

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná

DIREITO PENAL

Parte Geral

6ª edição
atualizada e ampliada

ICPC

Curitiba - 2014

ICPC CURSOS E EDIÇÕES LTDA.

PRESIDENTE	CONSELHO EDITORIAL
Juarez Cirino dos Santos	Ana Lúcia Sabadell
EDITOR CHEFE	André Peixoto
Juarez Cirino dos Santos	Dimitri Dimoulis
EDITORES	Fabio Bozza
Jair Cirino dos Santos	Flávio Cruz
Katie S. Cáceres Argüello	Jacinto N. Miranda Coutinho
Mariane Martins C. dos Santos	Jacson Zílio
ASSISTENTES EDITORIAIS	Juarez Tavares
June Cirino dos Santos	Maurício Stegemann Dieter
CAPA E DIAGRAMAÇÃO	Nilo Batista
Rodrigo Michel Ferreira	Rubens Casara
	Salo de Carvalho
	Vera Malaguti Batista
	Vera Regina P. de Andrade

Dados internacionais de catalogação na publicação
Bibliotecária responsável: Mara ~~Riciane~~ Vicente Teixeira

Santos, Juarez Cirino dos

Direito penal : parte geral / Juarez Cirino dos Santos. -
6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições,
2014.

739 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 703-726

ISBN 978-85-98049-02-1

1. Direito penal. 2. Criminologia. 3. Política Criminal I. Título.

CDD (22ª ed.)

345.81

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.
A violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e
na Lei de direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© Copyright 2014 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Av. Cândido de Abreu, 651 - 1. andar - Centro Cívico - CEP 80.530.907 - Curitiba, PR
Editorial: Fone (41)3352-8290 - icpc@cirino.com.br
www.cirino.com.br

CAPÍTULO 10

O TIPO DE INJUSTO DE OMISSÃO DE AÇÃO

I. Introdução

O estudo do *tipo de injusto de omissão de ação* supõe duas distinções fundamentais: primeiro, distinguir *ação* e *omissão de ação*, conceitos aparentemente irreduzíveis a um denominador comum; segundo, no âmbito do conceito de omissão de ação, distinguir omissão de ação *própria*, fundada no dever jurídico *geral* de agir, atribuível a todas as pessoas, e omissão de ação *imprópria*, fundada no dever jurídico *especial* de agir, atribuível exclusivamente a pessoas definíveis como *garantidores* de determinados bens jurídicos em situação de perigo.

II. Ação e omissão de ação

Ação e omissão de ação são conceitos contraditórios que se relacionam, segundo célebre distinção de RADBRUCH, como **A** e **não A**¹: se **A** significa realizar uma *ação proibida*, **não A** significa omitir a realização de uma *ação mandada*. A contradição entre ação e omissão de ação assume forma plástica em ENGISCH², que define **ação** como

¹ Ver HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 167; também, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 26, I, p. 200.

² ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, Festschrift für Gallas, 1973, p. 170; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 58, II, 1, p. 601.

emprego de energia em determinada direção, e omissão de ação como não emprego de energia em determinada direção. Desse modo, a ação seria uma *realidade empírica* conhecível pelos sentidos; a omissão de ação não seria uma realidade empírica, mas uma *expectativa frustrada* de ação, somente conhecível por um juízo de valor³. Nesse sentido, omitir uma ação não significa, simplesmente, não fazer nada, mas não fazer *algo determinado* pelo direito⁴.

Em geral, parece não haver dificuldade para diferenciar ação e omissão de ação, mas em hipóteses de ação ou de omissão de ação simultâneas ou sucessivas essa diferenciação pode ser problemática. Por isso, a teoria construiu alguns critérios para facilitar a distinção:

a) o critério da *causalidade*, pelo qual existe ação se há determinação causal do resultado; existe omissão de ação se um juízo de valor indica que alguém *deveria ter agido*⁵; b) o critério do *risco*, pelo qual existe ação se há criação ou elevação de risco para o bem jurídico; existe omissão de ação se não há criação ou elevação de risco para o bem jurídico⁶; c) o critério do *dolo*, pelo qual existe ação se há uma atividade dirigida contra a vítima; existe omissão de ação se não há intervenção em processo causal independente, criador de perigo para a vítima⁷.

³ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 167; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, Cap. 2, p. 598; ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 2, p. 627.

⁴ WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, n. 708, p. 225, falam em “*não realizar determinada atividade juridicamente exigida*”. No Brasil, a excelente monografia de TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 19, p. 60, fundamenta a omissão de ação no critério axiológico do “*dever de agir*” geral ou especial.

⁵ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 167-169; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 58, II, 2, p. 603; ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 1, p. 627. No Brasil, ver TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 14, p. 44-46.

⁶ Ver OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, I 2, n. 2, p. 144-145; ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 1, p. 627. No Brasil, comparar TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 18, p. 57-59.

⁷ ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 1, p. 627.

Por exemplo, nos crimes de imprudência existe simultaneidade entre ação e omissão de ação: a *ação* lesiva do risco permitido ou do dever de cuidado corresponde à *omissão de ação* adequada ao dever de cuidado ou ao risco permitido – mas a existência de *determinação causal do resultado* ou de *criação/elevação de risco* do resultado atribuível ao autor indica, normalmente, uma *ação* imprudente. Ao contrário, existe omissão de ação nos seguintes exemplos: a) a mulher busca o marido bêbado no bar, mas por causa de uma discussão abandona o marido no meio do caminho e este morre afogado no córrego ao tentar seguir sozinho para casa; b) após servir grande quantidade de bebida alcoólica a motorista de caminhão, o proprietário do bar não impede o prosseguimento da viagem daquele, que morre em acidente ao reentrar na rodovia; c) proprietário entrega veículo a amigo bêbado, que morre em acidente porque aquele não impediu o amigo de dirigir embriagado⁸.

Entretanto, hipóteses de intervenção em processos causais preexistentes podem ser controvertidas: a) aparelho de respiração de paciente em estado de coma irreversível é desligado (1) pelo médico que o ligou, ou (2) por terceiro: se pelo médico, existe omissão de ação porque a relevância não residiria na ação de *desligar* o aparelho, mas na omissão da ação de *continuar o tratamento*; se por terceiro (por exemplo, a mulher do paciente, a pedido deste), existe ação; b) B lança corda para salvar C da areia movediça, mas solta a corda e C morre: se *antes* de C agarrar a corda, existe omissão de ação, pela ausência de criação/elevação de risco ou pela conclusão de que B deveria ter agido; se *depois* de C agarrá-la, existe ação, por determinação causal do resultado ou por criação/elevação de risco do resultado⁹.

⁸ Maiores detalhes, ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 1-2, p. 627; HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 168-169; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 58, II 2, p. 603.

⁹ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 169; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 58, II, 2, p. 603; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996 § 9, I 2, n. 6-10, p. 146.

III. Omissão de ação própria e imprópria

O Direito Penal utiliza duas técnicas diferentes para proteger bens jurídicos: em regra, a norma penal *proíbe* a realização de ações *lesivas* de bens jurídicos; por exceção, a norma penal *ordena* a realização de ações *protetoras* de bens jurídicos. No âmbito da realização de ações protetoras de bens jurídicos, existem duas situações distintas: a) a *omissão própria*, em que a *ordem* de realizar ações protetoras de bens jurídicos aparece *explícita* em tipos legais (por exemplo, art. 135, CP: *deixar de prestar assistência (...) à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo* etc.); b) a *omissão imprópria*, em que a *ordem* de realizar ações protetoras de bens jurídicos estaria *implícita* nos tipos legais de resultado, cuja descrição indicaria, simultaneamente, a regra da *ação* e a exceção da *omissão imprópria* (por exemplo, art. 121, CP: *matar alguém*)¹⁰.

Essa posição é comum na literatura: ROXIN define a *omissão própria* pela descrição legal do tipo; a *omissão imprópria* pela dedução de tipos de resultado, com responsabilidade pelo resultado (fundada na posição de garantidor) e correspondência da omissão com um fazer ativo¹¹. Na prática, o critério distintivo é a *posição de garantidor*, que não existe na *omissão própria*, atribuível a qualquer um, e fundamenta a *omissão imprópria*, atribuível exclusivamente ao garantidor. Em linhas gerais, as diferenças podem ser assim indicadas:

a) a *omissão de ação própria* corresponde, inversamente, aos tipos de simples atividade e tem por fundamento a solidariedade humana entre os membros da sociedade, que engendra o dever jurídico *geral* de agir, cuja lesão implica responsabilidade penal *dolosa* pela **omissão**

¹⁰ Nesse sentido, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 12, p. 36.

¹¹ ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 2 e 16.

da ação mandada: o dever de agir é *definido* no tipo legal respectivo, como a *omissão de socorro* (art. 135, CP), o *abandono de incapaz* (art. 133, CP) etc.¹²;

b) a *omissão de ação imprópria* corresponde, inversamente, aos tipos de resultado e tem por fundamento a *posição de garantidor* do bem jurídico atribuída a determinados indivíduos, que engendra o dever jurídico *especial* de agir, cuja lesão implica responsabilidade penal pelo **resultado** (doloso ou imprudente), como se fosse cometido por ação: se o pai não impede, mas pode impedir o afogamento do filho menor na piscina doméstica, responde pelo resultado de morte por dolo ou imprudência¹³ – e não por simples omissão de socorro.

IV. A omissão de ação imprópria e o princípio da legalidade

A *omissão de ação imprópria* parece em conflito com o *princípio da legalidade*, nas suas dimensões de proibição de *analogia* e de proibição de *indeterminação* penal, como indica a dogmática contemporânea¹⁴. Mais ainda: um setor importante da literatura afirma a **inconstitucionalidade** dos crimes de *omissão de ação imprópria* porque constituiriam

¹² ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 2 e 16; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 58, III, 1-2, p. 605-606; HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 167. No Brasil, comparar TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 20, p. 63-64.

¹³ ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 31, n. 2 e 16; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 58, III, 2, p. 605-606. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 22, p. 66-70, corretamente, considera insuficiente a fundamentação legal “do dever de impedir o resultado” em face do princípio da legalidade.

¹⁴ Ver, por exemplo, ROXIN, *Strafrecht II*. Beck, 2003, p. 637-638.

analogia proibida pelo princípio da legalidade e, ainda mais relevante, porque violariam a proibição de *indeterminação* dos tipos legais¹⁵.

1. A proibição de analogia penal

Com a introdução legal do **critério formal** de definição da *posição de garantidor* (art. 13, § 2º, CP), uma opção de leitura dos *tipos de resultado* (por exemplo, homicídio e lesão corporal) pode esclarecer a questão da **analogia** da *omissão de ação imprópria*, conforme as seguintes alternativas:

a) se os tipos de resultado são *lidos* como descrição de *ações* produtoras do resultado, então a omissão de ação *imprópria* configura, necessariamente, *analogia* proibida pelo princípio da legalidade porque a lei penal não define a omissão de ação imprópria, cuja existência seria ilegalmente *deduzida* dos tipos legais¹⁶;

b) se os tipos de resultado são *lidos* como descrição simultânea de *ações* e de *omissões de ação* produtoras do resultado (por exemplo, *matar alguém* por **ação** proibida ou por **omissão de ação** mandada, na posição de garantidor do bem jurídico), então a produção do resultado por *ação* e a não evitação do resultado por *omissão de ação* constituiriam *equivalentes* lesões de bens jurídicos¹⁷, igualmente compatíveis com o princípio da legalidade: a *posição de garantidor* seria característica

¹⁵ Assim, KÖHLER, *Strafrecht*. Springer, 1997, p. 213-214: “No Direito Penal alemão, o delito de omissão do garantidor, após o reconhecimento de seus fundamentos na Doutrina e na Jurisprudência, foi disciplinado de modo geral através da 2ª Lei de Reforma do Direito Penal, no § 13 do Código Penal. **Mas esta norma é, em sua circularidade, insuficientemente determinada, daí ser incompatível com o princípio da determinação constitucional (art. 103, II, da Constituição);**” (grifamos)

¹⁶ Ver H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, p. 199.

¹⁷ Ver OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, I 4, n. 19-20, p. 148.

típica geral de *autoria* dos tipos de resultado (art. 13, § 2º, CP), que independe de repetição nas definições legais respectivas¹⁸.

Como os tipos legais indicados admitem realização por *ação* e por *omissão de ação*, a hipótese de analogia proibida parece excluída.

2. A proibição de indeterminação penal

Não obstante, existem outros problemas dogmáticos na *omissão de ação imprópria*, relacionados à proibição de **indeterminação penal**, que não podem ser resolvidos por opções de leitura, por exemplo: a) a **extensão** da responsabilidade penal do garantidor; b) a necessária incerteza da hipotética **relação de causalidade** da omissão imprópria.

Assim, a lei penal define os fundamentos do dever de evitar o resultado (art. 13, § 2º, CP), mas não indica os resultados de lesão de bens jurídicos *atribuíveis* ao garantidor sob aqueles fundamentos legais – ou seja, a lei penal não indica os tipos de resultado de lesão atribuíveis ao garantidor do bem jurídico. Esse defeito da legislação penal parece infringir a proibição de *indeterminação legal* do princípio da legalidade, porque ninguém sabe (a) se todos os bens jurídicos dos tipos de resultado são atribuíveis ao garantidor – o que seria absurdo, ou (b) se apenas os bens jurídicos mais importantes – nesse caso, quais e de que modo? Logo, não se sabe *o que*, nem *quando* criminalizar.

Segundo, a relação de causalidade entre ação omitida e resultado típico é *hipotética* – portanto, fundada em juízo de probabilidade de

¹⁸ Nesse sentido, a tese de TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 12, p. 37, sobre a impossibilidade de suficiente proteção de bens jurídicos “*se não considerarmos que a norma é proibitiva e mandamental ao mesmo tempo*”, representa contribuição significativa.

exclusão do resultado pela realização *imaginária* da ação mandada¹⁹ –, que pode ser um juízo *próximo da certeza*, mas será apenas *juízo* e, necessariamente, *incerto*²⁰.

2.1. O problema da *indeterminação legal* dos resultados de lesão de bens jurídicos *atribuíveis* ao garantidor afeta também outras legislações, com críticas semelhantes. Por exemplo, idêntica lacuna do Código Penal alemão é objeto de frequente crítica, que questiona a *compatibilidade do § 13 com o princípio da determinação legal*, como diz ROXIN²¹:

“Pois a lei indica como pressupostos da punibilidade da omissão apenas os critérios do “dever de garantir” e da “correspondência”, sem dizer quando se “tem de garantir que o resultado não ocorra”, e quando a omissão “corresponde” a um fazer. Que a regulação legal, sob o ponto de vista do princípio da determinação, não é inquestionável, é também afirmado frequentemente na literatura.”

A lei penal alemã prevê, além dos critérios do *dever de garantia*, também uma *cláusula de correspondência* – pela qual a **não evitação do resultado** pelo garantidor deve corresponder à **realização ativa do resultado** –, mas a crítica quer saber (a) quando o garantidor *deve garantir* e (b) quando a omissão *corresponde a um fazer*, que a lei não indica. A lei penal brasileira define **apenas** os fundamentos do **dever jurídico** de evitar o resultado (art. 13, § 2º, CP): igualmente, não determina (a) quando os **resultados de lesão** dos bens jurídicos podem

¹⁹ Ver JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 58, IV, 3, p. 609.

²⁰ COSTA JÚNIOR, *Comentários ao código penal I*, 1989, p. 134, fala em “desrespeito aos princípios da certeza do direito e da legalidade”, sugerindo previsão legal dos tipos que admitem comissão por omissão.

²¹ ROXIN, *Strafrecht*. Beck, 2003, v. II, § 31, IV, n. 32, p. 637: “Denn das Gesetz nennt als Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit nur die Kriterien des “Einstehenmussens” und des “Entsprechens”, ohne zu sagen, wann man “dafur einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt”, und wann das Unterlassen dem Tun “entspricht”. Dass die gesetzliche Regelung unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht unbedenklich ist, wird denn auch in der Literatur vielfach betont.”

ser atribuídos ao garantidor e (b) quando a omissão **corresponde** a um fazer ativo – também porque não exige nenhuma *cláusula de correspondência*, como a lei alemã.

Em face dessas evidentes limitações legais, a única forma de conciliar a *omissão de ação imprópria* com a *proibição de indeterminação* do **princípio da legalidade** seria reduzir a **responsabilidade penal** do garantidor aos bens jurídicos individuais mais importantes, como a **vida** e o **corpo** do sujeito garantido: a extensão da garantia a todos os tipos de resultado de lesão, incluindo o patrimônio, a sexualidade, ou – ainda mais grave – o sistema financeiro, o meio ambiente etc., embora tecnicamente possível, implicaria um dever jurídico **indeterminável** e **excessivo**, incompatível com a Constituição da República²².

2.2. A chamada *probabilidade próxima da certeza* da omissão imprópria – única possível em uma *causalidade hipotética* e, por isso, também denominada *quase causalidade* – representaria critério de juízo determinado pela estrutura da *omissão de ação imprópria*: a atribuição do resultado ao garantidor do bem jurídico não pode se basear em *causalidade real* – presente na realização concreta da *ação mandada* e ausente na *omissão de ação* –, mas em causalidade *hipotética* fundada em juízo de *probabilidade próxima da certeza* de exclusão do resultado. Assim, se o controlador de tráfego ferroviário, por exemplo, não comunica a partida do trem e o motoqueiro é atropelado porque a cancela não foi fechada, poder-se-ia afirmar que a realização da ação mandada excluiria o resultado com *probabilidade próxima da certeza*, segundo a teoria dominante²³. A hipótese funciona assim: se a realização da ação mandada evitaria o resultado com *probabilidade próxima da certeza*, então o resultado é atribuível ao autor; em caso contrário, o princípio *in dubio pro reo* impede a atribuição do resultado. Mas é

²² Nesse sentido, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 81-82, restringe o dever de garantia, em todas as hipóteses de omissão de ação imprópria, aos “delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade.”

²³ Ver, entre outros, HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 172.

preciso esclarecer: a causalidade é *hipotética* e a exclusão *provável* do resultado, ainda que *próxima da certeza*, é um simples juízo e, portanto, sempre incerto.

Um método antigo para determinar a causalidade da omissão imprópria é a *teoria da interferência*, segundo a qual a causalidade consistiria na *repressão do impulso de ação* que eliminaria o fator *excludente* do resultado; a crítica indica que não existe qualquer *interferência* nas modalidades dolosa e de imprudência inconsciente da omissão imprópria. Hoje domina a *teoria da condição regular* (a chamada *gesetzmässige Bedingung*), pela qual a *não realização da ação excludente do resultado* constituiria a *ligação legal* com o resultado, equivalente à *causa* do resultado²⁴. No CP brasileiro, a teoria da *equivalência das condições*, adotada pelo Legislador para a ação e a omissão de ação, parece excluir a teoria da *condição regular* como método de causalidade para a omissão imprópria.

V. Estrutura dos tipos de omissão de ação

A estrutura dos tipos de omissão de ação *própria* e *imprópria* é formada, igualmente, por dimensões objetiva e subjetiva²⁵ e caracteriza-se por uma correspondência assimétrica, definida por elementos típicos **comuns** e por elementos típicos **específicos** da omissão de ação imprópria.

²⁴ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, V, n. 37-43.

²⁵ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 176-200; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, I, 3, n. 13-14, p. 147; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht II*, 1989, § 46, II, ns. 28-107, p. 188-209, e III, n. 108-120, p. 209-211; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, § 16, II, n. 707-732, p. 225-233.

Os elementos típicos *comuns* do **tipo objetivo** da omissão de ação *própria* e da omissão de ação *imprópria* são os seguintes: a) situação de perigo para o bem jurídico; b) poder concreto de agir; c) omissão da ação mandada; o **tipo objetivo** da omissão de ação *imprópria* compreende, adicionalmente, os elementos típicos *específicos* seguintes: d) resultado típico; e) posição de garantidor do bem jurídico²⁶.

O tipo subjetivo da omissão de ação também é assimétrico: na omissão de ação própria, somente dolo; na omissão de ação imprópria, dolo e imprudência²⁷.

1. O tipo objetivo da omissão própria e imprópria: elementos comuns

1.1. Situação de perigo para o bem jurídico. A realidade determinante do dever de agir é a *situação de perigo* para o bem jurídico – ou *situação típica*, conforme a teoria dominante²⁸, embora essa situação constitua apenas um dos componentes do tipo – assim definível:

a) na omissão de ação *própria* a situação de perigo para o bem jurídico aparece *explícita* no tipo legal: *deixar de prestar assistência (...) à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo* etc. (art. 135, CP);

²⁶ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 176-183.

²⁷ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 184-200.

²⁸ Ver, por exemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, I, p. 615; ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 177; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 27, I, 1, p. 204. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 77; no sentido do texto, CIRINO DOS SANTOS, *Teoria do crime*, 1993, p. 42-45.

b) na omissão de ação *imprópria* a situação de perigo para o bem jurídico está *implícita* no resultado descrito no tipo legal – ou seja, é deduzida de um tipo de resultado: *matar alguém* (art. 121, CP), resultado de lesão de bem jurídico produzível por *ação* proibida ou por *omissão de ação* mandada²⁹. Por exemplo, a existência de um ciclista ferido na rodovia indica a *situação de perigo* pressuposta no dever jurídico de agir da omissão de ação, em geral.

1.2. Poder concreto de agir. O poder concreto de agir exprime a capacidade de realizar a ação mandada, definida pela natureza da ação e condições pessoais do autor: a) a ação mandada é determinada pelas circunstâncias objetivas da situação de perigo: se o motorista não pode prestar auxílio direto ao ciclista ferido, pode chamar um médico ou uma ambulância ou avisar a polícia etc.; b) a realização da ação mandada deve ser *pessoalmente possível*, excluída em hipóteses de *impossibilidade objetiva* (se o motorista passeia em Curitiba não pode socorrer o ciclista ferido na Via Dutra) e de *incapacidade subjetiva* relacionada à força física, ao conhecimento técnico e ao potencial intelectual do autor (sujeitos inconscientes, algemados ou paralíticos; incapacidade técnica de operar meios de ajuda, como barcos, extintores de incêndio, escadas automáticas; inexistência ou defeito dos meios de ajuda disponíveis etc.)³⁰. A legislação brasileira consagra esse requisito no art. 13, § 2º, CP:

²⁹ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, III, n. 16 e VIII, n. 177.

³⁰ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 181, fala em “*capacidade individual de ação*”; HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 173, fala em “*possibilidade de ação*”, excluída em situações de “*incapacidade geral*” ou “*individual*”; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, II, 2, p. 616, também falam em “*capacidade individual de ação*”; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, n. 708, p. 225, referem-se à “*possibilidade físico-real*” de agir. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 75, fala em “*real possibilidade de atuar*”; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal brasileiro*, 1997, n. 294, p. 540, referem-se à “*conduta (...) fisicamente possível*”.

Art. 13, § 2º. *A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.*

A redação da norma é defeituosa: primeiro, o *dever* pressupõe o *poder* de agir e, portanto, a ordem dos verbos está invertida; segundo, o *dever* jurídico de agir é um conceito normativo fundado na realidade concreta do *poder* ou *capacidade* de agir e, portanto, a referência ao *dever* seria desnecessária.

1.3. Omissão da ação mandada. A realização da ação mandada significa o cumprimento do dever jurídico de agir – logo, a não realização da ação de proteção do bem jurídico em situação de perigo, por um autor concretamente capaz de agir, significa o descumprimento do dever jurídico de agir, que define a omissão de ação, em geral³¹. No exemplo citado, se o motorista não socorre diretamente o ciclista ferido, nem chama um médico ou ambulância, nem avisa a polícia, está caracterizado o tipo objetivo da omissão de ação *própria* (a omissão de ação *imprópria* exige, ainda, outros elementos), independentemente de o ciclista ferido vir a ser socorrido por outra pessoa ou morrer por falta de socorro³².

2. O tipo objetivo da omissão de ação imprópria: elementos específicos

O tipo objetivo da omissão de ação *imprópria* exige, como indicado, mais dois elementos: o resultado típico e a posição de garantidor.

³¹ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 179; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, II, 1, p. 616; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 27, I, 2, p. 204. No Brasil, comparar TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 24, p. 75.

³² Ver OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, I, 3, n. 12-5, p. 147.

2.1. Resultado típico. O tipo de omissão de ação *imprópria* exige, ainda, a produção do resultado típico como consequência *causal* da omissão da ação mandada: o ciclista ferido (reconhecido pelo motorista como filho dele) morre porque o motorista omite a realização da ação de proteção. A *imputação objetiva do resultado* pressupõe o risco preexistente na situação de perigo (água, fogo, animais etc.) e a realização do risco no resultado típico – em relação de *causalidade material* com a situação de perigo, mas em simples relação de *causalidade legal* (ou *hipotética*) com a *omissão imprópria* do autor³³.

2.2. Posição de garantidor. Nos tipos de resultado, o Direito Penal utiliza duas técnicas para proteção de bens jurídicos: por um lado, *proíbe* ações lesivas de bens jurídicos; por outro lado, *ordena* ações protetoras de bens jurídicos – porque a não evitação do resultado por omissão de ação mandada *equivale* à produção do resultado de lesão do bem jurídico por ação proibida. A equivalência da não evitação do resultado por *omissão de ação* à produção do resultado por *ação* fundamenta-se no dever jurídico *especial* de agir para evitar o resultado, atribuído ao garantidor do bem jurídico, nos tipos de omissão de ação *imprópria*. Assim, a presença real do garantidor do bem jurídico na situação de perigo tem um duplo significado concreto: a) o titular do bem jurídico *garantido* pode expor-se a perigos que, de outro modo, evitaria; b) todos os demais garantes (por exemplo, o pai/mãe que deixa o filho menor sob os cuidados do professor de natação) podem *confiar* na ação efetiva do garantidor do bem jurídico em situações concretas de perigo – por isso, estão liberados do dever jurídico de impedir o resultado³⁴.

³³ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 182; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, III, p. 617-620; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, ns. 711-712, p. 226-227. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 24, p. 78-79.

³⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 1, p. 620. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 24, p. 78-79.

A *posição de garantidor* é elemento do tipo da omissão de ação imprópria – portanto, uma definição legal da posição de garantidor é exigência do princípio da legalidade³⁵. A dogmática penal desenvolveu dois critérios para definir a *posição de garantidor* nos tipos de omissão de ação *imprópria*:

a) o critério *formal* ou *clássico* considera a *lei*, o *contrato* e a *ação precedente perigosa* como fontes do dever de garantia;

b) o critério *material* ou *moderno* trabalha com duas fontes alternativas do dever de garantia: 1) por um lado, garantia de proteção/guarda de *pessoa determinada* (ou de *bem jurídico determinado*) contra *situações de perigo indeterminadas*; 2) por outro lado, garantia de segurança/vigilância de *fontes de perigo determinadas* para proteger *pessoas indeterminadas* (ou *bens jurídicos indeterminados*)³⁶.

O critério *formal* oferece segurança jurídica, mas a rigidez das categorias parece explicar as críticas da literatura: a) leis não penais não podem criar responsabilidade penal pela não evitação do resultado de lesão do bem jurídico: a lei penal define *deveres de ação* (a omissão de socorro, por exemplo), mas não define deveres de *evitação do resultado*; ³⁷ b) não seria o contrato que determina o dever de garantidor, mas a *assunção fática* da garantia. O critério *material* é abrangente e flexível – e, por isso, dominante na literatura –, mas a natureza difusa das categorias conceituais que o estruturam reduz a segurança jurídica³⁸ e, com mais razão, não pode fundamentar a responsabilidade penal pela não evitação do resultado.

³⁵ Comparar TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, n. 22, p. 66-70.

³⁶ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 176-178; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 2-5, p. 621-628; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, II-III, n. 48-86, 154-165.

³⁷ Compare ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 32, II, n. 11.

³⁸ Ver, por exemplo, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, I, 4, n. 25-29, p. 149-150.

A legislação brasileira adotou o critério *formal* para definir a posição de garantidor, desse modo:

Art. 13, § 2º. (...). *O dever de agir incumbe a quem:*

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

a) **Obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância.** A lei, como fonte mais geral da posição de garantidor, abrange as hipóteses de obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, em especial no âmbito das relações de família, entre casais, parentes em linha reta e irmãos³⁹. Historicamente, o dever jurídico de *cuidado* tem por objeto as relações recíprocas entre ascendentes e descendentes, cônjuges e colaterais, para excluir perigos contra a vida e o corpo do garantido – mas não inclui os perigos criados pelo protegido contra terceiros (agressões) ou contra si mesmo (suicídios), se definíveis como **ações livres** de sujeitos capazes de compreensão. Por outro lado, o dever jurídico de *proteção* e *vigilância* é atribuído aos pais ou responsáveis em relação aos filhos menores: dever de *proteção* contra perigos para a vida e o corpo dos filhos; dever de *vigilância* dos filhos em relação a perigos destes contra a vida e corpo de terceiros⁴⁰.

Mas é necessário lembrar dois pontos: primeiro, a exigência de *lei* como fonte da obrigação de *cuidado*, *proteção* ou *vigilância* significa *lei formal*, como ato do Poder Legislativo, com exclusão

³⁹ Assim, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 3a, p. 622; HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 178; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, II, 1, n. 48-55, p. 154-155.

⁴⁰ OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, II, 1, n. 56-60 e III 4, n. 92-93.

de atos normativos inferiores (decretos, regulamentos, resoluções, instruções etc.); segundo, o princípio da legalidade exige *lei formal* de natureza *penal*, porque somente leis penais formais podem definir a punibilidade da omissão de ação imputável ao garantidor⁴¹.

b) **Assunção da responsabilidade de impedir o resultado.** A responsabilidade de impedir o resultado pode ser assumida por ato de vontade (contratual ou extracontratual) do garantidor, mas a *assunção fática* da proteção é decisiva porque a confiança na ação do *garante* cria relações de dependência e encoraja a exposição a riscos que, de outro modo, seriam evitados. Essa fonte do dever de agir inclui as seguintes hipóteses: a) a *livre assunção da proteção* do médico em relação ao paciente, do salva-vidas em relação aos banhistas, da *baby-sitter* em relação às crianças etc.⁴²; b) as *relações comunitárias estreitas*, sob a forma de *comunidades de perigo* (o guia em relação aos turistas ou participantes de expedições) ou de *comunidades de vida* (o dono da casa em relação às pessoas acolhidas no âmbito da residência, excluída a mera relação de coabitação em pensões ou repúblicas; os professores em relação aos alunos no âmbito e durante o funcionamento da escola etc.)⁴³.

c) **Comportamento anterior criador do risco do resultado.** O conceito de *comportamento* compreende a ação e a omissão de ação *precedente perigosa*, desde que o perigo de resultado seja objetivamente previsível⁴⁴.

A *ação precedente perigosa*, fundada na proibição geral de lesão (*neminem laede*), deve ser antijurídica⁴⁵ ou contrária ao dever⁴⁶, segundo

⁴¹ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 32, II, n. 10-16.

⁴² HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 178; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 3c, p. 623; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, II, 3, n. 64-66.

⁴³ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 3b, p. 622-623; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, II, 1, n. 48-61, 154-157, e II, 2, 62-63, p. 157.

⁴⁴ OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, III, 1, n. 76-84, p. 161-164.

⁴⁵ WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, n. 725, p. 231.

⁴⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 4a, p. 625.

a opinião dominante – embora respeitável opinião minoritária também admita criação de perigo conforme ao direito, porque ações nos limites do dever de cuidado ou do risco permitido não excluiriam, de modo absoluto, o dever de segurança, por exemplo, na conduta precedente justificada pelo estado de necessidade⁴⁷. A hipótese mais importante de *ação precedente perigosa*, como fonte da posição de garantidor, consiste no perigo para vítimas de acidente de trânsito, causado por lesão do risco permitido ou do dever de cuidado: a morte da vítima de acidente de trânsito determinada por omissão da ação de proteção do autor da *ação precedente perigosa*, com consciência da possibilidade do resultado de morte daquela, implica responsabilidade por homicídio doloso cometido por omissão porque constitui omissão de ação fundada na posição de garantidor⁴⁸ – e não simples homicídio imprudente com pena agravada (art. 121, § 4º, CP). Finalmente, ações dentro dos limites do risco permitido ou conformes ao dever de cuidado, assim como ações justificadas (lesão corporal produzida no agressor, em situação de legítima defesa), não engendram o dever *especial* de garantia da omissão de ação imprópria segundo a literatura dominante⁴⁹, mas não excluem o dever *geral* de socorro da omissão de ação própria⁵⁰.

Hipótese controvertida é a venda de bebidas alcoólicas em relação aos perigos criados pelo álcool para o bêbado ou do bêbado para terceiros: a) em relação aos perigos para o bêbado, parece geral a tese de que o fornecimento de álcool cria o dever de garantia para o fornecedor (proprietários de bares ou restaurantes), se o estado de

⁴⁷ Assim, por exemplo, MAURACH-GÖSSEL-ZIPE, *Strafrecht* II, 1989, § 46, ns. 95-99, p. 204-206; ver OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, III, 1, n. 79-82, p. 162-164; compare ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 32, V, n. 186-188.

⁴⁸ Ver JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 67, III, 4, p. 723.

⁴⁹ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 32, V, n. 160-185; HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 177; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 4, p. 626-628; outra opinião, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, III, 1, n. 79-81, p. 162-163.

⁵⁰ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 177.

alcoolização do freguês é evidente; b) em relação aos perigos do bêbado para terceiros, as opiniões variam entre a proposta de excluir a posição de *garante* do fornecedor⁵¹ e a proposta de condicionar essa exclusão ao estado de imputabilidade do bêbado⁵².

A *omissão de ação precedente perigosa*, como fonte da posição de garantidor, tem por fundamento a *confiança* da comunidade na capacidade do *garante* de controlar perigos produzidos por pessoas submetidas ao seu poder ou de controlar perigos existentes em mecanismos, engenhos ou animais em áreas submetidas ao seu domínio – por exemplo: a) o proprietário não ilumina escada da residência e hóspede cai e quebra a perna, ou não repara defeito do telhado e uma telha despenca sobre a cabeça de convidado; b) os perigos criados pela omissão de controle ou cuidado (1) do proprietário de animais ferozes em relação a danos sobre terceiros, (2) dos responsáveis por obstáculos físicos em ruas, rodovias e estradas em relação à sinalização de advertência respectiva, (3) do proprietário do veículo entregue a motorista não habilitado ou colocado em circulação sem condições de segurança, em relação aos danos resultantes de acidentes de trânsito etc.⁵³.

3. O tipo subjetivo da omissão de ação

O tipo subjetivo da omissão de ação *própria* é o **dolo**, e da omissão de ação *imprópria*, o **dolo** e a **imprudência**. Segundo a teoria dominante, o dolo não precisa ser constituído de consciência e de

⁵¹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 4, p. 626-628.

⁵² OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, III, 1, n. 82, p. 163-164.

⁵³ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 177-178; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV, 4ab, p. 626-627; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, III, 2-3, n. 85-91, p. 165-167.

vontade (como nos tipos de ação), em ambas modalidades de omissão de ação: basta *deixar as coisas correrem* com **conhecimento** da situação típica de *perigo para o bem jurídico* e da *capacidade de agir* (suficientes na omissão de ação *própria*), mais o **conhecimento** do *resultado* e da *posição de garante* (necessárias na omissão de ação *imprópria*) porque dolo como *vontade consciente* de omitir a ação mandada constituiria exceção rara (o médico *decide* recusar paciente em estado grave sob o argumento de inexistência de leito livre)⁵⁴.

Na legislação penal brasileira, o *conteúdo* do **dolo** nos crimes de *omissão de ação* não pode ser diferente do *conteúdo* do **dolo** nos crimes de **ação** porque se a *consciência* é a direção típica inteligente, a *vontade* é a energia psíquica que produz a **ação** e a **omissão de ação** típica dolosa – aliás, a única interpretação compatível com a definição do dolo, no art. 18, I, CP.

3.1. Espécies de dolo na omissão de ação. O dolo nos crimes de omissão de ação existe sob as mesmas modalidades admitidas para os crimes de ação: a) **dolo direto de 1º grau**, se o resultado típico coincide com o *fim* proposto pelo autor; b) **dolo direto de 2º grau**, se o resultado típico é representado como *certo* ou *necessário* pelo autor; c) **dolo eventual**, se o autor *consente* na produção de resultado típico representado como *possível* efeito da ação omitida⁵⁵.

3.2. Objeto do dolo na omissão de ação. O dolo na *omissão própria* e na *omissão imprópria* tem por objeto **comum** os seguintes elementos do tipo objetivo: a) a *situação de perigo para o bem jurídico* (ou *situação típica*); b) o *poder concreto de ação* para proteger o bem jurídico em

⁵⁴ Ver, entre outros, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, VI, 1, p. 630-631; também, HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 181. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 95-97, exige, ao lado do elemento intelectual da *consciência*, também o elemento emocional da *vontade* para constituir o dolo na omissão de ação.

⁵⁵ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 176-193.

situação de perigo; c) a *omissão da ação mandada* para proteção do bem jurídico⁵⁶.

O dolo na *omissão de ação imprópria* tem por objeto **específico** os seguintes elementos adicionais característicos do tipo objetivo: a) o *resultado* de lesão do bem jurídico; b) a *posição de garantidor* do bem jurídico em perigo⁵⁷.

3.3. O erro de tipo na omissão de ação. O dolo nos tipos de omissão de ação está exposto à mesma relação de lógica exclusão entre *conhecimento* e *erro* dos tipos dolosos de ação: **se** o dolo exige conhecimento (a) da situação típica de *perigo para o bem jurídico*, (b) do *poder concreto de agir* e (c) da *omissão da ação mandada* (na omissão de ação *própria* e *imprópria*) e, adicionalmente, (d) do *resultado* típico e (e) da *posição de garantidor* (na omissão de ação *imprópria*), **então** o erro sobre qualquer desses elementos do tipo de omissão de ação *própria* e *imprópria* (evitável ou inevitável) *exclui* o dolo⁵⁸.

Defeitos de *conhecimento* por ausência ou insuficiência de representação da realidade, como *desconhecimento* dos elementos fáticos, descritivos ou normativos, do tipo legal, excluem, sempre, o dolo, na forma do art. 20, CP, mas, na *omissão de ação imprópria*, é preciso distinguir: o erro *inevitável* exclui o dolo e a imprudência; o erro *evitável* exclui somente o dolo, admitindo punição por imprudência, se existente o tipo legal respectivo⁵⁹.

⁵⁶ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 186 s.

⁵⁷ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 186.

⁵⁸ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 186. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias acerca dos crimes omissivos*, 1996, p. 98.

⁵⁹ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 31, VIII, n. 192.

VI. Conhecimento do injusto e erro de mandado

O *conhecimento do injusto*, como elemento central da culpabilidade, existe como conhecimento do *dever jurídico geral de agir*, na omissão de ação *própria*, e, como conhecimento do *dever jurídico especial de agir* para evitar o resultado, na omissão de ação *imprópria*. O erro sobre o *dever jurídico* de realizar a ação mandada, em ambas as modalidades de omissão de ação, constitui erro sobre o *dever jurídico de agir* e, portanto, *erro de mandado* – e não *erro de proibição*, como ocorre nos crimes de ação.

Nos tipos de ação, o dever de omitir a ação proibida é, geralmente, claro, mas nos tipos de omissão de ação o dever de realizar a ação mandada é, normalmente, obscuro para o destinatário da norma penal – especialmente em crimes *omissivos próprios* contra a ordem econômica, o meio ambiente ou outros setores do **Direito Penal especial** – e, por esse motivo, a *evitabilidade* do erro é menor⁶⁰, determinando a exclusão ou a redução do juízo de reprovação. Esse problema – além da dificuldade ou da impossibilidade de distinguir *erro de proibição* e *erro de tipo* nessas áreas do Direito Penal especial – está na origem de propostas de tratar o *erro de mandado* sobre deveres tributários, por exemplo, como *erro de tipo*, excludente do dolo⁶¹.

⁶⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 60, I, p. 636.

⁶¹ Nesse sentido, TAVARES, *As controvérsias acerca dos crimes omissivos*, 1996, p. 99.

VII. Tentativa e desistência na omissão de ação

O argumento de que a *tentativa* de omissão de ação, segundo WELZEL e ARMIN KAUFMANN, só pode ser concebida como *omissão da tentativa* de realizar a ação mandada⁶², parece incontestável; contudo, a opinião dominante afirma o seguinte: na omissão de ação *própria* a tentativa é, sempre, inidônea; na omissão de ação *imprópria*, o problema é caracterizar o *começo da tentativa* porque o critério legal refere-se à ação – e não à omissão de ação. A moderna dogmática alemã identifica a tentativa de omissão de ação imprópria na *criação* ou *ampliação de perigo* para o objeto protegido⁶³, consistente na *perda da primeira possibilidade* para realizar a ação mandada⁶⁴ ou na *perda do último momento* para excluir o resultado, que marca a independência do processo causal em relação ao autor⁶⁵. Ao contrário, a desistência da tentativa de omitir a ação mandada somente se configura mediante uma atividade positiva: o motorista retorna da fuga do local do acidente e conduz o ferido para o hospital⁶⁶.

Na legislação brasileira, o critério objetivo do *início de execução* da definição legal de tentativa (art. 14, II, CP) tem por objeto, exclusivamente, os crimes de ação: logo, o *início de execução* somente poderia existir na *realização da ação mandada* – e, portanto, no cumprimento do dever jurídico de agir –, nunca na omissão de ação, caracterizada pela ausência de qualquer processo executivo. Assim, do ponto de vista

⁶² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 27, IV, p. 206; também, ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 204.

⁶³ JAKOBS, *Strafrecht*, 1993, 29/116-118, p. 853-854; MAURACH-GÖSSEL-ZIPEL, *Strafrecht II*, 1989, § 40, n. 106, p. 34; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, n. 741, p. 237.

⁶⁴ HERZBERG, *Der Versuch beim unecheten Unterlassungsdelikt*, MDR, 1973, p. 89.

⁶⁵ ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 210; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 28, IV, p. 221.

⁶⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 60, II, 3, p. 639.

conceitual, a tentativa de omissão de ação é impossível; do ponto de vista do princípio da legalidade, a punição da tentativa de omissão de ação, própria ou imprópria, é inconstitucional – e qualquer solução diferente passa, necessariamente, pela mudança da definição legal⁶⁷.

VIII. A exigibilidade da ação mandada

A exigibilidade da ação mandada é uma característica do tipo de omissão de ação *própria*, indicada pela *possibilidade* de realização da ação mandada. A questão resultante é a seguinte: a) essa característica da omissão de ação *própria* é transferível para os tipos de omissão de ação *imprópria*?; b) em caso positivo, a *inexigibilidade* da ação mandada exclui o dever de agir nos tipos de omissão *imprópria*?

Não existe consenso na dogmática penal sobre a consequência jurídica da inexigibilidade da ação mandada na omissão de ação *imprópria*: ou exclui o tipo⁶⁸, ou exclui a antijuridicidade⁶⁹ ou, finalmente, exclui a culpabilidade⁷⁰. A questão poderia ser assim formulada: se o ordenamento jurídico impõe ao *garante* comportamento *conforme ao dever jurídico*, então a *inexigibilidade* exclui o próprio *tipo de injusto*; se o ordenamento jurídico impõe ao *garante* comportamento *adequado às suas condições pessoais*, então a *inexigibilidade* exclui apenas a *culpabilidade*⁷¹.

⁶⁷ TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 93-94, rejeita tentativa na omissão própria, mas admite tentativa na omissão imprópria, fundado na perda da *última* ou da *primeira* oportunidade de realizar a ação mandada, segundo o caso concreto.

⁶⁸ LACKNER, *Strafgesetzbuch*, § 13, n. 5.

⁶⁹ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, § 16, n. 84.

⁷⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, VIII, 3, p. 635.

⁷¹ Ver OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 9, IV, 3, n. 102-103, p. 170. No Brasil, TAVARES, *As controvérsias acerca dos crimes omissivos*, 1996, p. 100-103, considera a *inexigibilidade* como cláusula geral de exculpação nos delitos de omissão de ação.