro passo para definir o critério é constatar qual a consequência jurídico-penal de atribuir a uma conduta humana uma realização típica de *omissão própria* ou de *omissão imprópria*. A *omissão imprópria* permite atribuir ao omitente a responsabilidade pelo resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico decorrente de uma situação típica que este omitente não criou ou atribuir a responsabilidade dolosa pelo resultado decorrente de situação típica que criou só culposamente. Já a *omissão própria* não permite essa atribuição de responsabilidade<sup>133</sup>.

Atribuir a realização típica de *omissão imprópria* a determinada conduta humana significa poder responsabilizar penalmente o omitente pelo resultado por não ter realizado a intervenção na situação de perigo bem jurídico e atribuir a realização típica de *omissão própria* a determinada conduta humana significa poder responsabilizar o omitente apenas pela não intervenção na situação típica, por mais que dela decorra um resultado lesivo ou perigoso.

O critério que melhor explica esta consequência prática é o que distingue as espécies de omissão a partir da verificação de um identidade estrutural entre a *omissão* e a *comissão*<sup>134</sup>, que pode ser resumida pela ideia de um exercício de liberdade prévio suficiente para equiparar a posterior não melhora da situação do bem jurídico com a própria criação da situação de perigo.

<sup>130</sup> Crime disposto no art. 135 do CP: “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. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

<sup>131</sup> Crime disposto no art. 269 do CP: “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

<sup>132</sup> Para uma exposição completa da discussão, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 399-425; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 52-60 e ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte Geral**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 759-764).

<sup>133</sup> Nesse sentido, afirma ROXIN: “... a obrigação de socorrer ou de ajudar do §323 c e a obrigação de denunciar do §138 não devem ser utilizadas para construir a partir delas uma posição de garante com a consequência de que quem permanece passivo ante um desenlace mortal pode ser responsável por homicídio doloso ou imprudente por omissão. O fato de que isto precisamente não é possível é a peculiaridade decisiva das omissões próprias” (*Ibid.*, p. 763-764 - tradução livre). No mesmo sentido, ROBLES PLANAS, Ricardo. **Deberes negativos...**, *op. cit.*, p. 11-13.

<sup>134</sup> Outros critérios postulados pela doutrina, como o do tipo de norma descumprida; o dos deveres de agir/evitar o resultado; o do resultado naturalístico para consumação; o da estrutura do delito; o da previsão legal expressa e o do dever especial, não são capazes de explicar essa consequência prática e, portanto, são insuficientes para a distinção. Porém, isto não significa que estes critérios não impliquem em outras subdivisões dentro dos crimes omissivos. Nesse sentido, é o que propõe SILVA SÁNCHEZ, sem abrir mão de que outras diferenças acabem resultando em subdivisões das duas classificações (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **El delito...**, *op. cit.*, p. 431-438).

Na omissão *imprópria* há esta identidade estrutural com a *comissão*, pois o omitente assumiu de forma inequívoca e prévia uma posição de garante da situação de perigo concreta, o que lhe confere verdadeiro controle normativo sobre ela. Esta assunção inequívoca de uma posição de garantidor significa que o agente exerceu suficiente liberdade para que a ele possa ser imputada a responsabilidade penal pelo resultado<sup>135</sup>.

Na omissão *própria* esta identidade não está presente, pois o omitente não assumiu uma posição de garante de forma prévia e inequívoca e não detém o controle sobre a situação de perigo. Há, na realidade, um dever fático, situacional, de intervir na situação de perigo, que surge da comunhão entre a ideia de solidariedade do cidadão enquanto parte de uma sociedade e o mero contato fático deste cidadão com a situação de perigo, o que impede que se lhe atribua responsabilidade por aquela situação e pelo resultado dela decorrente<sup>136</sup>.

Importante ressaltar que este dever geral de solidariedade não pode basear a imposição de um dever de intervir na situação de perigo com o argumento de que é algo moralmente correto, sob pena de se incorrer em um *moralismo estatal*<sup>137</sup>, sendo necessário demonstrar que o cumprimento desta conduta solidária também representaria algo positivo do ponto de vista da prestação das tarefas estatais<sup>138</sup>.

Na medida em que cabe ao Estado garantir a segurança dos cidadãos, que, em troca, devem aceitar certas limitações de forma solidária, a principal prestação feita pela comunidade solidária é a contribuição, por meio do pagamento de tributos, para que as instituições se mantenham para garantir essa segurança<sup>139</sup>. Ocorre que, nos casos em que surgem necessidades ou ameaças repentinas (situações de perigo), que não podem ser repelidas a tempo pelas instituições construídas pela comunidade solidária, esta contribuição pelo pagamento de tributos não é suficiente para garantir a segurança<sup>140</sup>, justificando a imposição de deveres gerais de intervenção aos cidadãos.

<sup>135</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos..., *op. cit.*, p. 12.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>137</sup> Este conceito será melhor trabalhado no item n. 4.3.

<sup>138</sup> Nesse sentido, esclarece FRISCH: “*Se bem é certo que para muitos, por exemplo, o auxílio em caso de necessidade parece um mandado de uma ação eticamente correta, o Estado não está autorizado a impor por meio do Direito, isto é, mediante o estabelecimento de deveres jurídicos e coação jurídica (pena), tudo aquilo que é eticamente correto ou que aparece como mandado pela ética. Isto ele pode fazer somente quando a imposição daquilo que certas pessoas consideram como eticamente mandado resulta necessária para o cumprimento das tarefas que lhe foram delegadas*” (FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **InDret penal. Revista para el análisis del Derecho**, n. 4, out., 2016, p. 08 – trad. livre).

<sup>139</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 10.

<sup>140</sup> Argumenta FRISCH: “*A problemática dos chamados deveres de solidariedade em Direito Penal... concerne a casos nos quais o aporte usual da comunidade solidária, isto é, especialmente os tributos, não é suficiente para garantir a segurança frente a afetações, porque se trata de situações de necessidade ou ameaças que surgem repentinamente e cuja evitação não é possível às instituições da comunidade solidária realizar a tempo ou sem contar com certa informação.*”

Assim, os crimes de *omissão própria*, para que sejam legítimos, reclamam uma situação específica em que surgem necessidades ou ameaças repentinas para as quais não existem instituições previamente preparadas para intervir. Logo, em razão dos próprios fundamentos, os deveres nas omissões *próprias* são somente fruto do pertencimento a esta comunidade solidária e não de um prévio exercício de seu agir livre, que construiria uma relação intensa com o bem jurídico ou com a fonte de perigo e permitiria fundamentar uma identidade entre *comissão* e *omissão*.

Portanto, o critério de distinção entre as espécies de *omissão* é a presença ou não da assunção inequívoca e prévia de uma posição de garantidor da situação típica, pois, uma vez presente esta assunção, o omitente detém controle da situação e pode ser responsabilizado por ela e seu posterior resultado (*omissão imprópria*). Por outro lado, uma vez ausente esta assunção, o omitente não detém tal controle, o que impede a atribuição de responsabilidade dolosa pelo resultado decorrente desta situação (*omissão própria*).

Diferentemente de boa parte dos critérios, que busca identidade estrutural entre comissão e omissão no desvalor do resultado – p. ex., causalidade; a existência ou não de lesão ou de resultado naturalístico -, o critério ora adotado busca uma identidade estrutural entre comissão e omissão no desvalor da conduta, isto é, no dever de agir. Ambas as espécies de *omissão* impõem deveres de agir<sup>141</sup>, o que as difere é a forma como estes deveres se formam: na *omissão imprópria* este dever é assumido de forma prévia e inequívoca para garantir a situação de perigo, conferindo ao garante um controle sobre ela. Na *omissão própria*, este dever surge somente pelo pertencimento à comunidade solidária, desde que se trate de uma situação de perigo que as instituições da comunidade não sejam capazes de intervir naquele momento, retirando do indivíduo qualquer controle prévio sobre ela.

---

*Por certo, é próprio desta situação o seguinte elemento: em muitos destes casos, o perigo ou a ameaça podem ser evitados mediante o atuar ou o tolerar por parte de membros individuais da comunidade solidária*” (FRISCH, Wolfgang. Derecho..., *op. cit.*, p. 10 – trad. livre).

<sup>141</sup> Conforme já afirmado no item *supra* n. 3.1.2. SILVA SÁNCHEZ esclarece que o critério que busca distinguir as espécies de omissão afirmando que a omissão própria detém mero dever de agir e a imprópria um dever de evitar o resultado, é falho, pois “...todas as omissões infringem, em seu caso, deveres de agir. Isso se justifica pelo fato de que só as condutas, e não as evitações dos resultados, que em boa medida dependem do azar, podem ser objeto dos mandatos” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 408 – trad. livre). E complementa o autor: “somente existem deveres de atuar, por mais que a finalidade do legislador ao impô-los seja a de evitar determinados resultados lesivos” (*Ibid.*, p. 408 – trad. livre). Entre nós, no mesmo sentido, ESTELLITA destaca que o dever de agir do garantidor não é o de evitar o resultado, mas sim “um dever de praticar uma conduta determinada em benefício daquele bem jurídico concretamente ameaçado” (ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 240). Em sentido contrário, cf. KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 218-221).

### 3.2.1.2.3 Aplicação aos casos

Definido, brevemente, o conceito e o fundamento da *posição de garantidor*, que serve como premissa maior deste segundo pressuposto da responsabilidade por omissão, é preciso realizar a subsunção das partes das narrativas fáticas (premissas menores) a este conceito para verificar se está presente nos casos.

No *caso do controlador de voo*, a posição de garante de “C1” está presente na medida em que este ocupava cargo cuja função é exatamente a coordenação entre voos e rotas, razão pela qual tinha uma intensa relação de proteção com a integridade física dos passageiros e tripulação. Estas relações próximas permitem afirmar que tanto os pilotos confiam que o controlador realizará a devida coordenação, quanto os demais controladores são excluídos (“abandonam”) desta coordenação, ficando configurado um compromisso de “C1” de intervir como barreira de contenção especificamente dos riscos de colisão provenientes das rotas equivocadas das aeronaves para a vida e integridade física dos passageiros e tripulantes de outras aeronaves. Não há dúvida ainda que este compromisso foi inequivocamente assumido por “C1”, que recebeu expressamente o sinal da aeronave e passou a monitorá-lo pelo console nº 8.

No *caso da menor humilhada*, a posição de garantidora de “M” está presente na medida em que, pela relação de intensa proximidade e custódia de sua filha “V”, que gera abandono de terceiros na proteção da menor, fica configurado um compromisso de “M” de intervir como barreira de contenção especificamente de riscos para a integridade física e vida de “V”, provenientes das mais diversas fontes de perigo, inclusive a própria filha menor. Não há dúvida ainda de que este compromisso foi inequivocamente assumido no caso, uma vez que “M” levou “V” consigo para uma viagem ao sítio.

No *caso da barragem*, a posição de garantidor de “D1” e “D2” está presente na medida em que o diretor ambiental tem especial e intensa relação com as barragens da empresa, especificamente sendo responsável pelas funções de decisões econômicas e de planejamento sobre as barragens, o que gera a confiança nas pessoas de fora da empresa, que têm alguma relação com a barragem, de que ela será devidamente cuidada e mantida pelos diretores e, da mesma forma, o abandono da administração e vigilâncias das barragens pelos demais integrantes da empresa. Sendo assim, configurado o compromisso de “D1” e “D2” de servirem de barreira de contenção dos riscos decorrentes dos desabamentos das barragens para a vida, integridade física e o meio ambiente. Por fim, na medida em

que ambos os diretores assumem e exercem o cargo efetivamente, não há dúvida quanto à assunção inequívoca deste compromisso.

No *caso do homem-ao-mar*, a posição de garantidor de “C” estava presente, uma vez que, pelo cargo hierárquico que ocupava, tinha a possibilidade de dar ordens para que seus subordinados praticassem ou deixassem de praticar condutas, detinha especial relação de comando com estes, o que gera confiança nos terceiros de que este chefe irá controlar seus subordinados e também gera afastamento de outros indivíduos de mesmo cargo hierárquico no controle dos subordinados. Assim, está presente um compromisso de intervir como barreira de contenção especificamente de riscos provenientes de práticas de seus subordinados no exercício de seus empregos e funções contra terceiros. Além disto, no caso, “C” estava na embarcação e exercia todas as suas funções, o que demonstra a assunção inequívoca deste compromisso.

No *caso do abandono após atropelamento*, a posição de garantidor de “C” é, em certa medida, controversa, uma vez que realizou uma conduta prévia que gerou um risco culposos, o que faz com que alguns autores afirmem não fundamentar uma posição de garante por ingerência pela ausência de um compromisso de funcionar como contenção de riscos provenientes desse agir anterior<sup>142</sup>. No entanto, tendo em vista o ordenamento jurídico-penal brasileiro (especificamente o art. 13, §2º, c, do CP), ao criar, com sua conduta culposa anterior de conduzir veículo automotor em velocidade acima da permitida, um risco para a vida de “P”, “C” passou a ser garantidor por ingerência.

No *caso do amendoim envenenado*, a posição de garantidora de “E” está presente, na medida em que, com sua conduta anterior dolosa de colocar veneno na comida de “M”, criou um risco à vida e integridade física dele, indicando compromisso de intervir como barreira de contenção do risco para a vida proveniente do veneno.

No *caso do montanhista*, por fim, não está presente a posição de garantidor de “M1”, pois este não tinha qualquer relação forte, próxima, intensa com “V” e, por consequência, não surgem os efeitos de confiança e abandono, próprios de um compromisso de interferir como barreira de contenção aos riscos que surgissem para a integridade física e vida de “V”.

### 3.2.1.3 Ação concreta de salvamento inicial

---

<sup>142</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito...*, op. cit., p. 464.

### 3.2.1.3.1 Conceito

Definida a situação de perigo, da qual surge a pretensão de salvaguarda do bem jurídico tutelado, é possível passar ao segundo pressuposto de responsabilidade penal, que é a conduta concreta de salvamento do agente. Ela é composta pela conduta ou pelas condutas que corresponderão à dita pretensão de salvaguarda do bem jurídico indicada no tipo penal.

A delimitação desta conduta concreta é feita por meio da soma do dever abstrato do agente (dever geral positivo ou dever de garante) e da situação típica, quando então define-se o que concretamente este agente deve fazer para responder à pretensão de salvaguarda do bem jurídico, ou seja, a(s) conduta(s) humana(s) concreta(s) que deve(m) ser realizada(s) para o salvamento ou proteção do bem jurídico em situação de perigo<sup>143</sup>.

A partir deste conceito genérico é preciso fazer algumas especificações a respeito do momento de verificação, da possibilidade e, principalmente, da idoneidade desta conduta de salvamento.

Em primeiro lugar, tal qual já afirmado acima em relação à análise da situação de perigo, na medida em que o Direito Penal estabelece normas de comportamento com o objetivo de tutelar bens jurídicos, o momento a partir do qual se deve estabelecer a concreta ação de salvamento é aquele em que o agente irá realizar a conduta humana real (*ex ante*)<sup>144</sup>.

Não são, porém, quaisquer condutas *ex ante* verificáveis que podem compor a conduta concreta de salvamento, mas somente aquelas que se mostram *possíveis* ao agente e *adequadas* para cumprir com a pretensão de salvaguarda do bem jurídico.

Com relação à *possibilidade de agir*, conforme esclarecido acima, não se trata da possibilidade geral de realizar uma conduta como reverso da ausência de *vis absoluta*. Uma tal possibilidade é analisada anteriormente, já quando se verifica se houve ou não uma conduta humana por parte do agente<sup>145</sup>. A possibilidade de agir que compõe o conceito da concreta conduta de

---

<sup>143</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 361; ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General. Tomo II...**, *op. cit.*, p. 814. Próximo, JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 560. Também admitindo que o dever concreto de agir surge da comunhão entre posição de garantidor e situação típica, cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 246.

<sup>144</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 366-368.

<sup>145</sup> Ver item *supra* n. 3.1.1.



salvamento é a possibilidade concreta e individual do agente<sup>146</sup>, isto é, a existência da possibilidade<sup>147</sup> de praticar uma conduta concreta de salvamento e a existência das capacidades físicas, das habilidades e dos conhecimentos acumulados para praticá-la.

Esta exigência se faz necessária, pois as normas penais são normas de comportamento e, sendo assim, se o objetivo destas normas é indicar como os indivíduos devem agir, não faria sentido que exigissem um comportamento que, já de antemão, sabem que não será cumprido, pois impossível ao agente<sup>148</sup> (*Ad impossibilia nemo tenetur*).

Já a *adequação* ou *idoneidade* é a capacidade da concreta ação de salvamento, de uma perspectiva *ex ante*, de proteger ou salvar o bem jurídico em perigo, ou seja, precisa ser uma conduta capaz de impedir o resultado lesivo ou de perigo concreto que se avizinha com a situação de perigo identificada<sup>149</sup>. Desta exigência conclui-se que, se já de uma perspectiva *ex ante* era possível verificar que determinada conduta concreta não seria capaz de impedir o resultado lesivo ou de perigo concreto ao bem jurídico, não é possível atribuir à conduta humana real a prática de uma omissão penal<sup>150</sup>.

Esta conclusão vale inclusive para as condutas concretas que, apesar de não serem capazes de impedir o resultado, poderiam dificultá-lo ou atrasar sua ocorrência. Esta hipótese não se confunde, no entanto, com aquela em que se constata de uma perspectiva *ex post* que a conduta concreta a ser realizada não evitaria, com certa probabilidade<sup>151</sup>, o resultado, pois, diferentemente da primeira, nesta

---

<sup>146</sup> Como argumenta MIR PUIG, esta categoria não pode se confundir com a incapacidade de efetuar toda e qualquer ação. Se trata, na realidade, de um limite tácito ao dever de atuar que, a princípio, supõe o tipo de omissão (MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...** *op. cit.*, p. 310-311). Também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 374; ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 247-248; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 44. Próximo parecem ser JESCHECK/WEIGEND que, no entanto, ainda incluem a necessidade de cognoscibilidade da ação concreta (JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 560-561).

<sup>147</sup> Essa possibilidade pode englobar também a possibilidade jurídica do indivíduo realizar a conduta. Tratando especificamente da possibilidade jurídica de praticar a conduta como um primeiro passo para delimitação do concreto dever de agir, especificamente em ambientes regulados, “*nos quais há uma limitação extrapenal que estabelece os contornos do que é juridicamente possível ao garantidor fazer*” cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 247-248. De acordo com a autora, esta possibilidade jurídica deve ser verificada no âmbito da criminalidade de empresa “*a partir da estruturação e regulação da empresa, sempre que houver congruência entre a regulação e o exercício fático das atribuições e competências*” (*Ibid.*, p. 251).

<sup>148</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 374. Próximo, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão...**, *op. cit.*, p. 42-43.

<sup>149</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 370 e 373. Também exige a aptidão para “*eliminar a ocorrência do resultado concreto*” (ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 253).

<sup>150</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 370 e 373.

<sup>151</sup> A discussão sobre qual seria esta probabilidade que permite a imputação do resultado à omissão surge na disputa entre a teoria da evitabilidade e a teoria da diminuição do risco. A respeito da discussão nos crimes omissivos cf. por todos, GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Trad. ROCHA, Ronan. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 20-41 e ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 766-779.

hipótese somente não é possível imputar o resultado, mas nada impede que surja uma possível responsabilidade a título de tentativa<sup>152-153</sup>.

É possível que, na situação concreta, exista mais de uma ação de salvamento que seja *ex ante* idônea para evitar o resultado e que seja possível ao agente. Nestas situações, dada a mesma idoneidade, o agente, desde que detentor de uma posição de garantidor, deve ordená-las por grau de possibilidade de êxito<sup>154</sup>.

Feitas tais especificações, uma importante conclusão é a de que os crimes omissivos impõem somente deveres de conduta aos agentes, especificamente de realizar a prestação positiva de salvaguarda do bem jurídico concretizada na conduta de salvamento, e não deveres de evitação de resultado, como é possível extrair do texto do art. 13, §2º do CP, que fala “dever de *agir* para evitar o resultado”. O Direito Penal impõe somente deveres de conduta, de comportamento, e não deveres de evitar resultados (e nem de causação de resultados), cuja ocorrência, em parte, não é passível de controle pelo ser humano. Isso não significa, por outro lado, que estas condutas não terão a finalidade de proteger bens jurídicos de resultados desvalorados pelo ordenamento<sup>155</sup>.

Define-se assim a concreta conduta de salvamento como aquela conduta que *ex ante* corresponderá à pretensão de salvaguarda do bem jurídico, ao ser possível ao agente e idônea para evitar o resultado de lesão ou de perigo concreto que pode surgir da situação de perigo que ameaça o bem jurídico.

---

<sup>152</sup> A questão sobre a probabilidade de evitação do resultado de uma perspectiva *ex post* é, portanto, uma discussão sobre desvalor do resultado, mais especificamente de imputação deste resultado à omissão, e, como consequência, em nada afeta a delimitação da concreta conduta de salvamento, que deve ser feita sempre *ex ante* e que exige sempre a idoneidade para impedir a ocorrência do resultado. Nesse sentido, inclusive destacando a comum confusão dos autores entre as perspectivas, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 371-373 e também GRECO, Luís. **Problemas de...**, *op. cit.*, p. 20-21. É de se destacar, no entanto, posição confusa apresentada por SILVA SÁNCHEZ quando trata da situação em que um indivíduo atropela um pedestre que está estendido no chão, com aparência de que está vivo, e o indivíduo não realiza a ação *ex ante* de socorrer. Para o autor espanhol, se *ex post* se verificar que “a vítima já havia morrido quando hipoteticamente teria que tê-la socorrido, só caberá falar de uma tentativa inidônea” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 369). Nesta afirmação, SILVA SÁNCHEZ está, de forma pouco clara, admitindo que uma análise *ex post* não só impeça a imputação do resultado, mas modifique o título de desvalor da ação *ex ante*. Assim, o autor não seria capaz de explicar quando se daria, então, uma tentativa idônea de omissão. Esta discussão será aprofundada no item *infra* n. 5.3.2.

<sup>153</sup> Esta discussão será aprofundada no item *infra* n. 5.3.2.

<sup>154</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de...**, *op. cit.*, p. 375, nota de rodapé 83.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 363-368.

### 3.2.1.3.2 Aplicação aos casos

Definido, brevemente, o conceito e o fundamento da *ação concreta de salvamento inicial*, que serve como premissa maior deste terceiro pressuposto da responsabilidade por omissão, é preciso realizar a subsunção das partes das narrativas fáticas (premissas menores) a este conceito para verificar se está presente nos casos.

No *caso do controlador de voo*, a partir da posição de garantidor fundamentada acima, é possível estabelecer como *conduta concreta de salvamento* o envio do alerta para que a aeronave abaixasse sua altitude para a correta. Partindo do momento *ex ante*, esta conduta era física e juridicamente possível para “C1” e dotada de idoneidade para impedir que as pessoas dentro da aeronave morressem em razão de uma colisão com outra aeronave. Porém, “C1” permaneceu inerte até ser substituído pelo colega “C2”.

No *caso da menor humilhada*, a partir da posição de garantidor fundamentada acima, é possível estabelecer como *conduta concreta de salvamento* a realização de uma assistência inicial para a filha, ligando para um médico e verificando a necessidade de levá-la ou não ao hospital. Partindo do momento *ex ante*, esta conduta era física e juridicamente possível para “M” e também era uma conduta dotada de idoneidade para impedir que surgisse um resultado de morte ou lesão corporal para “V”. No entanto, “M” permaneceu inerte, sentada no sofá do sítio.

No *caso da barragem*, a partir da posição de garantidor dos Diretores, é possível estabelecer como *conduta concreta de salvamento* a ordem para desativar a barragem. Ao que consta do caso, os diretores tinham esse poder de determinar a desativação, demonstrando a possibilidade não só física, mas também jurídica de realizá-la. Ademais, uma vez desativada a barragem, não estaria mais presente o risco de ocorrência do desabamento e da morte e lesão corporal, tratando-se de uma conduta idônea. No entanto, “D1” deixou o cargo de Diretor Ambiental e “D2” permaneceu inerte por um ano após a constatação do processo de desgaste, perda de resistência e risco de desabamento.

No *caso do homem-ao-mar*, a partir da posição de garantidor fundamentada acima, é possível estabelecer como *conduta concreta de salvamento* a prolação da ordem para que seus subordinados interrompessem a conduta de jogar o imigrante ao mar. Esta era uma conduta fisicamente possível, pois “C” estava na embarcação e também juridicamente possível, tendo em vista sua posição hierárquica. Por fim, da perspectiva *ex ante*, trata-se de conduta idônea para evitar o resultado de morte ou ofensa à integridade física, pois seus subordinados o escutariam e o respeitariam. Ocorre que “C” permaneceu inerte diante de seus subordinados.

No *caso do abandono após atropelamento*, a partir da posição de garantidor por ingerência, é possível estabelecer como *conduta concreta de salvamento* a realização dos primeiros socorros a “P” ou, no mínimo, aviso às autoridades e acompanhamento até a chegada dos médicos. Estas condutas eram possíveis fisicamente a “C” e seriam idôneas para evitar que “P” morresse. Porém, “C” seguiu seu caminho sem parar o veículo.

No *caso do amendoim envenenado*, a partir da posição de garantidor por ingerência, é possível estabelecer como *conduta concreta de salvamento* retirar o amendoim da sala, jogá-lo no lixo, afastá-lo de alguma forma do alcance de “M”, o que era fisicamente possível para “E” e que seria idôneo para evitar que da situação de perigo decorresse o resultado morte do marido. No entanto, “E” continuou cozinhando.

No *caso do montanhista*, por fim, inexistente a posição de garantidor de “M1”, o estabelecimento da conduta concreta de salvamento é feito com base no art. 135 do CP (hipótese de incriminação), que seria então prestar socorro inicialmente necessário com a primeira ação mínima, como chamar um resgate, capaz de impedir que o resultado de lesão à integridade física ou à vida sobreviessem. Porém, “M1” seguiu sua trilha.

### 3.3 RESULTADOS PARCIAIS: A LOCALIZAÇÃO DOGMÁTICA DA CONTROVÉRSIA QUE ILUSTRA O PROBLEMA DE PESQUISA

Ao término deste capítulo foi possível constatar que as narrativas dos casos cumpriram com os pressupostos de tipicidade objetiva da responsabilidade penal por omissão, pois em todos se demonstrou a presença da situação de perigo e da omissão da conduta concreta de agir, seja proveniente de um dever geral de solidariedade, seja de um dever de garante.

Considerando que, conforme demonstram as narrativas dos casos, (i) houve, no mínimo, dolo eventual por parte dos omitentes, mas que (ii) não sobreveio resultado ou ele não era imputável, surge a seguinte controvérsia: há responsabilidade penal por tentativa de omissão nesses casos? Mais especificamente, *a presença dos pressupostos de tipicidade objetiva analisados até o momento é suficiente para a configuração da tentativa na omissão ou são necessários outros pressupostos?* Cumpre agora, portanto, definir qual a premissa maior da análise em um caso de tentativa de omissão sob a qual a narrativa fática deve ser subsumida.

Para tanto, necessário primeiro realizar uma análise da estrutura normativa e dos fundamentos materiais da responsabilidade penal pela tentativa em geral (*infra* n. 4) para, então,

abordar a controvérsia, com a apresentação de todos entendimentos e a tomada de posição (*infra* n. 5) e, ao final, subsumir as narrativas fáticas aos pressupostos de tipicidade objetiva de uma tentativa de omissão (*infra* n. 6).

## 4 RESPONSABILIDADE PENAL PELA TENTATIVA

### 4.1 APROXIMAÇÃO À DISCUSSÃO DA TENTATIVA NO DIREITO PENAL

O instituto da tentativa sempre apresentou problemas relevantes e, ao mesmo tempo, de difícil solução para a teoria do delito, pois representa a aplicação da pena a uma pessoa pela prática de um fato que não é completamente subsumível ao tipo penal correspondente<sup>156</sup>.

Em que pese esta assimetria entre o tipo penal e a conduta, não há espaço para a adoção de posturas extremistas a respeito da tentativa. Por um lado, uma posição de absoluta impunidade da tentativa representaria a não responsabilização de condutas que apresentam, ainda que intuitivamente, algum conteúdo de desaprovação, como, por exemplo, desferir um tiro de arma de fogo na direção de outra pessoa, mas não atingi-la, e, por outro, uma posição de punição ampla e irrestrita representaria a responsabilização de condutas que não apresentam, ainda que intuitivamente, conteúdo de desaprovação do respectivo tipo penal, como, por exemplo, comprar uma faca com o objetivo de matar uma pessoa.

É necessário atingir um equilíbrio entre estes extremos, o que exige a fundamentação e a delimitação sistemática da responsabilidade penal pela tentativa na teoria do delito.

O primeiro passo para se atingir esse objetivo é apresentar uma definição do objeto investigado. O que é uma *tentativa*?

A definição de tentativa para o Direito Penal não é a mesma definição do uso cotidiano da palavra, apesar de guardarem algumas semelhanças. Para o uso cotidiano, a tentativa pode ser conceituada como a realização de um ato humano com um objetivo, um projeto ou ideia, naturalisticamente diverso deste agir, mas que não é atingido<sup>157</sup>.

Para o Direito Penal, a tentativa é um juízo especial de atribuição que, a partir da presença de pressupostos específicos, possibilitará conferir a uma conduta humana a comissão ou a omissão

---

<sup>156</sup> Nesse sentido, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 44, n. 2, pp. 461-493, 2017, p. 467.

<sup>157</sup> Conceito próximo no dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/Tentativa/>. Acesso em: 27.10.2021.

de um tipo penal sem que estejam presentes todos os requisitos exigidos por ele, mais especificamente sem a existência do resultado danoso ou perigoso a terceiros ou sem sua imputação.

Este conceito diverso do conceito cotidiano tem a vantagem de auxiliar no estabelecimento dos pressupostos específicos desta forma de responsabilidade, de acordo com critérios normativos, e evitar que as análises estejam sempre baseadas na possibilidade natural de fracionar um ato ou na intenção ontológica de conseguir um resultado.

Para ilustrar a vantagem de uma delimitação conceitual da tentativa como um juízo de atribuição típico especial basta verificar as análises sobre a responsabilidade por tentativa nos mais variados crimes no Direito Penal brasileiro. Em sua maioria, os autores brasileiros respondem afirmativa ou negativamente à possibilidade de responsabilização por tentativa a depender da possibilidade da conduta ser fracionada ontologicamente<sup>158</sup>.

Porém, o importante não é a verificação da possibilidade de a conduta ser fracionada, até porque, de um ponto de vista ontológico, ela sempre será fracionável<sup>159</sup>. O relevante é verificar se, de acordo com os fundamentos materiais e estrutura formal das normas penais, estão presentes os pressupostos específicos que permitem atribuir à conduta humana a realização de um tipo penal por tentativa de comissão ou de omissão.

Outro exemplo ilustrativo da vantagem deste conceito de tentativa: a discussão sobre a tentativa em crimes culposos. Os autores brasileiros, em sua maioria, negam a responsabilidade penal por tentativa em crimes culposos, mas o fazem com base em um conceito ontológico de tentativa como a prática de um ato com a intenção de atingir um resultado, argumentando que a intenção está ausente na conduta culposa<sup>160</sup>. O problema é que esta intenção ontológica também está ausente em

---

<sup>158</sup> A título de exemplo, ao tratar da tentativa no crime de injúria (art. 140 do CP), LUIZ REGIS PRADO afirma: “*A tentativa, embora de difícil configuração, é admissível, especialmente em se tratando de injúria escrita (v.g., ‘A’ escreve uma carta injuriosa a ‘B’ e aquela se extravie, chegando às mãos de ‘C’)*” (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal**: parte especial – arts. 121 a 249 do CP, vol. 2. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 354). Também BITTENCOURT ao tratar da tentativa no crime de bigamia, afirma: “*Admite-se, teoricamente, a tentativa, embora altamente controvertida, por exemplo, com o começo da realização de alguns atos de celebração, interrompida por circunstâncias alheias à vontade dos contraentes*” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, vol. 4. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227). Essa afirmação de que a tentativa seria “teoricamente” admissível é uma constante dos autores brasileiros exatamente porque se baseiam em um conceito de ato ontológico e na possibilidade de fracionamento ou não desta conduta. Em outras palavras, “teoricamente”, para eles, significa que é possível imaginar um exemplo em que há um fracionamento em atos até o resultado e, por consequência, seria admissível a tentativa.

<sup>159</sup> Imaginemos a conduta de conduzir um veículo sob efeito de álcool, que pode gerar responsabilidade pelo tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB): após a ingestão do álcool, o sujeito realiza uma série de atos ontológicos até estar efetivamente conduzindo o veículo como, por exemplo, andar em direção ao veículo, abrir sua porta, dar a partida com a chave. De um ponto de vista da possibilidade de fracionar ontologicamente a conduta, a responsabilidade por tentativa de conduzir um veículo sob efeito de álcool será possível em todos estes atos.

<sup>160</sup> A título de exemplo, cf. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, p. 537 e PACHELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**. 4 ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 297-298.

algumas situações de dolo, mas em relação a elas estes mesmos autores não negam a possibilidade de responsabilização por tentativa.

Em suma, quando se parte de um conceito de tentativa como o aqui proposto, verifica-se que não se trata de admitir ou negar a responsabilidade penal por tentativa porque a conduta é ou não naturalmente fracionável ou porque é ou não é possível pensar ontologicamente em uma tentativa em condutas culposas<sup>161</sup>, mas sim que a estrutura formal das normas penais e os fundamentos materiais de responsabilidade penal por tentativa é que definirão se os pressupostos desta forma de atribuição estarão ou não presentes em tais condutas<sup>162</sup>.

Cumpra então investigar quais são estes pressupostos específicos que permitem a realização do juízo de atribuição especial de uma tentativa e, posteriormente, verificar se estes pressupostos são iguais ou diferentes para o juízo de atribuição comissivo e para o omissivo.

Para essa investigação é fundamental definir dois aspectos: (i) de natureza *formal*: o aspecto da estrutura normativa da qual se parte para delimitar o juízo de atribuição da tentativa; e (ii) de natureza *material*: o aspecto do fundamento material da responsabilidade penal por tentativa<sup>163</sup>. Firmados estes dois pontos, é possível iniciar a delimitação dos pressupostos dogmático-penais especiais para o juízo de atribuição da tentativa, isto é, a análise do início da tentativa e a delimitação das tentativas inidôneas<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Esta possibilidade é destacada por GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto. *et al* (Org.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, pp. 885-905, 2009, p. 891, nota de rodapé nº 22.

<sup>162</sup> Esta discussão será desenvolvida nos itens n. 4.2 e 4.3.

<sup>163</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 436. Próximo, FARRÉ TREPAT explica que a questão da tentativa, enquanto problema central da teoria do delito, depende da posição do injusto que se mantenha e da função que se atribui ao Direito Penal (FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito**. Doctrina y jurisprudência. 2 ed., rev. Madri: B de F, 2011, p. 39). No mesmo sentido, REYES ALVARADO afirma: “*Dada a estreita relação entre a concepção que se tenha da teoria do delito e a que se possua a respeito da fundamentação da punibilidade da tentativa, não é de se estranhar que a correta explicação do delito tentado é geralmente tida como ‘pedra de toque’ ou ‘prova de fogo’ dos sistemas penais*” (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito de tentativa**. 2014, Tese (Doutorado) – Universidad Autónoma de Madrid, 2014, p. 08 e 11 – trad. livre). Também SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Ministerio de Justicia, vol. LI, pp. 35-152, 1998, p. 83.

<sup>164</sup> Conforme afirma MAÑALICH, entende-se pela necessidade de escapar do dualismo improdutivo entre teorias “*objetivas*” e teorias “*subjetivas*” (MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa..., *op. cit.*, p. 462). Isto porque a complexidade e profundidade das diferentes posições não podem ser resumidas em uma simples classificação entre ser de orientação objetiva ou de orientação subjetiva. Conforme ficará evidente abaixo, posições conhecidas como objetivas ou subjetivas pela maior parte dos autores apresentam, entre si, enormes diferenças. No mesmo sentido, REYES ALVARADO, Yesid. **El delito**..., *op. cit.*, p. 09.

#### 4.2 A ESTRUTURA NORMATIVA: MESMA NORMA DE COMPORTAMENTO PARA O DELITO TENTADO E PARA O DELITO CONSUMADO

Este tópico aborda tentativa de uma perspectiva da organização estrutural das normas que compõem o Direito Penal<sup>165</sup>, isto é, se esta organização é composta somente por normas de sanção; por normas de comportamento imperativas e por normas de sanção<sup>166</sup> ou ainda por normas de sanção das quais decorrem logicamente normas de comportamento sem conteúdo imperativo.

Esta definição é importante para elaborar toda a teoria geral do delito<sup>167</sup> e, especificamente, para a teoria da tentativa<sup>168</sup>, pois a depender do entendimento que se tem a respeito da estrutura das normas jurídicas, a tentativa pode ser encarada como um *modelo de exceção* em relação à regra do crime consumado e, conseqüentemente, admitir diferentes fundamentos e pressupostos de aplicação, ou como um *modelo de inclusão* em relação ao crime consumado e, conseqüentemente, exigir uma coerência nas fundamentações e pressupostos de aplicação.

Parte-se aqui de um modelo normativo dualista, que entende que os enunciados legais dos tipos penais são compostos de uma norma primária de comportamento imperativa autônoma, dirigida a todos os cidadãos, e uma norma secundária de sanção, dirigida aos juízes. Estas normas primárias de comportamento imperativas são construídas a partir de aspectos objetivos indicadores de risco de ocorrência do resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico e aspectos subjetivos de conhecimento destes indicadores. Sendo assim, pode-se afirmar que a conduta considerada como crime consumado e a considerada como crime tentado infringem a mesma norma de comportamento, não existindo relação de regra e exceção entre elas.

---

<sup>165</sup> Para uma introdução da teoria das normas no Direito Penal, cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In. RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 479 e ss.

<sup>166</sup> Essa distinção é adotada por RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria..., *op. cit.*, p. 22 e também em RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 53. SILVA SÁNCHEZ adota uma distinção em um setor que atribui maior valor à norma de comportamento e outro setor que atribui maior valor à norma de sanção (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 18).

<sup>167</sup> Sobre a importância para a teoria do delito, cf. RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito. Trad. Adriano Teixeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 110, pp. 51-73, 2014, p. 53, nota de rodapé n. 09 e pp. 66-67. Sobre a construção de uma teoria do delito tendo por base a teoria das normas em comunhão com uma orientação teleológica tal qual se pretende aqui com este item 4.2 e com o item 4.3, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 572-574.

<sup>168</sup> Sobre a importância para a teoria da tentativa, cf. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 37 e ss.



#### 4.2.1 O modelo normativo adotado: modelo dualista e a norma de comportamento como imperativo de agir a todos os cidadãos

De forma simplificada, pode-se identificar dois modelos<sup>169</sup> de estrutura normativa do Direito Penal: um modelo *monista* e um modelo *dualista*<sup>170</sup>, sendo que o segundo pode ser dividido entre aqueles que concebem a norma de comportamento como uma norma imperativa autônoma e aqueles que a concebem tão somente como resultado de uma derivação lógica da norma de sanção.

O modelo de estrutura normativa *monista* é aquele que reconhece que os enunciados legais dos tipos penais contêm tão somente uma valoração negativa de um resultado e uma *norma de sanção*<sup>171</sup>.

Os adeptos deste modelo partem da ideia de que os enunciados legais do Direito Penal valoram negativamente a realização de um resultado naturalístico descrito pela lei penal<sup>172</sup> e aquele que realiza este resultado terá atuado contrariamente à lei (antijuridicamente)<sup>173</sup>. Constatada esta contrariedade à lei, deve-se cumprir com a norma de sanção disposta nos enunciados, que é a norma que determina ao juiz a imposição de uma sanção para aquele indivíduo que realizou o resultado naturalístico desvalorado. Para estes autores, portanto, a norma jurídico-penal é vista somente como

---

<sup>169</sup> Não trataremos aqui da concepção de GÜNTHER JAKOBS, pois ela afasta a norma primária de uma função de direção de comportamento dos indivíduos – ao menos como uma função primária. De acordo com a concepção de JAKOBS, as normas primárias são regras de configuração das relações entre indivíduos (condutas institucionalizadas), que geram expectativas nos indivíduos de que serão respeitadas. Porém, estas expectativas são contingentes, pois dependem de uma disposição subjetiva dos demais em respeitá-las, e normativas, pois se mantêm mesmo após a ocorrência de uma frustração (contrafáticas). Assim, uma vez frustradas por condutas que negam a vigência da norma (delito), as expectativas normativas precisam ser estabilizadas de forma especial, o que se dá por meio da sanção como reforço contrafático (JAKOBS, Günther. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 09-11). Conforme esclarece SILVA SÁNCHEZ ao tratar da posição do autor alemão as normas jurídicas: “*Não prometem um comportamento adequado à norma, mas sim protegem quem espera um comportamento adequado à norma*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 23 – trad. livre). Importante ressaltar, no entanto, que SILVA SÁNCHEZ defende a possibilidade de compatibilização formal desta concepção de JAKOBS, da norma como estabilização de expectativas de condutas, com a concepção da norma como diretiva de comportamentos, sob o argumento de que a primeira está voltada somente para os sujeitos potencialmente não infratores da norma enquanto a segunda está voltada para os sujeitos potencialmente infratores da norma, sendo que ambas funcionam como duas facetas de uma mesma norma (*Ibid.*, p. 26-27).

<sup>170</sup> Seguimos aqui a contraposição “monismo-dualismo” apresentada por RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria..., *op. cit.*, p. 26. No entanto, é possível classificar as posições, quanto à estrutura normativa jurídico-penal, de outras maneiras como, por exemplo, a contraposição entre o entendimento de que as normas primárias são de valoração e o de que as normas primárias são de determinação/imperativas. Para mais detalhes, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 510-536.

<sup>171</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria..., *op. cit.*, p. 26.

<sup>172</sup> É comum encontrar a nomenclatura de que esta seria uma “norma de valoração” disposta nos enunciados legais dos tipos penais. No entanto, preferimos aqui não usar o termo “norma”, pois entendermos que o termo tem uma relação com um comando, uma ordem de comportamento, o que não ocorre na valoração de um resultado.

<sup>173</sup> A esse respeito, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 510-511.

uma ordem ao juiz para a imposição de pena quando presentes o estado desvalorado (antijurídico) previsto na lei penal e os pressupostos para responsabilização do indivíduo<sup>174</sup>.

Não entendem que já no momento de verificar a antijuridicidade da conduta exista um dever de comportamento geral e abstrato (um imperativo) imposto a todos os cidadãos<sup>175</sup>, limitando sua possibilidade de atuação, pois o juízo de uma conduta como antijurídica não pressupõe a verificação da infração de um dever de comportar-se de determinada forma, mas somente a desvalorização de um resultado naturalístico<sup>176</sup>.

Diferentes autores seguiram este modelo, apesar de divergirem em relação a inúmeros outros aspectos da teoria do delito<sup>177</sup>, e para todos a tentativa se apresentou igualmente como um problema sistemático<sup>178</sup>, pois se a análise da antijuridicidade de uma conduta está relacionada com a ocorrência de um resultado naturalístico descrito pela lei penal e somente após a verificação de sua ocorrência é que se poderá atribuir a responsabilidade penal, as condutas de tentativa, que se caracterizariam pela ausência deste resultado<sup>179</sup>, não são sequer antijurídicas e, por consequência, não abrem a possibilidade para se analisar a responsabilidade penal do agente<sup>180</sup>. Logo, uma aplicação da estrutura dogmática do delito consumado ao tentado conduziria à absoluta impunidade do segundo, o que exige que os adeptos do monismo normativo considerem a tentativa como uma exceção ao sistema<sup>181</sup>, com fundamento<sup>182</sup> e estruturas dogmáticas específicas.

<sup>174</sup> Sobre a norma secundária de sanção, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 480-481.

<sup>175</sup> Sobre essa discussão, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 16-17.

<sup>176</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 511. Sobre a diferença simples entre “norma” de valoração e norma de comportamento, cf. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Fundamentación...**, *op. cit.*, p. 84-85.

<sup>177</sup> A título de exemplo, tanto VON LISZT quanto MEZGER podem ser considerados adeptos da estrutura monista, apesar das divergências entre eles. O primeiro, pois entendia a norma penal como mera norma de valoração (desvalorização) de um resultado que afetava um bem jurídico (von LISZT, Franz. **Tratado...***op. cit.*, p. 96), ou seja, era dotado de antijuridicidade, e, na sequência, seria necessário verificar se o indivíduo era dotado de culpa, que exigia a imputabilidade e a imputação do resultado pela presença de dolo ou de culpa (*Ibid.*, p. 249-250). Da mesma forma, o segundo, pois entende que a antijuridicidade é composta pela norma de valoração, ou seja, é o juízo objetivo e impessoal – sem indivíduos determinados – que se faz sobre a conduta que causou o resultado para verificar se há ou não uma contrariedade com o ordenamento (MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Parte General. Buenos Aires: Bibliográfica argentina, 1958, p. 131). Somente se constatada a antijuridicidade é que se realizará a verificação da culpabilidade (*Ibid.*, p. 132).

<sup>178</sup> Este problema sistemático é destacado também por REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 32.

<sup>179</sup> LISZT conceitua o crime tentado como sendo aquele em que “*se opera o acto (sic) voluntario dirigido ao resultado que a lei incrimina sem que o resultado se produza*” (von LISZT, Franz. **Tratado...***op. cit.*, p. 322).

<sup>180</sup> A esse respeito, ilustrativa a afirmação de FRANCESCO CARRARA: “*A ausência de dano imediato e de toda violação efetiva de direitos poderiam autorizar a dúvida acerca da falta de razão para castigar a tentativa, porque derivando-se o fundamento político da imputabilidade de certos atos do dano material que produzem, se este dano cessa no conato [tentativa], parece que também deveria cessar a imputação, porém não é assim*” (CARRARA, Francisco. **Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado em la fuerza física del delito**. Trad. GIRON, Vicente Romero. Madri: F. Góngora, 1877, p. 06 – trad. livre).

<sup>181</sup> Tal fica claro, por exemplo, em von LISZT, Franz. **Tratado...***op. cit.*, p. 183.

<sup>182</sup> CARRARA fundamenta a responsabilização do crime tentado no *perigo sofrido* pelos cidadãos, que se comovem com a vontade injusta exteriorizada por atos encaminhados e idôneos a conseguir determinado mal e se espantam, tal qual em

O modelo de estrutura normativa denominado *dualista*, por sua vez, é aquele que reconhece que os enunciados legais dos tipos penais são compostos de duas classes de normas: *normas de comportamento* (também chamadas de normas primárias) e *normas de sanção* (também chamadas de normas secundárias)<sup>183</sup>.

Em que pese a origem da distinção entre normas primárias de comportamento e normas secundárias de sanção seja atribuída a THOMAS HOBBS e JEREMY BENTHAM<sup>184</sup>, pode-se dizer que foi KARL BINDING<sup>185</sup> quem construiu um sistema dogmático-penal a partir desta distinção. O autor alemão partia da concepção de que a prática de um crime não representa uma transgressão à lei penal, mas sim o cumprimento daquilo que ela descreve, de modo que é necessário identificar algo anterior à própria descrição legal para afirmar que a conduta criminosa é antijurídica, este algo é a norma de comportamento<sup>186</sup>. Portanto, há uma diferença entre norma de comportamento e lei penal, que permite estabelecer a dualidade *normas de comportamento e normas de sanção*.

Pode-se ilustrar esta concepção com o exemplo do crime de homicídio. A lei penal (no Brasil, art. 121 do CP) estabelece: “*matar alguém. Pena de 6 a 20 anos*”. O autor de um homicídio faz exatamente o que está descrito nessa lei penal, que é matar uma pessoa e, por isso, receberá uma pena. Sendo assim, extrai-se desta lei penal uma norma de comportamento anterior que diz “*não mate alguém*”<sup>187</sup>.

---

um crime consumado, com o fato de que só um mero acidente, de difícil repetição, é que salvou a vítima (CARRARA, Francisco. **Teoría de la...**, *op. cit.*, p. 07). LISZT fundamenta sua punição “*no character (sic) perigoso do acto (sic)*”, ou seja, no fato deste ato ter suscitado a possibilidade de que o resultado proibido se realizasse (von LISZT, Franz. **Tratado...***op. cit.*, p. 322). MEZGER deixa bem claro que a tentativa é uma exceção ao sistema e a fundamenta com base na ideia dos chamados “elementos subjetivos do injusto”, que eram situações excepcionais nas quais o legislador já incluía na análise da antijuridicidade aspectos subjetivos. Para o autor, a tentativa era uma destas situações em que o legislador fazia exigências subjetivas para verificação da antijuridicidade.

<sup>183</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria..., *op. cit.*, p. 26. Cf. também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación ao...**, *op. cit.*, p. 479-480.

<sup>184</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 52.

<sup>185</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria..., *op. cit.*, p. 22.

<sup>186</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 52. No entanto, conforme afirma SILVA SÁNCHEZ, para BINDING essa norma de comportamento tinha origem no Direito público e não no Direito penal, ou seja, era uma norma jurídica, mas não jurídico-penal (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación ao...**, *op. cit.*, p. 487. Também faz esse destaque MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación como categorías del hecho punible. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 12, pp. 169-190, 2010, p. 171, nota de rodapé n. 7.

<sup>187</sup> Conforme será melhor destacado no item *infra* n. 5.2.2, há discussão sobre se essa norma primária de comportamento deriva autonomamente do texto do enunciado legal ou se, ao contrário, é decorrência lógica da norma secundária de sanção, isto é, as normas secundárias de sanção, que estão expressas no texto legal, acarretam as normas primárias de comportamento (Para um panorama dessa discussão, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación ao...**, *op. cit.*, p. 483-484). No entanto, é possível adiantar, entende-se, com SILVA SÁNCHEZ, que a norma primária de comportamento deriva do próprio enunciado legal e tem com ele uma relação de sentido, “isto é, que, social e psicologicamente, se associa sem maiores problemas, à existência de um enunciado do gênero ‘aquele que matar outrem será castigado’, a ideia de ‘proibido matar’, de ‘não mate’, isto é, o conteúdo da norma primária” (*Ibid.*, p. 484).

É possível, porém, identificar de forma simplificada duas vertentes deste modelo *dualista*, que divergem quanto à composição desta norma de comportamento.

Para a primeira vertente, que aqui denominaremos *teoria da infração pessoal*<sup>188</sup>, a norma de comportamento contém um dever de agir genérico e imposto a todos os indivíduos, de modo que aqueles que atuarem contrariamente a este dever terão realizado uma conduta injusta, antinormativa<sup>189</sup>. Existe, assim, uma norma com um dever prévio de comportamento (no exemplo acima, o de não realizar uma conduta que leve à morte de alguém), destinada a todos os cidadãos, que define o que pode e o que não pode ser feito, e uma norma que determina a imposição de uma sanção para aqueles que realizarem o descrito na lei, isto é, o contrário ao dever (no exemplo acima, realizar a conduta que leve à morte de alguém), destinada ao Estado ou ao juiz<sup>190</sup>. Portanto, as principais características desta vertente são as de que a norma de comportamento detém conteúdo imperativo e de que é uma norma autônoma em relação à norma de sanção e, como consequência, a conduta de tentativa se torna não só parte, mas o protótipo da responsabilidade penal<sup>191</sup>.

Ao longo do desenvolvimento dogmático da teoria do delito, os adeptos desta vertente defenderam diferentes conteúdos deste dever de agir disposto na norma de comportamento.

Alguns autores, partindo do conceito final de ação, segundo o qual “*ação humana é o exercício da atividade final*”<sup>192</sup>, defendem que este dever de agir é de caráter exclusivamente subjetivo. Na medida em que este agir final, enquanto conceito ontológico<sup>193</sup>, nada mais é do que a previsão que o ser humano faz, a partir de seu conhecimento causal, das possíveis consequências de sua conduta, permitindo-lhe estabelecer fins e dirigir sua conduta para atingi-los<sup>194</sup>, WELZEL entende que o tipo penal carrega o conteúdo da norma como proibição da realização das formas de conduta humana *final* descritas por este tipo<sup>195</sup>. A partir disto, o dever de agir da norma de comportamento está baseado no aspecto subjetivo do conceito de *dolo* como a consciência de praticar a ação que iniciará o processo causal até o resultado típico e a decisão de querer realizá-lo<sup>196</sup>. O dever da norma de comportamento, portanto, é o de um não agir com dolo como expressão da intenção de atingir um

<sup>188</sup> Para melhor explicação desta denominação, cf. SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Normas...*, *op. cit.*, p. 33-34.

<sup>189</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Normas...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>190</sup> A respeito desta disputa, cf. RENZIKOWSKI, Joachim. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 25-26.

<sup>191</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ afirma que já JÜRGEN RÖDIG, primeiro autor moderno a construir a teoria do delito a partir da teoria das normas, parte da tentativa como a estrutura fundamental do delito (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao...*, *op. cit.*, p. 576-578).

<sup>192</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 78. Também KAUFMANN, Armin. Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. Trad. Leopoldo Schiffrin. In. KAUFMANN, Armin. *Estudios de Derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 139.

<sup>194</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>195</sup> A proximidade com a teoria das normas de BINDING fica evidente em *Ibid.*, p. 59.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 77.

resultado proibido pelo ordenamento<sup>197</sup>. Posteriormente, ARMIN KAUFMANN agregou a este arcabouço teórico da ação final a teoria das normas de forma expressa, considerando que existem normas de comportamento, isto é, proibições ou mandados com um conteúdo de determinação independentemente da causação de um resultado<sup>198</sup>.

Outros, partindo dos desenvolvimentos e discussões das antigas teorias da causalidade e da teoria da imputação objetiva, impõem elementos objetivos para a formação do dever contido na norma de comportamento, mais especificamente elementos objetivos de risco ao bem jurídico.

Após o desenvolvimento da concepção de ROXIN da teoria da imputação objetiva, consolidou-se o entendimento de que para que uma conduta causal para o resultado fosse considerada injusta (típica e antijurídica) seria necessário que já objetivamente e *ex ante* representasse a criação de um risco juridicamente desaprovado de ocorrência daquele resultado e, na sequência, que esse resultado fosse a realização do risco<sup>199</sup>. Uma conduta será criadora de um risco quando, desde uma perspectiva *ex ante* e por um observador objetivo (prognóse póstuma objetiva), com os conhecimentos especiais do autor, existir uma possibilidade real de ocorrência do resultado<sup>200</sup>. Porém, tendo em vista que existem muitas condutas arriscadas e que o risco de resultados lesivos ou perigosos faz parte da convivência social, a proibição de todas estas condutas inviabilizaria a vida em sociedade, razão pela qual se deve exigir que a conduta arriscada seja juridicamente desaprovada, vale dizer, que o interesse de proteção do bem jurídico supere o interesse de liberdade de realização da conduta, comumente estabelecido em normas de segurança extrapenais<sup>201</sup>.

Deste conteúdo da teoria foi possível concluir que já o injusto (conduta típica e antijurídica) pressupõe uma conduta contrária a um dever de agir, que nada mais é do que a criação de um risco

<sup>197</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 44.

<sup>198</sup> KAUFMANN, Armin. Sobre el..., *op. cit.*, p. 139, nota de rodapé nº 4. Importante contribuição do autor alemão foi a de superar a crítica feita até então aos dualistas de que adotar uma norma de comportamento destinada a todos os cidadãos representaria a fusão entre antijuridicidade (injusto) e culpabilidade. Armin. KAUFMANN argumentou que a norma de comportamento só estará completa por aquele que tem capacidade de realizá-la, mas esta capacidade é de realização de uma ação final concreta, que difere da denominada imputabilidade, que faz parte da culpabilidade. Nesse sentido, SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 17. Por essa razão KAUFMANN afirma que “*nada pode mudar, no que diz respeito à existência do dever jurídico, porque o obrigado não se deixou motivar ou porque não pode ser objeto de motivação pelo dever jurídico. As normas de comportamento podem, então, ser lesionadas sem reprovabilidade; existe o ‘injusto inculpável’*” (KAUFMANN, Armin. Sobre el..., *op. cit.*, p. 139, nota de rodapé nº 4 – trad. livre).

<sup>199</sup> Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general**. Tomo I..., *op. cit.*, p. 363.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 367. Entre nós, cf. GRECO, Luís. **Um panorama da imputação objetiva**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 35-43.

<sup>201</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general**. Tomo I..., *op. cit.*, p. 372. Entre nós, cf. GRECO, Luís. **Um panorama...**, *op. cit.*, p. 51-60. Interessante notar que o autor inclui considerações também de cunho deontológico, e não só de cunho consequencialista, na análise da desaprovação jurídica do risco e também GRECO, Luís. *A teoria...*, *op. cit.*, p. 82-84.

juridicamente desaprovado ao bem jurídico<sup>202</sup> e que este descumprimento do dever de agir sempre terá uma faceta objetiva e mais relevante do que a subjetiva<sup>203</sup>. No entanto, na concepção de ROXIN, a teoria estava conectada com o *desvalor do resultado*<sup>204</sup>, vale dizer, somente com a constatação de um resultado proibido e uma conduta causal é que se abriria espaço para a pergunta sobre se houve ou não a criação de um risco juridicamente desaprovado<sup>205</sup>.

Assim, este arcabouço teórico somente se conectou efetivamente com o *desvalor da ação* e passou a compor o conteúdo do dever de agir da norma de comportamento a partir das contribuições de FRISCH, que adota e desenvolve os conceitos de criação de um risco e desaprovação jurídica deste risco, mas entende que fazem parte, juntamente com a análise subjetiva, da categoria do *comportamento típico* como categoria que exprime o penalmente proibido pela norma de comportamento<sup>206</sup>. Portanto, para estes autores, o dever de agir contido na norma de comportamento é formado por critérios objetivos de criação de um risco juridicamente desaprovado ao bem jurídico e subjetivos de conhecimento deste risco<sup>207</sup>.

---

<sup>202</sup> Tal fica evidente na medida quando ROXIN afirma: “*Enquanto a falta de criação de perigo conduz à impunidade, a falta de realização do perigo em uma lesão típica do bem jurídico somente tem como consequência a ausência de consumação, porém se for o caso pode impor a pena da tentativa*” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo I..., *op. cit.*, p. 364 – trad. livre).

<sup>203</sup> Explicando a relevância da teoria da imputação objetiva também nos crimes dolosos, demonstrando que houve uma virada do eixo do tipo penal do subjetivo para o objetivo, cf. ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In. ROXIN, Claus. **Estudios de Derecho Penal**. Trad. GRECO, Luís. 2. ed. rev., São Paulo: Renovar, 2012, p. 119-122.

<sup>204</sup> Esta crítica é feita por FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004 [1988], p. 38-39.

<sup>205</sup> Para uma crítica a essa concepção de ROXIN sobre a teoria da imputação objetiva, cf. FRISCH, Wolfgang. Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Trad. Marcelo Sancinetti. In. SANCINETTI, Marcelo A. **Causalidad, riesgo e imputación**. Buenos aires, Hammurabi, 2009, p. 374-376. Também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 587. Contra essa crítica, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher. In. SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madri: Tecnos, 2002, p. 392-396.

<sup>206</sup> FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico...**, *op. cit.*, p. 47-58 e também FRISCH, Wolfgang. Lo fascinante, lo acertado..., *op. cit.*, p. 373-381. Para mais detalhes da contribuição de FRISCH, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 578-581. O início desta concepção do dever de agir formado por aspectos objetivos e subjetivos pode ser identificado em MAX LUDWIG MÜLLER que, já em 1912, entendia necessário reconhecer o descumprimento de um dever de agir com contornos objetivos para o juízo de antijuridicidade (injusto) do crime, que denominou de *contrariedad objetiva à norma jurídica*. A conduta dotada desta contrariedade, que deveria ser constatada já no momento da prática da conduta e não após a ocorrência do resultado, seria aquela que não só apresenta uma possibilidade de causar o resultado, mas também, nas circunstâncias reconhecíveis pelo conhecimento humano em abstrato, incrementa a possibilidade de um resultado da natureza caracterizada na norma (MÜLLER, Max Ludwig. La significación de la relación causal en el Derecho penal y en el de reparación de daños. Trad. Marcelo Sancinetti. In. SANCINETTI, Marcelo A. **Causalidad, riesgo e imputación**. Buenos aires, Hammurabi, 2009, p. 55-66).

<sup>207</sup> Adotam essa formação da norma de comportamento, dentre outros, FRISCH, Wolfgang. Lo fascinante, lo acertado..., *op. cit.*, p. 373-375 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 585-586.

Importante ressaltar que uma das principais vantagens desta vertente é a de tratar a tentativa da maneira correta, ou seja, como sendo própria do desvalor da conduta presente a partir do comportamento típico, com a criação do risco juridicamente desaprovado e o dolo deste risco<sup>208</sup>.

Para a segunda vertente do dualismo, que aqui denominaremos *teoria da imputação*<sup>209</sup>, a norma de comportamento é decorrência lógica da norma de sanção, não tendo um conteúdo autônomo e nem imperativo<sup>210</sup>, sendo que o dever de agir é produto de um juízo prático sobre a possibilidade de seguir a norma<sup>211</sup>. Para os adeptos desta vertente, os enunciados legais dos tipos penais são normas de sanção de caráter condicional, ou seja, sua aplicação está condicionada à ocorrência de algo. Sendo assim, estas normas de sanção enunciam a hipótese fática necessária (p. ex.: matar alguém) para que seja possível a aplicação da sanção. Ocorre que, como a sanção sempre deve ser a reação a um comportamento incorreto, é preciso identificar um padrão a partir do qual se possa afirmar que aquela hipótese fática é um comportamento incorreto. Este padrão é que será a norma de comportamento (p. ex.: não matar alguém), obtida, então, logicamente a partir da contrariedade com a hipótese fática prevista na norma de sanção<sup>212</sup>.

De acordo com esta vertente, portanto, a norma de comportamento somente enuncia as características fáticas para verificar se uma conduta será considerada ou não como antinormativa<sup>213</sup>, mas não impõe um dever de agir geral a todos os indivíduos. Vale dizer, uma norma de comportamento afirma que é proibido matar alguém, mas não impõe um imperativo a todos os indivíduos para que atuem de tal ou qual forma, isto é, um dever de ação, que somente surgirá concretamente para destinatários específicos. Há, assim, uma separação entre a análise sobre *o cumprimento ou não da norma*, que diz respeito ao juízo de antinormatividade, e a análise sobre *seguimento ou não desta norma*, que diz respeito à imputação da conduta como contradição a esta norma, como um comportamento que não a considerou como razão eficaz para agir e o agente como detentor de um déficit pessoal de fidelidade ao Direito<sup>214</sup>, o que pressupõe a presença das capacidades para segui-la<sup>215</sup>.

---

<sup>208</sup> FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico...**, *op. cit.*, p. 60-62.

<sup>209</sup> Para melhor explicação desta denominação, cf. SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 33-34.

<sup>210</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 176-177.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 171-172.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 171-172.

<sup>213</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa..., *op. cit.*, p. 463. MAÑALICH denomina estas propriedades como "*propiedades fundantes-de-antinormatividade*" (*Ibid.*, p. 463 – trad. livre).

<sup>214</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 174.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 178-179.

Em suma, um comportamento será assim *antinormativo* quando preencher a descrição das propriedades do tipo penal, inclusive com a demonstração da relação de causalidade entre o comportamento e o resultado<sup>216</sup>, sendo um juízo meramente subsuntivo, sempre realizado *ex post* e de caráter puramente objetivo<sup>217</sup>.

Constatada a *antinormatividade* da conduta, deve-se verificar se é possível imputar ao autor desta conduta antinormativa a característica de não ter reconhecido a norma de comportamento como razão eficaz para agir e apresentar um déficit pessoal de fidelidade ao Direito. Para tanto, é preciso que estejam presentes os pressupostos dos quais depende a *capacidade de seguimento da norma* de comportamento por parte do agente, pressupostos estes que são determinados pelas regras de imputação<sup>218</sup>.

As regras de imputação são de duas ordens: a primeira diz respeito à capacidade de ação, ou seja, a capacidade do indivíduo de formar e realizar a intenção de evitar o comportamento antinormativo, que compreende um poder físico de agir e um conhecimento das circunstâncias fáticas relevantes, que é o *dolo*<sup>219</sup>. A partir destas regras de imputação de primeira ordem é que se transformará o comportamento antinormativo em uma infração do dever pelo destinatário da norma<sup>220</sup>, o que se faz por meio de um silogismo prático.

Neste silogismo prático, a premissa maior é sempre constituída pela não realização do comportamento antinormativo como objetivo juridicamente obrigatório (p. ex.: não matar alguém) e a premissa menor é constituída pelos conhecimentos e capacidades do autor concreto, a partir dos indicadores das circunstâncias fáticas, enquanto destinatário da norma, para cumprir com tal objetivo (p. ex.: “A” sabe que ao atirar na cabeça de “B” naquelas circunstâncias produzirá sua morte). A partir delas surge a conclusão pragmática do dever de agir, que é o comportamento que o agente deveria ter praticado para cumprir com o objetivo da premissa maior (p. ex.: “A” tinha o dever de não atirar na cabeça de “B”)<sup>221</sup>.

Assim, caso o agente tenha colocado a norma de comportamento como seu motivo de atuar, terá que agir, em termos práticos, de acordo com o dever de ação disposto na conclusão<sup>222</sup>. A

---

<sup>216</sup> KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva. Trad. Juan Pablo Mañalich Raffo. **InDret Penal**. vol. 4, out. 2008, p. 08.

<sup>217</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 176.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>220</sup> KINDHÄUSER, Urs. El tipo..., *op. cit.*, p. 08. No mesmo sentido, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa..., *op. cit.*, p. 465. Também RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 66.

<sup>221</sup> KINDHÄUSER, Urs. El tipo..., *op. cit.*, p. 09-10.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 10. Conforme explica FUENTE HULAUD: “... se alguém tem a intenção de evitar o quebramento da norma e sabe que com sua conduta produzirá o fato nela previsto, para essa pessoa é necessário em termos práticos omitir essa



*contrário sensu*, se o agente não omitiu a ação proibida ou não executou a ação requerida, significa que não quis cumprir o objetivo do tipo penal<sup>223</sup> e a ele poderá ser imputado o comportamento antinormativo como uma infração de dever, constituindo o injusto pessoal de ação<sup>224</sup>.

Desta breve descrição é possível verificar duas importantes diferenças com a primeira vertente: a norma de comportamento (i) não apresenta um conteúdo de dever autônomo, um imperativo *ex ante* destinado a todos os indivíduos<sup>225</sup> e (ii) não é integrada por características subjetivas dos potenciais destinatários, pois a norma somente poderá funcionar como o padrão do juridicamente correto na medida em que seu destinatário não tenha o conteúdo da norma à sua disposição<sup>226</sup>. Portanto, as capacidades e conhecimentos dos destinatários não respondem se a conduta cumpriu ou não a norma de comportamento, mas somente servem para responder à pergunta sobre se havia possibilidade ou não de seguir a norma, o que se faz pelas regras de imputação.

Assim, diferentemente da primeira vertente, que trata a responsabilidade penal por tentativa como parte, inclusive o protótipo, da conduta antijurídica, esta segunda vertente a trata como uma forma subsidiária de responsabilidade.

Conforme foi possível observar, há separação na análise sobre se o comportamento pode ser considerado como antinormativo e se pode ser considerado como contrário ao dever de agir, pois o comportamento antinormativo é somente aquele que contém os elementos descritos no tipo penal (hipótese fática da norma de sanção), enquanto que a infração do dever exige que se faça um juízo prático no qual se verificará se o sujeito estava em condições físicas e tinha conhecimento suficiente para seguir a norma de comportamento<sup>227</sup> e caso estejam presentes, o comportamento poderá ser considerado como contrário ao dever.

---

*conduta*” (FUENTE HULAUD, Felipe de la. **¿Qué prohíben las normas de comportamiento?** Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 43 – trad. livre).

<sup>223</sup> Importante constatar que, no silogismo prático, não importa qual a intenção pura do agente, que não terá qualquer função positiva, de fundamentação, na imputação. Isto porque a única pergunta que se faz é: “por que o agente de fato não seguiu a conclusão prática que deveria ter extraído se fosse capaz de transformar a proibição da norma de comportamento em dever de ação?”. Assim, basta seguir a regra da *contrafaticidade da imputação*, segundo a qual é necessário somente verificar se o agente tinha condições subjetivas de realizar a transformação prática da proibição do tipo penal no dever de ação e, em caso positivo, na medida em que este agente não omitiu a ação proibida ou não realizou a requerida, será possível afirmar que não reconheceu a norma de comportamento como motivação de agir (MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa..., *op. cit.*, p. 472).

<sup>224</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 180.

<sup>225</sup> Nesse sentido, afirma MAÑALICH: “*Sendo o estabelecimento da antinormatividade de um comportamento exclusivamente dependente da estrutura locucionaria da norma correspondente, para o mesmo resulta irrelevante que a norma seja aplicada como norma de determinação ou de valoração*” (MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 176-177 – trad. livre).

<sup>226</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 177.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 181.

Esta separação pode gerar quatro conclusões diferentes: (i) há antinormatividade e infração do dever (p. ex.: responsabilidade por crime consumado); (ii) há antinormatividade, mas não infração do dever (p. ex.: atuação em erro de tipo); (iii) não há antinormatividade nem infração de dever (ausência de responsabilidade) e (iv) não há antinormatividade, mas há infração de dever<sup>228</sup>.

Nessa quarta hipótese que os adeptos desta vertente encaixam a responsabilidade penal por tentativa, considerando-a como estrutura de responsabilidade subsidiária<sup>229</sup>. Isto porque os comportamentos considerados como tentativa são aqueles em que falta algum elemento da hipótese fática descrita no tipo, mais especificamente o resultado, de modo que não ocorre a exata subsunção e não se pode afirmar que o comportamento é dotado de antinormatividade<sup>230</sup>. Porém, na medida em que a análise sobre se a conduta está ou não adequada à norma de comportamento não responde à pergunta sobre se este comportamento seguiu a norma, os adeptos desta posição defendem que a ausência de antinormatividade do comportamento na tentativa não seria um impeditivo para imputar a este comportamento e seu autor a contrariedade ao dever e considerar seu agente como dotado de um déficit de fidelidade ao Direito, desde que se reconheça que ele atuou sem considerar a norma como um motivo eficaz para sua ação<sup>231</sup>.

A partir desta concepção, a responsabilidade penal a título de tentativa não se torna mais a forma básica de responsabilidade penal, mas, ao contrário, é excepcional, pois pressupõe a ausência de uma antinormatividade do comportamento, mas, ao mesmo tempo, a presença das condições de imputação para que se considere como uma infração do dever<sup>232</sup>.

A correção de uma tal forma de olhar para a tentativa é defendida pelos adeptos desta vertente com os seguintes argumentos: (i) o fato de a norma ter de orientar o agente em um momento anterior à realização do resultado (*ex ante*) não significa que se deve confundir o *conteúdo* e a *função* da norma de comportamento. Portanto, a norma de comportamento é concebida como a comunicação da proibição de produzir um resultado lesivo ao bem jurídico, não sendo possível confundir este *conteúdo* com a *função* diretiva de imposição do *dever de agir*<sup>233</sup>, que será estabelecido para um destinatário específico, a partir das regras de imputação, e (ii) o conceito de “tentar” é sempre secundário frente ao conceito de “realizar”, pois somente se fala que alguém tentou algo quando a

---

<sup>228</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 182.

<sup>229</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>230</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>231</sup> Isto é, que este agente partiu de uma capacidade de ação física e de representação dos fatos que indicavam ser necessária, em sentido prático, a realização de certa ação como forma de cumprir com seu objetivo de realizar o normativamente adequado, mas não o fez (*Ibid.*, p. 182-183).

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>233</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa..., *op. cit.*, p. 464; p. 482.

pessoa praticou uma ação em um sentido, mas fracassou. Não se fala que sempre que alguém realiza algo antes, obrigatoriamente, tentou realizar este algo<sup>234</sup>. Assim, contrariamente à primeira posição, “a declaração de punibilidade de um delito tentado não pode estar implícita na criminalização da correspondente espécie de delito consumado”<sup>235</sup>.

Apresentados os dois principais modelos de estrutura normativa do Direito Penal, e suas vertentes, adota-se o modelo dualista em sua primeira vertente, que considera que os enunciados legais dos tipos penais são formados por uma norma de comportamento autônoma e dotada de conteúdo imperativo a todos os cidadãos e uma norma de sanção destinada aos juízes<sup>236</sup>, pelos seguintes argumentos.

Em primeiro lugar, a adoção de uma posição aqui denominada de monista, para a qual os enunciados dos tipos penais seriam meramente valoração de estados e conteriam normas de sanção, a rigor sequer exigiria que o Direito Penal se insurgisse somente contra condutas humanas<sup>237</sup>. Por outro lado, o modelo dualista permitiu o surgimento da concepção do crime como um *injusto pessoal*<sup>238</sup>, para o qual o juízo de desvalorização é de uma conduta típica e antijurídica (injusto) que descumriu um dever pessoal – e não meramente a ocorrência de algo desvalorado<sup>239</sup>.

Em segundo lugar, o modelo dualista em sua primeira vertente é o que melhor se adequa à função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos pela prevenção de condutas<sup>240</sup>. Isto porque se os enunciados dos tipos que compõem o Direito Penal somente se preocupassem em desvalorar a realização de resultados lesivos ou perigosos e impor uma ordem aos juízes para aplicarem sanções a quem fosse responsável por eles, não estariam distinguindo as condutas proibidas das permitidas e impondo imperativos de agir aos cidadãos para que atuassem de forma a não produzir aqueles resultados, ou seja, não estariam prevenindo a ocorrência destes resultados lesivos ou perigosos pela motivação dos indivíduos a realizarem condutas, mas somente reagindo contra tais resultados por

<sup>234</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Norma e imputación..., *op. cit.*, p. 184-185.

<sup>235</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa..., *op. cit.*, p. 477-479 – trad. livre.

<sup>236</sup> Para argumentos contrários à concepção dualista e suas respostas, que aqui não poderão ser aprofundados, cf. RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 64-66.

<sup>237</sup> A crítica é feita por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 511, nota de rodapé n. 1509.

<sup>238</sup> Nesse sentido, destaca RENZIKOWSKI: “O significado da teoria das normas para a dogmática do direito penal é inestimável: por exemplo, a teoria pessoal do injusto, fundamento da moderna construção do delito com a localização do dolo no tipo subjetivo, explica-se pelo fato de ao injusto subjazerem normas de determinação. Essas normas de determinação dirigem-se ao cidadão singular, dizendo-lhe o que deve fazer e deixar de fazer...” (RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 53, nota 9).

<sup>239</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 582-584.

<sup>240</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 515-516, 535-536 e 572-573; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 30, quando fala em uma dupla estabilização das expectativas dos cidadãos por meio das normas. Também SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 45.

meio de sanções<sup>241</sup>. Por outro lado, na medida em que o Direito Penal se preocupa em impor normas de comportamento, está buscando a proteção de bens jurídicos por meio do direcionamento de condutas.

Em terceiro lugar, o modelo dualista em sua primeira vertente reconhece que existe um dever jurídico prévio à sanção<sup>242</sup> e, como consequência, permite que se distinga a sanção do mero preço a se pagar<sup>243</sup>. Em outras palavras, se as normas do Direito Penal somente aplicassem sanções a condutas desvaloradas, sem impôr um dever jurídico de comportamento prévio, ter-se-ia que admitir que a sanção é mera reação incômoda ao autor da conduta desvalorada e, ao fim e ao cabo, se o autor aceitasse previamente este incômodo como algo a pagar pela conduta que queria praticar, a sanção se igualaria a um mero preço qualquer e o autor adquiriria a liberdade de agir, desde que pagasse o preço. Por outro lado, na medida em que as normas de Direito Penal impõem deveres jurídicos de comportamento, a sanção é uma reação ao descumprimento destes deveres e, ainda que o autor aceite a sanção, nunca terá a liberdade de realizar a conduta, pois ela será sempre ilícita (contrária ao dever).

Em quarto lugar, e criticando especificamente a segunda vertente do modelo dualista, entendemos que está equivocada, em princípio, ao esvaziar a norma de comportamento de qualquer conteúdo imperativo destinado a todos os indivíduos<sup>244</sup>, considerando-a mera decorrência lógica e condição da norma de sanção disposta no tipo penal. Este é um equívoco, pois essa forma de construir a norma de comportamento faz com que se observe o Direito Penal como um meio de punição dos que não são fiéis ao cumprimento da norma e não como um meio motivacional para que os indivíduos se comportem de determinada forma para tutelar bens jurídicos importantes<sup>245</sup>, demarcando as fronteiras entre o permitido e o proibido. Desta forma, exige-se a constatação de uma simples correspondência entre o comportamento a ser analisado e a hipótese fática da norma de sanção (antinormatividade) e a construção do dever de agir se dá a partir de um destinatário específico para verificar, não se ele agiu de acordo ou contrariamente a um dever, mas sim se colocou a norma como sua razão de agir, isto é, se foi ou não fiel ao Direito.

---

<sup>241</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 66. Conforme afirma SILVA SÁNCHEZ: “Ao conceito de norma jurídico-penal pertence, certamente, a formulação de um juízo de valor. Mas entendemos que não estamos diante de uma verdadeira norma enquanto a essa valoração não se acrescenta um imperativo” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 521).

<sup>242</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>243</sup> Sobre isto, cf. RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção..., *op. cit.*, p. 66 e RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria..., *op. cit.*, p. 26-27.

<sup>244</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 34.

<sup>245</sup> Sobre esta crítica, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 542.

Ressalte-se que, diferentemente do que argumentam os adeptos da segunda vertente do modelo dualista, o fato de a norma de comportamento impor um dever de agir a todos os indivíduos não representa que o conteúdo da norma será definido pelo potencial destinatário. Ao contrário, a norma de comportamento impõe um dever de agir prévio a todos os indivíduos, dever este que engloba aspectos objetivos de risco ao bem jurídico e subjetivos de representação deste risco, ou seja, relacionados à proteção de bens jurídicos e não à capacidade de seguir ou não a norma<sup>246-247</sup>. Desta forma, cabe tão somente ao julgador – e não ao próprio agente – verificar se o comportamento descumpriu este dever de agir. Esta argumentação trazida pela segunda vertente somente tem lugar na medida em que seus adeptos estão preocupados imediatamente com a fidelidade ao Direito e não com a proteção de bens jurídicos, de modo que, para eles, o dever de agir sempre deve exprimir se o sujeito colocou a norma de comportamento como razão para atuar ou não<sup>248</sup>, quando, na realidade, o dever de agir é construído como forma de direcionar condutas para proteger bens jurídicos<sup>249</sup>.

Em quinto lugar, e não menos importante, o modelo dualista em sua primeira vertente contém vantagens dogmáticas, pois é o modelo capaz de explicar de forma mais coerente a responsabilidade penal da tentativa como pertencente ao sistema e não como uma exceção, conforme se verificará a seguir.

#### 4.2.2 A estrutura normativa da tentativa e a importância do desvalor do resultado

Definido o modelo de estrutura normativa dualista tendo uma norma de comportamento autônoma e dotada de imperativo destinado a todos os cidadãos, cujo conteúdo do dever de agir é formado por critérios objetivos de criação de um risco juridicamente desaprovado ao bem jurídico e

---

<sup>246</sup> Próximo, FRISCH chama a atenção para a diferença entre “imputação” e “juridicidade da conduta”, sendo a segunda a verificação sobre se “aquilo que é considerado ação e que possivelmente pode ser imputado à culpabilidade, pode ser juridicamente reprovado. Nesta medida interessa, em última instância – sobre a relação da conduta concreta com o Direito -, o conteúdo do Direito, p. ex., a configuração da relação jurídica entre os indivíduos, o alcance do Direito e os limites da liberdade a reconhecer” (FRISCH, Wolfgang. Lo fascinante, lo acertado..., *op. cit.*, p. 379 – trad. livre).

<sup>247</sup> SILVA SÁNCHEZ chama a atenção ainda para o fato de que é muito difícil isolar completamente a negação da norma (antijuridicidade) e a imputação, como pretende a segunda posição, sem tornar a negação da norma irrelevante (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación ao...**, *op. cit.*, p. 552).

<sup>248</sup> Para KINDHÄUSER, um dos principais adeptos desta posição, cumpre ao Direito Penal imediatamente a proteção do bem jurídico-penal “nível suficiente de motivação fiel ao Direito”, cujo referencial é o reconhecimento efetivo da norma de comportamento pelo agente como razão para atuar, e só mediamente, através da garantia desta motivação, cumpre a ele a proteção dos bens jurídicos (KINDHÄUSER, Urs. Pena..., *op. cit.*, p. 86).

<sup>249</sup> Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación ao...**, *op. cit.*, p. 538.

subjetivos de conhecimento deste risco, pode-se afirmar aqui que a estrutura normativa da tentativa é a mesma da consumação<sup>250</sup>.

Em outras palavras, para cumprir com a proteção de bens jurídicos por meio da prevenção, os enunciados legais dos tipos penais de lesão e perigo concreto impõem normas de comportamento, com conteúdo imperativo destinado a todos os cidadãos, que indicam quais condutas devem e quais não devem realizar, mais especificamente, que não devem realizar as condutas que sejam criadoras de risco da ocorrência dos resultados lesivos ou concretamente perigosos aos bens jurídicos. A partir disto, será considerada uma conduta humana injusta (típica e antijurídica) aquela que, no momento de sua realização (*ex ante*)<sup>251</sup>, contrariar a norma de comportamento, mais especificamente, aquela que criar um risco da ocorrência dos resultados lesivos ou concretamente perigosos aos bens jurídicos, desde que praticada pelo agente com conhecimento deste risco, o que vale tanto para uma conduta tentada quanto para uma conduta consumada, cuja diferença encontra-se somente na posterior ocorrência do resultado ou na verificação *ex post* da possibilidade de imputá-lo.

Porém, é preciso realizar esclarecimento a respeito da função do desvalor do resultado nos tipos penais de lesão e perigo concreto. Alguns adeptos do modelo dualista em sua primeira vertente, por entenderem que somente a conduta é controlada pelos indivíduos, não a ocorrência do resultado, que é fruto do mero acaso<sup>252</sup>, defendem a posição radical de que a infração penal será composta somente pelo descumprimento de um dever de agir imperativo da norma de comportamento, e, por consequência, o injusto penal será composto somente por um *desvalor de conduta*, não existindo função ao *desvalor do resultado*<sup>253</sup>. Assim, a tentativa se transforma no modelo de comportamento penal, ou seja, o crime será sempre o descumprimento da norma de comportamento, sendo irrelevante, para o injusto, se o resultado ocorreu ou não.

Uma primeira vertente absolutamente subjetivista, ao entender que a realização da conduta com dolo por parte do agente já descumpra o dever de agir, chega ao extremo de conceber o delito

<sup>250</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 41; SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 38 e 83 e ss.; WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus. In. SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 109-110.

<sup>251</sup> Isto porque é o momento em que o indivíduo tem controle sobre o seu agir e a função preventiva da norma poderá atuar. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao...**, *op. cit.*, p. 574-575 e 583-584.

<sup>252</sup> Nesse sentido, FARRÉ TREPAT argumenta: “... de forma alguma poderia... uma norma preventiva proibir a realização de resultados, já que estes são, em ocasiões, imprevisíveis ou inevitáveis, e aquilo que é imprevisível ou inevitável não pode ser proibido nem exigido. O Direito não pode evitar que se produzam resultados danosos, mas sim pode evitar, motivando os cidadãos mediante normas, que levem a cabo a realização de condutas que colocam em perigo bens jurídicos e que podem conduzir a sua efetiva lesão” (FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 41 – trad. livre).

<sup>253</sup> Tratando das repercussões do afastamento do desvalor do resultado para a dogmática da tentativa, cf. REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 35-36 e p. 42-43 e SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 61-62.

como qualquer conduta praticada com intenção de atingir o resultado e argumenta que a ocorrência posterior do resultado em nada modifica a análise sobre o injusto da conduta<sup>254</sup>. Esta vertente, porém, pode ser de pronto afastada quando se guia o sistema jurídico-penal por um Direito Penal do fato, que impede a responsabilização pela mera intenção.

Há, porém, uma segunda vertente, de cunho objetivista, que entende que a conduta que infringe a norma de comportamento é aquela que cria um risco juridicamente desaprovado ao bem jurídico, não admitindo qualquer função à ocorrência do resultado no injusto<sup>255</sup>, mas tão somente no momento da punibilidade<sup>256</sup>.

No entanto, discordamos deste entendimento, pois, por mais que se reconheça e adote o dualismo normativo e a função do Direito Penal de prevenção pela orientação imperativa de condutas, não se pode negar que qualquer prevenção sempre necessita de um objeto, ou seja, é necessário identificar *o que* se está prevenindo, que será sempre o resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico. Assim, sendo o resultado o objeto de prevenção, a partir dele que será possível identificar os elementos que compõem a conduta concreta arriscada, ou seja, será a partir dele que se definirá o dever de agir e qual a conduta concreta que é criadora de um risco ao bem jurídico e, como consequência, em princípio, somente a ocorrência deste resultado é capaz de justificar ao autor porque aquele dever de agir lhe foi imposto e ele está sendo punido pelo seu descumprimento.

Desta forma, conforme argumenta GRECO, a função da ocorrência do desvalor do resultado na teoria do delito é a de demonstrar ao autor da conduta que havia uma razão, uma justificativa, para a imposição daquele dever jurídico de agir com a norma de comportamento<sup>257</sup>.

Para ilustrar o argumento, acreditamos que o silogismo prático, acima explicitado, mas com base na concepção ora adotada, pode contribuir<sup>258</sup>. Na maior parte dos enunciados penais (salvo os crimes de perigo abstrato), o dever de agir não pode ser extraído diretamente do texto da lei, mas sim é preciso realizar um juízo prático a partir da situação concreta. Assim, partindo do silogismo prático,

---

<sup>254</sup> KAUFMANN, Armin. Sobre el..., *op. cit.*, p. 149-150. Para um adepto mais atual desta posição, cf. SANCINETTI, Marcelo Alberto. El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional. **InDret Penal**, vol. 1, jan., 2017. WELZEL ainda entendia que o desvalor do resultado continua sendo importante para alguns crimes, os chamados crimes de resultado, mas acreditava que era um elemento dependente do desvalor pessoal da ação como atuar doloso, que é independente e comum a todos os crimes (WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 75).

<sup>255</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación ao...**, *op. cit.*, p. 589.

<sup>256</sup> Defendendo que o resultado tem papel importante na aplicação da norma secundária de sanção, cf. *Ibid.*, p. 589.

<sup>257</sup> GRECO, Luís. **Um panorama...**, *op. cit.*, p. 100-102. Sem esclarecer muito a função do desvalor do resultado, cf. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Fundamentación...**, *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>258</sup> O fato de utilizarmos este recurso não significa que estamos adotando esta posição em contradição ao que argumentamos até o momento, pois o silogismo prático pode ser utilizado como ferramenta para a definição do dever de agir sem que se tenha que adotar a posição da teoria analítica de que a norma de comportamento é a mera causação de resultados e que o que se deve verificar é a fidelidade ou não do indivíduo ao Direito.

pode-se estabelecer a premissa maior como o resultado típico lesivo ou perigoso ao bem jurídico que não se quer produzir (p. ex.: morte de alguém). Na sequência, com base nos elementos objetivos fático-concretos, se estabelece a premissa menor dos fatores objetivos de risco de ocorrência concreta deste resultado e se o agente tinha conhecimento destes fatores (p. ex.: atirar na cabeça de outro indivíduo com uma arma de fogo)<sup>259</sup>. Por fim, surge a conclusão sobre qual era o dever de agir *ex ante* deste indivíduo para proteger o bem jurídico do referido resultado lesivo ou perigoso (p. ex.: não realizar o disparo de arma de fogo).

A partir disto, a ocorrência do desvalor do resultado (no exemplo, a morte do outro indivíduo em razão daquele disparo de arma de fogo) é o elemento capaz de justificar ao agente que praticou a conduta que a construção daquele dever de agir da norma de comportamento (no exemplo, não realizar o disparo) tinha razão de ser.

Em conclusão, entende-se aqui que (i) os enunciados dos tipos penais são compostos de normas de comportamento e normas de sanção (dualismo normativo); (ii) as normas de comportamento são autônomas e impõe imperativos de conduta a todos os indivíduos, de uma perspectiva *ex ante*, como forma de prevenir lesões ou perigos a bens jurídicos, de modo que (iii) a conduta tentada e a consumada infringem a mesma norma de comportamento, mas (iv) apesar da adoção de uma concepção imperativista da norma de comportamento jurídico-penal, o desvalor do resultado também cumpre uma função importante no injusto (tipicidade e antijuridicidade), de garantia ao indivíduo, que é a de justificar-lhe que o dever de agir que descumpriu, e pelo qual está sendo punido, tinha razão para ser imposto.

#### 4.3 O FUNDAMENTO MATERIAL DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL POR TENTATIVA

Apresentada a estrutura normativa da tentativa, cumpre investigar o seu conteúdo, o que significa dizer que é preciso analisar quais as razões que permitem atribuir a uma conduta humana a prática de uma comissão ou de uma omissão, responsabilizando penalmente um indivíduo, se ela não apresenta todos os pressupostos exigidos por esses juízos de comissão ou de omissão, mais especificamente se não apresenta um desvalor de resultado<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> A forma como deve ser feita a verificação sobre se a conduta é criadora de um risco ou não, isto é, se é um risco quantitativa e qualitativamente relevante, é aspecto a ser analisado com base nos fundamentos materiais do injusto e, especificamente, do injusto da tentativa. Para tanto, cf. *infra* n. 4.3.1 e 4.3.2.

<sup>260</sup> Nesse sentido, FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 03.



Diversas são as razões postuladas pelos autores para fundamentar a responsabilização penal por tentativa, não cumprindo aqui, conforme explicitado no item *supra* n. 1, apresentá-las de forma exaustiva<sup>261</sup>. Partiremos de determinada concepção de Direito Penal da qual derivaremos as razões que fundamentam a responsabilidade penal pela tentativa e, ao apresentar tais razões, serão feitas as críticas às demais fundamentações apresentadas pelos autores.

A concepção ora adotada, defendida por GRECO, é a de que, para que pratique um ato legítimo de poder, o Estado deve apresentar razões não somente de natureza consequencialista<sup>262</sup>, que justificam tal ato para os cidadãos em geral, mas também respeitar razões de natureza deontológica<sup>263</sup>, que justificam este ato de poder ante o indivíduo atingido pela pena. Portanto, cabe ao Direito Penal, em todas as definições que impliquem a proibição de condutas e a cominação e aplicação de pena, indicar fins consequencialistas que as fundamentam para a sociedade e também indicar restrições deontológicas, que as fundamentam ante o indivíduo atingido pela pena<sup>264</sup>. Vejamos em detalhes a argumentação.

Ao tratar da relação entre Direito e Moral<sup>265</sup> especificamente no contexto do Direito Penal, GRECO afirma que a posição do “moralismo”, que entende existir uma permeabilidade entre Direito Penal e Moral, e a do “amoralismo”, que nega em absoluto esta permeabilidade, apesar de serem consideradas antagônicas, focam em destinatários diferentes<sup>266</sup>. A posição “amoralista” preocupa-se com a situação do chamado “moralismo individual”, na qual o cidadão deve cumprir normas jurídico-penais independentemente de suas consequências, ou seja, sem qualquer vantagem social e útil, mas somente porque foram impostas. A posição “moralista”, por outro lado, preocupa-se com a situação do chamado “amoralismo estatal”, na qual o Estado exerce atos de poder – no que aqui importa, atos

---

<sup>261</sup> Para uma exposição exaustiva dos diversos fundamentos para a responsabilização penal por tentativa, cf. FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 03-45; SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Fundamentación...**, *op. cit.*, p. 50-82 e ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General. Tomo II...**, *op. cit.*, p. 436-452. Entre nós, cf. DARCIE, Stephan Doering. **O fundamento da tentativa em direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 65-122.

<sup>262</sup> O termo consequencialista é aqui utilizado como a ideia geral da teoria do consequencialismo, segundo a qual a correção de um ato é dada pelas consequências úteis e benéficas que poderá atingir (GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto...**, *op. cit.*, p. 106, nota de rodapé n. 62).

<sup>263</sup> O termo deontológico é aqui utilizado como a ideia geral de uma teoria deontológica, segundo a qual a correção de um ato é dada pelo respeito a priori de uma regra independente das consequências que produzirá (*Ibid.*, p. 106-107, nota de rodapé n. 62).

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 123-124.

<sup>265</sup> GRECO entende que este debate entre moralistas e amoralistas, os autores partem da ideia de moral com um núcleo comum: a moral como o conjunto de exigências dos atos fundadas de forma não consequencialista (*Ibid.*, p. 106).

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 108.

ligados ao Direito Penal – pautado exclusivamente em lógicas consequencialistas, de modo que todo meio passa a ser legítimo somente porque atingirá um fim útil<sup>267</sup>.

Diante deste cenário, GRECO apresenta a seguinte formulação jurídico-filosófica: “*A liberdade dos cidadãos não pode limitar-se somente pela observância de considerações morais, mas o poder estatal só pode exercer-se observando considerações morais*”<sup>268</sup>.

Esta formulação tem dupla fundamentação: por um lado, a concepção liberal de Estado entende que cada indivíduo dotado de capacidade deve decidir sobre o que é, para ele, uma vida boa e poderá fazer tudo o que não causar consequências negativas a terceiros<sup>269</sup>. Assim, não se pode proibir condutas dos cidadãos que não gerem danos a terceiros, mas que somente estejam baseadas em regras sobre a boa vida e imperativos categóricos<sup>270</sup>.

De outro lado, para exercer o poder de forma legítima, o Estado deve fazê-lo em nome de todos os seres humanos que estão em seu âmbito de ação, o que significa que deve respeitar todos, baseando seu poder não somente em critérios de utilidade (adequação a fins), mas também certas regras fundamentais *a priori* (deontológicas)<sup>271</sup>, que impõem limites e conferem razões especificamente ao indivíduo prejudicado pelo ato de poder<sup>272</sup>.

Importante destacar que a adoção de critérios exclusivamente consequencialistas permite que o Estado exerça seu poder em nome do que é bom para alguns em detrimento de um ou alguns indivíduos. Porém, não é suficiente, para prejudicar este indivíduo, dizer a ele que outros obterão vantagem superior em seu detrimento<sup>273</sup>.

A relação entre as razões consequencialistas e as razões deontológicas de um ato de poder estatal se estabelece a partir da ideia de fins e restrições, ou seja, as regras consequencialistas são fins

<sup>267</sup> GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto...**, *op. cit.*, p. 108-109.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 109 – trad. livre. Tal significa dizer que, na atuação estatal, deve existir a permeabilidade entre Direito e moral, porém não no atuar do indivíduo (*Ibid.*, p. 110).

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 111-114. Esta concepção liberal já foi aqui mencionada e adotada quando se tratou da distinção material entre comissão e omissão (ver item *supra* n. 4.1.3).

<sup>270</sup> Greco apresenta o exemplo do crime de estelionato que, em que pese a conduta viole a regra geral de proibição de mentir, sua proibição penal não está fundada nesta violação, mas sim porque causa um dano ao patrimônio de terceiros (*Ibid.*, p. 113).

<sup>271</sup> A natureza destas regras deve ser deontológica, pois (i) regras da ética da virtude, ao imporem certos padrões virtuosos pré-estabelecidos, vão de encontro com a absoluta impermeabilidade entre Direito e Moral no atuar do indivíduo e (ii) são as únicas capazes de exercer verdadeira restrição *a priori* absoluta, pois não estão baseadas em contingências, não admitindo exceções (*Ibid.*, p. 116-119). Para uma análise de diferentes exemplos de regras deontológicas fundamentais, cf. GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 95, pp. 43-84, mar./abr., 2012.

<sup>272</sup> Neste ponto, afirma GRECO: “*Se o Estado atua com base em considerações consequencialistas ilimitadas, mina a legitimidade de seu atuar frente ao homem prejudicado. Pois este é precisamente excluído daqueles em cujo nome se exerce legitimamente o poder, de modo que efetivamente, frente a ele, o Estado não representa mais do que uma grande gangue de ladrões*” GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto...**, *op. cit.*, p. 116 – trad. livre).

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 115-116.

que o ato de poder busca atingir e as regras deontológicas funcionam como restrições, que se encontram ao lado destes fins e os limitam. Portanto, estas duas considerações não se comunicam e, conseqüentemente, não são admitidas ponderações entre as razões consequencialistas e as razões deontológicas para que se afirme qual prevalecerá. Ao contrário, estas razões se localizam em colunas diferentes e as razões deontológicas somente funcionam como restrições aos fins consequencialistas<sup>274</sup>.

Conclui-se assim que, para exercer qualquer ato de poder pelo Direito Penal, deve-se apresentar fins de cunho consequencialista<sup>275</sup>, que o fundamentarão perante a sociedade, e também restrições de cunho deontológico, isto é, regras fundamentais *a priori* de respeito, que o fundamentarão perante o indivíduo prejudicado, conferindo-lhe o *status* de ser humano tal qual os beneficiados<sup>276</sup>.

Ao se tratar da responsabilidade penal por tentativa, deve-se identificar se existem e quais são os fins consequencialistas e as restrições deontológicas para se responsabilizar penalmente um indivíduo por comissão ou omissão pela prática da conduta, mas sem a verificação do resultado danoso a terceiros<sup>277</sup>.

#### 4.3.1 Os fins consequencialistas para a responsabilização penal pela tentativa

<sup>274</sup> GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto...**, *op. cit.*, p. 122. Próximo parece entender NAUCKE com a sua distinção entre “direito penal positivo” e “direito penal negativo. O autor alemão afirma a existência de um “direito penal positivo”, que estaria baseado na ideia utilitarista de proteção de bens jurídicos e de aumento da segurança geral, isto é, verdadeiro “*instrumento legal de poder contra o desvio*”, que tem a tendência de expansão, de excesso. Contra ele, deve surgir o “direito penal negativo”, que seria o conjunto de dispositivos legais e argumentos dogmáticos que colocariam limites ao primeiro, que efetivamente lhe negaria poder (NAUCKE, Wolfgang. *Direito penal negativo*. Trad. Luís Greco e Fernanda Tórtima. In: GRECO, Luís. MARTINS, Antônio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012, p. 473-484).

<sup>275</sup> GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto...**, *op. cit.*, p. 122. Tratando especificamente do Direito Penal e do injusto da tentativa, cf. SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>276</sup> Tratando especificamente do Direito Penal, adota uma posição parecida FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>277</sup> Para a aplicação desta concepção de GRECO a outros institutos dogmáticos da teoria do delito, cf. sobre a exigência do conhecimento para a configuração do dolo, GRECO, Luís. *Dolo sem vontade...*, *op. cit.*, p. 892 e sobre o critério do domínio do fato para a delimitação entre autor e partícipe, GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís. *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, pp. 47–80, 2014, p. 56. Tratando de temas da teoria da criminalização e da pena, cf. sobre a teoria do bem jurídico, GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, jan./fev., 2010; sobre a teoria do harm principle, cf. GRECO, Luís. *A crítica de Stuart Mill ao paternalismo*. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. *Modernas Tendências do Sistema Criminal*, Curitiba, v. 4, n. 7, 2012; sobre outros aspectos, cf. GRECO, Luís. *Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 95, pp. 43-84, mar./abr., 2012.

O fim útil das normas de comportamento de Direito Penal é a proteção de bens jurídicos<sup>278</sup>, de modo que não se pode afastar deste fim útil quando se pretende apresentar as razões consequentialistas para fundamentar a responsabilidade por tentativa<sup>279</sup>. Assim, na medida em que os indivíduos somente detêm controle de seus atos – e não pelos resultados deles decorrentes –, o fim consequentialista da responsabilização penal pela prática de uma conduta sem a ocorrência de um resultado é a *maior eficácia da proteção de bens jurídicos*<sup>280</sup>, pois com ela não se aguarda a casual ocorrência do resultado danoso para se afirmar a responsabilidade, mas, já de antemão, proíbe-se e, caso praticada, pune-se, a prática da conduta tendente a um resultado danoso àquele bem jurídico.

Ao proibir uma conduta tendente a um resultado danoso a um bem jurídico e punir um indivíduo que a praticou, busca-se a finalidade útil de proteção mais eficiente de tais bens jurídicos, pois não faz com que a proibição e a punição dependam da casualidade da ocorrência do resultado.

Este fim pode ser ilustrado pelo argumento de VON LISZT de que a responsabilidade penal pela prática da conduta tendente ao resultado é fruto da incapacidade humana de prever o curso dos acontecimentos<sup>281</sup>. Se fosse possível prever quais condutas atingiriam o resultado e quais condutas não o atingiriam, bastaria proibir as segundas e punir aqueles que as praticaram. Porém, na medida em que não é possível uma tal previsão, a proibição e punição de condutas tendentes ao resultado garantem uma proteção mais eficiente dos bens jurídicos em comparação com a simples punição das hipóteses em que o resultado casualmente ocorreu (consumação).

A exigência da identificação de um fim consequentialista para a proibição e punição pela prática de condutas tendentes ao resultado afasta a possibilidade de adotar um fundamento baseado na *vontade* do agente de atingir o resultado para a responsabilidade penal por tentativa<sup>282</sup>.

---

<sup>278</sup> Novamente aqui não estamos interessados no debate a respeito de qual é o objeto de tutela de uma norma penal. Somente entendemos não ser possível abrir mão da identificação de um objeto de tutela da norma penal que seja diverso da própria existência da norma exatamente porque é a identificação deste objeto que confere fins consequentialistas ao ato de poder estatal de proibir penalmente uma conduta. Seguimos GRECO, para quem, por motivos científico-pragmáticos, a utilização do conceito de bens jurídicos para designar o objeto de tutela da norma penal é de maior rendimento em comparação com a teoria dos direitos subjetivos (GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto...**, *op. cit.*, p. 275-276).

<sup>279</sup> REYES ALVARADO também destaca que é preciso essa simetria entre os fundamentos – ao que parecem consequentialistas – do delito consumado e do delito tentado (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 65-66).

<sup>280</sup> Nesse sentido, cf. FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 42-43.

<sup>281</sup> von LISZT, Franz. *op. cit.*, p. 196 - nota de rodapé nº 3. Fazendo um destaque no mesmo sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>282</sup> Apesar de normalmente ser indicada dentro do pacote das “teorias subjetivas”, a fundamentação da tentativa na vontade de atingir o resultado difere daquela que fundamenta a responsabilidade penal na periculosidade que o agente representa para a sociedade, própria do Positivismo Italiano. Conforme será demonstrado abaixo, a posição da periculosidade do agente não peca pela ausência de razões consequentialistas. Ao contrário, chega aos ilegítimos excessos destas razões, mas é criticável por representar um ilegítimo Direito Penal do autor (Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 447-448).

Os principais expoentes<sup>283</sup> de uma fundamentação da tentativa baseada na vontade contrária ao Direito são os autores adeptos de um conceito final de ação e de um dever de agir, componente da norma de comportamento, constituído pela vontade reitora da ação final (dolo)<sup>284</sup>. Para estes autores, o que fundamenta materialmente a responsabilidade por tentativa é o descumprimento deste dever de agir, ou seja, o atuar com dolo, com intenção, para atingir o resultado típico<sup>285</sup>.

Ocorre que a proibição penal, e posterior responsabilização, pelo simples atuar com dolo – para estes autores, a intenção consciente do indivíduo de atingir o resultado típico – pode não representar qualquer ganho de natureza consequencialista de melhora de proteção de bens jurídicos, como, por exemplo, em situações em que o indivíduo pratica uma conduta com a intenção de atingir o resultado, mas tem má compreensão da realidade e não verifica que está faltando algum elemento para que o meio empregado seja eficaz ou o objeto a ser atingido seja idôneo<sup>286</sup>. Permite-se ainda a responsabilização, por exemplo, se o indivíduo tem total conhecimento da realidade, mas se vale de um meio que nunca atingirá o resultado típico ou de mera superstição<sup>287</sup>.

A incompatibilidade entre um fundamento consequencialista de perigo ao bem jurídico para responsabilidade penal por tentativa e a mera desaprovação da vontade manifestada fica evidente em ROXIN que, partindo de um ordenamento jurídico de prevê expressamente a punição da tentativa inidônea (§23, III do Código Penal alemão - StGB), se vê obrigado a adotar uma “concepção dualista”, segundo a qual existem dois fundamentos para a responsabilidade penal por tentativa. Um primeiro é o fundamento da colocação do bem jurídico em perigo, porém, para as chamadas

---

<sup>283</sup> É possível identificar uma fundamentação subjetiva já com VON BURI e sua concepção causal-naturalista do crime (Para a explicação desta posição, cf. von LISZT, Franz, *op. cit.*, p. 338-339; ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte Geral.** Tomo II..., *op. cit.*, p. 444-447 e REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 34-35). Também MEZGER adotava uma fundamentação de ordem subjetiva a partir dos chamados “elementos subjetivos do injusto” (MEZGER, Edmund. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 134-136). Tais elementos representavam, na realidade, imposição de um dever de agir no juízo de antijuridicidade e, a partir deles, MEZGER fundamenta a punibilidade da tentativa na “resolução” do autor para praticar o crime, isto é, o dolo deste de realizar o resultado proibido (MEZGER, Edmund. **Tratado de Direito Penal.** Tomo II. Trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. Madri: Revista de Direito Privado, 1957 [1933], p. 231-233). A respeito desta posição e suas críticas, cf. FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 10-11 e 17-19 e SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Fundamentación...**, *op. cit.*, p. 57-58. Uma crítica próxima, REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 48.

<sup>284</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 48 e 74.

<sup>285</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, *op. cit.*, p. 224. Sobre essa posição, ver SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Fundamentación...**, *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>286</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 227 e KAUFMANN, Armin. Sobre el..., *op. cit.*, p. 150.

<sup>287</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 150. A respeito do caso de tentativa absurdamente inidônea, WELZEL diverge de Armin KAUFMANN e entende que nestes casos excepcionais, a vontade é tão distante da realidade causal que não seria punível (WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 228). FARRÉ TREPAT destaca que a responsabilização indistinta da tentativa inidônea é consequência da adoção de um fundamento subjetivo da tentativa (FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 20-21). Próximo, REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 43-44 e SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Fundamentación...**, *op. cit.*, p. 39 e 61-63.

“tentativas não perigosas”, cuja ação de execução está completa somente de um ponto de vista subjetivo, há um segundo fundamento, que é a quebra da paz concretizada tipicamente<sup>288</sup>

Para ilustrar, imagine a hipótese em que uma mulher que, acreditando estar grávida, toma um remédio com potencial abortivo ou que, estando grávida, toma uma pílula que acredita ter potencial abortivo, mas que, na realidade, não tem<sup>289</sup>. É possível pensar ainda no caso de um indivíduo que, querendo matar seu inimigo, lhe entrega um copo de água, sabendo que o conteúdo é meramente água.

Proibir e responsabilizar penalmente a mulher e o indivíduo por tais condutas seria ato de poder estatal que não representaria finalidade útil de maior eficácia de proteção de bens jurídicos, notadamente a vida intra e extrauterina, de modo que o simples atuar com dolo não pode ser o fundamento para a responsabilização penal a título de tentativa, sob pena de se correr o risco de atingir um indevido moralismo individual<sup>290-291</sup>.

ROXIN aponta que a utilização da vontade contrária ao direito como fundamento da tentativa não deve prevalecer, inclusive em ordenamentos jurídicos, tais quais o alemão, que punem a tentativa inidônea, pois (i) não é capaz de explicar por que a tentativa representa uma atenuação de pena em relação ao crime consumado; (ii) porque nos casos de tentativa grosseiramente irracional a pena é ainda menor e (iii) porque a tentativa supersticiosa seria impune<sup>292</sup>. Repare que os três argumentos estão baseados na ausência de razões consequencialistas para punir estas hipóteses de tentativa ou para puni-la com a mesma pena que o crime consumado.

Não modifica esta conclusão o argumento de que a postura *subjetiva* não conduziria, obrigatoriamente, à mera responsabilização pela vontade interna do indivíduo<sup>293</sup>, pois exige que este

<sup>288</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p.437-439, isto é, uma verdadeira “*infração da norma que perturba o Direito*” (*Ibid.*, p. 440 – trad. livre).

<sup>289</sup> O exemplo é trazido por WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 227. Um caso real parecido foi julgado pelo *Reichsgericht* (RGSt) em 1880, quando se considerou a mulher grávida responsável por tentativa, conforme destaca ALCÁCER GUIRAO, pela adoção de uma teoria *subjetiva* baseada na vontade (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Caso del abortivo inocuo. In. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coord.). **Casos que hicieron doctrina en derecho penal**. 2 ed., Madrid: La Ley, 2011, p. 80 e ss. Exemplo parecido é citado por FARRÉ TREPAT para ilustrar a crítica às posições chamadas de subjetivistas (FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 40).

<sup>290</sup> Uma fundamentação meramente subjetiva já era criticada por autores antigos, que se preocupavam exatamente com o que denominamos acima de “moralismo individual”. Nesse sentido, por exemplo, FEUERBACH, Paul Joahann Anselm. **Tratado de Derecho penal**. 14 ed., Trad. Eugênio Raul Zaffaroni. Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007 [1801], p. 45 e CARRARA, Francisco. **Teoría de la...**, *op. cit.*, p. 53.

<sup>291</sup> Críticas atuais: JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...** *op. cit.*, p. 465; FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 24-26 e 42-43; REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 45-48.

<sup>292</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 445

<sup>293</sup> A respeito do erro da crítica de que as posições *subjetivas* conduziriam obrigatoriamente à responsabilização penal pela simples *intenção criminal*, violando a máxima do *cogitationis poenam nemo patitur*, cf. REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 38-40.

aspecto subjetivo seja externalizado por atos concretos do agente para sua responsabilização penal<sup>294</sup>. Isto porque a vontade do agente pode ser externalizada por atos que, objetivamente, não tenham capacidade para gerar um risco ao bem jurídico tutelado ou qualquer outro significado social útil, o que continuaria representando uma responsabilização pela mera vontade tendente ao resultado, mas com um ato concreto externo<sup>295</sup>. Em última instância, o aspecto objetivo não teria qualquer importância, sendo somente um pretexto para se observar o aspecto subjetivo do indivíduo<sup>296</sup>.

A razão consequencialista de *maior eficácia na proteção de bens jurídicos* também afasta a chamada *teoria da impressão*.

Esta teoria fundamenta a proibição e punição da tentativa não na vontade contrária ao Direito, mas na perturbação da confiança da coletividade na vigência do ordenamento e no sentimento de segurança jurídica<sup>297</sup>. Portanto, pode-se observar que, diferentemente da posição anterior, a *teoria da impressão* identifica uma finalidade útil à comunidade<sup>298</sup>: a proteção da confiança na vigência da norma e o sentimento de segurança<sup>299</sup>.

O problema desta teoria, porém, está no fato de que a finalidade útil é verdadeira ficção não constatável<sup>300</sup> que, ao fim e ao cabo, se confunde com a própria disposição da norma, pois o Estado impõe uma norma e, na sequência, fundamenta a proibição e punição pelo seu descumprimento com

---

<sup>294</sup> Já WELZEL argumentava nesse sentido, tentando definir, inclusive, o início da execução da tentativa (WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 224), apresentando assim o critério da atividade imediatamente anterior à ação típica, que foi posteriormente adotado pela atual redação do §22 do StGB. Também destaca esta argumentação ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 439.

<sup>295</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 25. Também REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 46-47.

<sup>296</sup> Nesse sentido, JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. Enrique Peñarada Ramos. In. JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madri: UAM Ediciones, pp. 293-324, 1997, p. 300-301. No mesmo sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 43.

<sup>297</sup> Adotam essa teoria para fundamentar a tentativa JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...** *op. cit.*, p. 465-466. Identificando a origem desta teoria em CARRARA, cf. REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 59 e 63.

<sup>298</sup> Nesse sentido, JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...** *op. cit.*, p. 466 e também REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 63.

<sup>299</sup> Importante mencionar aqui uma primeira crítica a esta teoria no sentido de que, obrigatoriamente, conduziria a uma incongruência sistemática, pois seus adeptos não se utilizam do conceito de impressão sentida pela comunidade para justificar os crimes consumados (Nesse sentido, cf. REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 65).

<sup>300</sup> Sobre esta crítica, cf. FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 32; REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 64 e SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 66. Além de concordar com a crítica da circularidade, faz uma crítica ainda mais direta, no sentido da ausência de demonstração empírica desta “*perturbação da confiança*” e o risco de se cair em um decisionismo, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas de autoría**. Sobre el comienzo de la realización típica. Madrid: Edisofer, 2001, p. 28. Entendendo que esta crítica não é procedente, pois o parâmetro correto seria o do “observador médio e sensato”, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 449.

o fim de proteger a confiança da comunidade de que tal norma está vigente<sup>301</sup>. Sendo assim, o que se está protegendo é o próprio ato de poder estatal e não o que motivou a criação da norma.

Afirmar que se está protegendo a confiança da comunidade na vigência da norma é o mesmo que dizer que se está protegendo a validade daquela norma enquanto tal, seja qual for o objetivo que se buscava ao estabelecê-la<sup>302</sup>, e, por consequência, não há uma finalidade útil para o ato de poder estatal de imposição desta norma. Na realidade, o fim útil que verdadeiramente fundamenta este ato de poder estatal é o motivo pelo qual a comunidade quer que aquela norma esteja vigente, que aqui denominamos de proteção de bens jurídicos, e não a vigência por si só<sup>303</sup>.

Sendo assim, fundamentar a responsabilidade penal por tentativa no fato de que representaria a proteção da confiança da coletividade na vigência da norma – como faz a *teoria da impressão* – significa dizer que se está proibindo condutas e impondo penas somente para afirmar a validade da norma, o que se assemelha – ou até se identifica – com a imposição de proibições sem qualquer razão verdadeiramente consequencialista<sup>304</sup>.

Outras posições, como a de que a responsabilidade por tentativa está fundamentada no fato de que a conduta tentada já representa a quebra da vigência da norma<sup>305</sup> ou já representa a não colocação, pelo indivíduo, da norma de comportamento como razão eficaz para agir<sup>306</sup>, são muito próximas à *teoria da impressão*<sup>307</sup> e podem ser criticadas no mesmo sentido de que acabam elegendo a própria vigência da norma como a razão útil do ato de poder estatal de proibir a conduta, o que, em última instância, é verdadeira negação de uma finalidade útil para tal ato de poder<sup>308-309</sup>.

<sup>301</sup> Próximo, tratando da circularidade da teoria, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 28.

<sup>302</sup> Nesse sentido, FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 32.

<sup>303</sup> Neste sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>304</sup> REYES ALVARADO destaca que uma das consequências da teoria da impressão é que “*Ao desligar-se da simples noção de perigo para o bem jurídico que atava os objetivistas, pode punir coerentemente as tentativas inidôneas*” (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 61 – trad. livre).

<sup>305</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 863-864. JAKOBS deixa evidente, em princípio, a orientação consequencialista de sua fundamentação da tentativa (JAKOBS, Günther. *Criminalización en el...*, *op. cit.*, p. 302). Porém, o fim útil escolhido pelo autor acaba sendo, em última instância, a própria norma estabelecida pelo Estado, o que redundaria na responsabilização pelo simples desrespeito, afastando as vantagens de se eleger um verdadeiro fim útil.

<sup>306</sup> Adota essa posição MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *La tentativa...*, *op. cit.*, p. 466. Tratando da função em geral do Direito Penal, KINDHÄUSER, Urs. *Pena...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>307</sup> Sobre a proximidade entre teoria da impressão e o fundamento na quebra da vigência da norma, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 450 e SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>308</sup> Criticam essa posição, FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 42; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 40 e SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 69-77. SERRANO-PIEDECASAS, ao criticar a posição de JAKOBS, deixa evidente a ausência de uma preocupação sobre verdadeiros fins consequencialistas da norma.

<sup>309</sup> Próximo, ao tratar do conceito de norma como expectativa estabilizada de JAKOBS, SILVA SÁNCHEZ afirma: “*nela, a ideia de dever aparece como uma metáfora expressiva das necessidades de funcionamento do sistema*” (SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Normas...**, *op. cit.*, p. 21 – trad. livre) e, posteriormente, ao defender a possibilidade de



Conforme se observará a seguir, a vantagem destas posições, ao focarem na norma e em sua vigência, não é conferir um fundamento consequencialista para a responsabilidade penal por tentativa, mas sim apresentar um indicativo de qual deve ser a limitação deontológica desta responsabilidade na busca do verdadeiro fim útil, que é a proteção mais eficaz de bens jurídicos.

Conclui-se assim, próximo com o que se convencionou chamar de *teoria* ou *posição* que confere importância ao aspecto *objetivo*<sup>310</sup> ou *teorias da colocação em perigo*<sup>311</sup>, que a razão consequencialista para a responsabilidade penal da tentativa é a proteção mais eficaz de bens jurídicos, o que pressupõe uma conduta dotada de algum grau de periculosidade para atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal de comportamento<sup>312</sup>.

#### 4.3.2 Regras deontológicas para a responsabilização penal pela tentativa

Conforme vimos, as razões consequencialistas, sozinhas, não podem fundamentar qualquer ato de poder do Estado, pois, ao permitirem que razões da maioria se sobreponham aos interesses de um ou alguns, não são capazes de justificá-lo ao indivíduo que for por ele prejudicado.

Com os fins consequencialistas para a responsabilização penal por tentativa não é diferente. Caso se fundamente tal responsabilização exclusivamente na maior eficiência para a proteção de bens jurídicos, será possível responsabilizar os indivíduos pelos mais afastados atos preparatórios para a posterior prática de uma conduta<sup>313-314</sup> e, da mesma forma, pelos mais variados deveres de cuidado que, se respeitados, evitariam que bens jurídicos fossem colocados em risco.

---

compatibilizar esta concepção com a de que as normas são diretivas de comportamento, afirma que é possível fazê-lo somente de um ponto de vista estrutural, mas não do ponto de vista do conteúdo (*Ibid.*, p. 30).

<sup>310</sup> Vinculando a origem das teorias objetivas com o liberalismo e a separação entre Direito e Moral para evitar o que denominamos de “moralismo individual”, cf. FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 05-06. Demonstrando a importância da finalidade útil da proteção de bens jurídicos do ato de poder Estatal na temática da formação do injusto penal e, especificamente, do injusto da tentativa, cf. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>311</sup> Nomenclatura é sugerida por ROXIN, sob o argumento de que mesmo as teorias chamadas de objetivas não desconsideram elementos subjetivos para que esteja presente uma tentativa (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 442).

<sup>312</sup> Adotam atualmente o fundamento de um perigo ao bem jurídico, cada um com suas especificidades, que serão desenvolvidas no item *infra* n. 4.4, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 436-442; FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 42-43; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal...** *op. cit.*, p. 340; MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, p. 415; SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 41, 77 e 86. Próximo, mas com certa confusão a respeito do fundamento do qual se deriva essa exigência de perigo a terceiros, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 18-19.

<sup>313</sup> Nesse sentido, JAKOBS, Günther. *Criminalización en el...*, *op. cit.*, p. 294-295 – trad. livre). Próximo, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 25-26 e 41.

<sup>314</sup> Os excessos das razões consequencialistas de periculosidade a bens jurídicos ficam evidentes também entre os autores adeptos ao chamado “Positivismo Italiano”, fundado na ideia de que o Direito Penal estaria voltado exclusivamente à

Ilustrativamente: se o fundamento é a maior eficácia na proteção de bens jurídicos, é possível responsabilizar por tentativa de roubo já aquele que adquire uma faca para realizar um roubo futuro, pois a proteção ao patrimônio e à liberdade individual se faz mais eficiente já com a proibição desta conduta. Da mesma forma, é possível responsabilizar por tentativa de lesão corporal ou homicídio aquele que, com seu veículo, ultrapassa o sinal vermelho de um semáforo, pois, proibindo e punindo esta conduta que descumpra um dever de cuidado, já se protege com maior eficiência a integridade física e a vida dos indivíduos.

Estes exemplos causam um incômodo intuitivo pelo fato de que, por mais que atendam às razões consequentialistas para a responsabilidade por tentativa, demonstram a instrumentalização do indivíduo que será responsabilizado a título de tentativa. Em outras palavras, estar-se-ia afirmando ao indivíduo que sua responsabilização penal por tentativa ocorreria porque representaria um benefício útil aos demais, que é a maior segurança geral de bens jurídicos. Esta justificação é, no entanto, insuficiente para este indivíduo, pois ele não está sendo reconhecido como um ser humano, mas sim como uma fonte de perigos<sup>315</sup>, que terá sua liberdade tolhida em nome do bem comum.

Faz-se necessário, portanto, encontrar uma restrição deontológica que seja capaz de justificar ao indivíduo prejudicado o motivo pelo qual será responsabilizado penalmente pela prática de uma conduta da qual não decorreu um resultado danoso a terceiros nos termos exigidos pelo tipo penal pelo qual será responsabilizado<sup>316</sup>.

Antes, porém, importante esclarecer o equívoco comum que se comete ao criticar a fundamentação da responsabilidade por tentativa a partir de um perigo ao bem jurídico. Os críticos desta posição afirmam que a concepção de perigo ao bem jurídico não é fundamento suficiente para a responsabilização penal a título de tentativa, pois há dificuldade em distinguir o perigoso do não perigoso, de modo que, admitindo inclusive que os atos preparatórios já podem representar tal periculosidade, esta posição conduziria ou a uma antecipação inaceitável da responsabilidade por

---

proteção da sociedade contra indivíduos perigosos, diferenciando-se somente quanto ao objeto sobre o qual recai a ideia de periculosidade (Nesse sentido, REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 33), o que torna a posição do “Positivismo Italiano”, baseada em um Direito Penal do Autor, ainda mais reprovável. Tratando especificamente sobre a influência do “Positivismo Italiano” na tentativa, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 19. Sobre a tendência a um amoralismo estatal jurídico-penal da Escola Positiva italiana, cf. GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto...**, *op. cit.*, p. 101-104.

<sup>315</sup> Nesse sentido, argumenta JAKOBS, Günther. *Criminalización en el...*, *op. cit.*, p. 295. No mesmo sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>316</sup> JAKOBS destaca a necessidade de que contrapor uma definição do autor como fonte de perigo ao bem jurídico a uma definição do autor como cidadão, de modo a reconhecer esferas isentas de controle estatal e, principalmente, limites para a antecipação da incidência penal (JAKOBS, Günther. *Criminalización en el...*, *op. cit.*, p. 295).

tentativa ou a uma negação da ideia de perigo ao bem jurídico como fundamento da responsabilidade em situações *ad hoc* de atos preparatórios perigosos ou de atos executivos com perigos menores<sup>317</sup>.

No entanto, esta crítica está equivocada, pois ignora o fato de que o fundamento *objetivo* da periculosidade ao bem jurídico é de natureza consequencialista e, por lógica, tem a tendência a não se preocupar com os meios desde que se atinja os fins úteis que foram escolhidos<sup>318-319</sup>. Ademais, a crítica também ignora o fato de que a limitação a tal excesso não pode surgir do mesmo critério<sup>320</sup> ou de critérios que com este se comuniquem pela ponderabilidade<sup>321</sup>, mas sim das regras fundamentais absolutas *a priori* (chamamos aqui de regras deontológicas), que não entram em qualquer juízo de ponderação, mas sim estabelecem limites, restrições infranqueáveis<sup>322</sup>.

Portanto, diferentemente do que afirma a mencionada crítica, não se trata de um defeito da razão consequencialista do perigo ao bem jurídico<sup>323</sup>, mas sim da necessidade de encontrar a correta regra deontológica que a limite<sup>324</sup>.

---

<sup>317</sup> Utilizam esta argumentação: ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 443; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 24-26; FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 09; SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 54. Também REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 24. REYES ALVARADO menciona os exemplos da pormenorizada atividade de preparação para atos terroristas e a colocação da mão em um bolso alheio para furtar pequena quantidade de dinheiro (*Ibid.*, p. 30-31).

<sup>318</sup> Ao não colocar essa característica como a principal do argumento da periculosidade é que REYES ALVARADO adota a crítica acima e afirma que os adeptos à posição *objetiva* da periculosidade se veem obrigados a usar um critério intuitivo para delimitá-la, o que, segundo o autor, “*augmenta ainda mais o grau de imprecisão da fórmula proposta pelas teorias objetivas*” (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 32 – trad. livre). Na realidade, o que o autor chama de “imprecisão” é, antes, a própria impossibilidade de um argumento de natureza consequencialista como a periculosidade ao bem jurídico de se autolimitar.

<sup>319</sup> Essa tendência já foi explicitada na introdução do item n. 4.3. Tratando do fundamento da tentativa a partir da proteção de bens jurídicos, cf. JAKOBS, Günther. Criminalización en el..., *op. cit.*, p. 294-295. No mesmo sentido, REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 32-33.

<sup>320</sup> Mesmo não sendo crítico do fundamento da periculosidade objetiva, ALCÁCER GUIRAO cai no erro de colocar em um mesmo patamar argumentativo o fim consequencialista e o limite à busca deste fim (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 19).

<sup>321</sup> Destacando a impossibilidade do critério da proteção de bens jurídicos se autolimitar, cf. JAKOBS, Günther. Criminalización en el..., *op. cit.*, p. 295.

<sup>322</sup> No mesmo sentido, ao tratar do fundamento do porquê não se punir os pensamentos, cf. GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade..., *op. cit.*, p. 90.

<sup>323</sup> Por conta desta característica consequencialista é que as posições que elegem o perigo fracassam ao tentar delimitar o início da execução, que é conceito dogmático relacionado ao limite deontológico da responsabilização penal por tentativa e não às razões consequencialistas dela. O mesmo fracasso se dá com a teoria da impressão ao delimitar o início da execução, pois esta, tal qual a teoria do perigo, tem caráter consequencialista. Sobre esta dificuldade das teorias consequencialistas para definir o início da execução, cf. item n. 4.3.1.

<sup>324</sup> Ao criticar a fundamentação objetiva da tentativa, FARRÉ TREPAT parece aproximar-se desta constatação, porém sem realizá-la de forma explícita. Argumenta a autora que a vontade do agente é necessária, juntamente com o perigo objetivo ao bem jurídico, para conceber a antijuridicidade da tentativa (FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa...**, *op. cit.*, p. 14). Próximo também pare ser ALCÁCER GUIRAO, que argumenta que a distinção entre atos preparatórios e tentativa não pode ser derivada diretamente do fundamento da responsabilidade penal por tentativa, mas sim deve surgir do vínculo com a descrição legal (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 40-41), ou seja, um critério formal ligado à legalidade, um limite deontológico. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 465.

Para que um elemento funcione como regra deontológica que justifique ao indivíduo prejudicado a responsabilização por tentativa, ele precisa conferir uma razão, um elemento diferenciador do seu agir, que explique porque pode ter ampliada sua responsabilidade penal, permitindo-a já pelo descumprimento da norma de comportamento sem a demonstração de seu sentido pelo resultado perigoso ou lesivo, na busca pelo fim útil de maior eficiência na proteção de bens jurídicos em comparação aos demais, que, sem este elemento em seu agir, não poderão sofrer tal ampliação, por mais que o fim útil fosse atingido da mesma forma.

Uma primeira alternativa seria eleger a presença da *vontade* do agente, seja como conceito psicológico, seja como conceito normativo atributivo<sup>325</sup>, de atingir o resultado como elemento restritivo das razões consequencialistas<sup>326-327</sup>. A *vontade* aqui – diferente do que se criticou no item anterior, quando era a razão útil para a responsabilização por tentativa –, seria a razão limitadora (deontológica) da responsabilidade por tentativa, de modo que aqueles que praticarem condutas com potencial perigo ao bem jurídico, mas sem a vontade de atingir o resultado não poderiam ser responsabilizados por tentativa. Porém, esta alternativa não deve prosperar por dois argumentos:

O primeiro argumento, de ordem pragmática, é o de que esta alternativa pode até solucionar os casos de não responsabilização da “tentativa culposa”, como o do exemplo acima de ultrapassar o cruzamento no sinal vermelho, pois o indivíduo não atuou com vontade de atingir o resultado morte ou lesão corporal e, por consequência, não seria possível responsabilizá-lo por tentativa. Porém, se trata de uma falsa solução, pois primeiro se estabelece intuitivamente que em crimes culposos não se deve punir a tentativa e, posteriormente, se elege um elemento faltante nestes crimes – a vontade – como a restrição deontológica para explicar o que já se estabeleceu intuitivamente antes.

<sup>325</sup> Sobre a diferença destes conceitos, cf. GRECO, Luís. Dolo sem vontade..., *op. cit.*, p. 886-888.

<sup>326</sup> Com diferentes nomenclaturas e especificidades, boa parte dos adeptos da posição *objetiva* (da colocação em perigo) adotam aspectos subjetivos de intenção de atingir o resultado como limitadores das razões consequencialistas de proteção de bens jurídicos. ROXIN, por exemplo, concebe a “representação do fato”, disposta no §22 do StGB como a comunhão do elemento intelectual do dolo com a “representação do curso dos fatos pelo autor, seu plano de atuação (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 434). FARRÉ TREPAT, por sua vez, adota expressamente a vontade como elemento limitador (FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa**..., *op. cit.*, p. 45). No mesmo sentido, SERRANO-PIEDCASAS afirma que o fundamento da punição da tentativa são os mesmos de qualquer ato de execução, a criação de um perigo objetivo ao bem jurídico com o dolo. Porém, segundo o autor estes aspectos também estão presentes em crimes de perigo, de modo que a principal diferença seria “a limitação subjetiva derivada da exigência do dolo de lesão na tentativa” (SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 82). Também ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas**... *op. cit.*, p. 37 e 45-49, apesar de adotar a teoria dos atos intermediários.

<sup>327</sup> REYES ALVARADO critica esta posição sob o argumento de que não passa de uma mistura dos aspectos ontológicos objetivos e subjetivos de uma conduta, dando prevalência ao primeiro, algo que, segundo o autor, sempre foi feito pelos adeptos de ambas as posições (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito**..., *op. cit.*, p. 50).

Esta falsa solução fica evidente na medida em que não é capaz de solucionar os casos de atos excessivamente antecipados praticados com intenção de atingir o resultado<sup>328</sup>. O sujeito que compra a faca querendo (vontade como intenção psicológica) subtrair com grave ameaça uma coisa alheia já tem intenção de fazê-lo e, por consequência, já poderia ser responsabilizado por tentativa. Ou então, ao sujeito que compra a faca é possível atribuir o querer (vontade como intenção atributivo-normativa) praticar a subtração com grave ameaça de coisa alheia, de modo que, presente a intenção, já poderia ser responsabilizado por tentativa.

O segundo argumento, de ordem estrutural e fundamental, explica a crítica feita no primeiro. A vontade, seja como intenção psicológica seja como intenção atributiva, não representa um elemento diferencial na relação entre a conduta e o resultado perigoso ou lesivo<sup>329</sup>, ou seja, a ocorrência do resultado não confere sentido a uma norma de comportamento que exija não atuar com intenção de atingir este resultado.

Isso fica evidente, pois o indivíduo pode ter a mais forte das intenções de atingir um resultado, mas isto não tem relação com a ocorrência ou não deste resultado. Por outro lado, pode subjetivamente não querer o resultado, apesar de ter realizado condutas elevadamente perigosas para atingi-lo<sup>330</sup>, assim, novamente, sua intenção subjetiva não tem relação com a ocorrência ou não deste resultado. Logo, a vontade não compensa a necessidade de demonstrar ao indivíduo que aquela norma de comportamento faz sentido por meio da ocorrência de um resultado (desvalor do resultado)<sup>331</sup>.

Sendo assim, a vontade não será elemento decisivo para explicar a este indivíduo porque já o descumprimento da norma de comportamento é suficiente para sua responsabilização penal, sem que exista um resultado que demonstre que tal norma faz sentido. Vale dizer, a vontade não impede a instrumentalização do indivíduo em nome do fim útil, pois não lhe confere uma razão que justifique

<sup>328</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 446; JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...** *op. cit.*, p. 465; REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>329</sup> Sobre a crítica fundamental dos cognitivistas, que adotam um conceito de dolo sem vontade, cf. VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 147-172.

<sup>330</sup> Essa crítica é mencionada, especificamente no contexto da tentativa, por REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 41

<sup>331</sup> Isso fica claro em exemplo mencionado por ROXIN: “Quando alguém aponta um fuzil contra uma pessoa, a existência de uma tentativa de homicídio não depende tão somente de se se atuou com dolo de matar ou unicamente com o fim de ameaçar. Depende também de se o autor – existindo o dolo – quer disparar imediatamente ou antes pretende fazê-lo depois de um longo tempo” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 434). O que o autor está afirmando é que, em que pese em ambas as condutas seria eficaz para a proteção da vida responsabilizar os indivíduos, somente se deveria responsabilizar o primeiro, pois tinha a intenção de disparar imediatamente. Ocorre que esse critério não é capaz de explicar porque seria possível responsabilizar por tentativa aquele que imediatamente quer disparar, mas não aquele que não quer disparar imediatamente. Novamente, a intenção, o plano, o querer do agente, não justifica a ampliação de sua responsabilidade para situações independentemente da ocorrência do resultado.

a ampliação de sua responsabilidade penal, permitindo-a já sem a ocorrência do resultado (tentativa), para buscar o fim útil de maior eficácia na proteção de bens jurídicos.

Dois exemplos para ilustrar: na medida em que entre o indivíduo que comprou uma faca com a intenção de praticar uma subtração com grave ameaça de coisa alheia e o indivíduo que comprou uma faca com a intenção de cortar uma carne para cozinhar não há diferença em relação à possibilidade de ocorrência do resultado lesão ao patrimônio e à integridade física, a simples presença da intenção não é capaz de justificar ao primeiro porque é possível responsabilizá-lo já pelo descumprimento da norma de comportamento (por tentativa), independentemente do resultado, em nome do fim útil de maior eficácia na proteção de bens jurídicos.

Da mesma forma, na medida em que entre o indivíduo que atravessa o sinal vermelho com a intenção de atropelar terceiros e o indivíduo que atravessa o sinal vermelho para chegar mais rápido ao seu destino não há diferença em relação à possibilidade de ocorrência do resultado de morte/lesão corporal, a simples presença da intenção não é capaz de justificar ao primeiro porque é possível responsabilizá-lo já pelo descumprimento da norma de comportamento (por tentativa), independentemente do resultado, em nome do fim útil de maior eficácia na proteção de bens jurídicos.

Nas quatro situações, a proibição das condutas atingiria o fim útil de maior eficácia na proteção dos respectivos bens jurídicos. Assim, seria preciso identificar um elemento que justificasse porque somente é legítimo buscar esse fim útil em relação a alguns, ampliando sua responsabilidade também para a hipótese de mero descumprimento da norma de comportamento, sem um correspondente desvalor de resultado que demonstre o sentido daquela, e não em relação a outros.

Uma segunda alternativa seria a utilização do *conceito de conduta externa perturbadora por meio da violação de um papel social ou descumprimento de um dever normativo*. Neste ponto, indaga-se sobre se a concepção de JAKOBS, já mencionada no item *supra* n. 4.3.1, poderia funcionar não como fundamento consequencialista, mas como limite à responsabilização penal. Vale dizer, não se afasta a proteção de bens jurídicos como o fim útil da responsabilização por tentativa, mas se a limita somente às situações em que a conduta for externa e representar uma perturbação por meio da violação de um papel social ou descumprimento de um dever.

De acordo com essa posição, é preciso reconhecer um âmbito interno dos indivíduos – próprio da condição de cidadão –, que abarca desde o pensamento até a moradia, propriedade e relações sociais reservadas, no qual o Estado não pode interferir<sup>332</sup>. Fora deste âmbito interno, existem as condutas externas, que podem se subdividir em condutas externas sem relevância normativo-social,

---

<sup>332</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el..., *op. cit.*, p. 296-297.

que não são passíveis de responsabilização, e condutas externas com relevância social, isto é, que têm condições de configurar o mundo com as normas sociais<sup>333</sup>. Somente quando estas condutas externas forem perturbadoras, ou seja, significarem que o autor está atribuindo a si mesmo a configuração do âmbito de organização de terceiro<sup>334</sup>, seja pelo descumprimento dos deveres de organização seja pelo descumprimento dos deveres de instituição, poderão fundamentar a responsabilização penal<sup>335</sup>.

O principal problema desta alternativa é que não confere razões ao indivíduo prejudicado que justifiquem porque sua responsabilidade penal poderá ser ampliada para também abarcar a simples violação da norma de comportamento sem a ocorrência do resultado que a justifique. O fato do indivíduo descumprir um dever normativo proveniente de sua condição de cidadão ou de alguma instituição social à qual estaria vinculado não apresenta essa explicação. Esta incapacidade fica evidente na medida em que o conteúdo deste dever normativo violado pelo indivíduo está igualmente presente em delitos culposos e atos preparatórios já fora do âmbito interno<sup>336-337</sup>.

Uma terceira alternativa apresentada é a de exigir um *desvalor do resultado* específico para a tentativa<sup>338</sup>, ou seja, somente estará justificado proteger bens jurídicos de forma mais eficaz pela antecipação da responsabilidade penal se, além da conduta praticada pelo autor, sobrevier um resultado de perigo ao bem jurídico que seja diverso do resultado exigido pelo tipo, de modo que a tentativa teria um desvalor de resultado próprio<sup>339</sup>. Este resultado de perigo, constatado *ex post*<sup>340</sup>, seria de cunho normativo e não naturalístico, de modo que estaria configurado quando a causa salvadora da evitação do resultado típico dependesse de condições excepcionais, ou seja, de medidas de defesa que não as já dispostas naquele setor da vida<sup>341</sup>.

---

<sup>333</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el..., *op. cit.*, p. 303.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 303 e ss. e JAKOBS, Günther. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p.854 e 863-864.

<sup>335</sup> Próximo parece ser REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 71.

<sup>336</sup> Tanto é assim que JAKOBS admite que a conduta externa ao âmbito interno do indivíduo poderá ser perturbadora tanto nas situações em que o autor atribui a si uma organização alheia, casos de tentativa de um crime de lesão, quanto nas situações em que o autor indica uma futura atribuição de organização alheia, que seria um crime de ameaça (JAKOBS, Günther. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p.854). Ora, em ambos os casos houve o descumprimento dos deveres de organização próprios, mas o autor alemão não explica qual seria a diferença entre uma atual atribuição e uma futura atribuição, diferença decisiva para explicar porque a primeira é tentativa e a segunda não pode ser.

<sup>337</sup> Também destaca essa crítica, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 33-34 e 38-39.

<sup>338</sup> SERRANO-PIEDCASAS afirma: “*Em definitivo, toda tentativa requer a aparição de um perigo no resultado*” (SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 49) e complementa que “*Pode acontecer, no entanto, que a conduta comporte um perigo abstrato, embora não concreto, para o bem jurídico particular; neste caso, a ação será punível se existe algum tipo penal da Parte Especial compreensivo deste desvalor do fato*” (*Ibid.*, p. 48).

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 47.

Porém, também esta alternativa não merece ser acolhida, pois, em primeiro lugar, incorre em problemas de coerência dogmática ao não conseguir distinguir a tentativa e um delito de perigo concreto. Caso se exija um desvalor de resultado de perigo diverso do previsto no tipo para a responsabilização por tentativa, não há motivo para o legislador criar tipos de perigo concreto, pois sempre que se criar um tipo penal de lesão já se criará, automaticamente, um tipo penal de perigo concreto, que é a tentativa. Mais especificamente, já estará fundamentada a responsabilização penal pelo perigo concreto<sup>342</sup>.

Em segundo lugar, o conceito de perigo normativo exclui do conceito de tentativa diversos casos em que não se questiona a existência da tentativa como, por exemplo, um caso em que se aponta uma arma de fogo para a vítima ou quando se desfere um tiro em seu ombro, pois nestes casos as chamadas “medidas normais de defesa” poderão agir, inexistindo assim um resultado de perigo normativo *ex post*. Também estariam excluídas todas as situações em que é possível a desistência voluntária, pois nelas o salvamento não está nas mãos somente do mero acaso, mas, no mínimo, também do próprio autor.

Afora estas críticas sistemáticas, o fato de se constatar, após a realização da conduta pelo autor, um estado de coisas em que o objeto do bem jurídico somente pode ser salvo por medidas extraordinárias não justifica a este indivíduo os motivos pelos quais poderá ser responsabilizado penalmente pelo tipo penal mesmo sem a ocorrência do resultado exigido. Seria possível argumentar somente que este resultado normativo *ex post* já demonstraria ao autor suficientemente as razões de ser da norma de comportamento por ele violada. Ocorre que, em última instância, fazer essa afirmação conduz a admitir que o resultado verdadeiramente exigido pelo tipo não tem qualquer importância ou tem uma importância diminuída.

Ressalte-se, no entanto, que a negativa desta alternativa como limitação deontológica não significa que, em situações concretas, a absoluta inexistência de um desvalor do resultado após a prática da conduta violadora da norma de comportamento não possa gerar um afastamento da *punibilidade* por ausência de necessidade de pena (imagine os casos de furto vigiado).

Sendo assim, entende-se aqui que, na responsabilidade penal por tentativa, a razão deontológica que limita o fundamento consequencialista de maior eficácia na proteção de bens jurídicos é o *domínio do agente sobre a periculosidade de ocorrência do resultado*.

---

<sup>342</sup> Importante aqui fazer a ressalva de que este argumento é válido para o ordenamento jurídico brasileiro, no qual todos os tipos penais de lesão e de perigo concreto, em princípio, admitem a responsabilização pela forma tentada. Em ordenamentos jurídicos nos quais a responsabilidade penal por tentativa só é admissível quando o legislador indicar expressamente no tipo penal, como é o caso da Alemanha, esta argumentação não se aplica.



A presença do domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado na conduta do agente lhe confere certo poder de dirigibilidade para atingir o resultado típico até o limite em que o acaso obrigatoriamente atuará. A existência deste poder de dirigibilidade *torna de menor importância a necessidade de se demonstrar a este indivíduo que a norma de comportamento por ele violada tinha razão de existir*, função do desvalor do resultado, o que justifica, portanto, a ampliação de sua responsabilidade penal, permitindo-a também pelo simples descumprimento de tal norma sem o correspondente desvalor do resultado, como forma de atingir o objetivo de proteção mais eficaz de bens jurídicos.

O domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado é composto por (i) organização de certos indicadores objetivos que se aproximam do resultado típico de modo a praticamente impossibilitar que o agente seja instrumentalizado<sup>343</sup> e (ii) pelo conhecimento do indivíduo sobre estes indicadores (dolo), ou seja, a conjugação de elementos objetivos e subjetivos, porém de ordem normativa<sup>344</sup>.

Portanto, ao se afirmar ao indivíduo, que será penalmente responsabilizado mesmo sem a ocorrência do resultado, que esta responsabilização se dá por ser uma forma mais eficiente de proteção de bens jurídicos, ela estará justificada também para este indivíduo quando ele apresentar o *domínio da periculosidade de ocorrência do resultado*, que lhe confere dirigibilidade máxima ao resultado típico, pois tal domínio e dirigibilidade reduzem a necessidade de demonstrar-lhe que a norma de comportamento violada tinha razão de existir.

O elemento do domínio, diferentemente dos anteriormente citados, justifica corretamente ao indivíduo a ampliação de sua responsabilidade a título de tentativa, o que fica evidente na medida em que é capaz de solucionar corretamente as intuições de impossibilidade de tentativa em crimes culposos e em casos de atos excessivamente antecipados praticados com intenção de atingir o resultado. Nas situações de excessiva antecipação, por mais que exista um perigo ao bem jurídico observado *ex ante*, o autor não terá o domínio sobre a periculosidade pela ausência da organização dos indicadores de risco objetivos de ocorrência do resultado, conforme ficará melhor demonstrado no item n. 4.4. Já nas hipóteses de crimes culposos, mesmo existindo um perigo ao bem jurídico e

---

<sup>343</sup> O critério para definir quais são esses indicadores objetivos da conduta será desenvolvido abaixo, no item n. 4.4.1.

<sup>344</sup> Neste sentido, destaca SERRANO-PIEDCASAS “*Nem toda colocação em perigo de um bem jurídico, nem todo dolo contrário à norma ‘por si mesmos’ interessam ao Direito penal. Para que isto ocorra, se requer a intermediação de um juízo de imputação, de um juízo de dever ser, que permita a seleção normativa desses comportamentos arriscados e dessas manifestações de vontades contrárias à norma*” (SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación..., *op. cit.*, p. 64). Com isto, os elementos objetivos para definir o domínio são selecionados desde uma perspectiva normativa e não ontológica. O aspecto ontológico fica por conta da presença da periculosidade da conduta, que confere somente razões consequencialistas para o fundamento da tentativa.

presentes a organização dos indicadores de risco objetivos, sua presença não será conhecida pelo autor, faltando-lhe o *domínio*, de modo que sua responsabilidade estará atrelada à violação de uma norma secundária que se refere à imposição de condições para que este conhecimento estivesse presente naquele momento.

Com este critério do *domínio* também fica claro o motivo pelo qual não se pode responsabilizar penalmente um indivíduo por tentativa no momento em que somente tem uma ideia de realizar o delito ou encontra-se em seu âmbito privado (*princípio do fato* ou *cogitationis poenam nemo patitur*). No momento da ideia, no momento em que surge o pensamento, não está presente o referido domínio por parte do autor pela ausência dos indicadores objetivos de ocorrência do resultado.

Não se ignora aqui que o reconhecimento do âmbito interno dos indivíduos já é, por si só, um limite deontológico à atuação estatal na busca dos fins consequentialistas. Porém, entende-se que, para as limitações da responsabilidade penal por tentativa, não é preciso lançar mão deste limite deontológico, pois existe outro - a presença do *domínio da periculosidade do resultado* -, que soluciona a antecipação penal. A regra deontológica do âmbito interno ou esfera de autonomia do indivíduo continua presente e limitando outras formas de atos estatais de poder como, por exemplo, impedir que sejam criminalizadas, como crimes de perigo abstrato, condutas pertencentes a este âmbito interno do indivíduo<sup>345</sup>.

#### 4.4 A DOGMÁTICA PENAL DA TENTATIVA NOS CRIMES COMISSIVOS: UMA APROXIMAÇÃO

Definido que partimos de um arcabouço normativo dualista, que reconhece a presença de uma norma de comportamento, delimitada pelo desvalor do resultado reitor de cada tipo penal, e outra norma de sanção, e do fundamento material da responsabilidade por tentativa, que se fraciona em uma razão consequentialista de maior eficácia na proteção de bens jurídicos e uma limitação deontológica da presença do *domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado*<sup>346</sup>, cumpre

---

<sup>345</sup> Nesse sentido, GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade..., *op. cit.*, p. 89-90, JAKOBS, Günther. Criminalización en el..., *op. cit.*, p. 294-297 e REYES ALVARADO, Yesid. *El delito*..., *op. cit.*, p. 67.

<sup>346</sup> ALCÁCER GUIRAO apresenta uma distinção parecida para que se faça a análise do injusto da tentativa. Segundo o autor espanhol, um primeiro nível diz respeito à verificação sobre se a conduta se compõe de um início da execução, o que exige considerações sobre o aspecto formal da descrição típica, ou seja, mera análise semântica fruto da legalidade (uma regra deontológica), e um segundo nível diz respeito à verificação sobre se a conduta contém um perigo ao bem jurídico, o que exige considerações sobre o fundamento material da responsabilidade penal por tentativa (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas**... *op. cit.*, p. 41-43). Os critérios ora adotados divergem dos apresentados pelo autor, porém seguem a mesma lógica de que as questões atinentes ao início da execução dizem respeito a limites deontológicos e as

fazer a junção destas duas definições e realizar a devida “tradução” dogmática, permitindo a aplicação sistemática da responsabilidade a título de tentativa.

Neste tópico, dedicaremos atenção somente às regras dogmáticas da tentativa para crimes comissivos. Porém, como não é esta a pergunta da presente pesquisa, será feita somente uma aproximação a regras a partir do ordenamento jurídico-penal brasileiro, sem qualquer pretensão de exaustividade dos temas.

#### 4.4.1 O início da execução (art. 14, inc. II, CP)

O art. 14, inc. II, do CP define a tentativa como sendo o crime no qual “*iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*”. Dentre os dois grandes modelos de definição da tentativa, portanto, o CP brasileiro valeu-se de uma definição considerada *objetiva* do “início da execução”, cabendo ao intérprete definir quando se dá tal início.

A discussão sobre quando se dá o início da execução para fins de tentativa traz consigo a seguinte pergunta: “*por que punir só a partir da tentativa?*” e a resposta a esta pergunta é exatamente o limite deontológico<sup>347</sup> trazido no item *supra* n. 4.3.2 do domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado, mais especificamente a faceta *objetiva* deste domínio, que é a organização dos indicadores objetivos que se aproximam do resultado: a identificação ou definição *objetiva* da vítima; a concretização *objetiva* do meio de execução a ser utilizado e o controle sobre este meio e proximidade temporal para sua utilização.

A organização destes indicadores significará, objetivamente, o início da execução quando se apresentar de tal forma, na situação concreta e *ex ante*, que a incidência de cursos salvadores que podem impedir o resultado não ocorrerá sem o conhecimento do autor, sendo impossível ou muito difícil a verificação de uma “*instrumentalização às avessas*” destes autor, ou seja, uma situação em

---

questões relacionadas à tentativa inidônea dizem respeito aos fundamentos consequencialistas de proteção de bens jurídicos.

<sup>347</sup> Conforme já foi apontado acima, por conta desta relação entre o conceito dogmático de “início da execução” e os limites deontológicos que fundamentam a responsabilidade por tentativa, critérios puramente consequencialistas falham ao tentar delimitá-lo. Este é o caso da teoria do perigo que, apesar de partir do correto fim útil da proibição da tentativa (maior eficácia na proteção de bens jurídicos), não é capaz por si só de delimitar o início da execução. Da mesma forma, a teoria da impressão, pelo seu caráter consequencialista, não é capaz de delimitar o momento do início da execução. A diferença entre as duas, conforme já demonstrado no item *supra* n. 4.3.1, é que a teoria objetiva do perigo parte de um correto fim útil da responsabilidade penal por tentativa e, por consequência, será abaixo considerada. Por outro lado, a teoria da impressão parte de um fim útil equivocado, confiança na norma e o sentimento de segurança, conforme já demonstrado no item *supra* n. 4.3.1, razão pela qual aqui já não cabe trazer maiores detalhes.

que ele continue atuando com a crença de que poderá atingir o resultado, quando, na realidade, um curso salvador já atuou sem o seu conhecimento.

Em outras palavras, o início da execução acontecerá objetivamente quando os indicadores objetivos do resultado se organizarem na situação concreta e *ex ante* de forma que possíveis cursos causais salvadores somente incidirão com o conhecimento do autor, sendo quase impossível verificar um curso salvador que poderá incidir sem que o autor tenha conhecimento (*instrumentalização às avessas*).

É importante esclarecer aqui que o limite deontológico do domínio não se satisfaz somente com este início objetivo da execução, mas exige também o conhecimento desta organização específica dos indicadores objetivos do resultado por parte do autor. Caso o autor não tenha o conhecimento de algum destes indicadores, poder-se-á estar diante de um início de execução objetivo, mas ele só será relevante se sobrevier o resultado e se estiverem presentes os elementos da culpa.

Esse critério é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente o art. 14, inc. II, do CP, pois trata-se de um critério objetivo de identificação do início da execução. Além disso, é um critério formado por elementos das três grandes vertentes objetivas que se propõem a definir o início da execução, mas também supre as deficiências de cada uma.

Uma vertente objetivo-formal clássica, que entende que o início da execução se dá quando o autor inicia a realização do verbo nuclear do tipo, tem a vantagem de definir com maior segurança o início da execução nos tipos penais que indicam algum traço da conduta (p. ex.: crime de roubo, art. 157 do CP, exige a prática da violência ou grave ameaça, e o crime de estelionato, art. 171 do CP, exige a indução em erro)<sup>348</sup>. Tem duas importantes desvantagens: é uma posição muito restritiva, que só entende serem atos de tentativa aqueles que praticam o que está descrito no tipo<sup>349</sup>, inclusive conduta que representam causas de aumento ou diminuição de pena ou qualificadoras<sup>350</sup>, e não é capaz de definir o início da execução em tipos penais que somente indicam um resultado lesivo ou perigoso, sendo necessário retirar todos os elementos da conduta proibida da situação concreta (p. ex.: homicídio, art. 121 do CP, que diz “matar alguém”. A vertente objetivo-formal afirma que o início da execução se dará quando o indivíduo começar a matar alguém, mas logo surge a pergunta

---

<sup>348</sup> Adotam essa posição, indicando ser a única que respeita o princípio da legalidade, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 418. GUIRAO indica que, apesar de ser uma vertente já quase não mais adotada, é a base para estabelecer o começo da execução (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 53).

<sup>349</sup> Sobre essa crítica, cf. *Ibid.*, p. 51-53.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 53.

subsequente: “e quando um indivíduo começa a matar alguém?” e esta pergunta a vertente não é capaz de responder)<sup>351</sup>.

O critério aqui adotado se coaduna com a vantagem da vertente objetivo-formal, pois quando o indivíduo realizar uma ação descrita no tipo já terá organizado os indicadores do resultado de tal forma a ser quase impossível sua instrumentalização às avessas<sup>352</sup>, e, por outro lado, não padece da mesma desvantagem, pois responde à questão do início da execução também nos tipos penais que somente indicam um resultado.

Uma vertente objetivo material voltada para o critério do perigo tem a vantagem de delimitar o início da execução com base na proximidade com o resultado típico, porém a desvantagem de ser algo contínuo, que não comporta delimitações quantitativas ou qualitativas<sup>353</sup> e tende à antecipação da incidência penal<sup>354</sup>, conforme demonstrado no item *supra* n. 4.3.2.

O critério aqui adotado não se afasta da ideia de perigo, pois é a partir dela que define quais os indicadores objetivos, mas apresenta um limitador a essa tendência à antecipação, pois elege a regra deontológica do domínio sobre esta periculosidade, mais especificamente o momento da impossibilidade de instrumentalização do autor, como a reitora para delimitar qualitativamente este perigo.

Uma vertente objetivo formal voltada para o critério dos atos parciais essenciais<sup>355</sup>, por sua vez, tem a vantagem de delimitar o início da execução com um conceito qualitativo, que é a inexistência de atos parciais essenciais entre a conduta e o resultado, além de permitir que se considere como atos de tentativa condutas um pouco anteriores à realização do verbo núcleo do tipo, afastando-se assim do rigor da teoria objetivo-formal clássica<sup>356</sup>. A desvantagem é de não ser capaz de indicar um critério para definir o que são estes atos essenciais. Mesmo os critérios utilizados por ROXIN, da incidência sobre a esfera da vítima e a proximidade temporal<sup>357</sup>, não são satisfatórios, pois, além de

<sup>351</sup> Nesse sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 52.

<sup>352</sup> No caso do roubo, quando o indivíduo inicia a violência ou a grave ameaça é quase impossível imaginar que surja uma causa salvadora que seja capaz de instrumentalizar o autor, vale dizer, que seja capaz de incidir sem que o autor tenha conhecimento.

<sup>353</sup> Nesse sentido, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 25.

<sup>354</sup> Nesse sentido, cf. *Ibid.*, *idem*.

<sup>355</sup> A favor desta posição, cf. *Ibid.*, p. 70 e ss. e MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 349-351.

<sup>356</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 54.

<sup>357</sup> De acordo com ROXIN, que aderiu à teoria dos atos parciais essenciais, existem vários atos intermediários durante o *iter criminis*, sendo que a execução se iniciará quando for realizado o último ato antes da verdadeira ação típica. No entanto, não se pode considerar como ato intermediário cada movimento corporal do autor, sob pena de se cair em uma evidente falácia naturalista, razão pela qual somente devem ser levados em conta os chamados atos intermediários essenciais. Assim, ROXIN propõe dois conceitos auxiliares para definir o último ato parcial antes da realização típica: (i) *conexão temporal estrita*, ou seja, a realização típica irá ocorrer na sequência, e (ii) *incidência sobre a esfera da vítima*

vagos, em última instância, todo crime é a intromissão na esfera da vítima e não se baseiam em um fundamento maior<sup>358</sup>.

O critério aqui utilizado também procura um conteúdo qualitativo para indicar o início da execução e tem a vantagem de estar baseado em uma razão de fundamento material da tentativa, mais especificamente de limitação deontológica do domínio, o que permite definir com precisão que o início da execução se dá com a organização dos indicadores objetivos do resultado de modo que seja impossível uma causa salvadora atuar sem o conhecimento do autor.

Em segundo lugar, a coerência dogmática do critério fica evidenciada, pois se adequa à concepção da norma de comportamento ora adotada. Conforme estabelecido acima, a partir de um silogismo prático, no qual se coloca o resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico como a premissa maior, é possível extrair, na situação fática concreta e *ex ante*, os indicadores objetivos de ocorrência deste resultado. Quando estes indicadores estiverem organizados de forma que será difícil ou impossível que cursos causais salvadores atuem sem o seu conhecimento (impossibilidade de instrumentalização às avessas), estar-se-á diante da norma de comportamento.

Se esta organização objetiva implica em uma relevante ou alta probabilidade de ocorrência do resultado, esta será uma norma de comportamento de um crime de lesão. Se, por outro lado, esta organização objetiva implicar em uma baixa probabilidade de ocorrência do resultado, esta será uma norma de comportamento de um crime de perigo concreto.

Se nestas situações objetivas o agente acaba realizando a conduta sem ter conhecimento sobre esta organização dos indicadores objetivos, é possível perguntar se deveria ter cumprido alguma norma de segurança específica que obrigava-o a adquirir esse conhecimento e seu descumprimento pode gerar a responsabilidade por um crime culposos.

Ademais, com este critério aproxima-se de uma justificativa dos motivos pelos quais não se pune uma tentativa de crime de perigo abstrato. Estes crimes são, na realidade, positivamente de normas de segurança, ou seja, a norma de comportamento dos crimes de perigo abstrato é a própria norma de segurança com a previsão de aplicação de pena em caso de descumprimento. Por conta disso, esta norma de segurança não precisa de um resultado perigoso ou lesivo *ex post* para demonstrar sua razão

---

*ou do tipo*, ou seja, já o ato parcial sob análise deve adentrar na esfera particular da vítima ou, em caso de ausência de vítima individualizada, na esfera do tipo (ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 478-481).

<sup>358</sup> Para uma crítica aos critérios postulados por ROXIN, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 29-32. Importante ressaltar, no entanto, que o autor espanhol critica os critérios de ROXIN afirmando que seriam concretizações de uma teoria da impressão. Porém, conforme é possível constatar em seu tratado, ROXIN mudou de posição e adota a teoria dos atos intermediários e seus critérios funcionam como concretização do que seriam atos intermediários essenciais.

de ser e, por consequência, não cabe perguntar por uma responsabilidade independentemente da ocorrência deste resultado.

De forma simples, a responsabilidade penal por tentativa não é mera forma de responsabilidade em situações de ausência de algum elemento do tipo, mas sim uma forma especial de atribuição de responsabilidade penal à conduta humana, quando está justificado punir pelo descumprimento de uma norma de comportamento que, em regra, tem sua existência justificada pelo desvalor do resultado. Como essa justificativa não é necessária em crimes de perigo abstrato, que são normas de segurança tipificadas, não há motivo para se perguntar por uma tentativa.

Importante destacar que este critério não é afastado pelo argumento de que somente o plano do agente, sua intenção subjetiva, é que permite distinguir qual o crime por ele praticado, de modo que não se poderia abrir mão da intenção ou da decisão de atuar para responsabilidade a título de tentativa<sup>359</sup>. Imaginemos o exemplo: um sujeito “A” aponta uma arma na cabeça de sua vítima, quando é detido por policiais. Argumenta-se que, se não nos valermos das considerações do plano do autor, suas intenções sobre se gostaria de disparar naquele instante ou não, não seria possível saber se “A” realizou uma tentativa de homicídio ou uma tentativa de roubo<sup>360</sup>. Há, no entanto, somente um problema aparente, pois, ao apontar a arma para a cabeça de sua vítima, o sujeito já está realizando ambas as tentativas, pois sua conduta é perigosa e está presente o *domínio*. A questão é que, se somente subtrair os objetos e sair correndo, o sujeito “A” consuma o crime de roubo e aplica-se a desistência voluntária quanto ao crime de homicídio. Por outro lado, se sair correndo sem progredir em qualquer das condutas, aplica-se a desistência voluntária quanto aos dois crimes. Por fim, se for impedido por terceiros, teremos uma tentativa de roubo e uma tentativa de homicídio em concurso formal.

Em terceiro lugar, o rendimento do critério apresentado pode ser demonstrado com um breve caso já analisado pela jurisprudência brasileira.

No REsp n. 1.252.770, o STJ se deparou com um caso no qual alguns indivíduos se reuniram para, dentre outros crimes, praticar um furto ao caixa-forte da agência central do Banco Banrisul, em Porto Alegre. O meio de execução utilizado era a escavação de um túnel que iniciaria em um imóvel nas proximidades e terminaria dentro do caixa-forte do Banco. Ocorre que, faltando 12,80 metros, os indivíduos foram surpreendidos pela Polícia, que realizou a prisão em flagrante<sup>361</sup>. Dentre as diversas

---

<sup>359</sup> A favor desta posição e afirmando que a posição ora adotada inverteria o processo de determinação do injusto, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 37-38 e 45-46.

<sup>360</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 460-462. Caso parecido é mencionado por ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas...** *op. cit.*, p. 47.

<sup>361</sup> STJ, REsp n. 1.252.770, 6ª T., Min. Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, j. 24.03.2015.

perguntas que o caso impõe, uma diz respeito a se os indivíduos já haviam iniciado ou não a execução do crime de furto. Aplicando-se o critério ora postulado, a resposta é negativa, pois a organização dos indicadores objetivos de risco da ocorrência do resultado, isto é, a vítima (Banco); o meio de execução (escavação do túnel) e a proximidade temporal com o resultado ainda não havia atingido um grau tal em que seria impossível ou muito difícil uma *instrumentalização às avessas* destes indivíduos, ou seja, a incidência de uma causa salvadora sem o conhecimento dos autores. Ao contrário, conforme consta do acórdão, agentes policiais tiveram conhecimento sobre o que os autores estavam fazendo e poderiam ter se organizado de tal forma a assegurar completamente a não ocorrência da subtração, de forma que, no momento em que os autores atingissem uma tal organização *objetiva* dos indicadores de risco, percebessem que nunca consumariam o delito. Portanto, fica evidente que, no momento em que foram surpreendidos pelos policiais, os autores ainda poderiam ser facilmente *instrumentalizados às avessas*, razão pela qual não iniciaram a execução.

Em conclusão, o início da execução se dá quando indicadores objetivos de risco da ocorrência do resultado (a identificação ou definição *objetiva* da vítima; a concretização *objetiva* do meio de execução a ser utilizado, o controle sobre este meio e certa proximidade temporal para sua utilização) estão organizados de tal forma que cursos causais salvadores, que podem impedir o resultado, dificilmente incidirão sem o conhecimento do autor (há uma impossibilidade de instrumentalização do autor às avessas).

#### **4.4.2 A inexistência de crime impossível (art. 17, CP)**

O art. 17 do CP define a tentativa inidônea e seu tratamento jurídico afirmando: “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”.

A discussão sobre o conceito de tentativa inidônea e seu tratamento jurídico traz consigo a seguinte pergunta: “*por que punir já a partir da tentativa?*” e a resposta a esta pergunta é exatamente a razão consequencialista trazida no item *supra* n. 4.3.1 da maior eficácia na função de proteção de bens jurídicos. Pune-se já a tentativa, pois é um método mais eficaz de proteger bens jurídicos e, por consequência, se inexistente um risco a este bem jurídico na conduta concreta, não há porque responsabilizar o indivíduo a título de tentativa.



Ocorre que esta afirmação ainda não define quando há que se falar em um risco inexistente e, principalmente, não se pode esquecer que, de um ponto de vista *ex post*, ou seja, de quando os fatos já aconteceram, toda tentativa é inidônea, pois o resultado não aconteceu.

Para definir o conceito de tentativa inidônea é preciso, portanto, olhar para o momento *ex ante* de realização da conduta de início da execução – definido no item *supra* n. 4.4.1 – e verificar se, com as informações disponíveis, já é possível concluir que o que acontecerá após a prática daquela conduta é a não ocorrência do resultado, tal qual efetivamente se observou *ex post*. Caso se chegue a esta conclusão, isso significa que a conduta não é detentora de um risco ao bem jurídico e o autor estará atuando instrumentalizado às avessas (erro de tipo às avessas), de forma que inexistem razões consequentialistas de maior eficácia na proteção de bens jurídicos para proibir e punir a prática daquela conduta a título de tentativa.

Importante destacar que o momento de análise deve ser o momento em que o autor irá realizar a conduta de início da execução, pois se for em momentos anteriores a este, nada impede que o autor perceba a inidoneidade do meio empregado ou a impropriedade do objeto e modifique seu plano de agir. Por outro lado, se a análise se der em momentos posteriores ao início da execução, já não ocorrerá mais uma *instrumentalização às avessas* do autor.

Portanto, melhor do que afirmar que toda tentativa é inidônea *ex post*, é afirmar que toda tentativa se torna inidônea em algum momento, sendo crucial para definir seu tratamento jurídico estabelecer quando esta inidoneidade se apresentará, se antes ou após a prática da conduta de início da execução.

Quando a causa da inidoneidade surgir antes da prática da conduta de início da execução, estar-se-á diante de uma tentativa inidônea, pois será possível concluir que o resultado não irá acontecer tal qual se observou *ex post* e o autor atuará instrumentalizado às avessas. Assim, por inexistência de razões consequentialistas para proibir e punir o atuar do autor, esta tentativa não deve ser punível.

Quando a causa da inidoneidade surgir depois ou concomitantemente ao início da execução, não existindo instrumentalização e não sendo possível constatar *ex ante* que o resultado não ocorreria, estar-se-á diante de uma tentativa idônea, que deve ser punível, pois existem razões consequentialistas que tornam a proibição e punição do autor uma estratégia mais eficaz de proteção de bens jurídicos.

Há discussão sobre qual a perspectiva que se deve partir para verificar se, com as informações presentes *ex ante*, já é possível concluir que, *ex post*, o resultado não ocorrerá, tal qual efetivamente não ocorreu.

Afastada aqui a perspectiva do autor da conduta, que obrigatoriamente conduziria às posições subjetivas que negam razões consequencialistas – já criticadas no item *supra* n. 4.3.1 –, a principal posição é a de que a perspectiva deve ser a de um homem médio. Vale dizer, desde a perspectiva de um homem com capacidades médias gerais em certa localidade e com os conhecimentos especiais do autor é que se deve definir se, de um ponto de vista *ex ante*, com as informações cognoscíveis a um homem médio, este concluiria que o resultado não ocorreria *ex post*.

Porém, na medida em que se está aqui tratando das razões consequencialistas para a proibição e punição de condutas pelo Direito Penal, não há qualquer justificativa para limitar as avaliações a uma figura fictícia do homem médio como menos conhecedor do que um observador *onisciente*. Na realidade, o importante é uma análise objetiva, a partir de leis causais naturais, sobre se, com os dados presentes naquele momento *ex ante* já se concluiria pela impossibilidade do resultado.

Portanto, a perspectiva de um observador *onisciente*, que avalia com base nas leis causais naturais de probabilidade, desde que limitada ao momento *ex ante* do início da execução, deve ser a utilizada para verificar a inidoneidade da tentativa.

Em primeiro lugar, trata-se de um critério que se coaduna perfeitamente com os fundamentos materiais da tentativa, pois privilegia a existência das razões consequencialistas para sua proibição e punição. Além disso, é um critério que soluciona a dificuldade de lidar com o problema das tentativas inidôneas pelos fundamentos objetivos da responsabilidade por tentativa, mais especificamente os denominados antigos fundamentos objetivos do perigo, que olhavam para a conduta sempre de uma perspectiva *ex post*, e também com a discussão sobre a perspectiva *onisciente* como uma perspectiva que conduziria toda a tentativa a ser uma tentativa inidônea.

Em segundo lugar, trata-se de um critério coerente dogmaticamente, pois encontra-se de acordo com o conceito de início da execução anteriormente proposto, mas com ele não se confunde.

#### 4.5 RESULTADOS PARCIAIS

Ao final deste capítulo 4, chegamos aos seguintes resultados. A estrutura normativa do Direito Penal é uma estrutura dualista, que se compõe de normas de comportamento imperativas destinadas a todos os cidadãos e normas de sanção destinadas aos juízes. Estas normas de comportamento são a não realização de

conduta que crie um risco de ocorrência do resultado com conhecimento deste risco, sendo que o dever de agir concreto somente poderá ser estabelecido na situação fática, a partir do resultado lesivo ou perigoso que se pretende evitar. A partir disto, tanto a conduta injusta (típica e antijurídica) da tentativa quanto da consumação infringem essa mesma norma de comportamento. A diferença está na ocorrência e imputação do resultado, cuja função é mostrar ao indivíduo que aquele dever de agir concreto a ele imposto tinha uma justificativa.

A partir disto, a possibilidade de responsabilizar alguém penalmente pela tentativa, ou seja, pelo descumprimento do dever de agir concreto disposto na norma de comportamento sem a ocorrência do resultado, surge dos fundamentos materiais desta, que se compõem de razões consequencialistas de maior eficácia na proteção de bens jurídicos e de limitação deontológica de somente responsabilizar quando o autor tiver o *domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado*, que é composto (i) pela organização objetiva dos indicadores de ocorrência do resultado de forma que cursos causais salvadores somente poderão incidir com o conhecimento do autor, e (ii) pelo conhecimento do autor sobre esta organização.

Por fim, realizando uma tradução dogmática destes critérios, as razões consequencialistas dizem respeito à exigência de que a tentativa seja idônea, disposta no art. 17 do CP, e os limites deontológicos dizem respeito ao início da execução, disposto no art. 14, inc. II, do CP. Cumpre agora verificar se estes critérios também podem ser aplicados aos crimes omissivos.

## 5 A DOGMÁTICA PENAL DA TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS

Até o presente momento firmou-se o entendimento de que, partindo de uma estrutura normativa dualista, a responsabilidade pela tentativa é uma parte (e não exceção) do sistema de responsabilidade penal e, principalmente, que sua estrutura dogmática é a estrutura da norma de comportamento de qualquer delito de lesão ou de perigo concreto. Tratou-se, na sequência, do fundamento material de tal responsabilidade a partir da comunhão entre a razão consequencialista de maior eficácia na proteção de bens jurídicos e a limitação deontológica do domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado. Por fim, com base na estrutura normativa e no fundamento material, fez-se a tradução dogmática para apresentar o critério delimitador do início da tentativa e o da tentativa inidônea, não punível no ordenamento brasileiro.

Cumpre agora, adentrando na *controvérsia dogmática* delimitada no item *supra* n. 3.3, utilizar este mesmo arcabouço teórico da estrutura normativa e do fundamento material da tentativa para, com base nas especificidades da responsabilidade penal por omissão tratadas no item *supra* n. 3, realizar a tradução dogmática para definir o início da tentativa e a tentativa inidônea nos crimes omissivos.

Para tanto, é necessário, antes: (i) verificar se a responsabilidade pela tentativa nos crimes omissivos é ou não admissível pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>362</sup> e (ii) se admissível, há diferença entre a tentativa nos crimes omissivos próprios e impróprios. Ultrapassados estes dois pressupostos, estaremos aptos a analisar quando se inicia a tentativa nos crimes omissivos e quando esta tentativa pode ser considerada inidônea e, por consequência, não punível.

## 5.1 A RESPONSABILIDADE PENAL PELA TENTATIVA POR OMISSÃO É ADMISSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

Há posicionamento no sentido de que a responsabilidade penal pela tentativa não é admissível nos crimes omissivos em geral<sup>363</sup> ou que somente é admissível na modalidade de tentativa inidônea, razão pela qual, apesar de não serem posições majoritárias<sup>364</sup>, faz-se necessário enfrentar seus argumentos.

### 5.1.1 Argumento de violação da legalidade: não há “início da execução” em condutas omissivas

Dentre aqueles que não admitem a tentativa em crimes omissivos, alguns autores afirmam que permitir a responsabilidade penal por tentativa em crimes omissivos viola o princípio da legalidade, pois, segundo o art. 14, inc. II, do Código Penal, somente há crime tentado quando

<sup>362</sup> Destacando ser essa já uma questão preliminar, cf. BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão**: um problema de delimitação da conduta típica. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 160.

<sup>363</sup> Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: Parte Geral. 7 ed. rev., atual, ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 383; BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Vol. 1, 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2018, p. 639-640; PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 99-102.

<sup>364</sup> O entendimento majoritário é pela admissibilidade da tentativa nos crimes omissivos no ordenamento brasileiro. Para tanto, cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 241-242; VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. **Revista de Estudos Criminais**, vol. 79, pp. 69-100, out./dez. 2020, p. 96-97; TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 409-413; MARTINELLI, João Paulo. SCHMITT DE BEM, Leonardo. **Lições Fundamentais de Direito Penal**. Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 584; ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 607; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 538. BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 120. A favor da tentativa nos crimes omissivos já na redação original do Código Penal de 1940, com a mesma redação da atual, mas localizada no art. 12, inc. II, cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, Tomo II. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 87 – nota 12.

“*iniciada a execução*” e os crimes omissivos têm por característica básica a não realização de qualquer processo executivo<sup>365</sup>.

O argumento se estrutura em um raciocínio de subsunção simples: (a) *premissa maior*: a tentativa exige um início de execução, que é a realização de movimento corpóreo no mundo do “ser” em direção ao resultado<sup>366</sup>; (b) *premissa menor*: os crimes omissivos não se configuram com um movimento corpóreo; (c) *conclusão*: os crimes omissivos não admitem a responsabilidade penal por tentativa já de uma perspectiva do princípio da legalidade, nos moldes do art. 14, inc. II, do CP.

O argumento peca no estabelecimento da premissa maior, quando conceitua o termo “início da execução”, do art. 14, inc. II, do CP, a partir de uma perspectiva ontológica, quando a perspectiva correta é a normativa. Vejamos.

O art. 14 do CP define, em seu inciso I, o conceito de crime consumado como sendo aquele em que “*se reúnem todos os elementos de sua definição legal*”, ou seja, a conduta que apresenta todos os elementos do tipo penal. Na sequência, este mesmo dispositivo, em seu inciso II, apresenta o conceito de crime tentado como sendo aquele que, “*iniciada a execução, não se consuma...*”, ou seja, aquele que, apesar de iniciada a realização do crime, não reúne todos os elementos de sua definição legal.

Desta leitura verifica-se que o termo “início da execução” não se refere à “execução de um movimento corpóreo” do qual surgirá um resultado criminoso – como estabeleceram aqueles que não admitem a tentativa em crimes omissivos –, mas sim à “execução do próprio tipo penal”. Ao definir a tentativa, o legislador não utilizou a frase “iniciada a execução, não ocorre o resultado...” ou então a ideia de causalidade, como disposto no art. 13 do CP, mas sim se valeu do termo “não se consuma”, sendo “consumação” um conceito formal de reunião de todos os elementos da definição legal do crime<sup>367</sup>, ou seja, do tipo penal.

<sup>365</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 215 e 383 e BUSATO, Paulo César. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 640.

<sup>366</sup> Tanto é assim que CIRINO DOS SANTOS afirma que “*o início da execução somente poderia existir na realização da ação mandada – e, portanto, no cumprimento do dever jurídico de agir –, nunca na omissão da ação.... Assim, do ponto de vista conceitual, a tentativa de omissão de ação é impossível*” (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 215). Também BUSATO afirma que: “*O Código fala em início da execução e, executar, presume um agir positivo*” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 640).

<sup>367</sup> Este é o argumento utilizado pelos penalistas espanhóis para defender a admissibilidade da responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos em seu ordenamento jurídico, que tem redação parecida com o Código Penal Brasileiro. Nesse sentido, afirma FARRÉ TREPAT que o legislador espanhol não utilizou a expressão “produção do resultado delitivo” para definir a tentativa, mas sim “não produção do delito”, que nada mais é do que o crime consumado. Logo, o termo início da execução não significa “começo dos atos de causação do resultado físico”, mas sim “início direto da realização do delito. Neste sentido também cabe dar início à realização de um delito de omissão” (FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa. **Estudios penales y criminológicos**, vol. 13, pp. 43-86, 1988, p. 51 – nota 18). Sobre a legislação portuguesa, BRITO argumenta em sentido

Logo, o termo “início da execução”, disposto no art. 14, inc. II, do CP, é um termo normativo<sup>368</sup>, que diz respeito ao início da realização do tipo penal, e não um termo ontológico, que diz respeito ao início de um movimento corpóreo, que conduzirá ao resultado criminoso. E, conforme já estabelecido no item *supra* n. 3.1., os tipos penais de resultado podem ser executados tanto na forma *comissiva* quanto na forma *omissiva*, cada uma com suas peculiaridades, mas ambas, obrigatoriamente, com um “início” desta execução<sup>369</sup>.

Aliás, partindo do conceito de omissão ora adotado – como juízo de atribuição de realização típica e não como um “não fazer” ontológico diverso do “fazer” –, o argumento ora combatido sequer se coloca, pois no mundo ontológico (único onde, para os adeptos deste argumento, existiria um início de execução) há somente processos causais que podem ser interpretados como condutas humanas. Posteriormente é que esta conduta humana seria valorada e a ela seria ou não atribuída a realização de uma conduta típica comissiva ou omissiva. Assim, o posicionamento dos adeptos deste argumento nos levaria a afirmar que o “início da execução” seria uma propriedade ontológica de qualquer conduta humana real, ou seja, somente existiram condutas humanas se houvesse um “início de execução”, afirmação que confirma o equívoco do argumento e reafirma que o “início da execução” é um conceito normativo e que está presente tanto nos juízos de atribuição de comissão quanto no de omissão.

Sendo assim, a premissa maior do raciocínio de subsunção em que se funda o argumento de tais autores deve ser reformulada, o que modifica a conclusão: (a) premissa maior: a tentativa exige um início de execução como um início da realização do tipo penal; (b) premissa menor: os crimes omissivos, assim como os crimes comissivos, realizam tipos penais, seja em sua forma própria ou

---

próximo e acrescenta que o dispositivo da tentativa exige, não atividades corporais, mas sim uma conexão da conduta do agente com a realização do resultado típico, mais especificamente, uma conexão de periculosidade ao bem jurídico, o que está presente tanto em crimes comissivos quanto em crimes omissivos (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 165-167). No entanto, a mencionada autora portuguesa apresenta ainda um argumento de reforço com o qual não concordamos. Segundo a autora, os chamados casos de *tentativa acabada* (como o caso descrito no item *supra* n. 2.3.2) são indicativos de que o termo “início da execução” não diz respeito a atividades corporais, pois nestes casos o início da execução se dá sempre com uma omissão, isto é, a manutenção de uma situação produzida por uma atividade corporal anterior do agente (*Ibid.*, p. 186-190 e 202).

<sup>368</sup> No mesmo sentido, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de...**, *op. cit.*, p. 241. A autora apresenta ainda um argumento de incoerência interna dos que adotam a posição da violação da legalidade argumentando: “*A um tal resultado só se chega tendo uma compreensão puramente naturalística e literal de certas expressões utilizadas por nosso legislador, o que deveria conduzir, igualmente, à afirmação da inadmissibilidade do dolo eventual na omissão imprópria, já que o legislador exige, neste caso, que o autor assuma o risco de ‘produzir’ o resultado (art. 18, I, CPB). Como na omissão o agente nada ‘produz’, não poderia também assumir tal risco. Não obstante, quando trata de dolo eventual na omissão, admite-o o mesmo autor [Cirino dos Santos], com o que reconhece um liame entre omissão e resultado que não é mais naturalístico, mas normativo*” (*Ibid.*, p. 241 – nota 27).

<sup>369</sup> Cf. *supra* n. 3.1.3.

imprópria; (c) conclusão: os crimes omissivos admitem, de uma perspectiva do princípio da legalidade, a responsabilidade penal por tentativa nos termos do art. 14, inc. II, do CP.

Em suma, uma vez interpretado corretamente o termo “início da execução” como um conceito de início da realização do tipo penal, afasta-se o argumento de que uma responsabilidade penal por tentativa em crimes omissivos violaria o princípio da legalidade.

### **5.1.2 Argumento da ilegitimidade: antecipação indevida do Direito Penal e dupla excepcionalidade**

Superado o argumento de ordem formal da violação da legalidade, há ainda um argumento de ordem material, segundo o qual a responsabilidade penal por tentativa em crimes omissivos seria ilegítima, pois representaria uma indevida antecipação do Direito Penal na tutela de bens jurídicos<sup>370</sup>.

O argumento parte da premissa de que a responsabilidade penal por omissão consumada já é uma responsabilização excepcional, mas, ao menos, há o desvalor do resultado que se soma ao desvalor do não agir, de forma a justificar a incidência penal<sup>371</sup>. Porém, nas situações em que sequer há o resultado, seria totalmente irrazoável responsabilizar o omitente a título de tentativa<sup>372</sup>. Estar-se-ia diante de uma dupla excepcionalidade da incidência do Direito Penal<sup>373</sup>.

Em que pese o argumento chame a atenção para um importante aspecto, que é o afastamento desta forma de responsabilização do protótipo do Direito Penal clássico – crime comissivo doloso consumado –, não demonstra que uma responsabilização a título de tentativa nos crimes omissivos seria materialmente ilegítima.

Em primeiro lugar, equivocado afirmar que a responsabilização por tentativa na omissão seria uma dupla excepcionalidade. Com a exigência da violação deste dever de comportamento já na conduta típica – própria do dualismo normativo –, a responsabilidade por tentativa faz parte do sistema de responsabilização penal. Portanto, admitir uma responsabilização penal por tentativa na omissão não seria uma *dupla excepcionalidade inadmissível*, mas sim o desenvolvimento de um aspecto necessário da responsabilidade por omissão ainda pouco tratado: o seu desvalor de conduta.

---

<sup>370</sup> PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>371</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>372</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 101.

Ademais, é equivocado afirmar tão genericamente que, diante da ausência de resultado, “*não há justificativa para fazer incidir a punição penal sobre uma pessoa que nada fez*”<sup>374</sup> e que esta significaria “*antecipar demais a proteção de bens jurídicos por meio do Direito Penal*”<sup>375</sup>.

Na realidade, o argumento confunde duas questões: (i) a ilegitimidade da responsabilização penal da tentativa na omissão e (ii) a falta de desenvolvimento dogmático do desvalor da conduta na omissão.

Caso quisesse argumentar pela ilegitimidade material da responsabilização penal da tentativa na omissão, deveria demonstrar argumentos (a) de cunho deontológico, que limitassem a incidência penal e demonstrassem que tal forma de responsabilização não se justifica perante os indivíduos em um Estado de Direito, tal qual se demonstrou acima com a tentativa em crimes culposos e em situação de atos preparatórios muito antecipados, ou (b) de cunho consequencialista, que demonstrassem que tal forma de responsabilização não representa um fim útil à sociedade.

Porém, a simples negativa genérica indica somente que falta desenvolvimento dogmático do desvalor da conduta nos crimes omissivos, desenvolvimento este que traduzirá dogmaticamente os fundamentos materiais da tentativa em limites à responsabilização penal por tentativa nos crimes omissivos como forma de tutelar bens jurídicos.

Isso fica evidente com o exemplo trazido por PASCHOAL, que afirma: “*não parece sério punir por homicídio comissivo por omissão tentado os pais que não levem o filho que arde em febre ao hospital para ser medicado*”<sup>376</sup>.

É provável que tal punição não seja correta, mas não porque não é legítimo punir uma tentativa por omissão e sim porque é um caso em que os pressupostos da tentativa na omissão não estão presentes, pressupostos estes que ainda carecem de desenvolvimento.

Em suma, conclui-se que, além de legalmente possível, a responsabilização penal por tentativa nos crimes omissivos não apresenta um óbice de legitimidade material.

### 5.1.3 Argumentos dogmáticos

Ultrapassados os argumentos de ordem formal de violação da legalidade e de ordem material de ilegitimidade da responsabilidade da tentativa em crimes omissivos, existem ainda os argumentos dogmáticos, provenientes da interpretação, lógica e racionalização do ordenamento jurídico-penal.

<sup>374</sup> PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência...**, *op. cit.*, p. 99.

<sup>375</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 101.



### 5.1.3.1 Crimes omissivos baseados exclusivamente no desvalor do resultado

Um primeiro argumento dogmático utilizado pelos autores que não admitem a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos é o de que seu desvalor está baseado no desvalor do resultado, de modo que, nas situações em que este não ocorrer, não há que se falar em conduta típica<sup>377</sup>.

O argumento está equivocado, pois, conforme demonstrado no item *supra* n. 4.2.1, desde há muito já não se admite responsabilização penal pelo simples desvalor do resultado, sem qualquer violação de um dever de comportamento. Até mesmo os crimes culposos, cuja responsabilização está calcada na ocorrência do resultado criminoso, exigem o descumprimento prévio de uma norma de comportamento. Portanto, não existe motivo para que seja diferente com os crimes omissivos, que também apresentam um desvalor de conduta<sup>378</sup>.

Por mais que, à primeira vista, vincular a responsabilidade por omissão à ocorrência do resultado pareça representar maior contenção do Direito Penal, em um segundo momento, esta vinculação pode gerar o efeito contrário, isto é, o de punir sempre que ocorrer o resultado, sem se perguntar pela prévia violação da norma de comportamento por parte do omitente.

Ademais, na medida em que a responsabilidade penal por omissão exige o descumprimento de uma norma de comportamento, com maior razão, diante da ausência de um resultado, ainda há que se perguntar se aquele descumprimento é ou não suficiente para uma punição, conteúdo próprio da tentativa.

Importante esclarecer que a discussão mencionada no item *supra* n. 4.2.2.3 sobre se o desvalor do resultado integra o injusto ou se é mera condição objetiva de punibilidade não modifica as objeções apresentadas. Ao contrário, esta discussão pressupõe o reconhecimento de que há um desvalor autônomo de conduta, sendo objeto da disputa somente se este desvalor da conduta é sempre suficiente para formar o injusto ou se ainda é necessário um desvalor do resultado<sup>379</sup>. Ou seja, não se

---

<sup>377</sup> Nesse sentido, afirma BUSATO: “...*Se nada acontece, não há resultado, pelo que não pode haver qualquer classe de responsabilidade, pois na omissão imprópria, o réu está na posição de garante da não ocorrência do resultado. Se este não tem lugar, nada resta para punir*” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 639).

<sup>378</sup> Nesse sentido, cf. GRECO, Luís. **Problemas de...**, *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>379</sup> Sobre essa discussão em geral, cf. GRECO, Luís. **Um panorama da...** *op. cit.*, p. 95-102. Especificamente nos crimes omissivos, cf. SCHÖNE, Wolfgang. Sobre a posição do resultado nos delitos quase dolosos de omissão. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 19/20, p. 22-34, jul./dez., 1975.

afirma que o injusto é formado exclusivamente pelo desvalor do resultado, o que impediria a responsabilidade a título de tentativa<sup>380</sup>.

Sendo assim, não é possível negar a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos sob o argumento de que são baseados exclusivamente no desvalor do resultado.

### 5.1.3.2 Crimes omissivos só admitem tentativa inidônea

Inicialmente, é importante esclarecer o motivo pelo qual este argumento está sendo apresentado já neste tópico. Diferentemente dos demais argumentos examinados até o momento, este não postula a absoluta inadmissibilidade da responsabilidade penal por tentativa em crimes omissivos, mas sim afirma que aqui toda tentativa é inidônea. Porém, como o ordenamento jurídico-penal brasileiro não pune as tentativas inidôneas (*supra* n. 4.4.2), acolher este argumento no Brasil significa, por via indireta, rechaçar a responsabilidade penal por tentativa em crimes omissivos. Por esta razão é que este argumento está alocado já neste tópico.

O argumento de que as tentativas em crimes omissivos somente podem ser tentativas *inidôneas* é produto de posição dogmática adotada, principalmente, por autores de viés finalista, como Armin KAUFMANN.

Conforme relatado no capítulo *supra* n. 3.1.1, Armin KAUFMANN define a omissão ontologicamente como a não realização de uma ação *final* que o indivíduo tinha capacidade para realizar e define a omissão penal como a não realização de uma ação final cujo objetivo era a evitação do resultado típico, dever este observado sempre *ex post*.

A partir deste conceito, Armin KAUFMANN entende que não é possível identificar uma tentativa de omissão da ação final de evitar o resultado, pois (i) não existe uma fase de tentativa inacabada, já que, para o ordenamento jurídico, pouco importa se ocorreram omissões anteriores, desde que se pratique a ação final no último momento possível<sup>381</sup>; (ii) não existe uma fase de tentativa acabada ou terminação da tentativa, pois, ao deixar passar a última possibilidade de atuar, o omitente sabe que não há como voltar atrás, ou seja, passa diretamente de um momento atípico para a

---

<sup>380</sup> PASCHOAL, ao apresentar sua crítica sobre a admissibilidade da tentativa nos crimes omissivos, cita WOLFGANG SCHÖNE e afirma que este “*aduz entender que, nos crimes omissivos impróprios, o resultado faz parte do tipo, não constituindo mera condição de punibilidade*” (PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência...**, *op. cit.*, p. 100). A afirmação da autora está correta, porém tal constatação não é um argumento a favor da não admissibilidade da tentativa nos crimes omissivos, o que, aliás, o autor alemão não afirmou em seu trabalho.

<sup>381</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...** *op. cit.*, p. 226-227.

impossibilidade de arrependimento eficaz<sup>382</sup> e (iii) não há um dolo de omitir, isto é, um não fazer direcionado intencionalmente ao resultado, mas sim a ausência de uma decisão de realização da ação final de evitar o resultado<sup>383</sup>.

Porém, na medida em que as omissões penais *sempre* apresentam um dever de evitar o resultado constatável *ex post*, o autor alemão admite duas situações: (a) omissão da ação final de cumprimento do dever de evitar o resultado e (b) omissão da tentativa de realizar a ação final de cumprimento do dever de evitar o resultado<sup>384</sup>.

A primeira situação (a), de omissão da ação final de cumprimento do dever de evitação do resultado, estará presente quando, diante da “capacidade de ação”<sup>385</sup>, que é composta pela *possibilidade física de ação* e pela *capacidade de direção final*, o agente omite realizar a ação final de evitação do resultado.

Ocorre que, quando não existir um objeto de atividade (situação de perigo) ou um meio adequado para realizar a ação final, mas o agente acredita erroneamente que estão presentes e nada faz, surge a segunda situação (b), na qual há a denominada “capacidade de tentativa”<sup>386</sup>. Nesta situação, Armin KAUFMANN afirma que o agente praticou a omissão de uma tentativa de realizar a ação final de evitação do resultado que nunca lograria evitá-lo. Em outras palavras, por ter acreditado erroneamente que estavam presentes os pressupostos para realizar uma conduta final de evitação do resultado, o agente já adquire a capacidade de tentativa e ao não tentar realizar a ação final de evitação do resultado terá realizado uma omissão suficiente para a responsabilidade penal<sup>387</sup>.

Em suma, toda a concepção do autor alemão está baseada no fato de olhar para a omissão como um não fazer uma ação final de evitar o resultado de uma perspectiva *ex post*, não sendo possível identificar um fracionamento das fases na omissão. Assim, caso o sujeito não realize a ação final com capacidade de ação, terá consumado o crime omissivo. Por outro lado, se não havia situação de perigo ou possibilidade de salvar o bem jurídico, o sujeito omite a tentativa de realizar a ação final e também comete um crime omissivo.

---

<sup>382</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...** *op. cit.*, p. 229-230.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>384</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 63 e 232. Para mais detalhes sobre os comentários ao conceito da capacidade de ação, cf. item *supra* n. 4.1.1.

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 232-233.

<sup>387</sup> Afirma Armin KAUFMANN: “*A negação de uma ação determinada, negação que é essencial para o conceito de omissão, não consiste aqui em negar uma ação de cumprimento consumada, mas sim na negação de uma tentativa de cumprimento... a negação da ação de cumprimento não coincide com o negar a tentativa de cumprimento*” (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...** *op. cit.*, p. 232 – trad. livre).

Desta afirmação surge uma dúvida: e nas situações em que o sujeito não realiza a ação final de evitar o resultado, mesmo existindo o perigo e o meio adequado para realizar a ação final de evitação, mas o resultado não ocorre porque terceiro faz uma intervenção ou porque a vítima consegue se salvar? Como Armin KAUFMANN observa a situação desde uma perspectiva *ex post* nos crimes omissivos, sua resposta é de que, nestes casos, não há capacidade de ação, pois o resultado foi evitado de alguma forma, ou seja, havia uma impossibilidade de evitá-lo por parte do autor ou a situação de perigo não estava presente. Assim, tal qual em hipóteses em que a situação de perigo não existe ou não há meio adequado para tanto, há um crime omissivo porque o sujeito omitiu a tentativa de realizar uma ação final que nunca resultaria na evitação do resultado, pois isso seria feito por terceiro ou pela própria vítima. Por consequência, as hipóteses de tentativa para Armin KAUFMANN são hipóteses de omissão da tentativa de realizar a ação final que não lograria atingir a evitação do resultado de uma perspectiva *ex post*, *tentativas inidôneas* portanto.

Caso se adote esta posição dogmática dos crimes omissivos no ordenamento jurídico-penal brasileiro deve-se concluir que não haverá punição por tentativa, pois não se pune a tentativa inidônea.

O criticável nesta posição são as próprias premissas, já rechaçadas acima, tanto em relação ao conceito de omissão (*supra* n. 3.1.1 e 3.1.2) e o dever de evitar o resultado de um ponto de vista *ex post* (*supra* n. 3.1.3), quanto de uma fundamentação subjetiva da tentativa (*supra* n. 4.3.1).

Sendo assim, partindo das posições que até agora foram adotadas nesta dissertação, ou seja, de que a omissão é um juízo sobre uma conduta humana tal qual uma comissão, que estes juízos devem ser feitos sempre de uma perspectiva *ex ante* de realização desta conduta humana e, por fim, que a proibição e punição da tentativa sempre deve apresentar um fim consequencialista de maior eficácia na proteção de bens jurídicos, afastam-se as premissas acima expostas e atinge-se dois resultados:

Primeiro, as situações descritas como omissões de tentativas de realização de ações finais de evitação do resultado nas quais não há, *ex ante*, uma situação de perigo ou um meio possível para evitá-lo, não devem ser proibidas e punidas, pois seriam criminalizações calcadas em mero moralismo estatal, sem que representassem qualquer vantagem consequencialista para a proteção de bens jurídicos.

Segundo, é necessário distinguir duas situações: a primeira em que *ex post* o resultado ocorreu e é imputável e a segunda em que *ex post* ele não ocorreu, pois terceiro, vítima ou o próprio omitente o evitaram, ou não pode ser imputado. Observadas de uma perspectiva *ex ante*, é possível

afirmar que na primeira situação há uma omissão consumada e na segunda situação coloca-se a pergunta sobre se há ou não responsabilidade a título de tentativa.

#### 5.1.4 Tomada de posição

Após a exposição dos quatro principais argumentos da não admissibilidade da tentativa nos crimes omissivos, conclui-se que, em primeiro lugar, a letra do art. 14, inc. II, do CP permite tal responsabilização, não representando uma violação do princípio da legalidade. Em segundo lugar, que tal responsabilização não ofende qualquer proibição deontológica de cunho material e também não deixa de representar uma efetiva proteção de bens jurídicos. As críticas estão voltadas, na realidade, para o não desenvolvimento de uma dogmática dos pressupostos do desvalor da conduta na omissão. Em terceiro lugar, que, assim como os crimes comissivos, os omissivos têm um desvalor autônomo de conduta, o que significa dizer que, ainda que ausente o resultado ou não sendo possível sua imputação, há um desvalor do não agir que pode gerar a responsabilidade por tentativa, caso presentes seus pressupostos.

Por fim, não só o desvalor do não agir é importante, mas também o do resultado, de modo que, partindo de uma fundamentação objetiva da tentativa, existem hipóteses de tentativa idônea da omissão, como, por exemplo, aquelas em que, presente a situação típica e eficaz a conduta de cumprimento do dever, o agente não atua, mas o resultado não ocorre por ação de terceiro.

Sendo assim, não existem óbices, inicialmente, à responsabilização por tentativa a título de omissão no ordenamento jurídico brasileiro.

## 5.2 RESPONSABILIDADE PENAL PELA TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS

Definido que é admissível a responsabilização penal por tentativa em crimes omissivos, surge um segundo questionamento: essa admissibilidade é válida para qualquer espécie de crime omissivo ou há diferença quanto à admissibilidade a depender de o crime ser omissivo próprio ou impróprio<sup>388</sup>?

Com relação a este questionamento, os autores brasileiros têm entendimento predominante de que a tentativa não é admissível<sup>389</sup>.

---

<sup>388</sup> Sobre essa distinção, cf. item *supra* n. 3.2.1.2.2.

<sup>389</sup> Nesse sentido, cf. MARTINELLI, João Paulo. SCHMITT DE BEM, Leonardo. **Lições Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 599; PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de...**, *op. cit.*, p. 299; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado**

Sendo assim, cumpre neste tópico analisar os argumentos daqueles que admitem e daqueles que não admitem a tentativa nos crimes omissivos próprios, apresentar suas objeções e, ao final, tomar uma posição. Para tanto, será necessário retomar o *caso do montanhista* (item *supra* n. 2.4.1) que, conforme análise acima (item *supra* n. 3.2.1.2.3), é o que se enquadra no conceito de crime omissivo próprio.

### 5.2.1 É admissível a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos próprios?

#### 5.2.1.1 Argumento contrário à admissibilidade da tentativa: Impossibilidade por se tratar de crime de mera conduta

De acordo com este posicionamento, os crimes omissivos *próprios* não admitem tentativa<sup>390</sup>, pois, ao serem classificados como crimes de mera conduta, não exigem um resultado naturalístico para a consumação, mas somente a não realização da ação de salvamento, de modo que, no momento em que o omitente não cumpre com o dever de agir por meio da ação de salvamento, o crime já se consuma.

Assim, no caso do montanhista, quando M1 aproximou-se de V, mas não realizou a ação concreta de socorro, já consumou o crime de omissão de socorro do art. 135 do CP, independentemente do fato de, na sequência, M2 ter atuado para socorrer V. Logo, ao se omitir, M1 já consumou o crime, não existindo uma situação em que M1 se omitiu, mas não consumou o crime ainda.

Apesar de diferenças na disciplina legal da tentativa, já destacadas anteriormente, alguns autores alemães e espanhóis seguem o mesmo tipo de argumento.

De acordo com estes autores, somente a tentativa *inidônea* seria punível em crimes omissivos *próprios*, isto é, a hipótese em que o agente acredita que há uma situação típica e se omite

---

**de direito penal:** parte geral...*op. cit.*, p. 538; PRADO, Luís Regis. **Tratado de Direito Penal:** Parte geral. 3 ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1060; BUSATO, Paulo César. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 639; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal.** vol. 1. Introdução e parte geral. 38 ed., rev. e atual. por Adalberto Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128. HUNGRIA, Nelson. **Comentários...**, *op. cit.*, p. 87.

<sup>390</sup> Nesse sentido, afirma BUSATO: “... os delitos omissivos próprios, porque são de mera conduta, não possuindo resultado naturalístico, não podem, logicamente, ser identificados do ponto de vista da tentativa” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 639). Próximo é o posicionamento de MARTINELLI e SCHMITT DO BEM, que afirmam: “Alguns crimes, em razão de sua estrutura, não admitem a tentativa, mormente porque os atos de execução não podem ser fracionados. Isto é, ou há crime consumado, ou não há crime... mesmo ocorre com os crimes omissivos próprios, pois o simples ato de se omitir quando se deveria agir é suficiente para a consumação...” (MARTINELLI, João Paulo. SCHMITT DE BEM, Leandro. **Lições Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 599 – grifo nosso). No mesmo sentido, PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de...**, *op. cit.*, p. 299).

quando, na realidade, esta situação sequer existe<sup>391</sup> ou em que a ação de salvamento pensada pelo autor não é adequada para produzir o salvamento. Tratando-se de tentativa *idônea*, tais autores entendem que, se não houver a exigência de um resultado naturalístico pelo tipo penal de omissão própria, ou seja, for um crime de mera conduta, não há que se falar em punição da tentativa<sup>392-393</sup>.

Sendo assim, na medida em que a tentativa inidônea não é punível no Brasil, é possível afirmar que, no que tange à questão discutível no ordenamento brasileiro – possibilidade de punição da tentativa idônea na omissão própria –, tais autores seguem o mesmo entendimento de parte dos autores brasileiros.

### 5.2.1.2 *Argumento favorável à admissibilidade da tentativa: possibilidade pela existência de um lapso temporal concreto entre as oportunidades de salvamento*

Segundo este argumento, o fato de se considerar os crimes de omissão própria como de mera conduta não significa, automaticamente, que a tentativa não é admissível, pois é possível observar situações concretas em que o omitente dispõe de determinado período de tempo<sup>394</sup>, compreendido entre a primeira e a última oportunidades de atuar, para realizar a ação de salvamento e a consumação se dará somente após a última oportunidade<sup>395</sup>. Conseqüentemente, dentro deste lapso temporal, configurado um aumento da dificuldade de realizar a ação de salvamento, estaríamos diante de uma omissão com desvalor suficiente para fundamentar uma responsabilidade por tentativa<sup>396</sup>.

Para ilustrar o argumento, retomemos o caso do montanhista (*supra* n. 2.4.1) e pensemos em uma variação simples: após avistar V, M1 não atua, mas se mantém nas proximidades, resguardando sua possibilidade física de realizar a ação de salvamento que, passado certo tempo, fica um pouco mais difícil devido a uma hemorragia em V. Para os autores que defendem esta posição, M1 estaria

<sup>391</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. *Sobre...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>392</sup> Dentre os autores alemães, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II... *op. cit.*, p. 538; JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 580; MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 42-43. Dentre os autores de língua espanhola, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito...**, *op. cit.*, p. 413 e PESSOA, Nelson R. **Injusto penal y tentativa**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 328-329.

<sup>393</sup> Conforme esclarecido acima, no item *supra* n. 5.1.3., WELZEL e ARMIN KAUFMANN também admitem somente a tentativa inidônea para os crimes de omissão própria, porém a partir de uma argumentação diversa da dos demais autores mencionados (WELZEL, Hans. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 244 e KAUFMANN, Armin. **Dogmática...** *op. cit.*, p. 232-237).

<sup>394</sup> Os autores que se valem deste argumento reconhecem que alguns crimes omissivos próprios não admitem a tentativa devido a uma determinação do momento específico em que se deve realizar a ação mandada. Nesse sentido, FARRÉ TREPAT, Elena. *Sobre...*, *op. cit.*, p. 52 e REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 443.

<sup>395</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 446.

<sup>396</sup> Nesse sentido, cf. FARRÉ TREPAT, Elena. *Sobre...*, *op. cit.*, p. 52-53; REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 442 e 444 e OVALLE MADRID, Germán Luis. La tentativa en los delitos de omisión propios en el Código Penal español. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 30, n. 1, pp. 23-37, 2003, p. 33.

em uma situação de tentativa, pois já existe o descumprimento do dever, mas ainda há possibilidade de cumpri-lo, o que impede a consumação.

Em suma, os adeptos desta posição defendem a possibilidade de responsabilidade por tentativa em crimes de omissão *própria*, pois (i) definem que a consumação destes crimes se dá após a última oportunidade de realização da ação de salvamento, de modo que (ii) seja possível observar um lapso temporal entre a primeira e a última oportunidade, no qual possa existir uma omissão com desvalor de tentativa.

## 5.2.2 Tomada de posição

Apresentados os argumentos a favor e contra a admissibilidade da responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos próprios, é possível verificar que dois são os aspectos sensíveis mencionados pelos autores para as tomadas de posição: (i) a exigência ou não de um resultado e (ii) o momento em que se considera descumprido o dever de agir.

Abaixo iniciaremos pelo primeiro aspecto e, na sequência, demonstraremos que o segundo aspecto é irrelevante para a discussão, mas é relevante para definir o momento em que os crimes de omissão própria se consumam.

### 5.2.2.1 *Os crimes de omissão própria exigem resultado?*

A classificação em crime de lesão e crime de perigo concreto, já definida acima<sup>397</sup>, foi concebida a partir dos crimes comissivos e parte dos autores, como os indicados no item *supra* n. 5.2.1.1, procura encaixar os crimes omissivos nestas classificações.

Porém, esta busca de uma mera equivalência é um equívoco, pois, conforme tratado no item n. 3.2.1.1, os crimes omissivos pressupõem uma situação de perigo para o bem jurídico. Vale dizer, todo crime omissivo pressupõe que já exista um resultado normativo de perigo concreto ao bem jurídico, pois é a partir deste resultado que surgirá o dever de agir.

Logo, a pergunta a ser feita aqui é: os crimes omissivos próprios exigem, para sua consumação, que surja um resultado de perigo ainda mais grave para o bem jurídico do que aquele já existente na situação de perigo da qual surgiu o dever de agir?

---

<sup>397</sup> Ver nota de rodapé n. 86.



A resposta é *negativa*, pois nos crimes omissivos próprios o dever geral de agir é fruto da ideia de solidariedade do cidadão enquanto parte de uma sociedade e seu dever concreto de agir surge a partir do contato fático deste cidadão com a situação de perigo específica em que o Estado não pode cumprir com seu dever de segurança.

Caso se exigisse o surgimento de um incremento do perigo ao bem jurídico – já presente na situação de perigo – para a consumação do crime de omissão própria, estar-se-ia permitindo que o detentor deste dever de agir tivesse certo grau de escolha, de administração, sobre o momento de intervenção, característica que não se coaduna com um dever fático-situacional, que é imposto pelo Estado exatamente pela emergência e impossibilidade de cumprir com seu dever institucional de segurança, mas sim com um dever específico, previamente assumido por alguém, com capacidade de controle da situação típica (dever de garante).

Em suma, ao criar estes delitos, o legislador obriga a intervir na situação de perigo aquele que faticamente pode fazê-lo, não permitindo que espere um melhor momento. Prova disto é que nos tipos penais de omissão própria, o legislador exige a realização de uma ação salvadora, porém não impõe que o agente realize a de maior grau de possibilidade de êxito, podendo praticar outras intervenções salvadoras que sejam possíveis e idôneas, mas com menor possibilidade de êxito. Por exemplo, no tipo penal da omissão de socorro (art. 135 do CP), o legislador equipara dois descumprimentos de deveres alternativos: não prestar assistência e não pedir socorro a autoridades públicas. Ou seja, o importante é intervir na situação típica com uma ação de salvamento idônea para impedir o resultado, mas não precisa ser a de maior grau de possibilidade de êxito, exatamente porque não há um garante por perto (muitas das ações de salvamento serão no sentido de colocar o bem jurídico em contato com um garante).

Portanto, os crimes omissivos próprios não exigem resultado de perigo ainda mais grave para o bem jurídico do que aquele já existente na situação de perigo para a consumação e, conseqüentemente, não é possível observar situações em que exista um descumprimento do dever de agir, mas ainda não exista a consumação, o que intuitivamente demonstra uma impossibilidade de admitir a responsabilidade a título de tentativa.

Cumpra agora verificar se a definição sobre qual o momento do descumprimento do dever modifica esta intuição.

### 5.2.2.2 *O momento do descumprimento do dever de agir é relevante para a discussão da tentativa nos crimes omissivos próprios?*

Definido que os crimes omissivos próprios não exigem resultado de perigo ainda mais grave para o bem jurídico do que aquele já existente na situação de perigo, a questão agora é saber se, mesmo não exigindo este resultado, caso se admita a existência de um lapso temporal entre a situação de perigo e o descumprimento do dever de agir, seria possível a responsabilização por tentativa.

Este lapso temporal estaria presente caso se admitisse, como fazem os autores mencionados, que a consumação do crime de omissão própria somente ocorre após o descumprimento da última oportunidade da ação de salvamento. Assim, entre a primeira e a última oportunidade de salvamento estaria presente a tentativa.

Esta conclusão, no entanto, é equivocada, pois ao não se exigir um resultado normativo diverso da situação de perigo para consumação do crime de omissão *própria*, as situações em que o resultado ocorre e as que há um salvamento por terceiro se igualam e a existência deste lapso temporal não modifica a conclusão de que a tentativa se mantém inadmissível<sup>398</sup>.

Para ilustrar a argumentação, retornemos à variação do caso do montanhista. Se M1, podendo agir para evitar a morte de V, não atua, mas se mantém nas proximidades, resguardando sua possibilidade física de realizar a ação de salvamento, podem surgir os seguintes desdobramentos:

- (a) *Enquanto M1 se mantém nas proximidades, V morre*: neste caso, M1 já não pode mais realizar a conduta de salvamento, ou seja, passou sua última oportunidade, o que configura a consumação do crime de omissão de socorro;
- (b) *Enquanto M1 se mantém nas proximidades, M2 surge e salva V*: neste caso, M1 já não pode mais realizar a conduta de salvamento, ou seja, passou sua última oportunidade, o que configura a consumação do crime de omissão de socorro.

---

<sup>398</sup> Essa falta de percepção fica evidente quando REYES, após se indagar: “*Porém, o que ocorre se quem, estando obrigado a atuar se mantém inativo até pouco antes de ter a última oportunidade de fazê-lo, momento no qual um terceiro supre efetivamente sua conduta?*” (REYES ALVARADO, Yesid. *El delito... op. cit.*, p. 446 – trad. livre), responde com base no seu exemplo do bêbado caído no trilho do trem: “*Em ambos casos o comportamento do guarda via (comparado com o que lhe era exigível) faz iminente sua desobediência e o perigo para a integridade do bem jurídico; se este não resulta afetado porque um terceiro salva quem se encontra em perigo, se estará diante de uma tentativa de um delito de omissão própria*” (*Ibid.*, p. 449-450 – trad. livre). Repare que, de forma indireta, o autor está exigindo um resultado de afetação ao bem jurídico para considerar consumado o crime de omissão própria. Porém, se fosse coerente com sua posição, de que a consumação se dá após a última oportunidade de ação (*Ibid.*, p. 446), REYES reconheceria que há consumação do crime de omissão de socorro na hipótese de salvamento por terceiro tal qual com a ocorrência do resultado de afetação e, consequentemente, não há espaço para a tentativa.

- (c) *Após certo período, M1 realiza a ação de salvamento e V é salvo*: neste caso, ao se admitir que M1 já havia iniciado a tentativa, estar-se-ia diante de uma conduta não punível devido à desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15 do CP) ou
- (d) *Após um certo período, diante da última possibilidade de atuar, M1 realiza a ação de salvamento, mas V morre da mesma forma*: neste caso, pode parecer que se está diante de uma responsabilidade por tentativa, pois M1 atuou antes do fim da última oportunidade, ou seja, não consumou o crime, mas, ao mesmo tempo, não cumpriu com o requisito do art. 15, segunda parte, do CP de “impedir que o resultado se produza”.

A opção na qual o resultado ocorre (a) e na qual há um salvamento por terceiro (b), apesar de diferentes ontologicamente (ocorrência ou não da morte), igualam-se quanto à consequência jurídica, pois o crime de omissão de socorro não exige o resultado morte para sua consumação. Vale dizer, tanto se V morrer quanto se for salva por terceiro, o omitente M1 terá deixado passar sua última oportunidade de salvamento e consumará o crime de omissão de socorro<sup>399</sup>.

Por outro lado, as opções (c) e (d) podem dar a falsa impressão de que admitir a existência do lapso temporal entre a primeira e a última oportunidade de atuar é o que permite admitir a responsabilidade a título de tentativa nos crimes omissivos próprios.

Com relação à opção (c) porque, caso se admita que o crime está consumado após a primeira oportunidade da ação de salvamento, qualquer outra ação posterior de salvamento não teria função de tornar não punível a conduta, e caso se admita que somente após a última oportunidade é que ocorre a consumação, ações de salvamento posteriores à primeira podem gerar a não punibilidade do omitente. Porém, na medida em que o não atuar do indivíduo, seja na primeira ou na última oportunidade, terá consumado o crime, esta discussão não trata da existência ou não da tentativa, mas sim dos efeitos que um atuar posterior à primeira oportunidade de salvamento pode gerar: caso se admita que a consumação se dá após a última oportunidade, o efeito será a extinção da punibilidade pela desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15 do CP) e caso se admita que a consumação se dá já com a primeira oportunidade, talvez o atuar posterior não tenha efeito ou possa ser reconhecida uma causa de extinção da punibilidade extralegal. O que não se pode admitir é que a existência deste lapso temporal permita a responsabilidade por tentativa.

---

<sup>399</sup> Isso fica evidente, na medida em que alguns autores, mesmo defendendo a impossibilidade de tentativa nos crimes omissivos próprios, reconhecem que a consumação se dá após o último momento de salvamento e que há um lapso temporal entre as oportunidades. Nesse sentido, afirma HUNGRIA: “*nos crimes omissivos próprios: ou o indivíduo deixa de praticar o ato (a que está juridicamente adstrito), e o crime se consuma, ou o pratica em tempo hábil, e não há crime algum*” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários...** *op. cit.*, p. 87). Da mesma forma, NORONHA: “*nos crimes omissivos próprios: até o momento em que o agente pode praticar o ato, a ausência deste não caracteriza a tentativa; se não mais o pode, o delito se consuma*” (NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal...** *op. cit.*, p. 128).

Com relação à opção (d) surge a falsa impressão porque há aqui uma atuação de M1 antes da última oportunidade de salvamento, o que indicaria a não consumação, mas, ao mesmo tempo, uma atuação que não satisfaz os requisitos do arrependimento eficaz, porque não impediu que o resultado se produzisse (art. 15, segunda parte, do CP), razão pela qual a conduta poderia ser punível a título de tentativa. No entanto, esta impressão é, na verdade, consequência de uma indireta transformação das omissões próprias em impróprias devido à confusão entre a discussão sobre o momento da consumação das omissões próprias e a discussão sobre a possibilidade da tentativa. Vejamos.

Para defender a possibilidade de tentativa, os autores definem o momento da consumação como sendo aquele após a última oportunidade de salvamento e afirmam que há um desvalor de tentativa da omissão própria no lapso temporal entre a primeira e a última oportunidade. Porém, uma vez iniciada a execução, com a não realização da ação inicial de salvamento na primeira oportunidade, caso o omissor atinja o momento da última oportunidade de realizar uma ação de salvamento, somente cumprirá com seu dever de agir se “impedir que o resultado se produza” (art. 15 do CP), exigência que o aproxima de um detentor do controle da situação típica, tal qual em uma verdadeira omissão *imprópria*.

Ao definir o momento do descumprimento do dever como o último possível, os adeptos desta posição modificam, indiretamente, o conteúdo do dever nesta situação (d) e tornam a omissão *própria* em uma omissão *imprópria*, razão pela qual seria possível vislumbrar na situação (d) a única hipótese de tentativa, mas possivelmente uma tentativa em crime omissivo impróprio.

Ainda que se admita como correta a posição de que o descumprimento do dever de agir se dá somente após a última oportunidade possível – com a qual aqui não se concorda –, não se vislumbra uma tentativa em crimes omissivos próprios, mas sim verdadeira responsabilização de tentativa de omissão *imprópria*, decorrente da modificação do conteúdo do dever de agir.

Em suma, por mais que exista esse lapso temporal entre a primeira e a última oportunidade de realizar a ação de salvamento, não há espaço para a punição da tentativa, pois de duas uma: ou o omissor vai descumprir seu dever de agir por deixar passar a última oportunidade e consumará o crime, independentemente da ocorrência do resultado, ou vai cumprir seu dever após a primeira oportunidade, por mais que seja com certo atraso, e a conduta não será punível. A única hipótese em que é possível vislumbrar uma situação na qual o omissor descumpra seu dever, mas não consuma o delito (situação “d”), trata, na realidade, de uma tentativa de crime omissivo impróprio.

Portanto, é irrelevante estabelecer o momento do descumprimento do dever após a última oportunidade de atuar para fins de definição da admissibilidade ou não da tentativa. Esta não será admissível pelo fato de que os crimes de omissão própria não exigem um resultado de perigo ainda mais grave para o bem jurídico do que aquele já existente na situação de perigo, seja qual for o momento que se considere consumado o crime.

### 5.2.2.3 Conclusão

Em suma, na medida em que as omissões próprias baseiam a imposição do dever de agir na comunhão entre a ideia de solidariedade do cidadão enquanto parte de uma sociedade e o mero contato fático deste cidadão com a situação de perigo, não há qualquer razão para exigir um resultado de perigo ou lesão ainda mais grave para o bem jurídico do que aquele já existente naquela situação. Desta forma, não é admissível a responsabilidade a título de tentativa, pois não é possível vislumbrar uma hipótese em que há o descumprimento do dever de agir, mas não a consumação<sup>400</sup>.

O estabelecimento do momento em que se descumpra o dever de agir como sendo após a última oportunidade de intervenção, o que cria um lapso temporal entre a situação típica e a consumação, não é relevante e não modifica a conclusão de que a tentativa não é admissível. Isto porque, só existirão duas hipóteses: ou o omitente, após demorar certo tempo, acaba cumprindo com seu dever e, então, a conduta não será punível ou o omitente não cumpre seu dever e consuma o crime, pouco importando se o resultado lesivo ocorreu ou se terceiro realizou a ação de salvamento.

Ainda que se admita como correta a posição de que o momento do descumprimento do dever é o último, nem mesmo a situação em que o omitente, após certo tempo, cumpre seu dever, mas não consegue impedir o resultado, pode ser considerada uma tentativa de omissão própria, pois, na realidade, este omitente terá modificado seu dever e praticado verdadeira *omissão imprópria*.

Por outro lado, a discussão sobre o momento do descumprimento do dever é relevante para a definição sobre quando o crime de omissão própria se consuma e, apesar de não ser este o objeto da dissertação, é importante tratar rapidamente da questão.

Tendo em vista a característica do crime omissivo próprio de impor um dever de agir fático-situacional, o momento do descumprimento do dever (e da consumação) somente pode ser após a primeira oportunidade, pois o que o legislador busca ao criminalizar a omissão própria é que o

---

<sup>400</sup> No mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la tentativa em la comisión por omisión. **Cuadernos de Política Criminal**. Dykinson, nº 73, jan. 2001, p. 03-04.

indivíduo que pode atuar, o faça na primeira oportunidade possível, ainda que não seja a ação com maior possibilidade de êxito.

Contra este posicionamento, pode-se argumentar, em primeiro lugar, que seria uma intervenção demasiadamente antecipada do Direito Penal. Não se nega que seja uma antecipação da incidência penal, porém, não se tratando de condutas próprias no âmbito de autonomia do indivíduo e sendo as situações de perigo caracterizadas pela emergência e impossibilidade de o Estado cumprir com seu dever institucional de segurança, os crimes omissivos próprios são poucos e muito bem delimitados, além de terem penas muito baixas, o que retira força do argumento.

Um segundo argumento seria o de que esta posição impediria que o omitente desistisse voluntariamente ou realizasse um arrependimento eficaz (art. 15 do CP), pois, ao não intervir, já consumou o crime. A constatação é correta, mas o argumento não é suficiente para impedir que se adote a primeira oportunidade de salvamento como o marco da consumação, pois a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são institutos dogmáticos que tratam da necessidade de pena, isto é, da punibilidade da conduta, de modo que nada impede que, por razões político-criminais, se estabeleça que o omitente que atuar após a primeira oportunidade de salvamento terá sua punibilidade extinta.

Por fim, pode-se argumentar que esta posição estaria incentivando os indivíduos a não realizarem a ação de salvamento, pois, se já no primeiro momento o crime está consumado, não existiria qualquer motivação para que o omitente realizasse a intervenção posteriormente. Este argumento também não deve prevalecer, pois, em primeiro lugar, não é passível de verdadeira verificação. Em segundo lugar, o estabelecimento no último momento como o do descumprimento do dever incentivaria os omitentes a ficarem aguardando sem intervir, enquanto que a posição ora tomada exige a intervenção no primeiro momento. Em terceiro lugar, conforme esclarecido acima, caso seja de interesse político, o legislador pode estabelecer uma causa de extinção da punibilidade para o omitente que agir após a primeira oportunidade.

### 5.3 RESPONSABILIDADE PENAL POR TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Diferentemente do que acontece nos crimes omissivos *próprios*, nos *impróprios* não há qualquer objeção quanto à admissibilidade da responsabilidade penal a título de tentativa, pois há um lapso temporal entre a situação típica e a *necessária* ocorrência do resultado lesivo ou de perigo

concreto mais grave que este verificado na situação típica. Dentro deste lapso, o omitente pode descumprir o dever de agir, mas o resultado não ocorrer ou não ser a ele imputável<sup>401-402</sup>.

Partindo da premissa de que a estrutura normativa e o fundamento material do juízo de atribuição especial da tentativa é equivalente na comissão e na omissão, cumpre enfrentar os problemas dogmáticos específicos da tentativa nos crimes omissivos impróprios.

Mais especificamente, o que se pretende agora é realizar a tradução dogmática da estrutura normativa e do fundamento material da tentativa – firmados nos itens *supra* n. 4.2 e 4.3 – para os crimes omissivos impróprios, analisando especificamente o início da execução e a delimitação da tentativa inidônea.

### 5.3.1 Início da execução nos crimes omissivos impróprios (art. 14, inc. II, CP)

Conforme destaca ALCÁCER GUIRAO, a peculiaridade dos crimes omissivos, de que não há uma segmentação ontológica de atos de aumento progressivo do perigo até a produção do resultado final, mas sim um estado permanente de não fazer a conduta esperada, faz com que o *iter criminis* seja estabelecido somente com base no fator temporal de ocorrência do resultado, a partir de um perigo prévio (situação típica), do qual o omitente detém certo controle pela sua posição<sup>403</sup>.

Essa peculiaridade impõe certa dificuldade para delimitar o momento em que a omissão se torna penalmente relevante, vale dizer, no momento em que se inicia a execução do crime, sendo possível separar as posições em dois grandes grupos.

Um primeiro grupo parte da premissa de que, devido às peculiaridades dos crimes omissivos, os critérios para definir o início da tentativa na comissão e na omissão imprópria devem ser diversos. Assim, estabelece a violação do dever concreto de agir (descumprimento da ação concreta de salvamento inicial<sup>404</sup>) como o critério para a delimitação do início da execução na omissão imprópria. Portanto, para esta primeira vertente, a pergunta pelo início da execução nos crimes omissivos impróprios nada mais é do que a pergunta sobre qual o momento em que o dever de agir começou a

---

<sup>401</sup> A respeito da distinção entre o juízo de desvalor da ação e o juízo sobre a imputabilidade do resultado (desvalor do resultado) na omissão, cf. GRECO, Luís. **Problemas de causalidade...**, *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>402</sup> Nesse sentido, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Comienzo de la...*, *op. cit.*, p. 03-04.

<sup>403</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Comienzo de la...*, *op. cit.*, p. 07. No mesmo sentido, DONNES, Antonella. La tentativa en los delitos de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que em el delito comisivo. **En Letra: Derecho Penal**. CEICJUS, Año 1, n. 1, 2015, p. 159.

<sup>404</sup> Ver item *supra* n. 3.2.1.3.

ser violado<sup>405</sup> e a divergência entre os autores diz respeito à delimitação do momento da violação deste dever.

Um segundo grupo, por outro lado, parte da exigência de tratamento igualitário entre comissão e omissão imprópria, razão pela qual o critério para delimitar o início da execução estará baseado na criação ou aumento de um perigo no momento da prática da conduta, tanto comissiva quanto omissiva, tendo menor importância o fator do descumprimento do dever de agir, e a divergência entre os autores diz respeito a qual é o indicativo deste aumento do perigo na conduta omissiva.

A seguir será feita uma exposição das diferentes posições que integram estes dois grandes grupos, conectando-as com os casos selecionados (*supra* n. 2) e levantando as objeções para, ao final, tomarmos uma posição.

### 5.3.1.1 *Primeiro grupo: identidade entre o início da execução na omissão imprópria e a violação do dever concreto de agir*

Para este primeiro grande grupo, a tentativa na omissão imprópria se inicia no momento em que há a violação do dever concreto de agir (descumprimento da ação concreta de salvamento inicial), sendo este o ponto de divergência entre os autores.

#### 5.3.1.1.1 *Início da execução após a primeira oportunidade em que a ação concreta de salvamento não foi realizada*

Para esta posição, cujo principal expoente é HERZBERG, a tentativa nos crimes omissivos impróprios se inicia logo após a não realização da ação concreta de salvamento na primeira oportunidade em que era possível fazê-lo<sup>406-407</sup>.

#### (i) *Exposição teórica do critério*

<sup>405</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 02.

<sup>406</sup> HERZBERG, 1973 apud ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 09 e HERZBERG, 1973 apud ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II... *op. cit.*, p. 533-535.

<sup>407</sup> Entre nós, SHEILA BIERRENBACH adota esta postura, afirmando: "... demonstrado que o garantidor desprezou a primeira oportunidade de salvação que se lhe apresentou, julgados incabível deixar de imputar-lhe a tentativa..." (BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos...**, *op. cit.*, p. 121).



O autor fundamenta sua posição argumentando que a tentativa nos crimes omissivos impróprios somente pode ser equiparável a tentativas acabadas nos crimes comissivos, isto é, aquelas em que o agente realiza todo o planejado para a produção do resultado, pois tal qual estas, o arrependimento na tentativa de omissão imprópria somente pode ocorrer com a realização de uma intervenção positiva sobre o curso causal perigoso.

A partir desta equiparação, HERZBERG delimita o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios verificando quando o omitente realiza todo o planejado para que o resultado ocorra e conclui que tal se dá com o primeiro momento em que não realizou a ação de salvamento quando possível. Vale dizer, ao não realizar a ação mandada na primeira oportunidade em que poderia fazê-lo, o omitente já fez tudo o que poderia para a ocorrência do resultado final, iniciando a tentativa, ainda que o risco continue igual e/ou existam outros momentos em que possa igualmente atuar.

Para ilustrar a posição, no caso do controlador de voo (*supra* n. 2.1.1), já às 18h55min, quando a aeronave se manteve a 37 mil pés e “C1” não enviou mensagem de alerta, iniciou uma tentativa de homicídio por omissão imprópria, não sendo relevante que ainda poderia realizar esta mesma ação de salvamento por diversas vezes.

No caso da menor humilhada (*supra* n. 2.1.2), já no momento em que “M” não deu uma primeira assistência à sua filha, que havia acabado de tomar os remédios, não procurou auxílio médico e não estabeleceu uma observação do quadro clínico da menor, iniciou a execução de homicídio por omissão imprópria, ainda que, posteriormente, a mãe tivesse diversas oportunidades de praticar a ação de salvamento.

No caso da barragem (*supra* n. 2.2.1), após o começo do processo de perda de resistência da barragem, “D1” iniciou uma tentativa de homicídio e/ou do crime de inundação por omissão imprópria na medida em que não proferiu uma ordem para desativar a barragem. Já “D2” iniciou a execução no momento em que assumiu o cargo de diretor e não deu tal ordem.

No caso do “homem-ao-mar” (*supra* n. 2.2.2), ao não proferir a ordem para que seus subordinados interrompessem a conduta de jogar o imigrante ao mar, “C” iniciou a execução da tentativa de homicídio por omissão imprópria.

No caso do abandono após atropelamento (*supra* n. 2.3.1), iniciou-se uma tentativa de homicídio por omissão imprópria no exato momento em que “P” ficou estendido no chão após a colisão, mas “C” continuou seu caminho sem prestar os auxílios de primeiros socorros.

No caso do amendoim envenenado (*supra* n. 2.3.2), “E” iniciou a execução de homicídio por omissão imprópria logo após colocar o inseticida na porção de amendoim, pois, naquele momento, já tinha a possibilidade de agir para impedir o resultado.

(ii) Objeções ao critério

As objeções podem voltar-se tanto para a fundamentação de o início da tentativa ser o descumprimento do primeiro momento de vigência do dever quanto para a delimitação deste momento como o do início da tentativa.

Quanto à fundamentação, HERZBERG mistura institutos dogmáticos sem justificativa, pois utiliza os conceitos de tentativa inacabada e acabada, que são conceitos baseados na distinção entre desistência e arrependimento eficaz<sup>408</sup>, para definir o desvalor da conduta em crimes omissivos<sup>409</sup>.

Importante ressaltar que, em artigo posterior que trata do início da tentativa em crimes cometidos por autoria mediata<sup>410</sup>, que também pode ser classificada como uma tentativa acabada, HERZBERG crítica a posição de que a tentativa se inicia quando o autor mediato realiza todo o planejado (chamada de posição da “atuação sobre o instrumento”)<sup>411</sup>, que se aproximaria de sua posição sobre a não realização da ação de salvamento na primeira oportunidade para os crimes omissivos impróprios, e apresenta posição diversa, de que é preciso separar a “conduta de tentativa” do “resultado de tentativa”, sendo que ambos precisam estar presentes para que exista a punibilidade pela tentativa<sup>412</sup>.

---

<sup>408</sup> STEIN argumenta que “*A pergunta sobre se alguém lesiona um dever de conduta e realiza com isso o tipo (em sentido estrito) de um delito de tentativa tem prioridade lógica frente à problemática da desistência e, por isso, pode ser respondida de forma separada*” (STEIN, Ulrich. Tentativa acabada e inacabada en los delitos de acción y de omisión. In: MALARINO, Ezequiel. KISS, Alejandro (Coords.). **Dogmática penal entre naturalismo y normativismo**. Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 667 – trad. livre). Em razão desta crítica, o mencionado autor propõe que se apresente conceitos de tentativa acabada e inacabada próprios do dispositivo legal da tentativa e que diferem dos conceitos extraídos do dispositivo legal do arrependimento eficaz (*Ibid.*, p. 667). Essa distinção proposta pelo autor não é de grande valia, pois para a figura da tentativa o importante é definir o seu início, não fazendo sentido distinguir entre tentativa inacabada e acabada para definir seu início. A configuração da conduta posterior ao início só importará para fins de desistência ou arrependimento eficaz.

<sup>409</sup> Constatando o equívoco deste argumento, afirma DONNES: “*No entanto, esta posição resulta questionável por duas razões: ... a segunda, com o objetivo de fundamentar a associação entre a tentativa omissiva e a tentativa acabada comissiva tão somente sobre a base de um elemento em comum, pois nada fundamenta, e resulta óbvio que no delito omissivo não se requeira uma posterior atuação para a produção do resultado. Esta é a essência da estrutura omissiva. Porém, tal não permite afirmar a presença de uma tentativa acabada em todas as hipóteses de tentativa omissiva*” (DONNES, Antonella. La tentativa en..., *op. cit.*, p. 165-166 – trad. livre).

<sup>410</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. A tentativa na autoria mediata. Trad. GRECO, Luís. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 66, p. 157-191, mai./jun., 2007.

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 160-161.

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 163-164.

Sendo assim, se transportarmos este argumento para os crimes omissivos, ao que tudo indica, haveria uma mudança de entendimento de HERZBERG, que passaria a exigir não só o não agir do omitente na primeira oportunidade, mas também algum tipo de incremento da situação típica como resultado da tentativa<sup>413</sup>, o que o aproxima das posições que se valem do critério do perigo *ex post*, analisadas abaixo.

Esta crítica pode ser ilustrada pelo caso do amendoim envenenado. De acordo com HERZBERG, “E” somente inicia uma tentativa de homicídio por comissão quando praticar sua conduta (desvalor da ação de tentativa) e ocorrer uma aproximação da vítima da porção de amendoim (desvalor do resultado de tentativa). Ocorre que, considerando que “E” passa a ter uma posição de garantidora por ingerência no momento em que coloca o venêno, a aplicação da posição de HERZBERG para o início da tentativa na omissão imprópria diria que esta se iniciaria logo após a esposa ter colocado o venêno, pois já era a primeira oportunidade de agir para impedir o resultado. Em suma, a tentativa na omissão se iniciaria antes da tentativa na comissão, o que parece indicar que o autor abandonou esta posição.

Portanto, o fundamento utilizado pelo autor, e, ao que parece, por ele mesmo abandonado posteriormente, para definir a não realização da ação de salvamento na primeira oportunidade em que era possível como o início da execução não se sustenta. Isto não significa, no entanto, que este não possa ser o momento do início da tentativa, o que nos obriga a seguir para a segunda crítica, voltada para a própria escolha deste momento.

Quanto à delimitação do início da tentativa após a não realização da ação de salvamento na primeira oportunidade em que era possível fazê-lo, é preciso verificar se se justifica tanto de um ponto de vista das razões consequencialistas quanto de um ponto de vista dos limites deontológicos<sup>414</sup>.

Não há dúvida de que, de um ponto de vista *consequencialista* de proteção de bens jurídicos, a posição em questão se justifica, pois obriga o garante a agir na primeira oportunidade possível e o responsabiliza caso não o faça<sup>415</sup>. Por outro lado, não se justifica de um ponto de vista *deontológico*, pois, na medida em que o fundamento do dever de agir provém de uma fonte específica – e não

---

<sup>413</sup> Também constatando esta mudança de entendimento do autor alemão, cf. FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre..., *op. cit.*, p. 61, nota de rodapé n. 46.

<sup>414</sup> Para detalhes destes pontos de vista, cf. item *supra* n. 5.3.

<sup>415</sup> Explicando que esta necessidade preventiva é insuficiente para conferir legitimidade ao critério da primeira oportunidade, ROXIN afirma: “Desde um ponto de vista político-criminal, se pode alegar, em favor de um começo da tentativa o mais cedo possível, que nunca é possível saber se a primeira oportunidade de salvação não será também a última. Porém, é preciso fazer distinções .... Não se pode, pois, argumentar que uma imperiosa necessidade de pena faça necessário antecipar a tentativa omissiva ao momento mais cedo que seja possível” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 534-535 – trad. livre).

genérica como nas omissões próprias – e foi prévia e inequivocamente aceita pelo garante, conferindo-lhe controle sobre a situação de risco, deve ser atribuída a ele certa margem de liberdade de escolha do melhor momento de realizar a ação mandada<sup>416</sup>.

Logo, responsabilizá-lo penalmente por não realizar esta ação de salvamento na primeira oportunidade em que poderia fazê-lo, quando ainda existem muitas outras nas quais poderá realizá-la, desrespeitaria esta liberdade de escolha e representaria ilegítima intervenção em sua liberdade<sup>417-418</sup>.

Ao conferir ao indivíduo um dever de garantia, o que se está fazendo é delegando uma função de segurança em razão da relação deste indivíduo com o bem jurídico e/ou com a fonte de perigo, que lhe dá melhores condições de prestá-la. A imposição de um ônus de proteção, composto tanto pelo dever de agir quanto pelo poder de controlar a melhor forma de agir, restringe a liberdade geral de atuação do indivíduo, mas obrigatoriamente lhe confere uma autonomia sobre como administrar o cumprimento deste dever.

Sendo assim, responsabilizar penalmente o indivíduo-garantidor por não agir na primeira oportunidade em que poderia fazê-lo significa retirar-lhe esta autonomia de administrar o cumprimento do próprio dever<sup>419</sup>. Em última instância, a concepção ora em análise aniquila a posição

<sup>416</sup> Esta posição será melhor desenvolvida abaixo, no item *infra* n. 6.3.1.

<sup>417</sup> Próximo, afirma ROXIN: “*Parece claro que esta interpretação fixa o começo da tentativa de forma antecipada. Pois não é possível falar de uma colocação em perigo próxima da tipicidade, nem tampouco de uma impressão perturbadora do Direito, quando o omitente, sem adicionar nenhum risco adicional, poderia ainda evitar o resultado mais tarde*” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 534 – trad. livre). Porém, em outra oportunidade, ROXIN argumentou somente com base na razão consequencialista da impressão, o que, a nosso ver, está equivocado (ROXIN, Claus. Resolução do facto e começo da execução na tentativa. Trad. Maria Fernanda Palma. In. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3 ed., Veja Universidade, p. 295-335, 2004, p. 332). No mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO afirma que este critério conduz a uma demasiada antecipação, pois incide sobre um momento em que: “*o autor ainda tem intactas as oportunidades de evitar o resultado*” (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 09 – trad. livre). Da mesma forma, REYES ALVARADO, Yesid. **El delito**..., *op. cit.*, p. 458-459 e DONNES, Antonella. La tentativa en..., *op. cit.*, p. 160-161. De outro lado, FARRÉ TREPAT afirma que a ilegitimidade deste critério está no fato de “*ampliar a punição a condutas nas quais ainda não concorre nenhum perigo direto para o bem jurídico*” (FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre..., *op. cit.*, p. 59). No entanto, discordamos desta argumentação, pois ignora o fato de que os crimes omissivos pressupõem a existência de uma situação de perigo ao bem jurídico (situação de perigo). Logo, já na primeira oportunidade, há sim um perigo ao bem jurídico. Na realidade, está correto afirmar que este critério representa uma ilegítima antecipação de punibilidade, mas não porque ainda está ausente um perigo ao bem jurídico e sim porque ofende ao limite deontológico de direito a uma autonomia de administração própria da posição de garantidor.

<sup>418</sup> Armin KAUFMANN argumenta de maneira parecida, afirmando que o não agir na primeira oportunidade – assim como em todas as demais que não seja a última – sequer pode ser classificado como ato preparatório, pois estes têm por característica a colocação de uma condição para a posterior realização do tipo e nos crimes omissivos, nas oportunidades anteriores à última não se está omitindo uma conduta que fosse necessária para a evitação posterior do resultado (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los**..., *op. cit.*, p. 227).

<sup>419</sup> Próximo parece o argumento de REYES ALVARADO, que, ao comentar o caso do bêbado que se encontra no trilho do trem e a posição que define o início da tentativa logo após a primeira oportunidade de salvamento, afirma: “*O que não fica claro é por que quando ainda falta muito tempo para a chegada do trem e, por consequência, o garante dispõe da possibilidade de intervir com as mesmas probabilidades de salvação para o bem jurídico, se possa afirmar que externamente se espera dele uma ação imediata*” (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito**..., *op. cit.*, p. 469 – trad. livre).

de garante, pois, se é obrigatório agir sempre na primeira oportunidade, não é possível admitir que exista um controle de um indivíduo que exclui a obrigação de agir dos demais, mas sim que todos deverão agir indistintamente.

Repare que, ao se adotar esta posição para o início da tentativa, acaba por se igualar a omissão própria e imprópria exatamente porque se retira parte fundamental do dever de garante, que o torna absolutamente supérfluo<sup>420</sup>.

#### 5.3.1.1.2 Início da execução após a última oportunidade em que a ação mandada não foi realizada

Em sentido oposto à anterior, esta posição, cujo principal expoente é Armin KAUFMANN, entende que o início da execução nos crimes omissivos impróprios se dá somente após a não realização da última ação de salvamento que era possível ao omitente, desde sua perspectiva<sup>421</sup>.

##### (i) Exposição teórica do critério

O autor fundamenta sua posição argumentando que, quando houver mais de uma possibilidade de ação final de salvamento em sequência temporal, a realização de qualquer destas ações cumpre o dever de agir, porém nem todas as omissões destas ações serão contrárias ao dever. O mandado da norma penal nos crimes omissivos somente requer que o agente realize a ação em uma oportunidade, que é a última possível ação final de evitar o resultado (que o autor denomina de “instante crítico”), pois o dever é de que se evite o resultado como um todo e não já um maior perigo em relação à situação típica<sup>422</sup>.

Complementa ainda afirmando que, desde um fundamento subjetivo, a tentativa somente está presente com uma vontade de agir objetivada por uma conduta externa. Desta forma, nos crimes

---

<sup>420</sup> ALCÁCER GUIRAO apresenta ainda uma segunda objeção a esta posição, afirmando que estabelecer que o surgimento do dever de atuar ocorre no primeiro momento em que o agente poderia atuar faz com que esta delimitação fique dependente do dolo do agente, vale dizer, “o concreto momento de vigência do dever surgirá quando o autor crer que deve atuar”, castigando, portanto, meros pensamentos (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Comienzo de la...*, *op. cit.*, p. 12 – trad. livre). Não concordamos com esta objeção, pois o fato de se definir o momento em que surge o dever como o primeiro em que o agente poderia atuar não significa afirmar que este dever surgirá somente quando o agente representar que deve atuar. A possibilidade de agir não está vinculada à representação do agente, mas sim a uma análise objetiva da situação típica e, por consequência, definir o primeiro momento como sendo aquele em que surge o dever de agir não conduz a uma dependência do dolo do agente.

<sup>421</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los...*, *op. cit.*, p. 226. No mesmo sentido, WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>422</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los...*, *op. cit.*, p. 226.

omissivos, é preciso que exista uma vontade de omitir (ou uma vontade de não realizar a ação final de salvamento), que somente estará objetivada quando o agente não realizar a ação necessária para cumprir o mandado, que é a última ação de salvamento possível<sup>423</sup>.

Ocorre que, conforme já esclarecido no item *supra* n. 5.1.3.2, para Armin KAUFMANN, após tal instante crítico da última possibilidade em que o agente deveria realizar a ação mandada, já ocorrerá uma omissão consumada<sup>424</sup>. Isto porque, segundo o autor alemão, nos crimes omissivos, o não agir neste instante crítico equivale a todas as fases da tentativa nos crimes comissivos<sup>425</sup>, inclusive aquele momento em que o agente acredita que já não pode mais impedir o resultado<sup>426</sup>, crença esta que, se for verdadeira, representará um crime consumado.

Logo, para o campo da tentativa somente resta a situação em que esta crença do omitente é errônea de uma perspectiva *ex post*, vale dizer, que a última ação de salvamento por ele representada, na verdade, não evitaria o resultado, seja porque não havia situação de perigo, seja porque este resultado foi evitado por atuações de terceiros ou da vítima, o que se compõe de uma tentativa de omissão *inidônea* (ou, na nomenclatura do autor alemão, “*omissão da tentativa de agir*”), única possível nos crimes omissivos<sup>427</sup>.

Para ilustrar a aplicação do critério, no caso do controlador de voo (*supra* n. 2.1.1), a relevância do homicídio por omissão imprópria somente se iniciou instantes antes da aeronave XX enviar alerta de que a aeronave YY se aproximava, pois era a última oportunidade em que “C1” poderia enviar um aviso de que a altitude estava equivocada ou realizar outra ação de salvamento. Ocorre que, na medida em que, de uma perspectiva *ex post*, a aeronave XX foi capaz de desviar da YY com seu próprio sensor, tal significa que a ação de salvamento de “C1” não era necessária e este era dotado somente de uma “capacidade de tentativa de ação”, de modo que não enviar o alerta no último momento possível indica a prática de uma omissão da tentativa de realizar a ação final de salvamento, que é uma tentativa *inidônea*<sup>428</sup>.

---

<sup>423</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 227.

<sup>424</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>425</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>426</sup> Afirmo o autor: “... no delito comissivo cabe ainda distinguir duas fases entre a terminação da tentativa e a produção da consumação: a primeira se dá se o autor ainda acredita que pode evitar o resultado (poder exercer o arrependimento eficaz); a segunda, subsequentemente, se o autor pensa que já não tem possibilidade alguma de influir na ocorrência do resultado. A primeira destas subdivisões da tentativa acabada geralmente falta... já no delito comissivo. .... O que geralmente falta no delito comissivo não existiria em princípio no delito de omissão, pois quem deixou passar o momento de evitação do resultado sabe (ou em todo caso, crê) que já não há como ‘voltar atrás’ para ele” (*Ibid.*, *idem* – trad. livre).

<sup>427</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...**, *op. cit.*, p. 229-230.

<sup>428</sup> Um exemplo parecido é apresentado por Armin KAUFMANN (*Ibid.*, p. 236, nota de rodapé n. 361).

No caso da menor humilhada (*supra* n. 2.1.2), a relevância penal do homicídio por omissão imprópria somente se iniciou instantes antes da conselheira chegar na casa, pois era a última oportunidade em que “M” poderia levar sua filha ao hospital. No entanto, como de uma perspectiva *ex post*, a menor foi socorrida e atendida no Hospital, “M”, a depender de seus conhecimentos, teria somente uma “capacidade da tentativa de ação” e, por consequência, não levar a filha ao hospital significou a omissão de uma tentativa de realizar a ação final de evitação do resultado.

No caso da barragem (*supra* n. 2.2.1), a relevância penal do homicídio e/ou do crime de inundação por omissão imprópria somente estaria presente para “D1” momentos antes de sair do cargo, pois era o último instante em que representava que poderia tomar a decisão de desativar a barragem. Ao que tudo indica, se tratou de verdadeira omissão de agir (consumada), pois era realmente a última oportunidade e a ação de desativar seria eficaz para evitar o resultado (que somente ocorreu por um erro de execução de terceiro). Por outro lado, não haveria qualquer responsabilidade por tentativa para “D2”, pois este agiu antes da última oportunidade de evitar o resultado e o fez com uma ação eficaz, que somente não evitou o resultado por erro de terceiro.

No caso do “homem-ao-mar” (*supra* n. 2.2.2), ao não agir quando ainda era possível jogar um bote salva-vidas, “C”, que havia representado essa possibilidade como a última possível, realizou uma omissão da tentativa de realizar a ação final de evitar o resultado, pois, posteriormente e de um ponto de vista *ex post*, tal ação não era necessária, já que terceiro a realizou eficazmente.

No caso do abandono após atropelamento (*supra* n. 2.3.1), a relevância penal do homicídio por omissão imprópria de “C” se apresentou instantes antes de não poder mais realizar o socorro de “P”, pois era a última oportunidade de agir que possuía. Porém, na medida em que, antes “P” foi socorrido por terceiro, “C” realizou uma omissão da tentativa de ação final para evitar o resultado.

(ii) Objeções ao critério

Exposto o critério, as objeções podem se voltar tanto para as especificidades da posição de Armin KAUFMANN – já criticadas acima (item *supra* n. 5.1.3.2) – quanto para a própria delimitação da não realização da ação de salvamento na última oportunidade possível como o início da tentativa.

Quanto à delimitação do início da tentativa com a não realização da ação de salvamento na última oportunidade podem ser apresentadas objeções tanto de fundamento material quanto dogmáticas.

De um ponto de vista de fundamento material, caso se entenda que o dever de agir somente existe no último momento em que era possível agir, a posição sofre a mesma objeção exposta acima (*supra* n. 5.3.1.1.1), de que não há um espaço para administração do momento de intervenção por parte do garante. Por outro lado, caso entenda que o dever de agir já é exigível de início, mas somente há relevância penal após a perda da última intervenção, a posição em análise respeita a liberdade do indivíduo-garante ao afirmar que este só será responsabilizado por tentativa após não realizar a ação de salvamento na última oportunidade de agir. Porém, nesta segunda hipótese, a responsabilidade penal deixa de ser justificável de um ponto de vista consequencialista, pois torna a ação de salvamento extremamente tardia, isto é, a proteção do bem jurídico ficaria relegada a um só momento de ação, extremamente crítico, já na iminência da impossibilidade de realizar a ação mandada<sup>429</sup> e, ademais, dada a omissão, a salvação do bem jurídico dependeria de ações muito extremas e de difícil êxito<sup>430</sup>.

Assim como a anterior, esta posição também retira a importância de se estabelecer um garantidor, pois se todo indivíduo que assume prévia e inequivocamente a posição de garante só precisa agir quando não houver mais outra oportunidade para fazê-lo a não ser a última, não há razão para se fazer esta delegação. Relegada ao último momento, àquele momento em que o garante já perdeu o controle, a ação de salvamento será mera eventualidade fática, o contrário do que se pretende com o estabelecimento da posição de garantidor.

Em suma, o mandado constante da norma de conduta nos crimes omissivos impróprios não diz respeito a um simples evitar o resultado, como argumenta Armin KAUFMANN, mas sim um dever de intervir na situação típica controlada pelo garante em favor do bem jurídico em perigo, razão pela qual não há justificativa para que se permita que o garante aguarde perder sua última oportunidade de atuar, quando já não tem o controle que detinha sobre a situação de perigo, para que surja uma responsabilidade penal<sup>431</sup>.

De um ponto de vista dogmático, levanta-se a objeção de que a delimitação da não realização da ação de salvamento na última oportunidade como o marco do início da tentativa impediria a existência do arrependimento eficaz (art. 15 do CP) pelo omissor.

---

<sup>429</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 535 e também ROXIN, Claus. Resolución do facto..., *op. cit.*, p. 333. FARRÉ TREPAT aponta que este critério conduz a negar a responsabilidade penal em situações nas quais já existe um perigo direto para o bem jurídico (FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre..., *op. cit.*, p. 59). REYES ALVARADO, Yesid. **El delito**..., *op. cit.*, p. 459-460; DONNES, Antonella. La tentativa en..., *op. cit.*, p. 161-162; ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal**..., *op. cit.*, p. 240-241.

<sup>430</sup> Como aponta ALCÁCER GUIRAO, a simples ideia de que não há diferença no momento em que a ação de salvamento deve ser realizada é discutível, pois já a demora que represente uma dificuldade maior na ação de salvamento poderá ter importância penal (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 09-10).

<sup>431</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 09.



A objeção se baseia na seguinte argumentação: quando se delimita o último momento como o da tentativa, não haverá tentativa enquanto for possível ao agente atuar – e, conseqüentemente, caso o agente atue, não há que se falar em arrependimento eficaz –, e quando já não for mais possível ao agente atuar, a desistência ou o arrependimento também não serão mais possíveis (e para Armin KAUFMANN já seria um momento de consumação). Em suma, como esclarece ALCÁCER GUIRAO, esta posição conduz a que “*todo ‘arrependimento’ implicará per se na inexistência de tentativa*”<sup>432</sup>.

Ocorre que esta objeção não se sustenta, pois o fato de não admitir o arrependimento eficaz não torna automaticamente ilegítimo o estabelecimento do último momento de salvamento como o início da tentativa<sup>433</sup>.

### 5.3.1.1.3 Início da tentativa com a verificação de um aumento do perigo ao bem jurídico *ex post*

Diferentemente das posições anteriores, que procuram definir um momento temporal em que o dever de agir é violado e, conseqüentemente, se inicia a tentativa, os adeptos desta posição modificam o ponto central da discussão acrescentando a necessidade de um resultado de perigo verificável *ex post* para que a tentativa se inicie. Vale dizer, para estes autores a violação do dever se dá com a não realização da ação de salvamento a partir da qual surgirá um resultado de aumento do perigo *ex post* e, conseqüentemente, se iniciará a tentativa.

Este critério apresenta duas vertentes: (a) posição simples do perigo *ex post* e (b) posição mista de ROXIN.

- (a) Posição simples: início da execução ocorre com o incremento do perigo da situação típica constatável *ex post*

Para esta posição o início da execução nos crimes omissivos impróprios ocorre a partir de um certo grau de perigo ao bem jurídico observado após o agente não realizar a ação mandada. Isto

<sup>432</sup> ROXIN, Claus, **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 535. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 12. REYES ALVARADO, Yesid. **El delito**..., *op. cit.*, p. 460. JUAREZ TAVARES, por outro lado, entende que nesta concepção “... *só haverá lugar para o arrependimento ativo. Não basta que o autor desista, é preciso que atue para evitar a consumação...*” (TAVARES, Juarez. **Teoria dos...**, *op. cit.*, p. 414).

<sup>433</sup> Tanto é assim que o próprio Armin KAUFMANN admite, sem qualquer problema, que sua posição conduziria à impossibilidade de arrependimento eficaz, salvo em situações nas quais há uma mudança causal posterior que abra uma nova possibilidade de salvamento, situações estas que, para o autor alemão, não são efetivos arrependimentos eficazes, mas que de lege lata são assim aceitas (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los...***op. cit.*, p. 238-240).

é, a tentativa se inicia quando, após a omissão do garante, se verificar um perigo imediato ao bem jurídico ou um aumento do perigo já existente<sup>434</sup>.

(i) Exposição teórica do critério

O principal fundamento deste critério é o de que, na medida em que o mandado normativo nos crimes omissivos não é de simples evitação de um resultado, mas sim de reduzir o perigo que sofre o bem jurídico em uma situação de perigo, a norma terá sido infringida já no momento em que, não realizada a ação concreta de salvamento mandada, verificar-se um aumento deste perigo<sup>435</sup>. Por outro lado, enquanto a situação do bem jurídico não piorar em termos de perigo de lesão, a conduta omissiva será mera preparação<sup>436</sup>.

A principal vantagem deste critério é que afasta as amarras trazidas pelos critérios temporais e permite maior maleabilidade de acordo com as exigências do caso concreto. Vale dizer, é possível que, em um caso concreto no qual a situação de perigo já represente um perigo iminente de lesão, a não realização de salvamento na primeira oportunidade em que era possível pode ser considerada o início da tentativa. Por outro lado, em casos nos quais a situação típica ainda não representa um perigo tão grave, a tentativa não se iniciará após qualquer omissão, mas somente quando for verificado aquele perigo iminente<sup>437</sup>.

Importante destacar que, tal qual ocorre na discussão sobre o início da tentativa nos crimes comissivos, também nos crimes omissivos há um critério alternativo ao do perigo que provém da chamada *teoria dos atos intermediários*.

Este é o critério apresentado por MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, para os quais a execução nos crimes omissivos impróprios se iniciará quando entre a omissão e o resultado típico não houver mais ato intermediário, o que se verifica “*quando o dano ao bem jurídico se produzir imediatamente depois da ação omissiva*”<sup>438</sup>. Ocorre que, apesar de aparentemente distinto, este critério não merece

<sup>434</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 581; ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 531. HILGENDORF, Eric. VALERIUS, Brian. **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 350. FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre..., *op. cit.*, p. 62 e ss. Entre nós, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal...**, *op. cit.*, p. 241.

<sup>435</sup> JESCHECK/WEIGEND e ROXIN falam em “*perigo imediato*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de...**, *op. cit.*, p. 581; ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Tomo II..., *op. cit.*, p. 531); FARRÉ TREPAT fala em “*perigo direto*” (FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre..., *op. cit.*, p. 62).

<sup>436</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre..., *op. cit.*, p. 60. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 10.

<sup>437</sup> Destacam esta maleabilidade, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 11 e REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 463.

<sup>438</sup> MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 44 – trad. livre.

um destaque, pois, em última instância, nada mais é do que a exigência de que se verifique um *perigo iminente* ao bem jurídico<sup>439</sup>.

Para ilustrar o critério, recuperemos os casos selecionados acima. No caso do controlador de voo (*supra* n. 2.1.1), um minuto após a aeronave se manter em 37 mil pés e “C1” não ter enviado uma primeira mensagem (às 18h56min), já foi possível verificar um perigo iminente de colisão e consequente morte dos passageiros, o que indica a ocorrência do início da tentativa de homicídio por omissão imprópria.

No caso da menor humilhada (*supra* n. 2.1.2), somente após “V” ter tomado uma segunda leva de remédios e “M” não realizar a devida intervenção, é que aquela entrou em estado de choque, observando-se, assim, um perigo iminente de morte, momento em que se iniciou a execução do crime de homicídio por omissão imprópria.

No caso da barragem (*supra* n. 2.2.1), após o início do processo de perda de resistência da barragem (situação de perigo), somente se observou um aumento deste perigo um ano após a entrada de “D2” na empresa, quando surgiram rachaduras importantes na barragem. Neste momento, pode-se dizer que “D2” iniciou a execução do crime de homicídio e/ou do crime de inundação por omissão imprópria.

No caso do “homem-ao-mar” (*supra* n. 2.2.2), somente após “V” estar em alto mar sem o necessário equipamento é que se observou um perigo iminente de morte, momento em que se iniciaria a tentativa para “C”.

No caso do abandono após atropelamento (*supra* n. 2.3.1), não há descrição suficiente para identificar que houve um perigo iminente de morte após o acidente culposo, até porque o pedestre foi socorrido por testemunhas. Portanto, pode-se cogitar que “C” não iniciou uma tentativa de homicídio por omissão imprópria.

No caso do amendoim envenenado (*supra* n. 2.3.2), o perigo iminente somente foi observado quando “M” começou a vomitar no quintal, momento em que se iniciou uma tentativa de homicídio por omissão imprópria.

## (ii) Objeções ao critério

---

<sup>439</sup> Tal é expressamente admitido por MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, que afirmam: “Segundo o exposto, as teorias mencionadas no n° 102 e ss. não traçam uma delimitação entre a preparação e a tentativa. Isto vale especialmente para a direta colocação em perigo do bem jurídico proposta como critério de delimitação..., geralmente estará presente quando se dê a imediação da ação que se exige no texto” (MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal...**, op. cit., p. 44 – trad. livre).

Caso se entenda que, para os adeptos deste critério, o início da execução ocorra somente com a presença de um resultado *ex post*, pode-se objetar que impõe a responsabilidade ao indivíduo-garante exclusivamente pela constatação *ex post* de um resultado de perigo mais grave que o presente na situação típica, retomando as críticas feitas no item *supra* n. 4.3.2 sobre a posição que exige um desvalor do resultado específico da tentativa, como a impossibilidade de se distinguir tentativa e crimes de perigo concreto, exclusão do conceito de tentativa de situações em que há um controle por parte do garante da situação de perigo, ainda que menor do que o que tinha quando do surgimento da situação típica, e, principalmente, resultar em uma absoluta desnecessidade do resultado típico em detrimento de um resultado de incremento de risco.

Além destas objeções, esta posição descumprir com a exigência da identidade temporal entre conduta objetiva e presença do dolo e ignora como se deu o efetivo desrespeito ao mandado da norma incriminadora.

De acordo com o critério do perigo, a omissão do garante se torna penalmente relevante no momento em que, ao não agir, observa-se uma piora na situação típica. Ou seja, a responsabilidade dependerá exclusivamente do resultado de perigo que se observe após a não realização da ação de salvamento. Caso este resultado não se observe após a omissão do garante, ele ainda estará atuando de forma atípica (seria a hipótese, p. ex., do caso do abandono após atropelamento). Por outro lado, caso o resultado já se observe após a omissão do garante, ele já atuará de forma penalmente relevante.

Sob uma visão das razões consequencialistas, o critério se justifica, pois permite a responsabilização do garante quando o bem jurídico efetivamente sofrer uma piora em sua situação. O problema é que este critério faz com que o descumprimento da norma dependa de um resultado a ser observado *ex post*, o que permite responsabilizar um indivíduo em um momento em que já não tem mais qualquer domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado pela ausência de conhecimento. Considere aqui que, no caso do homem-ao-mar, o perigo de vida do imigrante somente estivesse presente quando a embarcação de “C” já estivesse longe. Estaríamos permitindo uma responsabilização penal de “C” em um momento em que já não tem mais qualquer domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado, violando a exigência da coincidência temporal entre a presença dos indicadores objetivos e o conhecimento subjetivo.

Ademais, o critério ignora a forma como se deu o descumprimento deste mandado, de modo que o garante pode deixar passar uma oportunidade de agir pouco eficaz e mesmo assim ser penalmente responsável, se um resultado de perigo iminente aparecer na sequência. Por outro lado,

pode deixar passar uma ótima oportunidade de agir e mesmo assim não ser penalmente responsável, se não se constatar o tal resultado desvalorado. Portanto, para o critério do *perigo*, a *forma de omitir do garante é irrelevante* e, ao desconsiderá-la, o critério não é capaz de justificar a responsabilização a este omitente penalizado, por mais que possa parecer eficiente de um ponto de vista de proteção de bens jurídicos.

A crítica pode ser ilustrada pela aplicação do critério aos casos: ao fundamentar a responsabilidade penal do Controlador de voo “C1” exclusivamente pela observância de um iminente perigo de colisão após o primeiro minuto, ignora-se injustificadamente que ele poderia enviar o mesmo aviso no segundo, terceiro, quarto minutos da mesma maneira. Aliás, durante este período, era o que “C1” poderia fazer.

Também ao fundamentar a responsabilidade penal do Diretor ambiental “D2” exclusivamente pela ocorrência de um resultado *ex post* de aumento das rachaduras da barragem, se ignora injustificadamente que, entre o início da situação típica e este aumento do perigo, tal qual “D2”, também “D1” não agiu, mas sobre quem não recai qualquer responsabilidade, pois, após sua omissão, não se observou ocasionalmente um resultado de iminência do perigo.

Em suma, o que faz o critério do perigo é impor uma responsabilização penal ao garante pela simples constatação *ex post* de um resultado que se entende desvalorado, independentemente de *como o garante deixou de agir*, isto é, qual foi a forma e as especificidades com as quais descumpriu com o mandado, bem como ignorando a existência de omissões anteriores que possam ter ocorrido<sup>440</sup>.

Por outro lado, caso se entenda que, para os adeptos deste critério, a tentativa na omissão também é composta de dois elementos: (i) a conduta omissiva de tentativa e (ii) o resultado de perigo iminente *ex post*<sup>441</sup>, ou seja, que a exigência do perigo *ex post* é somente uma segunda exigência para o início da tentativa, a primeira das objeções expostas acima estaria resolvida (descumprimento da exigência da identidade temporal), porém o critério ainda padeceria da segunda objeção sobre quando

---

<sup>440</sup> FARRÉ TREPAT acaba concordando, indiretamente, com esta crítica quando afirma que o critério do perigo para definição do início da tentativa nos crimes omissivos impróprios deve ser complementado pela análise sobre se o cumprimento do mandado de agir se daria mediante uma única ação de salvamento ou se concorreriam, ao mesmo tempo ou em sucessão temporal, várias ações de salvamento (FARRÉ TREPAT, Elena. *Sobre...*, *op. cit.*, p. 63). Ou seja, por mais que afirme que o critério que delimita o início da tentativa seja a constatação de um perigo direto ao bem jurídico, a autora acaba voltando suas atenções para as especificidades do descumprimento do dever, isto é, para *como se deu este descumprimento*. Por entendermos que estas considerações feitas pela autora são totalmente dissociadas do critério por ela escolhido, iremos abordá-las em momento oportuno.

<sup>441</sup> Como faz HERZBERG para as hipóteses de tentativa acabada de autor individual e de autoria mediata (cf. HERZBERG, Rolf Dietrich. *A tentativa...*, *op. cit.*, p. 163-164).<sup>442</sup> Conforme esclarecido acima, quando se trata de uma tentativa inacabada, ROXIN se vale dos critérios da “intromissão na esfera da vítima” e da “conexão temporal” como concretizadores do último ato parcial anterior. Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 479-481. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Resolução do facto...*, *op. cit.*, p. 306-307.

há uma conduta omissiva de tentativa (primeiro elemento). E, caso se entenda que a conduta omissiva estaria presente já com o não cumprimento do dever concreto de agir, o critério sofre a mesma objeção de desrespeito da liberdade de administração do melhor momento de agir pelo garante (*supra* n. 5.3.1.1.1).

Sendo assim, pode-se afirmar que um critério que respeite suficientemente os limites deontológicos do Direito Penal precisa responder à pergunta: *em que momento se torna intolerável a não intervenção pelo garante na situação típica?* e não sobre quando há um aumento do perigo constatável *ex post*, decorrencia natural da situação típica.

(b) Posição mista de ROXIN: início da execução com o incremento do perigo da situação típica ou perda do domínio pelo garante

Tal qual faz para definir o início da tentativa em geral, para delimitar o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios, ROXIN parte da concepção dos atos intermediários, na qual o início se dá com a prática do *último ato parcial antes da causação do resultado*, e busca critérios capazes de concretizar este último ato<sup>442-443</sup>.

Assim, entendendo que a tentativa nos crimes omissivos apresenta características muito parecidas com a tentativa acabada, ROXIN aplica os mesmos critérios de concretização do início desta para definir o início daquela<sup>444-445</sup>, o que justifica a análise de sua posição separadamente da posição simples do perigo.

(i) Apresentação teórica dos critérios

---

<sup>442</sup> Conforme esclarecido acima, quando se trata de uma tentativa inacabada, ROXIN se vale dos critérios da “intromissão na esfera da vítima” e da “conexão temporal” como concretizadores do último ato parcial anterior. Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 479-481. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Resolución do facto..., *op. cit.*, p. 306-307.

<sup>443</sup> Repare que, conforme demonstrado acima, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF também se valem do conceito do último ato intermediário, mas se limitam a afirmar que estará presente quando houver um perigo iminente (cf. MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal**..., *op. cit.*, p. 44). ROXIN, por outro lado, busca maior concretização deste conceito genérico.

<sup>444</sup> Segundo ROXIN: “*Nas omissões, é discutível se a tentativa só é concebível como tentativa acabada. Todavia é inquestionável que, em todas as omissões, o resultado surja sem a colaboração do autor e que a desistência nunca seja possível, como na tentativa inacabada, pelo facto de o autor ‘desistir da posterior execução do facto’, mas somente seja possível, como na tentativa acabada, na medida em que ele ‘impeça a sua consumação’.* Isto justifica, como se demonstrará, a aplicação das regras vigentes para a tentativa acabada também ao começo da execução” (ROXIN, Claus. Resolución do facto..., *op. cit.*, p. 321 e 330). Também ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 531.

<sup>445</sup> Entre nós, JUAREZ TAVARES parece adotar expressamente esta posição (TAVARES, Juarez. **Teoria dos**..., *op. cit.*, p. 412-413).

Os critérios de concretização do *último ato parcial*, que delimita o início da tentativa na omissão imprópria, são a *saída do curso fático do âmbito de domínio do garante* e a *colocação em perigo imediata da vítima*<sup>446</sup>.

Com relação ao primeiro dos critérios, ROXIN apresenta argumentos político-criminais e dogmáticos para fundamentá-lo<sup>447</sup>. De um ponto de vista político-criminal, afirma que, ao abandonar o curso fático, o garante faz com que a possibilidade de salvamento se torne verdadeira casualidade, não existindo qualquer justificativa para que, caso o salvamento ocorra, acabe contando a favor do garante e tornando sua conduta atípica. De um ponto de vista dogmático, ROXIN utiliza os mesmos argumentos de que lança mão para fundamentá-lo como critério para a tentativa acabada e a tentativa em autoria mediata<sup>448</sup>. Segundo o autor, este é um critério mais adequado para delimitar o início da tentativa, pois está voltado ao desvalor da conduta (aqui, omissiva) do agente e, por consequência, (i) é compatível com a redação do §22 do StGB, que disciplina a tentativa<sup>449</sup>, (ii) prestigia o momento da representação do autor, ou do dolo, utilizado como fundamento da punição da tentativa na legislação alemã<sup>450</sup> e (iii) permite a realização de um juízo de desvalor sobre a conduta que independa de contingências posteriores<sup>451</sup>.

Com relação ao segundo critério, ROXIN entende que, caso o curso dos fatos não saia do âmbito de domínio do omitente, esta situação se assemelharia a uma tentativa inacabada, na qual, por não ter feito ainda, segundo seu plano, tudo o que deveria fazer para consumir o crime, o autor mantém o curso causal dos fatos sob seu domínio, podendo interrompê-lo a qualquer momento. Assim, o critério decisivo para indicar o início da tentativa será, tal qual na tentativa inacabada, a interferência na esfera de proteção da vítima, demonstrada com a verificação de um perigo iminente

<sup>446</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 531. Também adotam essa posição mista HILGENDORF, Eric. VALERIUS, Brian. **Direito penal**..., *op. cit.*, p. 350.

<sup>447</sup> Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. Resolução do facto..., *op. cit.*, p. 325-326.

<sup>448</sup> Afirma o autor: “... quando o omitente deixa sair o curso fático de seu âmbito de domínio, terá superado o limite da tentativa. Isto não precisa de nenhuma argumentação específica, já que a identidade estrutural existente com os casos de tentativa acabada e de tentativa em autoria mediata ... faz com que a conclusão pareça obrigatória” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 531 – trad. livre).

<sup>449</sup> Segundo ROXIN esta compatibilidade está presente porque o referido dispositivo legal exige que o autor inicie a comissão do fato delitivo e critérios relacionados a outros aspectos, que não a conduta do agente, não se adequariam a tal redação (*Ibid.*, p. 504). No mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 16.

<sup>450</sup> Para ROXIN há este prestígio, pois a representação do autor somente pode recair sobre sua conduta e não sobre o comportamento de terceiros (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 504). No mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 16.

<sup>451</sup> Argumenta o autor que outros critérios, que focam em resultados posteriores para delimitar a tentativa, podem tornar impunes condutas com caráter delitivo por contingências posteriores (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 505).

ao bem jurídico<sup>452</sup>. Vale dizer, tal qual a posição simples do perigo, a constatação *ex post* de um perigo ao bem jurídico.

Ao fazer a exigência de que o curso causal dos fatos se mantenha no âmbito de controle do omitente para que se possa lançar mão do critério do perigo *ex post*, ROXIN entende superar a objeção de que este critério ofende a exigência de identidade temporal entre o momento da prática da conduta e o dolo<sup>453</sup>.

Em suma, para ROXIN o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios é definido da seguinte forma: sempre que o curso fático dos acontecimentos sair do âmbito de domínio do omitente, isto já representará uma ofensa ao dever de agir e, por consequência, iniciará a tentativa do crime omissivo, independentemente da verificação de um estado de perigo ao bem jurídico. Por outro lado, caso mantenha o curso fático em sua esfera de domínio, o dever de agir somente será violado quando se observar uma colocação em perigo imediata do bem jurídico, pois há aqui uma clara elevação do perigo, momento em que se iniciará a tentativa<sup>454</sup>.

Este critério solucionaria os casos selecionados da mesma maneira que o anterior, salvo o caso do abandono após atropelamento, para o qual ROXIN entenderia iniciada a tentativa no momento em que “C” abandonasse o local do acidente, independentemente de se verificar um perigo iminente ao pedestre<sup>455</sup>.

## (ii) Objeções aos critérios

Apresentados os critérios, pode-se afirmar que o principal mérito da posição de ROXIN foi baseá-la, em parte, na conduta do agente, mais especificamente no aspecto da perda do domínio do curso fático por parte do garante. Isto porque preocupou-se, em parte, em explicar quando há a

---

<sup>452</sup> Nesse sentido, afirma o autor: “*Em casos desta natureza, existe um ato preparatório enquanto a vítima ainda esteja fora de toda possibilidade de ver-se afetada pelo instrumento do delito.... Pois, embora ao autor fosse suficiente deixar que os acontecimentos seguissem seu curso, ainda tem a marcha das coisas em suas mãos, da mesma forma que em uma tentativa inacabada. E, se nesta o início da tentativa se descreve pela estreita conexão temporal e pela intromissão na esfera da vítima, outra coisa não ocorrerá aqui.... As situações desta classe devem ser equiparadas igualmente, no que se refere à delimitação da tentativa, às de tentativa inacabada, pois de outra forma se produziriam contradições valorativas incompreensíveis...*” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 507 – trad. livre). No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Resolução do facto..., *op. cit.*, p. 332.

<sup>453</sup> *Ibid.*, p. 332-333.

<sup>454</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 531. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Resolução do facto..., *op. cit.*, p. 330.

<sup>455</sup> O autor menciona caso parecido, cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 536.



violação intolerável do garantidor a ponto de responsabilizá-lo criminalmente. Porém, podem ser apontadas três objeções à sua posição.

A primeira objeção, já apresentada anteriormente, diz respeito à utilização da equivocada equiparação entre tentativa acabada e tentativa nos crimes omissivos, pelo fato de ambas exigirem uma ação posterior do autor para a desistência voluntária/arrependimento eficaz, como fundamento para afirmar que os critérios de início da tentativa são os mesmos em ambas<sup>456</sup>. Portanto, uma cega transposição dos critérios, tal qual faz ROXIN, está equivocada.

Deste primeiro equívoco do autor decorre a segunda objeção, que diz respeito ao fato de que ROXIN não delimitou o critério da *saída do curso fático do âmbito de domínio do garante* e acabou confundindo duas situações dogmaticamente distintas: a *omissio libera in causa* e a tentativa na omissão imprópria.

Para ilustrar a crítica, utilizemos primeiro o famoso exemplo mencionado pelo autor no qual uma criança nasce em um local solitário, em plena natureza, e seus pais, únicos que se encontram no local, voltam para a casa, deixando a criança sozinha<sup>457</sup>.

De acordo com ROXIN, inicia-se uma tentativa de homicídio por omissão imprópria cometida pelos pais no momento em que estes voltam para a casa, pois neste momento o curso fático dos acontecimentos sai de seu controle<sup>458</sup>. No entanto, este posicionamento é equivocado, na medida em que falta uma situação típica prévia à conduta dos pais de retornarem à sua casa, o que impede a responsabilização a título de omissão no momento do retorno. Vale dizer, antes dos pais voltarem para casa a criança não encontrava-se diante de uma situação típica que ameaçava sua vida e sobre a qual os pais deveriam atuar com uma ação de salvamento. Portanto, sem uma situação típica prévia, impossível falar em um início da tentativa de omissão imprópria<sup>459</sup>.

---

<sup>456</sup> Cf. supra n. 5.3.1.1.1

<sup>457</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 532. O mesmo exemplo é citado pelo autor em ROXIN, Claus. Resolução do facto..., *op. cit.*, p. 330-331.

<sup>458</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 532. Também em ROXIN, Claus. Resolução do facto..., *op. cit.*, p. 330.

<sup>459</sup> Pode-se argumentar que este equívoco estaria relacionado ao fato de que nas hipóteses de garante de proteção de um bem jurídico como a vida de uma criança é muito difícil distinguir se há ou não uma situação típica prévia, pois o próprio bem jurídico já é muito frágil. Porém, ainda que se admita essa dificuldade – da qual discordamos –, este contra argumento não salva o critério de ROXIN, pois o autor comete o mesmo equívoco em exemplos de garante de vigilância e garante por ingerência, vejamos: no caso de um assassino de que o garante sabe a intenção, ROXIN afirma que “*quem deixa o assassino sozinho com a vítima, ainda não informada, inicia com isso um homicídio por omissão, se está inteirado do plano de homicídio que deveria impedir*” (ROXIN, Claus. Resolução do facto..., *op. cit.*, p. 331) e no caso de um acidente de trânsito causado por imprudência, ROXIN afirma que “*se o causador do acidente continua viagem e se conta que o atropelado venha a morrer por causa do socorro omitido, então existe já, no momento da fuga, uma tentativa de homicídio*” (ROXIN, Claus. Resolução do facto..., *op. cit.*, p. 331).

O que ocorre no referido exemplo é a situação comumente denominada de *omissio libera in causa*, na qual o garante, antes da situação de perigo, pratica uma conduta que lhe retira a possibilidade de agir no momento em que a situação de perigo aparecer, e cujo fundamento para sua responsabilização é objeto de discussão doutrinária que aqui não podemos aprofundar<sup>460-461</sup>.

No exemplo, ao abandonarem a criança, os pais tomaram uma conduta que retirou-lhes a possibilidade de agir em uma futura situação típica que ameaçaria a vida dela. Admitir que um tal abandono prévio à existência de uma situação típica já fundamentaria uma tentativa por omissão imprópria seria ainda mais violador da autonomia do indivíduo do que o critério da primeira oportunidade de salvamento (*supra* n. 5.3.1.1.1). Ademais, sequer seria possível saber qual o dever concreto de agir que foi violado pelos pais garantes, uma vez que a delimitação deste dever decorre da situação típica. Nos casos de *omissio libera in causa* há somente a violação de um dever genérico, próprio de todos os garantes, de estar em condições de agir quando do aparecimento da situação típica.

A impropriedade do critério sem qualquer delimitação pode ser ilustrada também pelos casos selecionados no início deste trabalho.

Imaginemos que, por exemplo, o controlador de voo “C1”, já às 18h51m, quando a aeronave passou a ficar sob sua observação, mas ainda na altitude correta, saísse de seu posto. Para ROXIN, já estaríamos diante de uma tentativa de homicídio por omissão imprópria, pois o garante abandonou o curso causal.

Consideremos agora que, por exemplo, “M” se embriagasse logo pela manhã, ficando absolutamente inimputável, desviando “V”. Neste momento, para ROXIN, a tentativa já estaria iniciada, pois o garante abandonou o curso causal dos acontecimentos.

No entanto, o critério apresentado por ROXIN não é de todo equivocado e poderá auxiliar na delimitação dos critérios para o início da tentativa na omissão imprópria, conforme será melhor demonstrado abaixo, mas deve-se ter sempre em mente a necessidade de uma prévia situação típica a partir da qual, se o garante realiza uma conduta de efetivo abandono, pode-se afirmar que há o início da tentativa.

---

<sup>460</sup> Para um panorama da discussão, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios...*, *op. cit.*, p. 49-52.

<sup>461</sup> É interessante notar que, exatamente pelo fato de as hipóteses de garante de proteção tratarem de bens jurídicos já de constituição muito frágil e, principalmente, pelas dificuldades doutrinárias para se fundamentar a responsabilidade penal deste garante de proteção nos casos de *omissio libera in causa*, o legislador brasileiro criou um crime de perigo abstrato autônomo, o art. 133 do CP (“*Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono*”), de modo a punir já o simples abandono do garante, independentemente da verificação posterior de um resultado lesivo. A criação deste tipo penal autônomo reforça a objeção ora apresentada ao critério de ROXIN, pois indica que simples abandonos, sem uma situação típica prévia, não podem gerar responsabilização por tentativa de crimes de lesão, exigindo do legislador a criação de tal tipo.

Uma terceira objeção está relacionada ao critério da colocação em perigo imediata do bem jurídico, pois, quando há a manutenção do curso fático no âmbito de domínio do omitente, ROXIN utiliza, tal qual os adeptos da posição simples do perigo, de um *desvalor do resultado de perigo*, constatável *ex post*, para delimitar o início da tentativa, o que o leva às mesmas críticas já expostas no item *supra* n. .5.3.1.1.3, a.

Repare que, de forma injustificada, o autor alemão ignora o ganho dogmático de seu primeiro critério, que foca no desvalor da conduta omissiva do agente, e lança mão de um critério de desvalor do resultado<sup>462</sup>, como se a perda do controle do curso dos fatos fosse a única forma de desvalor de uma conduta omissiva, o que não é verdade. Em outras palavras, ainda que tenha o controle de uma situação típica, a omissão do garante poderá ser penalmente desvalorada sem que se tenha que recorrer a um estado de perigo *ex post*.

Prova desta objeção é que, ao utilizar o critério do perigo *ex post* para definir o início da tentativa acabada comissiva, ROXIN foi criticado por estar lançando mão de um critério que havia rechaçado anteriormente ao traçar o critério do abandono<sup>463</sup> e sua resposta foi que esta crítica era equivocada, pois nos casos de manutenção do controle pelo autor estaria presente uma combinação de uma conduta comissiva e uma conduta omissiva e o que se estaria desvalorando não era um resultado *ex post* de perigo, mas sim a parte omissiva da conduta comissiva<sup>464</sup>.

Porém, no momento em que foi tratar do início da tentativa na omissão, ROXIN não desenvolveu qual a característica da conduta omissiva que a torna desvalorada, mas sim retornou a argumentar que, presente o controle do curso dos fatos, a tentativa se inicia com a verificação *ex post* de um perigo iminente ao bem jurídico<sup>465</sup>.

---

<sup>462</sup> ALCÁCER GUIRAO argumenta que é possível chegar a resultados muito próximos aos de ROXIN sem que seja necessário utilizar o critério do risco, permanecendo somente com o critério da perda do controle, que o autor espanhol denomina de “abandono do controle sobre o foco de risco” (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Comienzo de la...*, *op. cit.*, p. 13).

<sup>463</sup> ROXIN informa que sofreu essa crítica ao afirmar “*A objeção de que deste modo estamos nos apoiando no começo por parte da vítima, e de que estaríamos cedendo ante a teoria antes rechaçada, que utiliza esse ponto de vista para delimitar a tentativa, resultaria errônea*” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 507-508 – trad livre).

<sup>464</sup> Nas palavras do autor: “... os casos em que o autor mantém o curso dos acontecimentos sob seu controle depois de ter finalizado sua atuação são combinações de comissão (no nosso exemplo: o envenenamento da sopa) e de omissão (tirar a sopa). O último comportamento delitivo do autor é a omissão do afastamento do perigo. Porém, a tentativa desta omissão (e, conseqüentemente, o início do homicídio) começa quando o homem pega a sopa. Assim, no que se refere à sua estrutura, o caso não pode ser comparado com os casos de saída dos fatos do âmbito de domínio do autor, já que se trata do início de uma omissão” (*Ibid.*, p. 508 – trad. livre).

<sup>465</sup> O próprio autor, ao tratar do critério simples do perigo *ex post*, afirma: “*Este corresponde com a teoria que, no caso da tentativa acabada, se baseia na entrada da vítima no âmbito de atuação do instrumento do delito e que, na autoria mediata, sustenta a ‘solução unificadora’*. Esta opinião coincide com a aqui defendida quando o omitente está ainda presente em algum lugar dos fatos e pode intervir em qualquer momento no curso posterior dos mesmos” (*Ibid.*, p. 535-536 – trad. livre).

Portanto, ao fim e ao cabo, ROXIN está sim argumentando exclusivamente com um critério de desvalor do resultado de perigo, tanto na tentativa acabada comissiva quanto na tentativa na omissão, critério este que rechaçou quando desenvolveu o critério do abandono do curso dos fatos.

Para melhor entender esta objeção, voltemos ao caso do amendoim envenenado (*supra* n. 2.3.2). De acordo com ROXIN, neste caso, “E” manteve o curso dos fatos sob seu controle depois de finalizar sua conduta de colocar veneno do amendoim triturado, pois permaneceu no local. Sendo assim, o autor alemão entende que o critério para delimitar quando se inicia a tentativa de homicídio comissiva é a entrada da vítima no âmbito de atuação do instrumento lesivo, no caso, “M” servir-se do amendoim. Para fugir da crítica, ROXIN argumenta que uma tal delimitação não está se valendo de um critério de desvalor do resultado de perigo *ex post*, mas sim do desvalor da conduta omissiva inerente a esta situação, no caso a não retirada do amendoim por “E” quando o marido se aproximava para afastar a situação de perigo. Ocorre que, para ser coerente com esta argumentação, quando fosse analisar as hipóteses de início da tentativa na omissão imprópria em que se mantém o controle, ROXIN deveria explicar qual a característica desta omissão que já seria suficiente para o descumprimento do dever de agir e, conseqüentemente, o início da tentativa. Porém, nestas situações, se limita ao argumento do perigo *ex post*<sup>466</sup>.

### 5.3.1.2 Segundo grupo: tratamento igualitário entre início da tentativa por comissão e por omissão imprópria a partir do critério da periculosidade *ex ante* da conduta

Diferentemente do grupo anterior, os adeptos deste grupo partem do pressuposto de que a responsabilidade penal por comissão e por omissão imprópria devem ter o mesmo tratamento e, enquanto tal, a delimitação do início da execução deverá seguir o mesmo critério.

O critério utilizado é o da periculosidade da conduta constatável de um ponto de vista *ex ante*, ou seja, a tentativa se iniciará quando a conduta omissiva, no momento de sua prática, se mostrar perigosa ao bem jurídico. As posições divergem quanto à forma de determinação desta periculosidade.

#### 5.3.1.2.1 Início da tentativa com a conduta omissiva dotada de periculosidade como alta probabilidade de gerar o resultado

---

<sup>466</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 535-536.

Para os adeptos desta posição, a tentativa se iniciará quando a conduta, comissiva ou omissiva, gerar um perigo iminente, que nada mais é do que gerar a probabilidade de ocorrência do resultado.

(i) Exposição teórica do critério

Segundo os adeptos desta posição, o perigo iminente ou aumento do perigo não é um estado constatável *ex post*, mas sim a característica da conduta, constatável *ex ante*<sup>467</sup> e desde um juízo objetivo e externo<sup>468</sup>, de ser dotada de *probabilidade de gerar um dano ao bem jurídico*, considerando os conhecimentos especiais do autor, tal qual exigido para as demais manifestações delitivas. Portanto, a tentativa nos crimes omissivos impróprios se iniciará quando, desde uma perspectiva *ex ante*, se constatar que a omissão do garante representará uma alta probabilidade de superveniência do resultado típico<sup>469-470</sup>.

Não analisaremos os casos neste momento, pois uma das principais objeções a este critério é ser uma fórmula vazia para os crimes omissivos. Assim, deixaremos a análise para ilustrar as objeções a este critério.

<sup>467</sup> REYES ALVARADO esclarece que a perspectiva deve ser *ex ante* porque, sendo o perigo uma ameaça de que ocorra algo no futuro, sua existência somente pode ser determinada no momento em que se origina, que é o momento da conduta (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 468). Por outro lado, valendo-se da teoria das normas, tal qual já argumentamos acima (*cf. supra* n. 4.2), FARRÉ TREPAT afirma que, na medida em que as normas incriminadoras já são normas de comportamento, o momento deve ser sempre o momento em que se vai atuar (*ex ante*) (FARRÉ TREPAT, Elena. *Sobre...*, *op. cit.*, p. 63).

<sup>468</sup> Em sentido contrário, DONNES afirma que a análise deve ser feita exclusivamente de acordo com a representação do autor, e não de acordo com um juízo objetivo, sob o argumento de que, na medida em que a função das normas penais é evitar condutas defeituosas dos cidadãos, “*o relevante é então a consciência que o autor tem do perigo que ameaça e não o estado de risco objetivo em que o bem jurídico se encontra*” (DONNES, Antonella. *La tentativa en...*, *op. cit.*, p. 160 – trad. livre).

<sup>469</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 467. Próxima, parece ser FARRÉ TREPAT, no entanto, em alguns pontos de argumentação, a autora parece confundir esta característica da omissão como dotada de probabilidade de gerar um dano com a existência prévia da situação de perigo, cuja função dogmática é indicar o dever concreto de agir (FARRÉ TREPAT, Elena. *Sobre...*, *op. cit.*, p. 63). DONNES somente se distingue no que diz respeito à referência subjetiva do juízo de perigo *ex ante*, mas entende que a tentativa nos crimes omissivos se inicia quando “*segundo a representação do omitente, a situação do bem jurídico ameaçado piora diante de uma inatividade subsequente*” (DONNES, Antonella. *La tentativa en...*, *op. cit.*, p. 162), ou seja, ao não se realizar uma ação de salvamento que, da perspectiva do autor, indicar que aquela inatividade piorará a situação do bem jurídico.

<sup>470</sup> Para exemplificar sua posição, REYES apresenta o exemplo do “guardavía” que pretende fazer dois trens colidirem às 18h não modificando a direção dos trilhos. Segundo o autor, “*haverá tentativa quando o tempo que falte para o choque dos trens for tão pequeno que a inatividade do garante possa ser externamente apreciada como apta para produzir, com um alto grau de probabilidade, a colisão entre eles*”. O autor complementa que esta hipótese pode se dar, inclusive, com o abandono do guardavía, desde que essa atitude de abandono “*represente objetivamente uma alta probabilidade de ocorrência do resultado*” (REYES ALVARADO, Yesid. **El delito...**, *op. cit.*, p. 469 – trad. livre).

(ii) Objeções ao critério

A primeira objeção a ser feita diz respeito à utilização da periculosidade pura como fundamento do início da execução, uma vez que esta é uma razão consequencialista que tende sempre à maior antecipação da incidência penal<sup>471</sup>. A delimitação do início da execução deve se basear em limites deontológicos, o que afasta a ideia de maior probabilidade de ocorrência do resultado como critério para sua delimitação.

Porém, ainda que se supere esta primeira objeção fundamental, é possível apresentar uma segunda objeção que diz respeito à constatação da característica da conduta que se elege como relevante para determinar que a omissão passe a ter importância penal, isto é, o *perigo como alta probabilidade de gerar o resultado típico*.

Na medida em que os crimes omissivos pressupõem a existência anterior de um curso causal lesivo em andamento (situação de perigo, cf. item *supra* n. 3.2.1.1), não é possível identificar em que momento a *omissão* gerará um *aumento do perigo já existente que contenha uma alta probabilidade de conduzir ao resultado típico*, o que torna o critério uma fórmula vazia de um ponto de vista dogmático.

Argumenta-se abstratamente que a relevância penal da omissão imprópria se verificará quando um observador objetivo, a partir do momento em que o garante se omite, entender que tal omissão gerará uma probabilidade alta de ocorrência do resultado típico. Porém, concretamente, já existe um processo causal perigoso, prévio e independente da conduta omissiva, que está em curso (situação de perigo), o que impede que se faça um tal juízo objetivo por um observador médio relacionando diretamente a conduta omissiva e a geração de um perigo com probabilidade alta de resultado decorrente desta situação. Vale dizer, partindo do conhecimento objetivo da conduta omissiva desde o momento em que está sendo realizada, um observador médio não poderá afirmar que essa conduta omissiva é que gerará a probabilidade de ocorrência do resultado, pois a situação de perigo prévia e independente é imprevisível e poderá conduzir ao resultado a qualquer tempo.

Repare que a simples transposição do critério do perigo utilizado para definir o início da tentativa nos crimes comissivos para os crimes omissivos é falha pela diferença de que, nos primeiros, a forma de agir e suas características, conhecidas por um observador objetivo, é que definem se haverá um perigo iminente de ocorrência do resultado lesivo ou concretamente perigoso. Já nos crimes

---

<sup>471</sup> Sobre essa tendência, ver item *supra* n. 4.3.2.

omissivos esta relação direta não está presente, pois a situação típica é anterior à conduta omissiva e, a partir desta situação, o resultado lesivo ocorrerá independentemente da omissão do agente e de forma imprevisível<sup>472</sup>.

Assim, valer-se deste critério significa ignorar que a figura do observador objetivo apresenta limites e faz sua análise desde a perspectiva omissiva *ex ante*, admitindo-a como a figura de um observador objetivo oniciente, totalmente desconectado da realidade, que tem conhecimento não só da omissão, mas de como se dará todo o processo causal independente que já está em curso<sup>473</sup>.

Para ilustrar esta crítica, basta verificar que os autores discutem se no famoso caso do bêbado que está caído no trilho do trem, o início da execução omissiva do guarda se dá quando o trem sair da estação anterior ou quando o trem for visível e esteja a poucos metros do bêbado<sup>474</sup> ou ainda em outro momento. Veja que a disputa é insolúvel com base exclusivamente no critério do perigo, sendo necessário se valer de outras considerações para afirmar que no primeiro momento a omissão ainda é irrelevante e no segundo já se mostra penalmente relevante.

Repare que a dificuldade é enorme já em um caso de manual, em que o curso causal é absolutamente regular, pois se trata de um trem com hora marcada. Porém, quando se aplica o critério a casos concretos, com cursos causais irregulares e imprevisíveis, a dificuldade é ainda maior.

No caso do controlador de voo, a omissão de “C1”, às 18h55m, de não avisar a aeronave, já aumenta a probabilidade de ocorrência do resultado ou este aumento somente se dará na omissão às 18h56m? E no caso da menor humilhada, a não assistência de “M” no momento em que sua filha toma a primeira leva de remédios já aumenta a probabilidade de ocorrência do resultado ou só após passadas algumas horas, ou então só após o momento em que a menor tomasse a segunda leva de remédios? E no caso da barragem, já a não desativação da barragem por “D1” aumenta a probabilidade de ocorrência do resultado ou só dali alguns anos, quando “D2” não o faz?

Fica evidente que este critério não confere qualquer apoio ao intérprete quando se trata de um crime omissivo, correndo-se o risco de que, primeiro, a avaliação sobre o aumento do perigo fique ao bel prazer do julgador em cada caso concreto e, segundo, que se faça uma interpretação tão conservadora que, por se tratar de um curso causal anterior e independente que, a cada segundo, torna-

---

<sup>472</sup> No mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 12.

<sup>473</sup> Necessário esclarecer aqui que não se está tratando de idoneidade da conduta, para a qual a figura do observador oniciente, desde que limitada ao momento *ex ante*, é perfeitamente aplicável, pois trata somente dos ganhos consequencialistas de proteção de bens jurídicos (sobre isto, cf. item *supra* n. 4.4.2). Aqui, o critério em análise pretende delimitar o início da execução da tentativa, que trata das regras deontológicas, e que, portanto, não admite a figura de um observador oniciente. Ademais, para uma previsão tal qual os adeptos deste critério exigem, somente um observador oniciente não limitado ao momento *ex ante* poderia prever, o que torna indistinta a tentativa idônea da inidônea.

<sup>474</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 11.

se naturalmente mais perigoso, sempre se concluirá que a não realização da ação de salvamento na primeira oportunidade já é perigosa e, conseqüentemente, o critério cairá nas mesmas objeções apresentadas ao primeiro de todos os critérios (*supra* n. 5.3.1.1.1).

Ademais, se sequer a figura do observador objetivo, naturalmente mais conhecedor das circunstâncias do que o omitente, não é capaz de estabelecer essa relação entre a omissão e o aumento da probabilidade de ocorrência do resultado, com maior razão será impossível que o dolo do omitente garante consiga contemplar, no momento de sua omissão, que esta poderá gerar tal aumento.

Para ilustrar essa crítica, basta retomarmos alguns dos casos selecionados: No caso do controlador de voo, a situação de perigo de colisão da aeronave existe a partir do momento em que ela não diminui sua altitude na nova rota. A partir deste momento, é possível que ocorra uma colisão logo na sequência ou somente dali uma hora com outra aeronave. Desta forma, não é possível fazer qualquer juízo objetivo sobre em que momento a omissão de “C1” passa a ser capaz de gerar um perigo de alta probabilidade de ocorrência do resultado colisão e morte dos passageiros, pois estamos diante de um curso causal prévio e independente, a não ser que se admita a presença de um observador desconectado da realidade que conheça não só a omissão, mas todo o curso causal perigoso das aeronaves. Com maior razão, “C1” não terá condições de contemplar cognitivamente a partir de que momento sua omissão terá este efeito de aumento do perigo da ocorrência do resultado.

O mesmo se aplica para o caso da barragem, pois não é possível determinar objetivamente em que momento a omissão dos Diretores passa a gerar um perigo de alta probabilidade de inundação e morte pela queda da barragem, uma vez que é um processo causal independente. Em outras palavras, poderia haver uma grande rachadura logo após a primeira omissão de “D1” como também somente após 5 anos, já com uma omissão de “D2”. Ou seja, não é possível fazer este juízo prévio e objetivo que relacione normativamente a *omissão* com a geração de uma alta probabilidade de ocorrência do resultado típico. E, novamente, aos Diretores é ainda mais clara a impossibilidade de representar cognitivamente este curso causal dos acontecimentos.

Em conclusão, o critério acerta a respeito do momento de análise (desvalor da conduta *ex ante*), mas se equivoca quanto à característica da conduta a se analisar, pois o juízo de desvalor da conduta de omissão imprópria não se preocupa com a geração de um perigo maior do que o da situação típica, mas sim com uma não intervenção na situação típica que seja intolerável, isto é, em verificar quando o garante ultrapassou sua autonomia de administrar o melhor momento de intervir<sup>475</sup>.

---

<sup>475</sup> Também destacando que o característico e determinante para a tipicidade da omissão imprópria não é o perigo, mas sim o dever de controle deste perigo pelo autor, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 12.



### 5.3.1.2.2 Início da tentativa com a modificação do dever concreto de agir como indicador da periculosidade da conduta omissiva

Diferentemente da posição anterior, que se limita a afirmar, de maneira genérica, que a tentativa nos crimes omissivos impróprios se inicia quando a conduta omissiva apresentar, *ex ante*, uma probabilidade de produzir o resultado lesivo, os adeptos desta posição, apesar de manterem o perigo como o critério definidor, entendem que a periculosidade da conduta omissiva imprópria se verifica com a modificação do dever concreto de agir que surgiu ao garante a partir da situação típica.

O denominador comum das posições que utilizam este critério é afirmar a periculosidade da conduta omissiva com base no que ocorreu com a ação concreta de salvamento dentro do lapso temporal entre a situação típica e o resultado lesivo. A divergência, em sua maior parte terminológica, diz respeito a qual característica deste dever concreto de agir é modificada e como deve ser verificada, sendo três vertentes destacadas: (a) abandono do controle sobre o foco do risco; (b) não aproveitamento da última possibilidade de realização da ação de salvamento mais eficaz e (c) incremento do esforço para evitar o resultado.

#### (a) Posição do abandono do controle sobre o foco do risco

Para esta posição, cujo expositor é ALCÁCER GUIRAO, a tentativa nos crimes omissivos impróprios se inicia quando a conduta omissiva for perigosa, perigo este que é constatado quando o garante abandona o controle sobre o foco do risco<sup>476-477</sup>.

#### (i) Exposição teórica do critério

Para GUIRAO, na medida em que, nos crimes praticados de forma comissiva, o autor tem total domínio sobre o resultado, uma vez que a criação do risco dependerá de sua atuação, nos crimes praticados de forma omissiva imprópria, o autor deve ter este mesmo domínio, por meio de um

---

<sup>476</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 12 e ss.

<sup>477</sup> Segundo o autor: “*por um lado, o abandono do controle implicará já um aumento do perigo para o bem jurídico e, por outro, quanto maior iminência da ocorrência do resultado menor será a possibilidade de controlar o foco do perigo por parte do autor*” (*Ibid.*, p. 13 – trad. livre).

controle total da situação típica, de modo que o resultado ocorrerá com sua decisão de abandonar o controle sobre essa situação de perigo<sup>478</sup>.

A partir desta concepção, de que a omissão imprópria tem por característica a não realização da ação de salvamento de tal forma a desestabilizar um risco prévio, por ausência de controle, transformando-o em um risco proibido que produzirá o resultado, GUIRAO entende que a tentativa da omissão imprópria se iniciará quando o sujeito abandonar o controle devido de um foco de risco<sup>479</sup>, conduta que, *per se*, já representa um aumento do perigo, sendo dotada de periculosidade.

Para fundamentar sua posição, GUIRAO inicia apresentando o conceito de perigo como uma ameaça de ocorrência de uma modificação danosa no mundo exterior, avaliada a partir de um juízo de probabilidade que leva em conta dois aspectos: a maior ou menor periculosidade de um foco de perigo e a presença ou não de medidas de precaução<sup>480</sup>.

Assim, enquanto houver intenso controle da fonte de risco por medidas de precaução, a probabilidade de ocorrência do resultado danoso será baixa, muitas vezes tornando o risco penalmente irrelevante. Quando, por outro lado, este controle fracassar pela perda das medidas de precaução, haverá um aumento da probabilidade de ocorrência do resultado danoso. Desta forma, quando o garante abandona o controle do foco de perigo, automaticamente aumenta a probabilidade de que deste perigo surja um resultado danoso, o que permite afirmar que o abandono do controle da fonte de perigo pelo garante representa *per se* um aumento do perigo<sup>481</sup>, e, por consequência, o início da execução.

Esta conclusão seria reforçada, segundo o autor, pelo fato de que a posição de garantidor tem como efeito o afastamento de outras instâncias de controle e segurança (cf. item *supra* n. 3.2.1.2.1), razão pela qual um abandono aumentaria ainda mais a probabilidade do perigo, o que fundamentaria o início da execução<sup>482</sup>.

Fundamentada a posição, GUIRAO concretiza o que é o abandono do controle de um foco de risco. Para o autor, este abandono deve ser constatado de forma objetiva e *ex ante*, por meio de acontecimentos externos, e não com a simples decisão de abandonar, mas sempre abarcados pelo dolo do garante<sup>483</sup>. Assim, o garante poderá abandonar o controle do foco de risco por dois acontecimentos

---

<sup>478</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 14.

<sup>479</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>481</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>482</sup> *Ibid.*, p. 15-16.

<sup>483</sup> Esclarece o autor que: “*embora em seu foro interno o agente já tenha decidido omitir toda prestação futura de salvamento, enquanto não realizar atos diretamente e visivelmente encaminhados ao fim lesivo, abandonar o foco de perigo, não estaremos diante de uma tentativa*” (*Ibid.*, p. 17-18 – trad. livre).

externos distintos: (a) o abandono ativo: quando o garante pratica atos voluntários dirigidos a abandonar o foco do perigo e (b) abandono passivo: quando o garante deixa que as circunstâncias da situação de perigo, especificamente o transcurso do tempo e a evolução do curso causal, o façam perder o controle sobre o foco do perigo, o que se verifica com a “*diminuição considerável das possibilidades de um salvamento seguro do bem jurídico*”<sup>484</sup>.

GUIRAO destaca ainda que esta segunda forma de abandono é vantajosa em relação ao critério do perigo *ex post* trazido por ROXIN, pois cumpre com a já mencionada regra da coincidência temporal, segundo a qual o tipo objetivo e o tipo subjetivo devem coincidir em termos temporais, exigindo que o omissor represente essa diminuição das possibilidades de salvamento<sup>485</sup>.

## (ii) Objeções ao critério

A principal vantagem desta posição é o fato de se centrar em um importante aspecto de desvalor da conduta omissiva: o abandono do controle do foco de perigo por parte do garante. Ocorre que, conforme já se argumentou em relação ao critério trazido por ROXIN, este não é o único desvalor de uma omissão, além de ser necessária uma delimitação deste abandono. Sendo assim, quatro são as objeções principais à posição de ALCÁCER GUIRAO.

A primeira objeção diz respeito ao fundamento do início da execução a partir da ideia de periculosidade da conduta. Conforme já argumentado acima (itens *supra* n. 4.3.1 e 4.4.1), a periculosidade da conduta é uma razão consequencialista que fundamenta a responsabilidade penal por tentativa, porém a definição do início da execução deve ser feita a partir de limites deontológicos pelo simples fato de que, por razões consequencialistas, a incidência penal deve ser o mais antecipada possível, pois assim se irá atingir maior eficácia na proteção de bens jurídicos.

A segunda objeção diz respeito ao conceito de periculosidade da conduta, que considera não só a potencialidade lesiva da fonte de perigo, mas também a presença ou ausência de meios de proteção. Este conceito torna a análise sobre o início da execução na omissão imprópria confusa e meramente formal.

GUIRAO argumenta que o conceito de perigo enquanto probabilidade de ocorrência de um evento danoso se compõe do juízo sobre a maior ou menor periculosidade de um foco de perigo e o juízo sobre a presença ou não de medidas de precaução. Logo, quando houver a perda das medidas

<sup>484</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la..., *op. cit.*, p. 18.

<sup>485</sup> *Ibid.*, *idem*.

de precaução, haverá um aumento automático do perigo. Como consequência, todo abandono do controle sobre a fonte de perigo passa a ser considerado um aumento do perigo. Porém, essa conclusão, que iguala o abandono ao aumento do perigo, é meramente formal, pois decorre do fato de que se incluiu no conceito de periculosidade a presença ou ausência de medidas de precaução e, partindo deste conceito específico, afirmou que retirada a precaução, o perigo se eleva. Ocorre que, considerando ou não a presença das medidas de precaução no conceito de perigo, fato é que a conduta omissiva somente poderá modificar a presença ou ausência destas medidas, mas nunca modificará a potencialidade lesiva da fonte de perigo, que é independente e prévia à conduta omissiva (cf. *supra* n. 3.2.1.1). Esta equiparação *formal* entre abandono e aumento do perigo conduz, por exemplo, à conclusão de que toda vez que o garante não atuar na primeira oportunidade de salvamento já estará presente uma diminuição das medidas de precaução ao bem jurídico e, por consequência, um aumento do perigo, retornando às críticas feitas ao critério da perda da primeira oportunidade (*supra* n. 5.3.1.1.1) e o da periculosidade *ex ante* (*supra* n. 5.3.1.2.1).

Essa problemática pode ser ilustrada com o caso do “homem-ao-mar” (*supra* n. 2.2.2). No momento em que “C” não dá a primeira ordem aos seus subordinados, não se pode negar que houve uma diminuição das medidas de precaução ao bem jurídico “vida” do imigrante. Consequentemente, como será possível afirmar que ainda não há uma diminuição das medidas de precaução capaz de aumentar a probabilidade do perigo? O questionamento se coloca em todos os outros casos selecionados.

A equiparação *formal* também conduz a resultados inaceitáveis no que GUIRAO denominou de *abandono passivo*, no qual o garante deixa que o transcurso do tempo e a evolução do curso causal o façam perder o controle da fonte de perigo. Caso o garante se mantenha próximo à situação de perigo, inclusive com condutas paleativas (ações inadequadas para salvar, mas que podem prolongar a existência do bem jurídico), mas não de salvamento, poder-se-ia afirmar que não há uma ausência de medidas de precaução e, por consequência, de acordo com o critério de GUIRAO, não significaria um aumento do perigo. Assim, o garante poderá evitar o início da execução do delito sem cumprir com a ação concreta de salvamento.

Considere aqui o caso do abandono após atropelamento (*supra* n. 2.3.1). Se “C”, após a realização do atropelamento culposo de “P”, se mantém no local, fornece água ao pedestre e alguns pequenos curativos, mas não chama uma equipe médica de emergência. Precauções inadequadas para evitar o resultado (cumprir com a pretensão de proteção do bem jurídico) estavam sendo tomadas, porém surge a questão: É possível afirmar que há uma diminuição das medidas de precaução?

Desta forma, melhor do que analisar se a conduta omissiva imprópria representou um aumento do perigo pelo abandono, é admitir que o desvalor da conduta omissiva está na modificação das medidas de precaução ao bem jurídico existentes no início da situação de perigo.

GUIRAO até reconhece esta necessidade de focar na modificação do dever concreto de agir ao afirmar que a perda do controle pelo abandono passivo se verifica com a *diminuição considerável das possibilidades de um salvamento seguro do bem jurídico*. Porém, além de se manter fiel à ideia de perigo, trata-se de um conceito indeterminado.

Esta é a terceira objeção: a indeterminação da concretização do “abandono passivo” por meio do transcurso do tempo e da evolução do curso causal.

Segundo GUIRAO, este abandono passivo estará presente quando, devido àquelas circunstâncias, ocorrer uma diminuição considerável *das possibilidades de um salvamento seguro do bem jurídico*. Ocorre que todos estes são conceitos muito vagos, que não conferem apoio para a verificação no caso concreto, isto é, não se sabe o que seria uma “diminuição considerável” e, principalmente, um “salvamento seguro”.

Por fim, a quarta objeção é a mesma feita para o critério de ROXIN, de que falta a correta delimitação do momento do abandono somente para aqueles casos em que já exista uma situação de perigo prévia. Ao não fazer essa delimitação, GUIRAO acaba tendo de lidar com um importante problema, que é o fato de que, se o abandono do garante já é um risco *per se*, toda conduta de abandono ativo, por mais antecipada que seja, já será criadora de um risco e, conseqüentemente, penalmente relevante. Assim, situações que chamamos de *omissio libera in causa* acabam sendo consideradas tentativa de omissão, o que significa uma ilegítima antecipação da incidência penal. Portanto, a reconfiguração do critério de ROXIN trazida por GUIRAO não supera esta crítica.

(b) Posição do não aproveitamento da última possibilidade de realização da ação de salvamento mais eficaz

Para esta posição, o início da execução nos crimes omissivos impróprios se dá quando a não intervenção na situação típica representar a perda da última possibilidade de realizar a ação de salvamento que, em uma perspectiva *ex ante*, comporta as maiores probabilidades de êxito, e a conseqüente diminuição da possibilidade de salvar o bem jurídico<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 354-356. Em sentido próximo, STEIN entende que, tal qual nas comissões, as normas de comportamento nas omissões impróprias proíbem a criação de um risco não permitido. Assim, a tentativa acabada de omissão imprópria se dará quando, desde a perspectiva do garantidor, após a omissão não

## (i) Exposição teórica do critério

QUINTELA DE BRITO inicia sua argumentação criticando as posições do primeiro grupo, que identificam o início da tentativa na omissão imprópria com a violação do dever concreto de agir por parte do garantidor.

De acordo com a autora, fatores históricos e de redação legal<sup>487</sup> levaram uma parte da doutrina alemã a afirmar que os critérios de definição do início da execução deveriam ser diferentes nos crimes comissivos e nos crimes omissivos impróprios. Nos primeiros, o início da execução deveria se dar por meio da prática de comportamentos ativos. Nos segundos, pelas peculiaridades da limitação temporal da validade do dever de agir<sup>488</sup> e da falta de uma atividade corporal configuradora do acontecimento típico<sup>489</sup>, o início da tentativa se daria com o não cumprimento do dever concreto de agir. Porém, a autora entende que se deve conferir tratamento igualitário às comissões e omissões impróprias por duas razões: (i) as normas de mandado e de proibição são extraídas dos mesmos tipos penais da parte especial<sup>490</sup> e (ii) há uma cláusula geral de equiparação disposta no art. 10º do Código Penal Português<sup>491</sup>.

---

surgirá mais nenhum dever de conduta que previna a consumação, ou seja, “*não vai surgir nenhuma possibilidade mais de realizar uma ação que tivesse uma oportunidade digna de menção de evitar a consumação*” (STEIN, Ulrich. *Tentativa acabada...*, *op. cit.*, p. 681 – trad. livre) e, por consequência, a tentativa inacabada se dará momentos antes desta redução das possibilidades de salvamento (STEIN, Ulrich. *Tentativa acabada...*, *op. cit.*, p. 694).

<sup>487</sup> A autora aponta como fatores para que ocorresse esta identidade, os seguintes: (i) ausência de uma disposição expressa sobre a omissão imprópria; (ii) tese vencedora de que os crimes omissivos impróprios são autônomos e não uma forma de realização dos tipos penais materiais; (iii) dissociação da omissão imprópria da norma da parte especial; (iv) dificuldades de reconhecimento de um início da execução nos crimes omissivos impróprios e, por consequência, a postulação de critérios diferentes para os crimes comissivos e para os crimes omissivos impróprios (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 283-287).

<sup>488</sup> Afirma-se que, diferentemente dos crimes comissivos, em que a norma de proibição incide de forma permanente sobre os indivíduos, nos crimes omissivos impróprios, a norma de mandado incide somente em determinado momento. Logo, o descumprimento deste momento seria o decisivo para definir o início da relevância penal da conduta omissiva imprópria (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 298-303).

<sup>489</sup> Afirma-se que, diferentemente dos crimes comissivos, em que há uma conduta ativa configuradora do acontecimento típico, nos crimes omissivos impróprios o acontecimento já está em andamento de forma independente e somente falta uma intervenção por parte do garante. Em razão disto, o início da execução não dependeria de uma decisão do autor ou de seu plano criminoso, mas do efetivo descumprimento do dever (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 303-307).

<sup>490</sup> BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 295.

<sup>491</sup> Art. 10º do Código Penal Português dispõe: “*Art. 10º, n. 1. Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei...*”. O Código Penal brasileiro parece conter uma disposição parecida a partir da junção do art. 13, caput, com o §2º, ambos do CP.

Assim, as mencionadas peculiaridades dos crimes omissivos impróprios não são decisivas<sup>492</sup> para que se afirme que há uma identidade entre o início da execução e a violação do dever de garante<sup>493</sup>. Ao contrário, os critérios de definição do início da execução devem ser os mesmos dos crimes comissivos, com base nos arts. 10º e 22º do Código Penal Português.

Para a autora, a exigibilidade penal do cumprimento do dever e o início da tentativa são dois momentos diversos, de modo que não se pode resolver a questão do início da execução, que é matéria de tipicidade, com uma definição geral e abstrata sobre o sentido e a função do dever de garantidor<sup>494</sup>.

Feitas estas delimitações, a autora fundamenta o início da tentativa na omissão com a seguinte argumentação. Tal qual na comissão, a tentativa na omissão imprópria estará fundada na periculosidade da conduta, que nada mais é do que a “*impressão de perigo suscitada pelo tipo de domínio que o autor exerce sobre as condições de surgimento do evento típico*”<sup>495</sup>. Portanto, a autora se utiliza da teoria da impressão para fundamentar o início da tentativa (para a crítica cf. *supra* n. 4.3.1) e, muito próxima a GUIRAO, considera que para a avaliação desta periculosidade da conduta é necessário considerar as hipóteses de preservação do bem jurídico por meio do domínio do garante diante da situação de perigo<sup>496</sup>. A partir disto, o início da tentativa se dará no momento em que um observador objetivo tiver o receio, verificado *ex ante*, da perda de controle sobre o processo nocivo ao bem jurídico protegido<sup>497</sup>.

---

<sup>492</sup> A autora refuta a peculiaridade do limite temporal da norma de mandado dos crimes omissivos afirmando que somente em uma hipótese excepcional, em que o garante tem uma só oportunidade para salvar o bem jurídico, é que ocorre uma sobreposição entre o início do dever e a realização típica. Porém, na maior parte das situações, o garante dispõe de certo prazo para administrar (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 298-299). Já a ausência de uma ação diretamente configuradora do acontecimento, por mais que a autora admita a correção de sua constatação, afirma ser irrelevante à definição do início da tentativa, pois o início do processo executivo diz respeito à impressão de periculosidade ao bem jurídico, o que implica analisar as possibilidades de conservação que estão presentes. Se houver uma modificação destas possibilidades que causem a impressão, em um observador objetivo, de que já não será possível salvar o bem jurídico com segurança, seja por uma nova ação, seja por uma omissão, pode-se dizer que há um início de execução (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 307).

<sup>493</sup> Afirma a autora: “*Uma coisa é a exigibilidade penal do cumprimento do dever de garante, eventualmente correspondente à fase da preparação do crime. Outra, completamente distinta, o incumprimento do mesmo, capaz de fundar uma punição por crime comissivo por omissão tentado...*” (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 276).

<sup>494</sup> BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 282 e 289. Afirma a autora: “*Se a omissão de evitar um resultado típico, além de violar um dever jurídico de garantia, tem de equivaler à comissão do crime por ação, isso significa que não realiza o tipo um qualquer comportamento omissivo contrário ao dever extra-penal. Mas, tão somente aquele que se possa considerar idôneo à produção desse resultado*” (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 294).

<sup>495</sup> BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 307.

<sup>496</sup> Segundo a autora: “*se se aceitar que, mesmo ao nível dos crimes por ação, o apuramento das probabilidades de verificação do resultado também se alicerça na consideração das possibilidades de conservação do bem jurídico que, numa perspectiva ‘ex ante’, a conduta executiva do autor deixa subsistir, ter-se-á encontrado um denominador comum à tentativa comissiva por ação e por omissão*” (*Ibid.*, p. 310).

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 308.

Fundamentado o início da execução com base na periculosidade da conduta como impressão de perigo de perda de controle, a autora concretiza o critério para verificação deste momento.

Em razão do art. 10º do Código Penal Português, o garante está sempre obrigado a realizar a ação de salvamento que seja adequada para evitar a ocorrência do resultado típico, sendo adequada aquela ação que, de uma perspectiva *ex ante*, apresente maiores probabilidades de êxito<sup>498</sup>. Assim, terá realizado uma omissão punível o garante que omitir a ação de salvamento de modo a permitir que se alterem “*as iniciais probabilidades de preservação do bem jurídico, ao ponto de já não se poder assegurar a não verificação do evento típico*”<sup>499</sup>. Ocorre que, respeitando a disposição do art. 22º, nº 2, c, do Código Penal Português, a autora afirma que o início da execução se dará já em um momento anterior ao da efetiva alteração das iniciais probabilidades de preservação do bem jurídico, isto é, quando houver o desaproveitamento da última possibilidade de realizar a ação de salvamento que, em uma perspectiva *ex ante*, comporta as maiores probabilidades de êxito<sup>500</sup>.

Caso seja uma hipótese em que existam dois grupos de ações de salvamento, um primeiro mais eficaz do que o segundo, posterior e menos eficaz, a tentativa se iniciará quando não utilizar a última oportunidade de realizar uma ação do primeiro grupo<sup>501</sup>. Caso seja uma hipótese em que exista uma só ação de salvamento, que pode ou não ser realizada em vários momentos, a tentativa se iniciará quando o garantidor não utilizar a última oportunidade de realizar esta ação antes que sua eficácia se torne duvidosa<sup>502</sup>.

---

<sup>498</sup> BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 349.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>500</sup> A esse respeito, esclarece a autora: “*torna-se perfeitamente divisíveis dois estádios diferentes da alteração do inicial quadro impeditivo da verificação do resultado morte. Aquele em que, numa perspectiva ex ante e não obstante a lesão da saúde da vítima, ainda é possível realizar a acção preservadora da vida com maiores probabilidades de êxito, mas o autor omite aproveitar a última oportunidade de a praticar. O outro, em que a omissão do garante impossibilitou a realização dessa acção. Ao primeiro estádio corresponde a alínea c) do nº 2, do art. 22º; ao segundo, a alínea b) do mesmo preceito*” (*Ibid.*, p. 356)

<sup>501</sup> Para exemplificar esta situação, a autora apresenta o exemplo da mãe que sabe que o pai colocou veneno em uma garrafa de vinho para matar o próprio filho e não faz nada para impedir. Para a autora, em razão da antecipação causada pela letra do art. 22º, n.2, c (tentativa inacabada), do Código Penal Português, a tentativa de homicídio por omissão imprópria se iniciará no momento em que a mãe deixar passar a última possibilidade de impedir que o filho comece a praticar a conduta de ingerir a bebida, colocando a garrafa na boca, e não somente no momento em que permitir que o filho beba o vinho, situação que se amoldaria à hipótese do art. 22º, n. 2, b (tentativa acabada) (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p. 354-355).

<sup>502</sup> Para exemplificar esta situação, a autora apresenta o exemplo do pai que não intervém para os cuidados básicos do filho recém-nascido. Novamente, para a autora, em razão da antecipação causada pela letra do art. 22º, n.2, c (tentativa inacabada), do Código Penal Português, a tentativa de homicídio por omissão imprópria somente se iniciará no momento em que o pai se mantiver inerte perante a última possibilidade de realizar a ação salvadora possível de cuidado básico antes que sua eficácia se torne duvidosa e não somente após o momento em que, por sua inércia, a eficácia da ação de salvamento se tornar duvidosa, situação que se amoldaria à hipótese do art. 22º, n. 2, b (tentativa acabada) (*Ibid.*, p. 355).



(ii) Objeções ao critério

As principais vantagens da argumentação apresentada pela autora foram (i) pontuar que não se pode realizar cegamente uma identidade entre exigibilidade jurídico-penal do cumprimento da ação concreta de salvamento inicial e o início da tentativa e (ii) concretizar seu critério tendo por objeto a alteração das iniciais probabilidades de preservação do bem jurídico, vale dizer, a modificação do dever concreto de agir para o garante. Porém, por outro lado, três objeções são observadas em relação a cada um destes pontos:

Uma primeira objeção diz respeito à ausência de fundamento material para a impossibilidade de identificação entre exigibilidade do dever e início da tentativa. Em que pese a autora ter corretamente constatado que a exigibilidade do dever concreto de agir não se confunde com o momento em que se inicia a tentativa, apresenta como fundamento para esta separação tão somente a exigência de tratamento igualitário entre comissão e omissão imposta pelo ordenamento jurídico português. Assim, ausente um fundamento de cunho material, a identidade entre estes dois juízos não seria possível em ordenamentos jurídicos que não apresentam cláusula de igualdade.

A segunda objeção é a fundamentação do início da execução com base na ideia de periculosidade da conduta enquanto razão consequencialista.

De acordo com a autora, o que fundamenta o início da execução nos crimes omissivos, assim como nos crimes comissivos, é a periculosidade da conduta desde uma perspectiva da teoria da impressão, ou seja, desde o momento em que se constata uma impressão, por um observador objetivo, de um perigo em razão da forma de domínio exercida pelo garante. No entanto, esta fundamentação não se sustenta, pois, em primeiro lugar, a impressão de perigo (ou de descumprimento da norma) não é razão consequencialista suficiente para fundamentar a tentativa (*supra* n. 4.3.1) e, principalmente, a definição do início da execução é feita a partir de limitações deontológicas (*supra* n. 4.3.2).

A terceira objeção é a de que, ainda que se admita o fundamento da periculosidade pela teoria da impressão, a consideração não só da potencialidade lesiva da fonte de perigo, mas também a presença ou ausência de meios de proteção pelo garante torna a análise sobre o início da execução na omissão imprópria confusa e meramente formal.

Sendo a periculosidade da conduta constatada pela maior ou menor existência de hipóteses de preservação do bem jurídico contra o evento típico, na medida em que a inércia do garante diminui as hipóteses de preservação do bem jurídico, sua conduta omissiva se torna automaticamente perigosa

e, por consequência, inicia-se a execução. Ocorre que não se pode negar que a conduta omissiva de um garante somente tem o condão de modificar a maior ou menor presença de hipóteses de preservação do bem jurídico, mas nunca terá o condão de modificar o grau de potencialidade lesiva de uma fonte de perigo inicial. Argumentar que o início da execução na omissão imprópria se dá a partir da ideia de “perigo”, conceituado como potencialidade de lesividade e diminuição de hipóteses de preservação, pode gerar a falsa sensação de que deve-se analisar uma conduta omissiva desde sua capacidade de alterar a potencialidade lesiva da fonte de perigo, o que não é possível, tornando o critério sem conteúdo.

Portanto, tendo em vista que a conduta omissiva somente modifica as hipóteses de proteção do bem jurídico, mostra-se mais eficaz que o objeto de análise do desvalor da conduta omissiva não seja a “maior periculosidade da conduta”, mas sim a modificação do concreto dever de agir, pois é esta que representará a diminuição das hipóteses de preservação.

#### (c) Posição do incremento do esforço para evitar o resultado

Para esta posição, cujo defensor é JAKOBS, a tentativa nos crimes omissivos impróprios se inicia quando, com a omissão, se incrementa o que o garante deve fazer para evitar o resultado<sup>503</sup>.

#### (i) Exposição teórica do critério

JAKOBS entende que para se definir o início da tentativa de qualquer crime é necessário, em primeiro lugar, formar tipos concretos de ação de causação a partir do elemento típico abstrato de causação do resultado, o que dependerá, principalmente, de qual contexto social deverá ocorrer<sup>504</sup>. Porém, na medida em que os contextos sociais são múltiplos, o autor alemão entende que não é possível estabelecer uma fórmula exata para definir o início da tentativa, mas sim deve-se utilizar diferentes *topoi* orientadores que, avaliados no caso concreto, levarão à definição sobre se a conduta é ou não uma tentativa do delito<sup>505</sup>.

Assim, ao tratar do início da tentativa em crimes comissivos, o autor define como uma diretriz obrigatória a de que um comportamento somente será considerado tentativa quando

---

<sup>503</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 1033-1034.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 883.

<sup>505</sup> *Ibid.*, *idem*.

aproximar-se da situação concreta do resultado, isto é, quando o comportamento fizer o autor avançar em direção à realização do tipo<sup>506</sup>. Partindo desta diretriz obrigatória para os crimes comissivos, JAKOBS afirma que uma primeira diretriz obrigatória – necessária, mas não suficiente – para se delimitar o início da tentativa nos crimes omissivos é que ocorra uma omissão que, segundo a representação do autor, aumente o que este deverá investir para evitar o resultado em comparação com o que teria de realizar caso tivesse atuado imediatamente<sup>507</sup>. Portanto, a primeira diretriz obrigatória apresentada por JAKOBS é a de que não estar-se-á diante de uma tentativa de omissão quando, apesar do não agir, este não representar *um aumento do emprego de esforço para evitar o resultado*<sup>508</sup>.

O autor, então, complementa esta primeira diretriz com uma segunda diretriz no sentido de que, ainda que exista um incremento do emprego de esforço para evitar o resultado, não se estará diante de uma tentativa se o salvamento puder ser realizado por uma via socialmente normal. Para ilustrar essa segunda diretriz, o autor cita o exemplo da mãe que abandona o filho em casa com o objetivo de deixá-lo morrer. Para JAKOBS, enquanto o afastamento da mãe não ultrapassar o tempo e as características de afastamentos de pais cuidadosos, não se estará diante de uma tentativa<sup>509</sup>.

Além destas duas diretrizes obrigatórias, JAKOBS apresenta outras três diretrizes de cunho variável para afirmar a existência de uma tentativa nos crimes omissivos: a proximidade temporal com a produção do resultado; o autor deixar que se produza resultados danosos intermediários e o autor deixar o curso causal que conduz ao resultado sair do seu âmbito de organização ou entrar no âmbito de organização da vítima<sup>510</sup>.

## (ii) Objeções ao critério

A principal vantagem da posição apresentada por JAKOBS está em centrar as atenções na modificação do dever concreto de agir do garante com base no incremento do esforço para evitar o resultado, desvinculando-o da ideia de periculosidade ou perigo da conduta omissiva, já exaustivamente criticada nas posições anteriores. No entanto, é possível apresentar duas objeções principais à formulação apresentada pelo autor alemão.

---

<sup>506</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal...op. cit.*, p. 883 e 1033.

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 1033-1034.

<sup>508</sup> *Ibid.*, p. 1034.

<sup>509</sup> *Ibid.*, *idem.*

<sup>510</sup> *Ibid.*, *idem.*

A primeira é que esta ideia genérica de incremento do esforço não tem traços bem definidos, o que permite que se argumente a partir de cada caso concreto. Vale dizer, como não se sabe exatamente o que é o “aumento do esforço para evitar o resultado”, a definição acaba relegada a cada caso concreto, abrindo espaço, inclusive, para uma antecipação da incidência penal que ofenda a autonomia do garante.

Em razão desta falta de delimitação, JAKOBS acaba lançando mão de outras diretrizes obrigatórias e variáveis, o que nos conduz à segunda objeção: a falta de conexão destas diretrizes com sua ideia central.

A segunda diretriz obrigatória apresentada pelo autor – de que o incremento do esforço não é uma tentativa quando ainda for possível evitar o resultado por uma via socialmente normal – é consequência da indefinição da ideia central de “incremento do esforço”, o que obrigou JAKOBS a lançar mão, *ad hoc*, de um critério delimitador que impedisse a mencionada antecipação da incidência penal. Para ilustrar a crítica, basta observar o exemplo que o autor menciona: a mãe que abandona os filhos em casa não comete uma tentativa de homicídio por omissão porque, apesar de ocorrer um incremento do esforço para evitar o resultado, pais cuidadosos também se afastariam desta forma. Repare que se já um afastamento da mãe é considerado um “incremento do esforço”, a ideia central se torna ampla e faz incorrer no mesmo erro antecipatório dos autores que argumentam com o critério do abandono (ROXIN e ALCÁCER GUIRAO).

Na realidade, conforme esclarecido acima, este exemplo não pode ser considerado uma tentativa de omissão pelo simples fato de que não há uma situação típica prévia de risco de morte ao filho. Trata-se de clara situação de *omissio libera in causa*, que normalmente exige, para que ocorra a imputação do resultado, uma argumentação de natureza culposa, próxima do que JAKOBS chamou aqui de *via socialmente normal*.

Esta falta de delimitação do que vem a ser “aumento do esforço” conduz ainda a uma confusão entre esta ideia geral e a ideia da saída do curso causal lesivo do âmbito de organização, que, na exposição de JAKOBS, seria somente uma diretriz variável.

Por outro lado, as demais diretrizes variáveis se valem de considerações de constatação de perigos *ex post*, como a proximidade temporal; a constatação de resultados intermediários e a entrada na esfera de organização da vítima, tal qual o critério simples do perigo e que, portanto, sofrem as mesmas críticas (*supra* n. 5.3.1.1.3, a), diretrizes diametralmente opostas à ideia geral da modificação do dever concreto de agir.

Em conclusão, a ideia central apresentada por JAKOBS se mostra promissora, pois, além de olhar objetivamente para o momento da realização da conduta omissiva (*ex ante*), acerta no objeto a ser avaliado, isto é, na modificação do dever de agir e não na periculosidade da conduta. Porém, o autor peca ao não conferir uma delimitação desta ideia central e acabar apresentando um emaranhado de diretrizes que não detém entre si um denominador comum.

### 5.3.1.3 Tomada de posição

Após a exposição dos principais critérios para se definir o início da tentativa na omissão imprópria, cumpre agora tomar uma posição de maneira fundamentada, o que se fará analisando os seguintes pontos: (i) o erro da identidade entre o surgimento do dever concreto de agir e início da execução na omissão imprópria como violação da autonomia conferida ao garantidor; (ii) o tratamento igualitário entre comissão e omissão imprópria como exigência de condição necessária, mas não suficiente para o início da execução; (iii) a modificação do dever concreto de agir como a segunda condição para o início da execução e (iv) concretização do critério.

#### 5.3.1.3.1 O erro da identidade entre o surgimento do dever concreto de agir e o início da execução na omissão imprópria como violação da autonomia conferida ao garantidor

A identidade entre o momento da exigibilidade do dever concreto de agir e o início da tentativa na omissão imprópria é equivocada, pois viola o poder de administração que existe no ônus de proteção que detém o indivíduo portador do dever de garantidor. Vejamos o argumento em detalhes.

Quando um indivíduo assume inequivocamente uma posição de garantidor, impõe-se a ele um ônus de proteção de um bem jurídico contra determinadas fontes de perigo (*supra* n. 3.2.1.2.1), ônus este composto por uma *restrição da liberdade*, que é a necessidade de realização de ações concretas de salvamento, mas também por um *poder*, que é a administração da melhor forma de realizar tais ações. A existência desta dimensão de *poder de administração* integrante do ônus de proteção do garantidor decorre da própria natureza jurídica da figura, pois o objetivo de se eleger alguém para cumprir com este ônus não é simplesmente que intervenha na situação concreta de perigo (isto seria um dever genérico das omissões próprias), mas sim que intervenha com certas qualidades, como uma formação, um conhecimento, uma condição de acesso ao bem jurídico ou à fonte de perigo,

uma experiência, etc., que permitirão gerar o duplo efeito da *confiança* do portador do bem jurídico e do *abandono* de outros potenciais intervenientes.

Sendo assim, caso se considere que o início da execução na omissão imprópria se dê no primeiro momento em que a ação concreta de salvamento não foi realizada pelo garantidor, se está negando esta dimensão do poder de administração e conveniência do ônus de proteção do garantidor para eleger o melhor momento para cumprir com o próprio dever. Aliás, uma tal identidade entre a não realização da ação concreta de salvamento na primeira oportunidade e o início da execução na omissão significa, em última instância, negar que o garantidor detenha um controle sobre a situação de perigo<sup>511</sup>, impondo-lhe uma responsabilização penal pela mera posição que gerou o dever abstrato de garantidor.

Com base nesta argumentação, é possível afastar os critérios utilizados pelos autores alocados no primeiro grupo.

As posições do início da execução após a não realização da ação concreta de salvamento na primeira (*supra* n. 5.3.1.1.1) e na última (*supra* n. 5.3.1.1.2) oportunidades de agir estão calcadas na absoluta identidade entre a exigibilidade penal do dever concreto de agir e o início da execução, somente divergindo a respeito do momento em que esta exigibilidade acontece. Porém, conforme demonstrado, seja no primeiro ou no último momento, não pode haver uma identidade absoluta e prévia entre o momento da exigibilidade do dever concreto de agir e o início da execução, pois é ínsito à posição de garante que seu portador detenha uma margem de administração do melhor momento a intervir, o que não se pode reconhecer em qualquer destas posições.

Caso se entenda, no entanto, que para a posição da última oportunidade o dever concreto de agir surja em um primeiro momento, mas seu descumprimento somente tenha relevância penal na última oportunidade de realização – interpretação que respeitaria este poder de administração do garantidor –, há uma objeção subsequente, de que é uma posição demasiadamente prejudicial ao bem jurídico e não se coaduna com as razões consequencialistas da responsabilização penal por tentativa (cf. *supra* n. 4.3.1).

Já o critério do perigo, nas suas vertentes do perigo *ex post* e do abandono de ROXIN, também segue este padrão de identidade entre a exigibilidade penal do dever concreto de agir e o início da execução.

---

<sup>511</sup> Controle este que, conforme destacado no item *supra* n. 3.2.1.2.1, é o que confere a *identidade estrutural normativa* entre a não realização da ação de salvaguarda de um bem jurídico (omissão imprópria) com a criação de um risco a este bem jurídico (comissão).

Para o critério do perigo constatado *ex post* (*supra* n. 5.3.1.1.3, a e b), a tentativa se iniciará no momento em que, da omissão do garantidor, resultar um perigo iminente ao bem jurídico. Ocorre que, para esta posição, o dever concreto de agir é exigível já com a situação típica e, neste momento, também uma conduta que descumpra esse dever é uma conduta *omissiva* dotada de desvalor penal. A única diferença é que este critério agrega um requisito de desvalor do resultado *ex post* diverso do resultado típico para considerar aquela conduta *omissiva* penalmente desvalorada como passível de punição. Em suma, do ponto de vista da conduta praticada pelo garante, descumprir o dever e iniciar a tentativa se identificariam, incorrendo no mesmo problema de negar a dimensão do poder de administração ínsito ao ônus de proteção da posição de garantidor. A diferença com as posições anteriores está na exigência do surgimento de um desvalor de resultado de perigo maior para o bem jurídico.

No critério do abandono de ROXIN (*supra* n. 5.3.1.1.3, b), a identidade entre a exigibilidade do dever e o início da tentativa é ainda mais evidente, pois admite-se uma antecipação do início da tentativa nas hipóteses em que o portador da posição de garantidor abandonar seu posto. Ou seja, normalmente a tentativa se inicia quando, descumprido o *dever concreto de agir* (desvalor da conduta), surgir um resultado de perigo (desvalor de resultado). Porém, caso se pratique uma determinada forma de descumprir com um dever, *ainda genérico*, de agir (o abandono de uma posição abstrata de garantidor), ela já representará um descumprimento do dever e, com ele, o início da tentativa.

Fica evidente assim que estas duas posições também não reconhecem o devido poder de administração do melhor momento de intervenção de que deve ser dotado o garantidor e não podem ser adotadas como critérios para definição do início da execução.

#### 5.3.1.3.2 O tratamento igualitário entre comissão e omissão imprópria como condição necessária, mas não suficiente para o início da execução na segunda

Não se pode ignorar que o ordenamento jurídico brasileiro equipara a conduta comissiva à omissiva imprópria em seus arts. 13, *caput*, e 13, §2º, do CP, bem como indica que, dos tipos penais de lesão ou perigo concreto, é possível extrair tanto as normas de proibição quanto as normas de mandado<sup>512</sup>, razão pela qual poder-se-ia afirmar que o critério para definir o início da execução (art.

---

<sup>512</sup> Para a fundamentação deste ponto, cf. item *supra* n. 3.1.2 e 3.1.3.

14, inc. II, do CP) deve ser exatamente o mesmo para a comissão e para a omissão imprópria. Esta afirmação, no entanto, apresenta uma parcela de acerto e uma parcela de equívoco.

A imposição de um tratamento igualitário entre a conduta comissiva e a conduta omissiva imprópria determina que não pode haver um critério de início da execução que seja *menos exigente* para a segunda do que para a primeira. Vale dizer, não pode existir maior antecipação da incidência do Direito Penal para a omissão imprópria do que para a comissão. Sendo assim, a afirmação acerta ao impôr a necessidade de se identificar um denominador comum a ambas as formas de conduta, que seja capaz de indicar um elemento *necessário* para que se afirme o início da execução, um elemento sem o qual não se poderia afirmar o início da execução a nenhum dos dois juízos de atribuição a condutas humanas.

A partir disto, as posições do segundo grupo identificaram esse elemento na *periculosidade da conduta*, com base no conceito quantitativo de perigo, ou seja, a execução se iniciaria quando, após a situação de perigo, a não realização da ação concreta de salvamento representasse uma periculosidade ao bem jurídico.

Ocorre que, conforme já demonstrado no item *supra* n. 4.3.2, o conceito de perigo, de periculosidade da conduta, é um conceito consequencialista, de tendência expansiva para maximizar os fins úteis que busca, razão pela qual não é capaz de indicar um limite deontológico para definir o início da execução.

Com base nesta argumentação, é possível afastar o critério da conduta omissiva dotada de periculosidade como alta probabilidade de gerar o resultado (*supra* n. 5.3.1.2.1). Segundo este critério, o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios se dá no momento em que, de uma perspectiva *ex ante*, um observador objetivo conclua que a omissão representará um aumento do perigo ao bem jurídico como aumento da probabilidade de gerar o resultado. No entanto, na medida em que a periculosidade é um critério baseado em razões consequencialistas de maior eficácia na proteção de bens jurídicos, sempre resultará em uma interpretação conservadora no sentido de que o não cumprimento do dever no primeiro momento após a situação de perigo por uma omissão do garante será uma conduta perigosa ao bem jurídico, sempre representará um aumento da probabilidade de ocorrência do resultado, e, conseqüentemente, estará iniciada a tentativa nos crimes omissivos impróprios. Em outras palavras, com base neste critério, identificada a situação de perigo e ativado o dever concreto de agir, o seu descumprimento pelo garante já representa uma *omissão perigosa* e, por consequência, um início da tentativa. Não se trata de um critério que limitará a busca



pelo fim de proteção mais eficaz de bens jurídicos, mas sim de um critério que incentivará essa proteção o quanto for possível, gerando indevida antecipação da incidência do Direito Penal.

Há ainda uma crítica subsidiária a este critério, de ordem prática, de que, conforme demonstrado no item *supra* n. 3.1.3, os crimes omissivos se caracterizam pela presença de uma situação de perigo prévia e independente da qual surge o dever concreto de agir e não da criação desta situação de perigo, como acontecem nos crimes comissivos. Portanto, diferentemente do que pretende esta posição, não há como estabelecer uma relação direta entre a conduta omissiva e um aumento do perigo em relação ao existente na situação típica.

As posições dispostas no item *supra* n. 5.3.1.2.2, do abandono da fonte de perigo (a) e da perda da última possibilidade de intervir mais eficaz (b), conseguem enfrentar essa crítica subsidiária modificando o conceito de “perigo”, que seria composto não só pela potencialidade lesiva da fonte de perigo, mas também pela maior ou menor presença de meios de proteção do bem jurídico. Com base neste conceito, seus adeptos podem se valer de critérios como o abandono do garante (a) e a modificação do dever concreto de agir (b) como indicadores da periculosidade da conduta omissiva que indicaria o início da execução, ou seja, estabelecem uma relação direta entre a omissão do garantidor e o aumento do perigo, desde que este aumento do perigo signifique maior probabilidade de ocorrência do resultado pela diminuição dos meios de proteção ao bem jurídico.

Porém, dois são os problemas destas posições: primeiro, trata-se de um conceito *formal* de perigo, ou seja, incluíram um elemento para afirmar o que é perigo e, na sequência, disseram que quando este elemento estiver presente (falta de controle da fonte de perigo pelo garante), o perigo estará presente. Este conceito, no entanto, não modifica o fato incontestado de que a conduta omissiva nunca aumentará a potencialidade lesiva da fonte de perigo, mas somente modificará determinado meio de proteção disponível ao bem jurídico, que é a própria posição de garantidor. Este conceito formal resulta em alguns problemas já indicados acima, mas o principal deles é que não é capaz de funcionar como um verdadeiro limitador do critério de cunho consequencialista da periculosidade, que é o segundo e principal problema.

Em outras palavras, por mais que os critérios olhem para o abandono do garante e para a modificação da ação concreta de salvamento, estes são somente indicativos da periculosidade da conduta omissiva, de modo que o critério de delimitação do início da execução continua sendo o “perigo” e não o abandono ou a modificação do dever. Desta forma, nas situações concretas, sempre se perguntará se, de um ponto de vista *ex ante*, o observador objetivo entende que a conduta omissiva

representará um aumento do perigo, e não se a conduta omissiva representará uma modificação do dever de agir.

Estas concepções não conseguem, portanto, se desvincular da ideia de periculosidade como o indicador do início da tentativa, mas somente apresentam critérios diferentes para identificá-la em comparação com a posição anterior. Desta forma, por ser um critério de razão consequencialista, acaba incorrendo no mesmo problema de que a avaliação do observador objetivo, nos casos concretos, sempre prestigiará a ideia de que houve um perigo, antecipando a intervenção penal da forma mais conservadora possível, em detrimento da análise sobre a modificação da ação concreta de salvamento.

Em suma, o elemento comum para definir o início da execução em ambos os juízos (comissão e omissão) de atribuição a condutas humanas reais não pode ser exclusivamente a periculosidade da conduta.

Conforme argumentado nos itens *supra* n. 4.3 e 4.4, a responsabilidade penal a título de tentativa está calcada em razões consequencialistas de maior eficácia na proteção de bens jurídicos, mas também em limites deontológicos de domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado. As razões consequencialistas estão presentes na medida em que há um perigo, uma probabilidade, de ocorrência de um resultado lesivo ou perigoso, constatada *ex ante*, por um observador *onisciente* a partir de leis causais naturais. Sua importância surge somente para definir se a conduta é idônea ou inidônea, pois apresentam vocação para antecipar ao máximo a intervenção penal (*supra* n. 4.4.2). De outro lado, os limites deontológicos de domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado estarão presentes quando indicadores objetivos de ocorrência do resultado (vítima, meio de execução, lapso temporal) estiverem de tal forma organizados que seja quase impossível uma causa salvadora intervir sem o conhecimento do autor, organização esta que pode se identificar com o que estamos denominando até agora de *situação de perigo*, e o autor tiver conhecimento sobre a presença e organização de tais indicadores. Os limites deontológicos, na medida em que são regras absolutas e imponderáveis, têm importância para definir o início da execução, funcionando como limite à tendência de antecipação das razões consequencialistas.

Diante disto, presente a razão consequencialista de periculosidade da ocorrência do resultado (afastada a tentativa inidônea), a tentativa nos crimes comissivos se iniciará com a presença do tal *domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado*, que exige que a conduta do autor efetivamente inicie o curso causal a partir da organização dos indicadores do resultado, tendo conhecimento da presença e organização de tais indicadores. Em última análise, na comissão a conduta irá dar início a uma *situação de perigo*. Da mesma forma, presente a razão consequencialista

de periculosidade da ocorrência do resultado (afastada a tentativa inidônea), a tentativa nos crimes omissivos impróprios *exige* que esteja presente a *situação de perigo*, que nada mais é do que a organização dos indicadores de resultado necessária para a presença do *domínio*, e também que o omitente garante tenha conhecimento sobre esta situação.

Pode-se dizer assim que o denominador comum na comissão e na omissão imprópria é o conceito de *domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado*, composto pela organização objetiva dos indicadores do resultado (situação de perigo) e seu conhecimento pelo autor. Partindo deste conceito, há uma identidade entre o momento de incidência do Direito Penal nas comissões e nas omissões impróprias, cumprindo a exigência de que não exista um critério mais antecipatório para o crime omissivo impróprio em comparação com o comissivo.

A pergunta a ser feita, porém, é: a presença deste denominador comum é além de *necessária*, também *suficiente* para indicar o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios?

A resposta é negativa, pois, ao se entender que este denominador comum à comissão e à omissão imprópria não só é necessário, mas também é *suficiente*, o início da execução ocorreria tanto com a criação da situação de perigo pela comissão quanto com a primeira não realização da ação concreta de salvamento inicial pela omissão imprópria. Ora, uma tal forma de proceder retorna à criticada identidade entre a exigibilidade do dever de agir e o início da tentativa na omissão imprópria. A única diferença é que há um marco temporal de perigo (situação de perigo) a partir do qual se pode afirmar a existência do dever concreto de agir.

O que se está afirmando, em última análise, é que enquanto para a comissão a presença do *domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado* já é suficiente para o início da execução (cf. *supra* n. 4.4.1), para a omissão imprópria a presença deste domínio é apenas necessária, mas não pode ser suficiente, sob pena de se igualar indevidamente o momento da exigência do dever concreto de agir e o início da execução.

Em suma, como decorrência lógica da obrigatoriedade de tratamento igualitário entre *comissão* e *omissão*, disposta no art. 13, *caput*, do CP, não se pode negar que as condutas omissivas impróprias somente podem ter relevância penal quando houver um domínio da periculosidade da ocorrência do resultado, mais especificamente sua dimensão objetiva da situação de perigo, tal qual se exige das condutas comissivas. Do contrário, as condutas omissivas impróprias poderiam ser consideradas penalmente relevantes em momentos em que ainda se reconhecem meros atos preparatórios comissivos. Porém, isto não significa que, com a presença deste domínio, já se está diante do início da execução nos crimes omissivos impróprios, pois considerá-lo como elemento

*suficiente* para o início da execução representa indevida identidade entre o momento de realizar a ação concreta de salvamento e o início da execução.

Diante de uma *situação de perigo* para determinado bem jurídico surge ao garante a necessidade de realizar a ação concreta de salvamento, mas sua não realização não significará já o início da execução do crime por omissão imprópria, sendo necessário um “algo a mais” para que ela se inicie, algo que vá além da presença daquele *domínio*, suficiente para os crimes comissivos, que se exprime com a seguinte indagação: *qual a característica da conduta omissiva que justifica ao garantidor considerá-lo penalmente responsável pela não realização da ação concreta de salvamento ainda que o resultado não tenha ocorrido ou não lhe seja imputável?*

#### 5.3.1.3.3 A modificação do dever de garante como a segunda condição necessária para o início da tentativa

Conforme explicitado acima, o que se busca com o início da execução nos crimes omissivos impróprios é verificar qual a característica da conduta do garante, já detentor do domínio da periculosidade da ocorrência do resultado, pois presente a situação típica e seu conhecimento sobre ela, que justifica sua responsabilização penal pela não realização da ação concreta de salvamento inicial, ainda que o resultado não tenha ocorrido ou não lhe seja imputável.

A resposta a esta questão encontra-se no motivo pelo qual não se pode igualar o momento da realização da primeira ação concreta de salvamento com o início da execução. Os crimes omissivos se caracterizam por serem a não intervenção em uma situação de perigo para a salvaguarda de um bem jurídico. Ocorre que, em razão do exercício de liberdade da assunção inequívoca de uma posição específica de proteção deste bem jurídico contra determinadas fontes de perigo, é possível equiparar normativamente essa não intervenção à própria criação do perigo (comissão).

Essa posição específica é a posição de garantidor, uma posição especial elegida para fazer uma gestão qualificada de riscos. Isso significa que o ônus daquele que assume a posição de garantidor é um ônus não só geral de intervenção na situação de perigo, mas sim um ônus qualificado de segurança, que está baseado em qualidades, formações, conhecimentos, acesso ao bem jurídico, acesso à fonte de perigo, etc. São estas características que permitirão aos potenciais titulares de bens jurídicos confiarem na atuação deste garantidor e nos demais potenciais intervenientes de se afastarem para que o garantidor atue. Como consequência da imposição de um ônus qualificado de segurança, que impõe verdadeira gestão de riscos àquele que assumiu essa posição, não se pode admitir que,

diante de situações de perigo de que tenha conhecimento (domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado), a este indivíduo surja somente uma restrição da liberdade de realizar a ação concreta de salvamento inicial. É preciso conferir a ele também um poder de administração desta realização da ação concreta de salvamento, um poder que caminhe junto com aquela restrição da liberdade.

Caso não se reconheça esse poder de administração, admitindo sua responsabilidade penal já com a presença do *domínio da periculosidade do resultado*, tal qual nos crimes comissivos, a posição de garantidor não cumprirá função alguma e a intervenção qualificada se perderá. Ao contrário, o que se estará fazendo é indicando que, por ter assumido determinada função, cargo, ocupação, posição, etc., previamente, e não ter feito a intervenção assim que fosse possível (com o aparecimento do domínio), já será responsável penalmente. Ora, não há espaço assim para que o indivíduo que assumiu esta posição possa desenvolver a gestão qualificada de risco. Ao contrário, simplesmente impõe-se um ônus muito maior e a possibilidade de uma responsabilização muito mais grave (inclusive pelo resultado e pela tentativa) pelo simples fato de ocupar determinada posição.

Sendo assim, um verdadeiro critério que pretende delimitar o início da execução nos crimes omissivos impróprios, ou seja, um critério de natureza deontológica, precisa ser capaz de justificar ao garantidor porque ele pode ser responsabilizado penalmente, com o objetivo de maior eficácia da proteção de bens jurídicos, por ter deixado de intervir na situação de perigo de que tinha não só um dever, mas também um poder de gestão de risco (poder de administração).

Em outras palavras, a pergunta a ser feita é: *qual característica da conduta do garantidor representa a violação de seu poder de administração do risco (i. é., que torna intolerável a não intervenção) após lhe ser exigível, por uma situação de perigo, a realização de uma ação concreta de salvamento?*

A resposta a esta questão é que a característica da conduta do garantidor que indica o início da execução é a *modificação de um dos dois pilares da posição de garantidor: a ação concreta de salvamento inicial*, tal qual se aproximou a posição do incremento do esforço para evitar o resultado (*supra* n. 5.3.1.2.2, c), ou a *possibilidade físico-jurídica de agir*.

A modificação de ao menos um dos dois pilares da posição de garantidor como a segunda marca para indicar o início da tentativa na omissão (a primeira é a presença do domínio, pela situação de perigo e o conhecimento do garante) complementa os limites deontológicos que compõem o início da execução do crime omissivo impróprio, pois o garante não só detinha o *domínio da periculosidade da ocorrência do resultado*, mas também *não cumpriu com o seu ônus de gestão de risco*, falhou na

intervenção qualificada própria da posição que assumiu previamente, ficando assim a ele justificada a responsabilização penal, ainda que o resultado não ocorra, como forma de atingir um fim útil de maior eficácia na proteção de bens jurídicos.

É importante ressaltar que se trata de um limite deontológico, de modo que, ainda que se constate que após a não realização da ação concreta de salvamento o perigo ao bem jurídico tenha aumentado, se não houver a modificação desta ação concreta ou da possibilidade de agir do garante, e o consequente desrespeito ao poder do garante de administração do melhor momento de intervenção, não estará iniciada a execução. Em suma, ainda que representasse uma maior eficácia na proteção de bens jurídicos, a responsabilização penal não pode ocorrer, pois não houve o descumprimento do poder de administração de risco do garantidor.

Portanto, o uso legítimo do poder de administrar o melhor momento de intervenção se torna intolerável (ou verifica-se a violação de um tal uso legítimo) quando, de uma perspectiva *ex ante*, um observador objetivo da perspectiva do garantidor concluir que se omitir a ação de salvamento, esta representará a modificação de ao menos um dos dois pilares da posição de garante, ou seja, a ação concreta de salvamento inicial ou a possibilidade de agir do garante.

#### 5.3.1.3.4 Concretização do critério

Do exposto até o momento foi possível concluir que: (i) é condição necessária para o início da tentativa na omissão imprópria que exista um *domínio da periculosidade da ocorrência do resultado*, composto pela *situação de perigo* e pelo conhecimento do garante sobre ela, que cumpre com a exigência de que a responsabilização penal pela tentativa não incida antes para a omissão do que para a comissão; (ii) é insito ao dever de garante um poder de administrar o melhor momento para intervir na situação típica, de modo que a tentativa somente se iniciará quando houver uma *violação deste poder de administrar* (for intolerável a não intervenção) e (iii) esta violação ocorre quando, com a omissão do garante após a situação típica e o surgimento da ação concreta de salvamento, houver *uma modificação de ao menos um dos pilares da posição de garante*, isto é, a ação concreta de salvamento inicial ou a possibilidade de agir do garante, independentemente da questão a respeito do aumento do perigo. Cumpre neste tópico definir o que seria concretamente esta modificação.

Com relação à ação concreta de salvamento inicial (*supra* n. 3.2.1.3), a modificação pode ocorrer de duas formas:

Em primeiro lugar, pode ser uma mudança de *eficácia* da ação de salvamento: com o advento da situação típica, surge uma ação de salvamento adequada à evitação do resultado, porém, devido à inércia do garante, esta ação de salvamento perde sua eficácia, vale dizer, a partir daquele momento a ação de salvamento inicial já não é mais adequada, suficiente, para impedir o resultado decorrente da situação típica, podendo ou não surgir uma nova ação de salvamento. Por exemplo, uma criança está passando fome e sua mãe não a alimenta. Enquanto o ato de alimentar naturalmente se mantiver como o meio eficaz para impedir o resultado lesão corporal decorrente daquela situação típica, a mãe (garante) estará no exercício de seu poder de administração. Quando, porém, o ato de alimentação natural já não for mais suficiente, pois a criança necessita de alimentação intravenosa, por exemplo, a mãe (garante) estará no campo da tentativa de lesão corporal.

Em segundo lugar, pode ser uma mudança de *possibilidade de realização*: devido à inércia do garante, a ação concreta de salvamento inicial já não pode mais ser realizada, por mais que o garante queira realizá-la. Repare que há uma diferença em relação à primeira mudança, na qual ainda é possível realizá-la, mas já não é mais suficiente. Aqui, sequer se discute se é ou não suficiente, pois, antes disso, ela já não pode mais ser realizada. Por exemplo, se “A” coloca veneno na garrafa de vinho de seu amigo “B”. Estamos diante de uma situação típica. Na medida em que o pai de “B” sabe da informação e pode agir, surge para ele, como ação de salvamento mais eficaz, a retirada da garrafa do local. Enquanto for possível que a garrafa seja retirada do local, o pai de “B” está no campo de sua autonomia de administração do melhor momento de intervenção. Porém, quando “B” pega a garrafa na mão, a retirada do vinho já não pode mais ser praticada, portanto, o pai de “B” estará no campo da tentativa de homicídio.

Com relação à possibilidade de agir, deve-se pensar sempre na condição inicial do garante. Assim, a modificação pode ocorrer com a dificuldade na *possibilidade de agir do garante*.

Diante de uma situação típica, a conjunção da posição de garante e da possibilidade de agir faz surgir a ação concreta de salvamento inicial. Porém, devido à inércia do garante quanto à ação de salvamento, este já não tem mais condições *físicas* de intervir na situação típica. Por exemplo, um médico “A”, após perceber um estado crítico de seu paciente, abandona o hospital sem avisar ninguém a respeito da necessidade de remoção para hospital de maior porte. Enquanto for possível ao médico (garante) realizar a remoção, ele estará no campo da autonomia da intervenção do garante. Porém, na medida em que já não puder mais fazê-lo, estará no campo da tentativa de homicídio.

Veja que esta hipótese de modificação da posição de garantidor não se confunde com a possibilidade de praticar a ação de salvamento, pois aqui trata-se de uma impossibilidade física da

pessoa do agente, mas terceira pessoa ainda poderia praticar a ação de salvamento. Importante lembrar ainda que esta impossibilidade física pode tanto dizer respeito somente à ação concreta de salvamento inicial, quanto à presença de uma *vis absoluta* posterior causada pelo próprio garante.

Por fim, também o posterior surgimento de uma impossibilidade jurídica de agir é capaz de indicar o início da execução no crime omissivo impróprio.

Definidas as modificações, é importante reforçar que a análise deve ser feita desde uma perspectiva *ex ante* e do próprio garantidor, ou seja, em determinado momento da prática da omissão, da perspectiva do garante era possível constatar que, com a não realização da ação concreta de salvamento inicial: (i) esta ação concreta de salvamento inicial já não seria mais eficaz; (ii) não seria mais possível realizá-la ou (iii) que ele já não teria mais a possibilidade física ou jurídica inicial de intervir.

A tentativa nos crimes omissivos impróprios se inicia quando, desde um ponto de vista *ex ante* e da perspectiva do garantidor, concluir-se que, com a omissão da ação concreta de salvamento inicial, surgirá uma ineficácia ou impossibilidade de praticá-la ou uma impossibilidade física ou jurídica do garante de agir.

Em suma, o desvalor da conduta de um crime de omissão imprópria (momento em que se inicia a tentativa) é *a omissão da ação concreta de salvamento inicial decorrente da situação de perigo, a partir da qual surgirá (i) a perda de sua eficácia; (ii) a impossibilidade de ser realizada ou (iii) uma impossibilidade física ou jurídica do garante de agir*<sup>513</sup>.

### 5.3.2 Inexistência de crime impossível (art. 17, CP)

Diferentemente do que ocorre com a delimitação do início da execução, que apresenta critérios diferentes para a comissão e para a omissão imprópria, o critério para definição da tentativa inidônea, não punível pelo ordenamento brasileiro, é igual para os dois juízos de atribuição, razão pela qual remte-se aqui o leitor ao item *supra* n. 4.4.2 para lembrar os principais conceitos. Neste tópico cumpre somente uma breve aplicação do critério estabelecido para os crimes omissivos impróprios.

---

<sup>513</sup> É importante ressaltar, por fim, que este critério é válido para todas as possibilidades de ações de salvamento que a doutrina normalmente postula. As diferentes hipóteses trazidas pela doutrina são: (i) quando houver somente uma ação de salvamento: (a) ela só puder ser realizada em um único momento ou (b) ela puder ser praticada em um lapso temporal e (ii) quando houver várias ações de salvamento: (a) elas puderem ser praticadas no mesmo momento ou (b) elas se encontrarem em uma sucessão temporal. Esta divisão foi retirada de FARRÉ TREPAT, Elena. Sobre..., *op. cit.*, p. 63-65.



Conforme já demonstrado, a discussão sobre a tentativa ser idônea ou inidônea diz respeito à pergunta: por que punir já a tentativa? Esta pergunta carrega consigo a discussão sobre as razões consequentialistas de maior eficácia na proteção de bens jurídicos que representa a proibição e punição das situações de tentativa. Sendo assim, estar-se-á diante de uma tentativa inidônea quando, no momento *ex ante* em que os indicadores do resultado estiverem organizados objetivamente de forma a conferir domínio ao autor (situação de perigo na omissão), um observador *onisciente*, baseado nas leis causais naturais conhecidas, concluir que o que acontecerá é exatamente o que já se observou *ex post*, ou seja, que o resultado não ocorrerá.

Ao transportar este critério para os crimes omissivos impróprios, o que se deve analisar é se, no momento *ex ante* de surgimento da situação de perigo, um observador *onisciente*, baseado nas leis causais naturais conhecidas, concluir que o que acontecerá é exatamente o que já se observou *ex post*, ou seja, que o resultado ocorrerá.

Tal hipótese se dá, por exemplo, se na verdade, não existir uma situação típica, mas sim o resultado já tiver acontecido, ou se existir alguma causa autônoma que conduzirá obrigatoriamente ao resultado lesivo. Para ilustrar, considere que o corpo de “A”, morto, está caído no apartamento quando seu pai chega ao local. Neste caso, por mais que o pai acredite que o filho possa estar vivo, mas com risco de vida (erro sobre a existência da situação de perigo) e saia do local, não realizando conduta alguma de assistência inicial de primeiros socorros, na medida em que, da perspectiva *ex ante*, o observador *onisciente* já concluiu que “A” está morto e que não há situação típica, a conduta do pai é mero crime impossível, não punível pelo ordenamento brasileiro. Considere agora que uma criança está vomitando muito e seus pais, apesar de verificarem a situação, continuam seus afazeres domésticos e não a levam ao hospital. A criança morre dali algumas horas. Porém, descobre-se, posteriormente, que na manhã daquele dia, quando estava na escola, a criança havia ingerido substância tóxica e que não poderia ser salva. Nesta situação, por mais que os pais tenham deixado de realizar uma ação inicial de salvamento, um observador *onisciente*, no momento *ex ante*, em que a criança estava vomitando, concluiria que nenhuma ação poderia salvá-la e o resultado morte aconteceria tal qual se observou *ex post*. Portanto, se está diante de um crime impossível, não punível pelo ordenamento brasileiro.

## 6 RENDIMENTO DA POSIÇÃO ADOTADA: A RESOLUÇÃO DOS GRUPOS DE CASOS

Após a definição do critério para delimitar o início da execução dos crimes por omissão imprópria, é importante demonstrar que a posição adotada apresenta rendimento para a solução de problemas concretos, o que se fará por meio da resolução dos grupos de casos propostos inicialmente.

### 6.1 ESQUEMA DE ANÁLISE ATUALIZADO

A resolução dos casos seguirá o método de análise que estruturou a presente dissertação (*supra* n. 1), porém, agora, o esquema de resolução foi atualizado com o critério de delimitação do início da execução.

- Delimitação da conduta concreta e hipótese
- Pré-análise: ausência de consumação
- Tipicidade
  - Tipo objetivo
    - Situação de perigo
    - Posição de garantidor (art. 13 § 2º, CP) inequivocamente assumida
    - Ação concreta de salvamento inicial
      - Possibilidade físico-real e jurídica de agir
    - Início da execução (art. 14, inc. II, CP): Omissão a partir da qual surgirá:
      - A ineficácia da ação de salvamento inicial;
      - A impossibilidade de realizar a ação de salvamento inicial ou
      - A impossibilidade do garante agir
    - Inexistência de crime impossível (art. 17, CP)
  - Tipo subjetivo
    - Dolo
- Antijuridicidade
- Culpabilidade

Como a redação da dissertação foi estruturada passando por cada um dos passos deste esquema de análise, abaixo somente será feita remissão aos números dos itens em que se resolveu cada um dos pontos, deixando a exposição por conta da subsunção dos fatos aos critérios estabelecidos para o início da tentativa na omissão imprópria.

## 6.2 PRIMEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE PROTEÇÃO

### 6.2.1 O caso do controlador de voo

- *Delimitação da conduta e hipótese*: supra n. 2.1.1
- *Pré-análise (+)*: No caso, não houve colisão entre aeronaves, pois os pilotos conseguiram desviar a tempo. Logo, nenhum passageiro morreu e, por consequência, não houve resultado.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Situação típica (+)*: supra n. 3.2.1.1.2.
    - *Posição de garantidor inequivocamente assumida (+)*: supra n. 3.2.1.2.3.
    - *Ação concreta de salvamento inicial*: supra n. 3.2.1.3.2.
      - *Possibilidade físico-real e jurídica de agir (+)*: supra n. 4.2.1.2.3.
    - *Início da execução: omissão a partir da qual decorre a impossibilidade do garante agir (+)*: Apesar de seu dever concreto de agir diante da situação típica, “C1” não enviou o devido alerta para que a aeronave descesse. Porém, do início da situação típica até às 19h02m, ainda mantinha a eficácia dessa ação de salvamento e a possibilidade de realizá-la. Ocorre que, às 19h02m, saiu de seu posto e não avisou seu substituto, “C2”, que não tinha como saber da altitude da aeronave, pois o transponder estava quebrado. Assim, “C1” perdeu sua possibilidade física de agir, iniciando a execução do delito<sup>514</sup>.
    - *Inexistência de crime impossível (+)*
  - *Tipo subjetivo*
    - *Dolo (+)*: “C1” tinha conhecimento da situação típica descrita e de que não estava realizando a ação de salvamento necessária. Ademais, ao sair de seu posto sem avisar “C2” sobre a situação, tinha conhecimento de que estaria perdendo sua possibilidade física de agir.
- *Antijuridicidade (+)*
- *Culpabilidade (+)*

*Conclusão*: “C1” é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por omissão imprópria (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, c.c. art. 13, §2º, todos do CP).

<sup>514</sup> Essa situação é a que a doutrina classifica como sendo aquela em que *há somente uma ação de salvamento, mas com espaço de tempo limitado para praticá-la*. É importante ressaltar que, caso “C1” se mantivesse em seu posto, somente entraria em fase de execução do delito no momento em que a conduta de enviar um alerta já não fosse mais eficaz, por exemplo, porque outra aeronave estaria se aproximando e não teria como a aeronave XX descer à altitude correta, ou a conduta de enviar o alerta já não fosse mais possível, pois a aeronave saíra de seu campo de controle.

## 6.2.2 O caso da menor humilhada

- *Delimitação da conduta e hipótese*: supra n. 2.1.2
- *Pré-análise (+)*: No caso, após uma ligação anônima ao Conselho Tutelar, “V” foi socorrida ao hospital e sobreviveu. Logo, não houve resultado.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Situação típica (+)*: supra n. 3.2.1.1.2.
    - *Posição de garantidor inequivocamente assumida (+)*: supra n. 3.2.1.2.3.
    - *Ação concreta de salvamento inicial*: supra n. 3.2.1.3.2.
      - *Possibilidade físico-real e jurídica de agir (+)*: supra n. 3.2.1.3.2
    - *Início da execução: omissão a partir da qual decorre a ineficácia da ação de salvamento inicial (+)*: Apesar de “V” ter tomado diversos medicamentos controlados, “M” não prestou qualquer assistência, como ligar a um médico e entender se era ou não necessário levá-la ao hospital. Ocorre que a eficácia desta ação se mantinha até o período da tarde, quando “V” tomou mais medicamentos, entrou em estado de choque e desmaiou. Neste momento, a assistência inicial que se exigia da mãe, com a busca por um profissional e o entendimento sobre se era ou não preciso ir ao hospital, já não tinha mais eficácia. Vale dizer, até era possível que “M” realizasse isto, porém já não era mais adequado/idôneo para impedir o resultado, pois a situação típica somente poderia ser repelida por ação mais enérgica, de condução direta ao hospital. Assim, “M” modificou seu dever concreto de agir com o surgimento da ineficácia da ação de salvamento, iniciando a execução do delito<sup>515-516</sup>.
    - *Inexistência de crime impossível (+)*
  - *Tipo subjetivo*
    - *Dolo (+)*: “M” estava presente e, inclusive, observou “V” tomar os medicamentos, razão pela qual tinha conhecimento de que havia uma situação típica. Ademais,

<sup>515</sup> Essa situação é a que a doutrina classifica como sendo aquela em que *há mais de uma ação de salvamento que se encontram em sucessão temporal*. A tentativa se iniciará no momento em que a primeira ação de salvamento já não for mais eficaz ou quando não for possível mais praticá-la.

<sup>516</sup> É importante ressaltar que, no caso em questão há um importante elemento: a embriaguez de “M”. Segundo os dados do caso, “M” já estava se embriagando antes da ocorrência da situação típica (tomada de medicamentos pela menor). Se fosse demonstrado que “M”, devido à sua embriaguez, teria ficado impossibilitada de agir antes da ocorrência da situação típica, este fator *não seria relevante para o início da tentativa*. Ao contrário, estar-se-ia diante de hipótese de *omissio libera in causa*, na qual, por conduta anterior, o garante se coloca em situação de impossibilidade de agir no momento da situação típica. Se, por outro lado, fosse demonstrado que “M” teria se embriagado e ficado impossibilitada fisicamente de agir após o início da situação típica, este fator *seria relevante para o início da tentativa*, pois a garantidora com sua omissão, não realização da ação concreta de salvamento inicial, teria gerado uma impossibilidade física de agir.

quando “V” tomou nova quantidade de medicamentos, sabia que a simples assistência inicial já não seria mais suficiente.

- *Antijuridicidade* (+)
- *Culpabilidade* (+)

*Conclusão*: “M” é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por omissão imprópria (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, c.c. art. 13, §2º, todos do CP).

## 6.3 SEGUNDO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES DE VIGILÂNCIA

### 6.3.1 O caso da barragem

Este caso tem dois agentes que se omitiram, razão pela qual devemos analisar a responsabilidade penal de cada um deles de forma individualizada.

#### 6.3.1.1 Responsabilidade penal de “D1”

- *Delimitação da conduta e hipótese*: supra n. 2.2.1
- *Pré-análise* (+): No caso, os resultados morte e inundação estão presentes, porém se deram pela intervenção posterior culposa de terceiros, que criaram um risco autônomo, razão pela qual não se pode imputar o resultado a “D1” e, por consequência, não se pode responsabilizá-lo pela forma consumada do crime.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Situação típica* (+): supra n. 3.2.1.1.2.
    - *Posição de garantidor inequivocamente assumida* (+): supra n. 3.2.1.2.3
    - *Ação concreta de salvamento inicial*: supra n. 3.2.1.3.2
      - *Possibilidade físico-real e jurídica de agir* (+): supra n. 3.2.1.3.2
    - *Início da execução: omissão a partir da qual decorre*:
      - *a ineficácia da ação de salvamento inicial* (-): Em momento algum da trajetória como Diretor da empresa, desde que se iniciou a situação típica, a omissão de “D1” foi tal que decorreu a ineficácia da ação de desativar a barragem. As informações dos relatórios dão conta de que esta desativação seria suficiente para afastar a situação típica.

- *a impossibilidade de realizar a ação de salvamento inicial (-)*: Da mesma forma, enquanto estava na posição de Diretor, a omissão de “D1” não representou uma impossibilidade de realizar a desativação da barragem.
- *a impossibilidade do garante agir (-)*: É bem verdade que “D1” saiu do cargo de Diretor, o que poderia nos levar a argumentar que houve um abandono por parte do garante, conseqüentemente, a sua impossibilidade de agir. Ocorre que, neste caso, “D1” saiu do cargo, mas deu todas as informações para que um novo garante, que ocuparia seu posto, pudesse realizar a ação de salvamento inicial. Portanto, mesmo essa saída do cargo está dentro do poder de administração do garantidor.

*Conclusão*: “D1” não é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por omissão imprópria (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, c.c. art. 13, §2º, todos do CP) e nem pelo crime de tentativa de inundação por omissão imprópria (art. 254 c.c. art. 13, §2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP).

### 6.3.1.2 Responsabilidade penal de “D2”

- *Delimitação da conduta e hipótese*: supra 2.2.1
- *Pré-análise (+)*: No caso, os resultados morte e inundação estão presentes, porém se deram pela intervenção posterior culposa de terceiros, que criaram um risco autônomo, razão pela qual não se pode imputar o resultado ao Diretor “D2” e, por consequência, não se pode responsabilizá-lo pela forma consumada do crime.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Situação típica (+)*: supra n. 3.2.1.1.2.
    - *Posição de garantidor inequivocamente assumida (+)*: supra n. 3.2.1.2.3.
    - *Ação concreta de salvamento inicial*: supra n. 3.2.1.3.2.
      - *Possibilidade físico-real e jurídica de agir (+)*: supra n. 3.2.1.3.2.
    - *Início da execução: omissão a partir da qual decorre*:
      - *a ineficácia da ação de salvamento inicial (+)*: Ao assumir o cargo de Diretor Ambiental, “D2” não realizou a desativação da barragem, porém esta ação se manteve possível por um certo período de tempo até que foi constatado o parcial comprometimento das estruturas da barragem, momento em que a medida de desativação, apesar de possível, já não era mais eficaz para repelir a situação típica.
      - *Inexistência de crime impossível (+)*
  - *Tipo subjetivo*

- *Dolo* (+): “D2” tinha conhecimento do processo de perda de resistência da barragem, o que indicava a necessidade de desativá-la. Ademais, sabia que era o diretor da empresa e tinha sob sua responsabilidade da administração desta barragem. Portanto, não há dúvidas de que atuou com dolo.
- *Antijuridicidade* (+)
- *Culpabilidade* (+)
- *Exclusão de punibilidade* (+)
  - *Arrependimento eficaz*<sup>517</sup> (art. 15, segunda parte, do CP) (+)
    - *Tentativa acabada* (+): “D2” praticou omissão a partir da qual era possível concluir que conduziria a uma modificação da eficácia de sua ação de salvamento inicial. Portanto, fez o que era possível para atingir o resultado.
    - *Impedir o resultado* (+/-): “D2” não conseguiu impedir o resultado com sua conduta de contratar empresa especializada. Logo, de um ponto de vista exclusivamente legal, não estaria presente um arrependimento eficaz. Porém, talvez seja possível reconhecer que atuou de forma enérgica para o impedimento e este não se deu por culpa de terceiros<sup>518</sup>.

*Conclusão:* “D2” não é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por omissão imprópria (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, c.c. art. 13, §2º, todos do CP) e pelo crime de tentativa de inundação (art. 254 c.c. art. 13, §2º, c.c. art. 14, inc. II, todos do CP), devido ao arrependimento eficaz (art. 15, segunda parte, do CP).

### 6.3.2 Caso do “homem-ao-mar”

- *Delimitação da conduta e hipótese:* supra n. 2.2.2.

<sup>517</sup> Há discussão na doutrina sobre se é possível admitir nos crimes omissivos impróprios tanto uma tentativa inacabada quanto uma tentativa acabada para fins de delimitação da desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15 do CP). No entanto, por não ser este um tema da presente pesquisa, nos manteremos na posição mais simples e conservadora de que os crimes omissivos impróprios somente admitem tentativas acabadas.

<sup>518</sup> Este exemplo ilustra a importância a respeito da discussão sobre se é ou não possível admitir tentativas inacabadas na omissão imprópria para fins de definição da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Intuitivamente parece não existir óbice a tal admissão diante da posição ora adotada de tentativa nos crimes omissivos impróprios. Assim, a tentativa inacabada estaria presente quando, apesar da modificação do dever concreto de agir (em sua eficácia ou possibilidade) ou do poder de agir (na possibilidade física ou jurídica do garante), surgir uma nova ação de salvamento institucionalizada pela posição de garantidor, como é o caso da barragem, em que surgiu a necessidade de contratação de empresa especializada para reparar a estrutura. Nesta situação, o cumprimento da ação de salvamento pelo garante é suficiente, o que intuitivamente também parece ser o correto no caso em questão. Por outro lado, a tentativa acabada estaria presente quando da omissão penalmente relevante não surgisse uma nova ação de salvamento institucionalizada pela posição de garantidor, mas, no máximo, uma ação de salvamento muito mais custosa e arriscada ao garante. Nesta situação, só o cumprimento não será suficiente, sendo necessário garantir a não ocorrência do resultado.

- *Pré-análise (+)*: No caso, após ser jogado ao mar pelos tripulantes com somente uma tábua e galões de água para flutuar, “V” recebeu um bote salva-vidas de uma segunda embarcação e conseguiu chegar até a costa com segurança. Logo, não houve resultado.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Situação típica (+)*: supra n. 3.2.1.1.2.
    - *Posição de garantidor inequivocamente assumida (+)*: supra n. 3.2.1.2.3.
    - *Ação concreta de salvamento inicial*: supra n. 3.2.1.3.2.
      - *Possibilidade físico-real e jurídica de agir (+)*: supra n. 3.2.1.3.2.
    - *Início da execução: omissão a partir da qual decorre a impossibilidade de realizar a ação de salvamento inicial (+)*: Apesar de seus tripulantes estarem organizando uma ação de jogar um homem ao mar sem os devidos cuidados e condições para que sobrevivesse, “C” não deu a ordem para que parassem. Ocorre que a possibilidade de proferir esta ordem foi mantida por “C” enquanto os tripulantes subordinados ainda realizavam as ações para montar a tábua e os galões de água antes de jogar “V” ao mar. No momento em que “V” foi jogado ao mar, a ordem de parar já não poderia mais ser realizada, sendo necessária outra ordem ou, até mesmo um outro tipo de ação de salvamento. Assim, “C” modificou seu dever concreto de agir inicial com a impossibilidade de realizar a primeira ação de salvamento, iniciando a execução do delito<sup>519</sup>.
    - *Inexistência de crime impossível (+)*
  - *Tipo subjetivo*
    - *Dolo (+)*: “C” estava presente e, inclusive, observou seus subordinados organizando as coisas para jogar o imigrante “V” ao mar, razão pela qual tinha conhecimento de que havia uma situação típica. Ademais, tinha conhecimento de que, neste momento, poderia proferir uma ordem e, principalmente, que esta ordem teria uma validade delimitada, que era o momento em que “V” seria jogado ao mar.
- *Antijuridicidade (+)*
- *Culpabilidade (+)*

---

<sup>519</sup> Essa situação é mais uma que a doutrina classifica como sendo aquela em que *somente uma ação de salvamento, que pode ser realizada em um espaço temporal limitado*. É importante destacar que a ação de salvamento sempre deve ser definida a partir da posição de garantidor atribuída ao indivíduo. Assim, no caso, atribuiu-se a “C” a posição de garante de vigilância da tripulação pela sua posição hierarquicamente superior, de modo que a ação de salvamento que dele se exige deve ser a de controle sobre seus subordinados. Isso significa que (i) não podem ser consideradas as ações de salvamento relacionadas à proteção do imigrante “V”, como, por exemplo, jogar um bote salva-vidas junto com a tábua jogada por seus subordinados ou uma proteção física de “V” contra seus subordinados e (ii), por se tratar de uma vigilância de pessoas maiores e capazes, dotadas de autonomia, não podem ser consideradas ações como empurrar ou bater nos tripulantes. Veja que estas ações não são o exercício da posição de garante e, como tais, não podem ser consideradas para fins de avaliar a responsabilidade de “C” por omissão imprópria.



*Conclusão:* “C” é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por omissão imprópria (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, c.c. art. 13, §2º, todos do CP).

## 6.4 TERCEIRO GRUPO DE CASOS: GARANTIDORES POR INGERÊNCIA

### 6.4.1 O caso do abandono após atropelamento

- *Delimitação da conduta e hipótese:* 2.3.1
- *Pré-análise (+):* No caso, após ser atropelado, “P” acabou sendo socorrido por testemunhas e se recuperou no hospital. Logo, não houve resultado.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Situação típica (+):* supra n. 3.2.1.1.2.
    - *Posição de garantidor inequivocamente assumida (+):* supra n. 3.2.1.2.3.
    - *Ação concreta de salvamento inicial:* supra n. 3.2.1.3.2.
      - *Possibilidade físico-real e jurídica de agir (+):* supra n. 3.2.1.3.2.
    - *Início da execução: omissão a partir da qual decorre a impossibilidade do garante agir (+):* Logo após o início da situação típica, “C” abandonou-a, afastando-se do local onde “P” estava ferido. Assim, a partir da sua omissão surgiria uma impossibilidade física de agir para prestar os devidos primeiros socorros.
    - *Inexistência de crime impossível (+)*
  - *Tipo subjetivo*
    - *Dolo (+):* “C” verificou que atingiu “P”, que, por sua vez, ficou estendido no chão. Logo, não há dúvida sobre o conhecimento da situação de perigo e muito menos de sua posição de garantidor.
- *Antijuridicidade (+)*
- *Culpabilidade (+)*

*Conclusão:* “C” é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por omissão imprópria (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, c.c. art. 13, §2º, todos do CP).

### 6.4.2 O caso do amendoim envenenado

O caso do amendoim envenenado é um caso que integra a constelação composta pelo que a doutrina chama de “casos de tentativa acabada por autor direto”<sup>520</sup>. Esta constelação de casos tem um elemento em comum: o autor imediato realiza tudo o que for necessário para atingir o resultado, mas depende de uma atuação positiva da vítima para que ele ocorra. Portanto, em linhas gerais, a conduta sai dos atos preparatórios diretamente para uma tentativa acabada, o que gera a discussão sobre o critério para delimitar o início da execução.

Apesar de, intuitivamente, esta constelação de casos pertencer à modalidade *comissiva*, é importante trazê-la porque alguns autores acabam postulando que, nestas hipóteses, o início da execução se dá por meio de uma omissão<sup>521</sup>, ou seja, após praticar a conduta terminada, ainda não há tentativa, que somente ocorrerá quando a vítima estiver se aproximando e, então, o autor imediato não agir para impedi-la.

Diante desta discussão, buscamos demonstrar com o presente caso e a aplicação dos critérios delimitados neste trabalho, que esta posição está equivocada e que o correto é interpretar que ou (i) a conduta *comissiva* do autor individual já tem as características necessárias para instaurar uma situação típica, momento em que se inicia a tentativa por *comissão* (*supra* n. 4.4.1) e surge um dever de garantidor por ingerência e uma ação concreta de salvamento de desfazer o que foi feito, mas não uma tentativa por *omissão*, que somente se iniciará no momento em que já não for mais possível simplesmente desfazer ou (ii) a conduta *comissiva* ainda não é dotada das tais características e, por consequência, pode, no máximo, fundar uma posição de garantidor genérica de ingerência que, no futuro, caso o indivíduo não atue diante de uma situação de perigo colocada, modificando um dos pilares da posição de garantidor, poderá ser responsabilizado por omissão imprópria.

Para tanto, analisaremos primeiro a responsabilidade de “E” por comissão e, posteriormente, por omissão imprópria.

#### 6.4.2.1 Responsabilidade de “E” por comissão

---

<sup>520</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte General. Tomo II..., *op. cit.*, p. 501 e ss.

<sup>521</sup> Nesse sentido, *Ibid.*, p. 508. Também se fala em uma inércia do autor do fato, “*mas sem que, por isso, se passe a estar ante um crime omissivo, na medida em que o agente se não limita a não diminuir o perigo em que a vítima se encontra em virtude de quaisquer factores a ele estranhos ou de um seu comportamento anterior, orientado para um outro fim*” (BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos...**, *op. cit.*, p.189-190). Crítico, HERZBERG, Rolf Dietrich. *A tentativa...*, *op. cit.*, p. 162.

- *Delimitação da conduta e hipótese*: Segundo a narrativa do caso, sabendo que seu marido iria tomar chimarrão e que gostava de acompanhar comendo amendoim, “E” colocou inseticida, substância tóxica, em uma porção de amendoim triturado (*situação típica*). “M” pegou a porção de amendoim e ingeriu, momento em que começou a passar mal, mas foi atendido e sobreviveu. Por ter colocado inseticida, substância tóxica, em uma porção de amendoim triturado, “E” pode ter cometido o crime de tentativa de homicídio.
- *Pré-análise (+)*: No caso, após ter ingerido o amendoim envenenado e passado mal, “M” foi socorrido e sobreviveu. Logo, não houve resultado.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Conduta que iniciou a execução (art. 14, inc. II, do CP) (+)*: No momento em que “E” colocou o inseticida, substância sabidamente tóxica, em uma porção de amendoim que seu marido comeria pouco tempo depois, não há como negar que estão presentes indicadores fáticos de determinação do resultado (vítima, meio de execução e tempo) e de tal forma organizados que pode-se afirmar que era praticamente impossível que “E” fosse instrumentalizada por algum curso causal alternativo. Vale dizer, ou o resultado ocorreria ou ela teria conhecimento de que um curso causal salvador estaria agindo para impedi-lo. Assim, pode-se afirmar que ela praticou uma conduta que inaugurou uma situação de perigo à vida de “M” e, por consequência, iniciou a execução<sup>522-523</sup>.
    - *Inexistência de crime impossível (art. 17 do CP) (+)*: Até o momento crítico, em que “E” dificilmente seria instrumentalizada, tanto o meio utilizado (inseticida) era eficaz quanto o objeto atingido (vida de “M”) era idôneo, desde uma perspectiva de um observador onipresente no momento da realização da comissão (*ex ante*). Portanto, não há que se falar em crime impossível.
  - *Tipo subjetivo*
    - *Dolo (+)*: “E” tinha conhecimento de todos os principais elementos fáticos de determinação do resultado (vítima, meio de execução e tempo) e de sua organização. Portanto, presente o dolo.
- *Antijuridicidade (+)*

<sup>522</sup> É importante destacar que o início da execução se deu já em relação à conduta comissiva de colocar inseticida no amendoim triturado. Ou seja, não se utilizou aqui de uma posterior omissão em não retirar o amendoim ou avisar o marido que o amendoim estava envenenado. Isto porque esta omissão diz respeito ao desvalor da conduta omissiva e não pode ser confundida com a conduta comissiva.

<sup>523</sup> Variação do caso: Imaginemos que “E” colocasse o inseticida no amendoim, porém seu marido não estivesse em casa e só chegasse dali cinco dias de uma viagem. Neste momento, talvez se pudesse argumentar que com a conduta de colocar o veneno no amendoim aguardando cinco dias para o retorno da vítima ainda não estaria presente a quase impossibilidade de instrumentalização da autora. Caso isso se confirmasse, “E” não poderia ser responsável por tentativa por comissão e sua conduta tão somente lhe geraria uma posição de garantidora por ingerência (mais ampla que a posição de garante de proteção do marido, que é questionável). Seria necessário analisar o momento em que a vida de “M” estivesse efetivamente em perigo, com uma situação típica, para então analisar os pressupostos de responsabilidade penal por omissão imprópria.

- *Culpabilidade (+)*

*Conclusão:* “E” é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por *comissão* (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, ambos do CP).

#### 6.4.2.2 *Responsabilidade penal de “E” por omissão imprópria*

- *Delimitação da conduta e hipótese:* supra n. 2.3.2.
- *Pré-análise (+):* supra n. 6.4.1.1.
- *Tipicidade*
  - *Tipo objetivo*
    - *Situação típica (+):* supra n. 3.2.1.1.2.
    - *Posição de garantidor inequivocamente assumida (+):* supra n. 3.2.1.2.3.
    - *Ação concreta de salvamento inicial:* supra n. 3.2.1.3.2.
      - *Possibilidade físico-real e jurídica de agir (+):* supra n. 3.2.1.3.2.
    - *Início da execução: omissão a partir da qual decorre a ineficácia da ação de salvamento inicial (+):* Apesar de o amendoim envenenado estar à disposição para que “M” pegasse e ingerisse, “E” continuou cozinhando e não o retirou, nem jogou o conteúdo envenenado fora. Ocorre que a eficácia de retirar o amendoim se manteve por um pequeno período de tempo, enquanto seu marido não ingeria o conteúdo. Porém, no momento em que “M” pegou a porção, retirá-lo e jogá-lo fora já não seria mais eficaz, sendo necessária uma outra ação de salvamento, mais enérgica, para impedir o resultado. Assim, ao se manter cozinhando e não realizar a ação inicial de salvamento, “E” modificou seu dever concreto de agir inicial com a ineficácia de realizar a primeira ação de salvamento, iniciando a execução do delito<sup>524</sup>.
    - *Inexistência de crime impossível (+)*
  - *Tipo subjetivo*

---

<sup>524</sup> É importante destacar que, nesta constelação de casos, a primeira ação de salvamento é idêntica a uma desistência da tentativa por comissão, razão pela qual ainda não há um início de execução do crime omissivo impróprio enquanto ainda for mantida sua eficácia e possibilidade de realização. Porém, na medida em que esta ação de salvamento inicial se modifica, perdendo sua eficácia ou não podendo mais ser realizada, inicia-se a execução por omissão imprópria, o que se evidencia pelo fato de que esta segunda ação de salvamento se identifica com o arrependimento eficaz, cuja exigência é que o resultado seja impedido (art. 15 do CP), tal qual o conteúdo do dever de garante disposto no art. 13, §2º do CP. Portanto, este caso demonstra que, inclusive de um ponto de vista sistemático-legal, o critério ora estabelecido para o início da execução na omissão imprópria é o critério correto. Vale dizer, enquanto estiver presente uma possibilidade de desistência voluntária, que seria a realização da ação de salvamento inicial, não há dever de impedir o resultado e, conseqüentemente, não há início da execução por omissão imprópria. Quando houver uma modificação desta ação inicial, de modo que se exigirá do garante-omitente uma segunda ação de salvamento, estaremos no campo do arrependimento eficaz, cuja exigência é de impedir o resultado, tal qual uma omissão imprópria, motivo pelo qual se está diante do início da execução desta.

- *Dolo (+)*: “E” sabia que o amendoim estava envenenado, razão pela qual tinha conhecimento de que havia uma situação típica. Ademais, tinha conhecimento de que poderia ter retirado o conteúdo e jogado fora o amendoim envenenado e, principalmente, que esta ação seria eficaz somente até o momento em que “R” pegasse a primeira porção do alimento.
- *Antijuridicidade (+)*
- *Culpabilidade (+)*

*Conclusão*: “E” é penalmente responsável pelo crime de tentativa de homicídio por omissão imprópria (art. 121 c.c. art. 14, inc. II, c.c. art. 13, §2º, todos do CP).

É importante esclarecer que, com a constatação da responsabilidade penal por tentativa *comissiva* e também *omissiva imprópria* de “E”, se está diante de um conflito aparente de leis penais, que deve ser solucionado pela prevalência da *comissão*.

## CONCLUSÃO

A partir do que foi apresentado é possível concluir que:

1. A omissão é uma das formas de realização de tipos penais que se pode atribuir a uma conduta humana real e cuja característica é a não intervenção, pela realização de uma ação de salvamento (ação concreta de salvamento inicial), em um processo causal perigoso em curso (situação de perigo) para salvaguardar um bem jurídico penal.

2. Quando aquele que praticou a conduta humana à qual se atribui uma omissão penal tiver adotado inequivocamente um compromisso de funcionar como barreira de contenção de determinados riscos contra certos bens jurídicos, o que é indicado pela natureza da relação que detém com o bem jurídico em questão e/ou com a fonte de perigo, pode-se afirmar que é detentor de uma posição de garantidor e que sua omissão penal é uma omissão *imprópria*, que permite atribuir-lhe a responsabilidade pelo resultado lesivo ou perigoso decorrente do processo causal perigoso prévio (situação de perigo).

3. No entanto, quando se está diante de uma situação fática em que o resultado lesivo ou perigoso não acontece apesar da conduta humana omissiva do indivíduo, não é possível dar-se por satisfeito com uma das soluções simples: (i) este indivíduo não é responsável, pois não houve resultado lesivo ou perigoso algum ou (ii) este indivíduo é responsável por tentativa, pois não realizou

a intervenção devida (a ação concreta de salvamento inicial). A primeira solução deixaria impune diversas condutas humanas omissivas que intuitivamente são consideradas desvaloradas penalmente e mereceriam uma resposta do ordenamento jurídico. Por outro lado, a segunda solução ampliaria demasiadamente a responsabilidade penal a título de omissão, permitindo responsabilizações penais por condutas humanas muito distantes do momento crítico do processo causal lesivo. Sendo assim, é preciso analisar os pressupostos de responsabilidade penal a título de tentativa e verificar se e como podem ser aplicados aos crimes omissivos.

4. A tentativa é uma forma especial de atribuição da realização típica à conduta humana, que pode ser tanto comissiva como omissiva imprópria e cuja característica é a não ocorrência do resultado típico ou a impossibilidade de sua imputação à conduta.

5. Não existem óbices quanto à legalidade ou de natureza material para impedir a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Porém, na medida em que os crimes omissivos próprios são aqueles baseados em um dever genérico, produto do pertencimento a uma comunidade solidária, e cujo dever concreto de agir somente é imposto por uma situação de emergência específica, em que as instituições da comunidade solidária não podem intervir, não há razão para se exigir um resultado para sua consumação e, conseqüentemente, não há possibilidade de responsabilização penal por tentativa, pois ou o indivíduo descumpriu o dever e consumou o crime, ainda que terceiro cumpra em seu lugar, ou o indivíduo cumpriu com seu dever, mesmo que tardiamente. Portanto, a forma de atribuição especial da tentativa se restringe aos crimes comissivos e aos omissivos impróprios.

6. A forma de atribuição de realização típica denominada tentativa, como qualquer instituto dogmático do Direito Penal, deve ser observada a partir de dois pontos de vista: um ponto de vista da estrutura normativa e um ponto de vista do conteúdo material. Do ponto de vista estrutural normativo, os preceitos jurídico-penais são formados por um dualismo normativo: uma primeira norma de comportamento, que impõe um dever de agir a todos os cidadãos, e uma segunda norma de sanção, que impõe ao juiz o dever de aplicar uma pena àqueles que descumprirem o dever da norma de comportamento. Partindo desta estrutura normativa, pode-se afirmar que a forma de atribuição de realização típica da tentativa não é uma exceção ao sistema, mas sim dele faz parte, isto é, a norma de comportamento violada pelo agente será a mesma no crime tentado e no crime consumado, com a diferença de que, no segundo, houve a ocorrência do resultado e ele é imputável à conduta. Essa norma de comportamento deve ser sempre analisada no momento em que o agente está atuando e, principalmente, deve ser composta tanto por elementos objetivos de risco de ocorrência do resultado

quanto de elementos subjetivos de conhecimento deste risco. Do ponto de vista do conteúdo material, a responsabilidade penal por tentativa, assim como os demais institutos do Direito Penal, fundamenta-se a partir de dois eixos que não são ponderáveis, mas sim que se relacionam como *fins e limites*. Em primeiro lugar, a responsabilidade penal por tentativa somente se justifica na medida em que busca a maior eficácia na proteção de bens jurídicos (finalidade consequencialista), o que atinge ao não aguardar a ocorrência do resultado como evento incerto para definir a responsabilidade dos indivíduos. Porém, enquanto finalidade consequencialista, a maior eficácia na proteção de bens jurídicos tende a se ampliar e antecipar em demasia a responsabilidade penal, razão pela qual é necessário estabelecer limites deontológicos (imponderáveis), que impedem que se atinja o fim pretendido sem a presença de um requisito específico.

7. Este requisito é o do *domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado*, que estará presente quando (i) certos indicativos da ocorrência do resultado (meio de execução, vítima objetivamente delimitada, proximidade temporal) estiverem de tal forma organizados que é quase impossível que o agente seja instrumentalizado no momento em que praticar sua conduta, ou seja, que o curso causal salvador atue sem o conhecimento do agente, que continuará acreditando que poderá atingir o seu objetivo, (ii) o agente tiver conhecimento sobre a organização destes indicativos.

8. A partir destes dois pontos de vista é possível preencher de conteúdo os dois requisitos básicos da responsabilidade penal por tentativa: o início da execução (art. 14, II, do CP) nada mais é do que o momento em que os indicativos da ocorrência do resultado estiverem organizados de forma a que seja quase impossível instrumentalizar o agente e a ausência de crime impossível (art. 17 do CP) nada mais é do que a presença real de um risco de ocorrência do resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico, pois só com esta presença é que a responsabilização penal por tentativa cumprirá com o fim de maior eficácia na proteção de bens jurídicos.

9. Com relação ao pressuposto da ausência de crime impossível, não se notou diferenças entre as formas comissiva e omissiva imprópria. Ocorre que, ao se transportar o pressuposto do início da execução para os crimes omissivos impróprios, verificou-se um problema: já no momento em que está presente a situação típica, e surge a ação concreta de salvamento, com o conhecimento do omitente garantidor, pode-se afirmar que já está presente o *domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado*. Logo, a consequência seria admitir que a tentativa estaria iniciada já na primeira situação em que o garantidor não realizou a ação concreta de salvamento, o que seria demasiadamente gravoso e antecipatório da incidência penal, mas, principalmente, faria com que a função do garantidor se perdesse no momento em que se iniciasse a situação típica.

10. Por conta disto, entendeu-se que o correto é (i) separar o momento em que surge a ação concreta de salvamento inicial (momento em que já existe um domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado) do início da tentativa e (ii) incluir, para os crimes omissivos impróprios, mais um requisito, além do mencionado domínio, para que esteja iniciada a execução: *modificação de ao menos um dos pilares da posição de garante*, isto é, da ação concreta de salvamento inicial ou da possibilidade de agir do garante, independentemente da questão a respeito do aumento do perigo. Com relação à ação concreta de salvamento inicial, a modificação pode ocorrer de duas formas: pode ser uma mudança de *eficácia* da ação de salvamento quando, com o advento da situação típica, surge uma ação de salvamento adequada à evitação do resultado, porém, devido à inércia do garante, esta ação de salvamento perde sua eficácia, ou pode ser uma mudança de *possibilidade de realização* quando, devido à inércia do garante, a ação concreta de salvamento inicial já não pode mais ser realizada. Com relação à possibilidade de agir, deve-se pensar sempre na condição inicial do garante. Assim, a modificação pode ocorrer com a dificuldade na *possibilidade de agir do garante*. Diante de uma situação típica, a conjunção da posição de garante e da possibilidade de agir faz surgir a ação concreta de salvamento inicial. Porém, devido à inércia do garante quanto à ação de salvamento, este já não tem mais condições *físicas* ou *jurídicas* de intervir na situação típica.

## REFERÊNCIAS

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Caso del abortivo inocuo. In. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coord.). **Casos que hicieron doctrina en derecho penal**. 2 ed., Madrid: La Ley, 2011

\_\_\_\_\_. **Tentativa y formas de autoría**. Sobre el comienzo de la realización típica. Madrid: Edisofer, 2001

\_\_\_\_\_. Comienzo de la tentativa em la comisión por omisión. **Cuadernos de Política Criminal**. Dykinson, nº 73, jan. 2001

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. 2 ed. Madrid: Dykinson, 2005

BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, vol. 4. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014



BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018

BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão**: um problema de delimitação da conduta típica. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. Vol. 1, 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2018

CARRARA, Francisco. **Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado em la fuerza física del delito**. Trad. GIRON, Vicente Romero. Madri: F. Góngora, 1877

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: Parte Geral. 7 ed. rev., atual, ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

DARCIE, Stephan Doering. **O fundamento da tentativa em direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

DONNES, Antonella. La tentativa en los delitos de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que em el delito comisivo. **En Letra**: Derecho Penal. CEICJUS, Año 1, n. 1, 2015

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017

FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito**. Doctrina y jurisprudência. 2 ed., rev. Madri: B de F, 2011

\_\_\_\_\_. Sobre el comiezo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa. **Estudios penales y criminológicos**, vol. 13, pp. 43-86, 1988

FEUERBACH, Paul Joahann Anselm. **Tratado de Derecho penal**. 14 ed., Trad. Eugênio Raul Zaffaroni. Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007 [1801]

FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **InDret penal. Revista para el análisis del Derecho**, n. 4, out., 2016

\_\_\_\_\_. Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Trad. Marcelo Sancinetti. In. SANCINETTI, Marcelo A. **Causalidad, riesgo e imputación**. Buenos aires, Hammurabi, 2009

\_\_\_\_\_. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004 [1988]

FUENTE HULAUD, Felipe de la. **¿Qué prohíben las normas de comportamiento?** Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre el delito de omisión**. 2 ed., Cidade do México: INACIPE, 2019

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Trad. ROCHA, Ronan. São Paulo: Marcial Pons, 2018

\_\_\_\_\_. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015

\_\_\_\_\_. **Um panorama da imputação objetiva**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014

\_\_\_\_\_. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 95, pp. 43-84, mar./abr., 2012.

\_\_\_\_\_. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, jan./fev., 2010

\_\_\_\_\_. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do tribunal constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 87, pp. 84-102, nov./dez., 2010

\_\_\_\_\_. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Modernas Tendências do Sistema Criminal, Curitiba, v. 4, n. 7, 2012

\_\_\_\_\_. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto. *et al* (Org.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, pp. 885-905, 2009

\_\_\_\_\_. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 49, pp. 89-147, 2004

GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís. *et al*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, pp. 47–80, 2014

HERZBERG, Rolf Dietrich. A tentativa na autoria mediata. Trad. GRECO, Luís. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 66, p. 157-191, mai./jun., 2007

HILGENDORF, Eric. VALERIUS, Brian. **Direito penal**: parte geral. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, Tomo II. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978

JAKOBS, Günther. **Derecho penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación.** Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997

\_\_\_\_\_. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. Enrique Peñarada Ramos. In. JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal.** Madri: UAM Ediciones, pp. 293-324, 1997

\_\_\_\_\_. **La competencia por organización en el delito omisivo.** Trad. Enrique Peñarada Ramos. Bogotá, D.F.: Universidad Externado de Colombia, 1994

JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General.** Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. ampl. Granada: Comares, 2002

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión.** Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006 [1980]

\_\_\_\_\_. Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. Trad. Leopoldo Schiffrin. In. KAUFMANN, Armin. **Estudios de Derecho penal.** Buenos Aires: B de F, 2013

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. CAMARGO, Beatriz Corrêa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 95, pp. 85-95, 2012

\_\_\_\_\_. El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva. Trad. Juan Pablo Mañalich Raffo. **InDret Penal.** vol. 4, out. 2008

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 44, n. 2, pp. 461-493, 2017

\_\_\_\_\_. Norma e imputación como categorías del hecho punible. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 12, pp. 169-190, 2010

MARTINELLI, João Paulo. SCHMITT DE BEM, Leonardo. **Lições Fundamentais de Direito Penal.** Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019

MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl. ZIPF, Heinz. **Derecho penal.** Parte general, vol. 2. 7 ed., Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995

MEZGER, Edmund. **Tratado de Direito Penal.** Tomo II. Trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. Madri: Revista de Direito Privado, 1957 [1933]

\_\_\_\_\_. **Derecho penal.** Parte General. Buenos Aires: Bibliográfica argentina, 1958

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal.** Parte General. 8 ed., Barcelona: Reppertor, 2008

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal.** Parte General, 8 ed., rev. atual., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

MÜLLER, Max Ludwig. La significación de la relación causal en el Derecho penal y en el de reparación de daños. Trad. Marcelo Sancinetti. In. SANCINETTI, Marcelo A. **Causalidad, riesgo e imputación**. Buenos aires, Hammurabi, 2009

NAUCKE, Wolfgang. Direito penal negativo. Trad. Luís Greco e Fernanda Tórtima. In. GRECO, Luís. MARTINS, Antônio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. vol. 1. Introdução e parte geral. 38 ed., rev. e atual. por Adalberto Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004

OVALLE MADRID, Germán Luis. La tentativa en los delitos de omisión propios en el Código Penal español. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 30, n. 1, pp. 23-37, 2003

PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**. 4 ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2018

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011

PESSOA, Nelson R. **Injusto penal y tentativa**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal**: parte especial – arts. 121 a 249 do CP, vol. 2. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**:. Parte geral. 3 ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019

QUARCH, Tilma. Introdução à hermenêutica do direito alemão. Der Gutachtenstil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 1, pp. 251-285, out./dez., 2014

RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In. RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017

\_\_\_\_\_. A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito. Trad. Adriano Teixeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 110, pp. 51-73, 2014

REYES ALVARADO, Yesid. **El delito de tentativa**. 2014, Tese (Doutorado) – Universidad Autónoma de Madrid, 2014

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **InDret Penal. Revista para el análisis del Derecho**. v. 4, out., 2013

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2 ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997

\_\_\_\_\_. **Derecho penal:** Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. 1 ed., Trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.). Civitas: Navarra, 2014

\_\_\_\_\_. A teoria da imputação objetiva. In. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. GRECO, Luís. 2. ed. rev., São Paulo: Renovar, 2012

\_\_\_\_\_. Resolução do facto e começo da execução na tentativa. Trad. Maria Fernanda Palma. In. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3 ed., Veja Universidade, p. 295-335, 2004

SANCINETTI, Marcelo Alberto. El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional. **InDret Penal**, vol. 1, jan., 2017

SCHÖNE, Wolfgang. Sobre a posição do resultado nos delitos quase dolosos de omissão. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 19/20, p. 22-34, jul./dez., 1975

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luís Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2009

\_\_\_\_\_. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria. Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013

\_\_\_\_\_. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. Trad. Beatriz Escudero García-Calderón. In. GARCÍA VALDÉS, Carlos *et. al.* (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. vol. 2, pp. 1609-1630. Madrid: Edisofer, 2008

\_\_\_\_\_. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher. In. SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madri: Tecnos, 2002

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Ministerio de Justicia, vol. LI, pp. 35-152, 1998

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

\_\_\_\_\_. **El delito de omisión**. Concepto y sistema. 2 ed., Colección Maestros del Derecho Penal, nº 12. Buenos Aires: B de F, 2006

\_\_\_\_\_. **Estudios sobre los delitos de omisión**. Lima: Grijley, 2004

\_\_\_\_\_. **Normas y acciones en Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003

STEIN, Ulrich. Tentativa acabada e inacabada en los delitos de acción y de omisión. In: MALARINO, Ezequiel. KISS, Alejandro (Coords.). **Dogmática penal entre naturalismo y normativismo**. Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012

VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. **Revista de Estudos Criminais**, vol. 79, pp. 69-100, out./dez. 2020

\_\_\_\_\_. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017

von LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2006 [1899]

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte General. 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez. Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Juridica de Chile, 1997 [1969]

WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus. In. SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011