



JUAREZ TAVARES

O autor, Juarez Estevam Xavier Tavares, é Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Visitante na Universidade de Buenos Aires e convidado na Universidade de Frankfurt am Main (Alemanha) e na Universidade Pablo d'Olavide (Espanha). Professor Honorário da Universidade de San Martin (Peru) e Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. É também Pós-doutor pela Universidade de Frankfurt am Main, Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Subprocurador-Geral da República aposentado.

Entre suas obras mais relevantes se destacam as seguintes: *Teorias do Delito* (1980), *Teorias del Delito* (1983); *Direito Penal da Negligência* (1985, 2003); *Teoria do Injusto Penal* (2000, 2002, 2003); *Bien Jurídico y Función en Derecho Penal* (2004); *Teoria do Crime Culposo* (2009); *Teoria del Injusto Penal* (2010); *Teoria dos Crimes Omissivos* (2012); *Racionalidad y Derecho Penal* (2014); *Teoria do Delito* (2015). Com Raúl Cervini, *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul* (2000). Com Geraldo Prado, *O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito* (2016) e *Juicio Político: El Caso Brasileño y Otros Ensayos* (2016). Tradução: Johannes Wessels, Di-

JUAREZ TAVARES

FUNDAMENTOS DE TEORIA DO DELITO

Prefácio
Eugenio Raúl Zaffaroni



para os tipos dolosos. Na legítima defesa culposa, por exemplo, não há necessidade de se verificar a moderação do emprego dos meios, porque isso já fora feito com a violação da norma de cuidado; uma posterior confirmação dessa violação seria irrelevante ou implicaria um proibido *bin in idem*. No reconhecimento da legítima defesa de terceiro, não importa a qualidade da conduta culposa: se o agente dirige em excesso de velocidade e atropela um assaltante que estava estrangulando a vítima, salvando-lhe a vida, é de se reconhecer a legítima defesa, ainda quando se pudesse afirmar que o salvamento da vítima pudesse ter sido realizado com velocidade menor. Como o agente não detém o domínio da moderação, porque não dirige os meios causais para repelir a agressão, mas sim apenas para manejar sua conduta objetiva, é imprópria sua avaliação.

O Código Penal consigna a excepcionalidade dos crimes culposos: só são puníveis quando expressamente previstos em lei (art. 18, p. único). Não pode haver crime culposo mediante uma simples interpretação do tipo de um crime doloso.

CAPÍTULO VI

O INJUSTO DOS DELITOS OMISSIVOS

Os delitos omissivos são disciplinados no Código Penal sob duas formas: como crimes omissivos próprios e como crimes omissivos impróprios. Os primeiros estão associados a uma norma determinativa (de comando); os segundos, a uma norma proibitiva, mas infringida por quem esteja em uma posição de garantidor do bem jurídico e, portanto, obrigado a atuar para impedir o resultado. A diferença entre ambos radica justamente em sua distinção normativa: os delitos omissivos próprios vêm previstos expressamente na lei em decorrência de uma norma determinativa; os delitos omissivos impróprios não vêm previstos em lei, são derivados dos crimes comissivos, mas realizados por um autor em uma posição de garantidor.

I. A DISCUSSÃO EM TORNO DA LEGITIMIDADE

Os delitos omissivos, como não se apresentam como fatos empíricos determinados, senão como objetos de juízos axiológicos, estão sempre vinculados a uma eterna discussão acerca de sua legitimidade. A legitimidade dos delitos omissivos perpassa também pela relação entre norma de dever e realidade empírica.

Ao disciplinar acerca da capacidade das pessoas de se verem responsáveis pelos delitos que praticaram, BLACKSTONE já salientava, em 1769, relativamente aos preceitos do *common law*, que um ato só poderia ser passível de punição quando possibilitasse seu conhecimento empírico pelos tribunais.⁴²¹ Com isso, queria preservar o princípio de que o delito deveria constituir, de qualquer modo, um ato capaz de se caracterizar como danoso ou vicioso. E isso, evidentemente, não poderia ser obtido nos delitos omissivos, a não ser por meio da demonstração de sua existência material. Independentemente do sistema jurídico que se adote, codificado ou baseado nos precedentes judiciais, o certo é que

421. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, 1769/1984, volume 4, p. 21.

a ponderação de BLACKSTONE constitui um indeclinável princípio prático de política criminal.

No âmbito dos delitos omissivos, a exigência de que a omissão seja passível de demonstração empírica, como ato danoso ou vicioso, implica, pelos menos, três consequências: a) a omissão deve ser apreciada em face de seu conteúdo material e não como conduta puramente simbólica ou normativa; b) sua estrutura deve ser construída de modo a permitir que o omitente possa opor a contraprova de sua inocuidade; c) sua punição depende, substancialmente, de sua estrutura e se torna ilegítima quando não corresponda a um ato danoso ou perigoso ao bem jurídico.

Essas consequências, uma vez assentadas como condições de legitimidade da incriminação da conduta omissiva, devem contornar, todavia, três séries de dificuldades. A primeira diz respeito aos delitos omissivos próprios. A segunda decorre da caracterização dos deveres de garantidor. A terceira se refere à cláusula de correspondência.

Normalmente, os delitos omissivos próprios, como são criados com exclusividade por uma norma penal, não suscitam, à primeira vista, a análise material de seu conteúdo, salvo daquelas condições que configuram a chamada *situação típica*. Isso poderia implicar contradição com aquelas exigências antes enunciadas. Não obstante essa sua característica puramente normativa, os delitos omissivos próprios, no entanto, não valem como simples forma de desobediência legal. Ao contrário, todos esses delitos se configuram ou na forma de delitos de dano ou de perigo. Assim se passa, por exemplo, com o delito de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal), que, situado entre os crimes de periclitacão da vida ou da saúde, se torna qualificado quando tenha provocado lesão grave ou morte. Isto significa que o legislador, ao tipificar essa modalidade de omissão, não o fez unicamente com base na mera infração normativa, sob o pressuposto de perigo ou de lesão ao bem jurídico, mas consoante um projeto concreto de política criminal de evitar consequências maiores à pessoa posta em perigo.⁴²² Ainda que essa característica de estarem vinculados ao perigo

422. Igualmente, o correspondente delito de omissão de prestação de auxílio (§ 323c) do código alemão pressupõe uma situação de perigo concreto para o bem jurídico, decorrente de acidente, condição geral de perigo comum extensível a um número indeterminado de pessoas e de alta gravidade ou de uma situação de necessidade, entendida como a irrupção de um acontecimento que esteja na iminência de produzir dano (TRÖNDLE/FISCHER. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 2003, p. 2078 e ss.).

ou à lesão ao bem jurídico e não à mera infração normativa constitua uma das condições de legitimidade dos delitos omissivos próprios, não é, porém, suficiente para justificar por si mesma sua punibilidade e dar por encerrados os problemas práticos daí decorrentes.

Conforme exigências práticas, deve-se agregar, ainda, que a estrutura típica desses delitos seja construída de modo a possibilitar ao afetado, no caso, o omitente, a contraprova de que sua omissão não tenha provocado dano ou perigo de dano ao bem jurídico ou que não o pudesse, com probabilidade nos limites da certeza, efetivamente provocar. A dogmática penal tem sempre desdenhado as exigências práticas do procedimento penal e sua influência sobre a elaboração normativa ou a interpretação da lei, como ainda tem apenas se ocupado de juízos de valor incidentes, eles mesmos, sobre um objeto já de por si normativamente valorado. Só muito recentemente, por exemplo, vem-se aplicando o princípio *in dubio pro reo*, que era uma regra incidente sobre objetos empíricos na interpretação penal controversa ou que possa provocar duas ou mais soluções divergentes, isso como corolário dos princípios de presunção de inocência e de intervenção mínima.

Vê-se, assim, que se os juízos de ponderação efetuados sobre objetos empíricos incidem também, eles mesmos, sobre objetos normativos, é necessário que os puros juízos normativos também sejam submetidos a uma contraprova empírica. Assim, a construção de um tipo de delito deverá ser declarada ilegítima sempre que, tanto na formação da proibição ou do comando jurídicos quanto na sua concretização judicial, possa suscitar dúvidas em relação ao seu objeto, ao seu alcance e à forma de ofensa ao bem jurídico. A solidificação desses elementos na formação típica é fundamental para possibilitar ao imputado a formulação de um juízo de refutação, sem o qual estariam deslegitimadas a proibição e a determinação de condutas. A questão de possibilitar a demonstração de que, materialmente, não se deram as condições estipuladas para a incidência da pena criminal, não é questão apenas prática, mas está inserida nos pressupostos da norma penal como decorrência obrigatória do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório (Constituição, art. 5º, LV).⁴²³

423. Constituição, art. 5º, LV: "– aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Já no que toca aos deveres de garantidor, a primeira grande discussão está em se determinar, praticamente, sua fonte e seus limites. Se as condições pessoais de vinculação entre o omitente e a vítima ou entre o omitente e a fonte produtora do perigo implicam a geração de um dever de impedir o resultado, a responsabilidade pelo fato ocorrido só pode se dar sob dois pressupostos: a) da mais precisa identificação dessas condições; b) da efetiva demonstração de que o agente era capaz de realizar a ação necessária a evitar o resultado, conforme suas características típicas.

Como, ademais, a responsabilidade, nessa hipótese, deve estar associada, primeiramente, ao dever de impedir o resultado e, depois, à capacidade de sua evitação, a precisa e incontroversa identificação das condições de garantidor constitui o pressuposto principal, sem o qual não pode subsistir a incriminação. Diante dessa exigência, torna-se obsoleta a questão prática de determinar se a identificação dessas condições se deve fazer, exclusivamente, por uma norma ou por meio de uma livre interpretação de seus substratos materiais. Uma vez que se afirme a necessidade de uma identificação, está claro que a legitimidade da inserção dessas condições como elementos da tipificação da conduta só ocorre por meio de uma norma legal.

Finalmente, a cláusula de correspondência, pela qual se assinala a equiparação entre ação e omissão imprópria, só pode valer sob dois pressupostos: a) assente que o resultado, nas mesmas hipóteses, seria evitado, com probabilidade nos limites da certeza, pela realização da ação mandada; b) comporte uma contraprova de que esse mesmo resultado, igualmente com probabilidade nos limites da certeza, teria ocorrido da mesma forma caso o sujeito atuasse ou se omitisse. O primeiro decorre do princípio constitucional da presunção de inocência, pois é inadmissível que se afirme a imputação de um resultado a alguém sem que se demonstre, empiricamente, as bases de sustentação dessa imputação. O segundo é, ainda, uma resultante do já referido princípio da ampla defesa e do contraditório.

Todas essas condições impostas como pressupostos ou limites dos delitos omissivos valem, adequadas às respectivas particularidades, tanto para a omissão própria quanto para a imprópria, pois tanto dizem respeito à sua natureza, à sua estrutura e à sua punibilidade, quanto às exigências práticas de sua implementação.

II. OS PRESSUPOSTOS BÁSICOS

Normalmente, pode-se entender a omissão como a não realização de uma ação determinada. Isso a caracteriza como uma forma de conduta vinculada a um dever.⁴²⁴ Delito omissivo seria aquele cuja tipicidade estaria estruturada em função de uma norma mandamental, que pode derivar da própria configuração da conduta punível no âmbito do direito penal (delitos omissivos próprios) ou ser extraída de preceitos de outros ramos do direito, de cláusulas contratuais ou de situações fáticas complementares às normas proibitivas existentes (delitos omissivos impróprios). A violação dessa norma mandamental ou determinativa, constituiria, assim, em linhas gerais, o núcleo do tipo desse delito. Essa é, originariamente, a visão que se tem da omissão como conduta punível.

Como o pensamento humano, sobretudo nas sociedades complexas e organizadas, está impregnado de normas e de regras, é natural que se compreenda a omissão em função desses preceitos normativos, os quais, por serem mais imediatos, conduzem, à primeira vista, a uma direta apreensão de sua tipicidade. Assim, para se saber se determinada conduta constitui ou não delito, quer na forma ativa quer na forma omissiva, é comum passar os olhos pelo Código Penal e daí extrair, em cada caso, se tal ou qual comportamento está ali configurado. Igualmente, para concluir se determinado delito admite a participação por omissão, a atitude mais corrente da doutrina é invocar os preceitos do concurso de pessoas, quase sempre sob a ótica causal da teoria da condição e sua combinação com as regras que disciplinam o dever de agir. Esse é o modelo metodológico comum da interpretação jurídica, que corresponde ao método exegético já vigorante nos práticos medievais. Apesar dessa aparente simplicidade do processo de cognição jurídica, ainda hoje utilizado e que, em primeiro momento, pode ser até importante, radicam por trás disso muitas incertezas e controvérsias, que superam, em larga escala, essa forma de apreensão imediata do fenômeno jurídico, principalmente quando os preceitos da norma mandamental não se apresentam de modo tão claro e incontroverso.

424. Essa é a visão mais disseminada. Ver, a título de exemplo, OTTO, Harro. (Nota 281, p. 156). Contra esta visão simplificada se põe, contudo, ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT, tomo II*, 2003, p. 627, para o qual, nos delitos omissivos, devem ser encaradas algumas questões básicas, que são prévias à indagação acerca dos deveres de agir, como a causalidade, a autoria e a correspondência entre ação e omissão.

A primeira dessas incertezas decorre de outra indagação, que poderia parecer um pouco ingênua, mas que constitui um dos pontos fundamentais da discussão em torno dos delitos omissivos: afinal, a omissão, como tal, só tem existência no direito na forma como lhe assevera a legislação?⁴²⁵ Ou pode ela existir fora do direito, independentemente da legislação que a disciplina?⁴²⁶ Uma vez respondida, de um modo ou de outro, essa indagação, poderiam ser formulados outros questionamentos geradores de seguidas controvérsias. Se, por exemplo, se entender que a omissão tem existência fora do direito, caberá indagar como o direito a disciplina, sob quê condições e com quê elementos. Se, ao revés, a omissão for considerada como um instituto puramente jurídico, sem correspondência com a realidade fenomênica, sob quê condições e com que legitimidade o direito a poderia criar e disciplinar.

As controvérsias relativas à natureza da omissão não podem ser resolvidas por um simples passar de olhos no Código Penal. Além de essa forma de investigar o fenômeno jurídico ser absolutamente incerta, é também incompatível com um Estado democrático, que deve submeter toda a matéria jurídica ao crivo da discussão em torno de sua legitimidade, de sua necessidade, de sua conveniência, de sua oportunidade, de suas consequências e de seus elementos. O exame da legitimidade conduz a situar o tema sob a perspectiva do Estado democrático de direito e dos preceitos fundamentais de garantia do indivíduo.

A necessidade, a conveniência, a oportunidade e as consequências valorizam a discussão em torno dos aspectos político-criminais relacionados aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade. O aprofundamento acerca dos elementos que devem compor as normas mandamentais, expressos nas categorias da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, é essencial em face do princípio da legalidade e de seus corolários. Esses objetos de discussão decorrem, diretamente, assim, dos princípios do Estado de Direito. Além dos princípios acima citados, é

425. Assim, por exemplo, ESER, Albin. *Juristischer Studienkurs, Strafrecht II*, 1980, p. 46; GALLAS, Wilhelm. *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, p. 39 e ss.; OTTO, Harro. (Nota 281), p. 156; RADBRUCH, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, p. 131 e ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch*, 77a. edição, 2006, p. 214.

426. Assim, por exemplo, KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 59 e ss.; BUBNOFF, Eckhart von. *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, p. 149; ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 628; WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edição, 1969, p. 200.

também relevante, porque vinculado ao princípio da legalidade, o princípio da determinação, pelo qual toda pessoa tem o direito de poder reconhecer, com absoluta precisão, as normas proibitivas e mandamentais que se dirigem à sua conduta, bem como de por à prova todos os argumentos do Estado em torno de suas próprias ações e finalidades.⁴²⁷

A formulação das controvérsias é importante para a tipificação da omissão e indica que o seu tratamento deve estar vinculado não mais exclusivamente à sua natureza, mas também à sua estrutura e à sua punibilidade. Isso implica considerar que a investigação da omissão não se constitui de um processo isolado, mas de um conjunto de processos interativos, no qual todos esses problemas se vejam tratados, ao mesmo tempo, em seus contornos específicos e em suas dependências. Assim, a decisão acerca de sua natureza não pode ser obtida tão só de uma investigação quanto à sua origem ou aos fundamentos pelos quais ela se forma, mas sob a análise, também, de como ela se apresenta na realidade fenomênica, como se constitui em objeto sensível e apreensível e, afinal, como adquire sentido e finalidade para os efeitos de ser reprovada pela ordem jurídica.

Ainda que a doutrina se tenha debruçado, com afinco, sobre todas essas questões, principalmente sobre a relação e a equivalência da omissão e da ação, na verdade, ainda não foram superadas suas principais divergências. O que se observa é a imprecisão dos fundamentos utilizados para dirimi-las. Ora a matéria é tratada sob perspectiva inteiramente normativa, ora sob o panorama de elementos empíricos. Quando tratada normativamente, parece excluir-se a questão do campo extrajurídico; quando enunciada sob baluartes empíricos, alguns sedimentos precisam ser esclarecidos, até porque, nesse momento, se abrem as portas para infinitas refutações. As questões levantadas são importantes no enfoque da omissão e devem servir de instrumentos argumentativos na análise do injusto e da culpabilidade dos delitos omissivos, principalmente sob a consideração dos apelos da teoria crítica em torno do conceito de pessoa deliberativa para o efeito de limitar o poder punitivo. Independentemente de qualquer resposta que seja

427. Ver, para tanto, STEIN/FRANK. *Staatsrecht*, 18a. edição, 2002, p. 149 e ss.; IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II, Grundrechte*, 2010, p. 248. Igualmente, RADBRUCH, Gustav (Der Mensch im Recht, p. 117 e ss) já considerava substancial a ponderação entre o que estaria inserido na lei, como proibição ou comando, e aquilo que corresponderia aos direitos elementares do indivíduo com vistas à edificação de um Estado justo e adequado às respectivas finalidades, que não são outras que a realização das potencialidades da pessoa.

dada às questões apresentadas, que mostram a instabilidade em torno da construção de delitos omissivos e a necessidade de sua restrição, diante da hiperinflação legislativa, deve-se ter em vista que sua interpretação está necessariamente acoplada à noção de sujeito.

III. A ESTRUTURA TÍPICA

Embora ainda sem previsão na Parte Especial, salvo para os crimes omissivos próprios, será possível equacionar os elementos caracterizadores do tipo legal de um delito omissivo.

Inicialmente, pode-se dizer que, nos delitos omissivos próprios ou impróprios, há uma *inação* que corresponde a uma infração à norma de comando. Integra também o tipo dos delitos omissivos o resultado de dano ou perigo ao bem jurídico. Pondera ROXIN que acolher um injusto sem resultado implicaria sedimentar a responsabilidade penal exclusivamente no desvalor subjetivo da conduta e tomar a tentativa inidônea como modelo de delito.⁴²⁸ Importante será, em qualquer caso, a relação entre conduta e lesão de bem jurídico, à vista de uma análise da conduta como ato perlocucionário, sempre sujeito à verificação de adequação e ofensividade.

A visão da conduta como ato perlocucionário torna irrelevantes as propostas da doutrina de distinguir entre resultado fático e resultado jurídico, para admitir este último em todos os delitos, mas aquele somente nos verdadeiros crimes de resultado. Essa é uma antiga concepção, da época em que o bem jurídico constituía apenas um requisito formal da norma. Não é a questão fática ou jurídica que deve ser tematizada, mas a conduta dentro da perspectiva de um processo de comunicação consignado pela norma.

Toda conduta penalmente relevante é uma conduta perlocucionária ou performática (conforme a terminologia que se adote), daí conter uma vinculação necessária a determinados efeitos que serão produzidos em outrem. Esses efeitos não deixam de integrar o conteúdo perlocucionário se não estiverem descritos. A ausência de descrição não desnatura o ato perlocucionário, apenas modela sua interpretação. No crime de omissão de socorro, por exemplo, a consumação ocorre desde

que o sujeito não tenha prestado o socorro, ainda que outro o tenha feito e, assim, impedido a morte do acidentado. Nesse caso, o resultado naturalístico que o tipo pressupunha não ocorreu, porque afinal a vítima fora salva, mas haverá consumação porque a conduta devida era idônea para impedi-lo, pondo com isso em perigo o bem jurídico. A interpretação do ato perlocucionário se satisfaz com a constatação de que a conduta devida não fora realizada e que, com sua execução no tempo oportuno, se teria evitado, antecipadamente, um resultado de perigo para bem jurídico. Nos delitos omissivos impróprios, como no caso da mãe que deixa de socorrer o filho menor que está se afogando, a consumação só acontece com a ocorrência do resultado morte. Neste caso, como o legislador descreve expressamente o resultado, os traços de distinção entre tentativa e consumação são mais nítidos.

Faz parte do tipo dos delitos omissivos a *real possibilidade de atuar*. Vigora aqui, então, o velho princípio *ultra posse nemo tenetur*. Não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade pessoal de fazê-lo. A norma não pode simplesmente obrigar a todos, incondicionalmente, a atuar, traçando, por exemplo, a seguinte sentença: “*Jogue-se na água para salvar quem está se afogando*”. Se a pessoa não sabe nadar, como irá se atirar na água para salvar quem se está afogando? Essa exigência incondicional é totalmente absurda e deve ser considerada como inexistente ou incompatível com os fundamentos da ordem jurídica.

Convém ressaltar que a *real possibilidade de atuar* está condicionada à modalidade de conduta típica a que se refere, porque inexistente uma omissão em si, senão *omissão de ação determinada*.⁴²⁹ Dependendo da configuração do tipo de injusto, a *real possibilidade de atuar* pode expressar-se de várias formas, associando-se a certas características da norma mandamental. Assim, por exemplo, nas hipóteses de delitos vinculados a infrações de deveres específicos, como ocorre em alguns tipos de sonegação fiscal,⁴³⁰ a *real possibilidade* deve também englobar a *capacidade individual* de realizar aquela específica conduta determinada pela norma, ou seja, a *capacidade de pagar*, a *capacidade de fazer pessoalmente*, a *capacidade de prestar informações*, etc. Nesses casos, a possibilidade física não é decisiva, porque o tipo

428. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 327.

429. KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, 8ª edição, München: Vahlen, 2017, p. 674 e ss.

430. Lei 8.137/90, art. 2º.

está estruturado sobre outra forma de prestação.⁴³¹ Evidentemente, se o sujeito não possui dinheiro, não se omite de pagar o débito;⁴³² se não sabe realizar certa atividade, em face de seu desconhecimento ou deficiência de formação, não pode ser obrigado a assumi-la pessoalmente; se não detém a informação, porque ela se encontra inacessível, ou na posse de terceiro desconhecido ou de alguém que se recusa a fornecê-la, não se omite de prestá-la; se sua ordem de proteção não pode ser acatada por faltar-lhe meios jurídicos para tanto, não está capacitado para cumprir o dever.⁴³³

Note-se que a real impossibilidade de cumprimento de dever não é, porém, apenas questão penal. O próprio Código Civil, ao disciplinar as modalidades dos atos jurídicos, considera inexistentes as condições impossíveis (art. 124). A pessoa que não pode, pessoalmente, atuar, não pode, pessoalmente, ser responsabilizada por sua omissão. Essa condição constitui elemento do tipo dos *crimes omissivos*, tanto próprios quanto impróprios. Deve-se atentar, no entanto, que, inversamente do que afirma a doutrina tradicional, a real possibilidade de atuar não se confunde com a capacidade física de agir. Essa última constitui evidentemente uma condição da própria ação ou da imputabilidade, conforme se trate, respectivamente, da capacidade no sentido de qualidade física de atuar (condição da ação) ou da capacidade como possibilidade de atitudes conscientes acerca da proibição da conduta e da autodeterminação de acordo com essa compreensão (imputabilidade). Por sua vez, a real possibilidade de agir integra o tipo de injusto dos delitos omissivos próprios e impróprios e não está alicerçada sobre uma base puramente física, como se pretende, resultante de uma interpretação meramente causal do delito, mas decorre do sentido da própria omissão ou da situação típica. Já na sua época, ainda que sob outra perspectiva dogmática, observava FEUERBACH que a imputação por omissão teria por base um preceito jurídico (lei ou contrato)

431. Admitindo uma impossibilidade jurídica, ESER, Albin. (nota 425), exemplo 28; GROPP, Walter (*Strafrecht, AT*, 2ª edição, Berlin-Heidelberg: Springer, 2001, p. 396).

432. Assim, de conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, TAG, Brigitte. Kindhäuser/ Neumann/ Paeflgen (org.), *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, 2005, p. 4902.

433. Aqui, é interessante a referência a um famoso caso julgado pela Corte de Apelação de Bremen, em 1957: um proprietário consente que, em sua casa, seja acomodado um cão da raça airedale-terrier. Após algumas investidas do cão contra terceiros, ordena que ele seja retirado de casa. Sua mulher, porém, que era dona do cachorro, opõe-se a essa ordem e desautoriza seu marido a levar o cão para fora, mas ele acaba atacando outra pessoa. O tribunal entendeu que o marido, como não poderia executar a ação, porque juridicamente não possuía domínio sobre o animal, estava desobrigado do dever de proteção.

que fundamentava a obrigatoriedade de realização de uma ação; ademais, assinalava que a imputação estaria excluída tanto na hipótese de lhe ser impossível realizar a ação, por ser esta tão distante do resultado que não pudesse ser esperada, quanto ao lhe faltar a necessária força física para a sua execução.⁴³⁴ O próprio Código Civil alterou a configuração das obrigações impossíveis, tratando de eliminar o condicionante físico contido no art. 116 do código antigo para estender a impossibilidade a qualquer forma de negócio jurídico (art. 124).

Ainda sob a insistência de uma concepção causal, a doutrina costuma diferenciar a *real possibilidade física de praticar a ação devida da exigibilidade de tal conduta*. A real possibilidade física de atuar está relacionada à capacidade de ação do sujeito diante das exigências da norma. Já a exigibilidade se refere à colisão de interesses: uma ação seria inexigível se sua execução prejudicasse de tal forma o interesse do sujeito que a ordem jurídica não pudesse proceder a uma avaliação de sua necessidade.⁴³⁵ A exigibilidade, desse modo, constituiria um atributo típico dos delitos omissivos. Uma vez que a ação devida não fosse exigível ao sujeito, não haveria tipicidade.⁴³⁶ A proposta doutrinária dessa diferenciação constitui um recurso para superar, por outra via, os estreitos limites da concepção causal em torno da capacidade de ação. A ideia é atraente, mas pode levar a confusões conceituais, porque a exigibilidade também constitui elemento da culpabilidade e não apenas da tipicidade. Melhor será aperfeiçoar o conceito de possibilidade para, eliminando-lhe o substrato puramente causal, passar a compreendê-lo também no âmbito normativo. Não se trata de possibilidade física tão somente. Por isso, poder-se-ia, inclusive, propor uma outra diferenciação na própria capacidade de ação, sem desnaturar seu conceito: entre a possibilidade física e a capacidade normativa de agir. Uma vez que o sujeito seja fisicamente incapaz de agir, a conclusão em torno da exclusão do conteúdo da ação, como pressuposto da tipicidade, será procedida por meio de uma constatação empírica. Quando se tratar de capacidade normativa, o processo de avaliação seguirá os trâmites de uma interpretação sobre a relação entre o empírico e o normativo

434. FEUERBACH, Anselm Ritter von. (Nota 98), p. 21 (§ 24), 44 (§ 58).

435. SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2006, p. 218.

436. MAYER, Hellmuth. (Nota 315), p. 135; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE. (Nota 435), p. 217.

sob a perspectiva do tipo legal. Parece que essa é a solução adequada para traçar limites empíricos e normativos aos delitos omissivos já no âmbito de sua tipicidade. Isso tem sua racionalidade, porque uma conduta perlocucionária só pode ser exaustivamente avaliada quando confrontada nesses dois aspectos, empírico e normativo. Sem as qualificações normativas, o empírico perde relevância porque ficará atrelado a uma fase pré-típica; ademais, no tocante à omissão, que se vincula a uma conduta devida, portanto a um dever de agir, não pode o empírico ser tomado exclusivamente em face de possibilidade e impossibilidade física, senão também normativa. Só quando se confronta com o normativo é que a capacidade de agir pode justificar um juízo acerca da idoneidade e necessidade da ação devida.

Tem-se divulgado, erroneamente, a ideia de que a possibilidade de agir constitui apenas uma exigência típica dos delitos omissivos impróprios e não dos omissivos próprios, uma vez que nestes últimos a omissão já estaria configurada no tipo legal e este, por sua vez, trataria de estabelecer as condições do atuar. Na realidade, a exigência da possibilidade de agir não está subordinada à prévia tipificação das condutas omissivas, mas constitui uma condição imprescindível do procedimento de imputação, quer seja submetido a um mandado geral de assistência (crimes omissivos próprios) ou a um dever especial de impedir o resultado.

O condicionamento do processo de imputação faz parte do sistema de comportas, através do qual se pretende delimitar a intervenção estatal. Como, ademais, os delitos omissivos impróprios se encontram em uma situação delicada no direito penal em face das divergências em torno de sua legalidade, é razoável que a doutrina deles se ocupe mais atentamente, pois nesse caso carece de parâmetros para indicar as referências concretas da ação mandada, devendo proceder com maiores exigências do que ocorreria nos delitos omissivos próprios. Isso não significa, porém, que nesses últimos a questão da possibilidade de atuar seja irrelevante. Mesmo nos delitos omissivos próprios, nem sempre a lei traça com precisão os limites e as formas dos deveres que devem ser cumpridos. Nesse caso, como não cabe ao julgador complementar as lacunas legais mediante um processo de integração da ordem jurídica, já que com isso violaria o princípio da legalidade, reserva-se-lhe o papel de procurar esclarecer as condições que devam ser inseridas no âmbito

da imputação com vistas a tratá-las do mesmo modo como o faria com relação aos delitos omissivos impróprios. Só desse modo se lhe poderia reconhecer, inclusive, legitimidade na sua atividade cognitiva.

O tipo dos delitos omissivos não está constituído, como se pensava, apenas por aqueles dois elementos, da *inação* e da *real possibilidade de atuar*, mas contempla também a chamada *situação típica omissiva*, que são aquelas características que fundamentam a omissão constante do tipo, como expressão do conflito social que o direito quer regular através da determinação de condutas.

A *situação típica omissiva* engloba todos aqueles elementos ou pressupostos que se associam à *inação* e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, com vistas ao perigo ou à lesão ao bem jurídico.⁴³⁷ Assim, no crime de omissão de socorro, constitui a situação típica a descrição acerca da criança abandonada ou extraviada e da pessoa inválida ou ferida, que se encontrem ao desamparo ou em grave e iminente perigo. O tipo do crime de omissão de socorro não é preenchido simplesmente porque o sujeito não atua, isto é, não presta socorro. Mais do que isso, há uma situação típica que fundamenta o dever de atuar. Se a vítima não se encontrar ao desamparo ou em grave e iminente perigo, não há omissão relevante. Poderá haver uma simples *inação*, mas não o tipo de delito omissivo. É que a *conduta ordenada*, objeto da norma mandamental, não se esgota no simples não agir, senão também é assinalada, como seu conteúdo de injusto, naquelas circunstâncias típicas que a fundamentam. Aqui se passa da mesma forma como nos delitos comissivos, cuja *ação proibida* não se esgota na mera causalidade, mas na realização de todos os demais elementos típicos que a caracterizam como tal. Ao legislador igualmente não importa a mera *inação*: só quando vinculada às circunstâncias tipicamente descritas.

No crime de omissão de notificação de doença (art. 269), que constitui um exemplo clássico de norma penal em branco, na qual o mandamento é complementado através de ato administrativo dos órgãos do Ministério da Saúde, a situação típica vem expressa na natureza da doença (de notificação compulsória) e na circunstância de haver sido identificada por médico no exercício profissional.

437. SANTOS, Juarez Cirino dos (Nota 372, p. 198) considera a situação típica como situação de perigo.

Não é a mera omissão ou inação que configura o tipo dos delitos omissivos, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essencial à sua configuração.

IV. OS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

O tipo dos *delitos omissivos próprios* é composto por uma omissão a um dever de agir e uma situação típica. A omissão deve implicar a violação de um dever determinado; não há omissão genérica de agir; deve-se omitir sempre alguma coisa. A situação típica retrata as circunstâncias que justificam a imposição do dever de agir. No crime de omissão de socorro (art. 135), há referência à omissão determinada (deixar de prestar assistência ou não pedir socorro da autoridade) e a descrição da situação típica que se expressa na existência de uma criança abandonada ou extraviada ou de uma pessoa inválida ou ferida, que se encontrem ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Nos *delitos omissivos impróprios*, o tipo se compõe da descrição de uma conduta, originariamente, comissiva (matar alguém), da posição de garantidor do sujeito, do dever determinado de impedir o resultado, da omissão de uma ação impeditiva do resultado, da causalidade e da equivalência da omissão à ação.

O dever de garantidor está fixado no Código Penal (art. 13, § 2º). Será garantidor: a) quem tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Há diversos critérios para a distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios, com base no sujeito, na definição legal da omissão ou no resultado. Em face, porém, da característica da conduta omissiva e de sua relação com a respectiva norma criminalizadora, a diferença deve ter por base justamente como o legislador trata as duas modalidades de omissão. Haverá, assim, crime omissivo próprio todas as vezes em que a omissão, por si mesma, implique a violação de uma norma mandamental; haverá crime omissivo impróprio, quando a omissão de impedir o resultado viole a norma mandamental na medida em que puder se equiparar à ação, porque o resultado está vinculado a uma norma proibitiva.

Esse critério tem a vantagem de superar a questão do sujeito, porque pode haver crime omissivo próprio com sujeito determinado, como ocorre com o crime de omissão de notificação de doença, em que só o médico pode praticar, porque só ele está obrigado a realizar a ação mandada (art. 269, CP). Também, por esse critério pode-se verificar melhor a estrutura típica de certos tipos de delito, em que a omissão vem definida na lei, mas diante da norma criminalizadora, trata-se de delito omissivo impróprio, porque a violação da norma mandamental se faz por meio da infração a uma norma proibitiva, cujo resultado só pode ser compreendido na medida em que a omissão seja equiparada à ação. No crime de facilitação de contrabando ou descaminho, que se consuma com a liberação da mercadoria, há a imposição de um dever de impedir o resultado aos agentes alfandegários. Igualmente, no crime de omissão de impedir atos de tortura, a omissão se equipara à ação (Lei 9.455/97, art. 1º, § 2º). Não se trata, assim, de violação de um dever geral de assistência, mas de violação de um dever especial de impedir o resultado, atribuída a um sujeito garantidor do bem jurídico. São, assim, delitos omissivos impróprios com a respectiva omissão definida em lei.

Segundo o disposto na Constituição, que diz expressamente que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II), o dever de que resulta a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância deve estar previsto em lei em sentido estrito, aquela votada pelo Parlamento, segundo o processo legislativo (art. 59). Não podem impor deveres geradores da posição de garantidor os decretos, as resoluções, as portarias e outras normas administrativas, as quais só valem para os limites estreitos da administração.

Para a assunção de responsabilidade vale o contrato escrito ou uma situação fática de aceitação, de qualquer forma indicativa expressa dessa assunção; equipara-se ao contrato o estatuto de uma empresa que distribui atribuições a seus diretores, desde que estes, ao assumirem os cargos, tenham-nas aceitado. Sob esse enfoque, o fato de alguém exercer a função de supervisor de uma empresa para o efeito de ajustar sua organização aos programas de *compliance* só o torna responsável pela lesão de bem jurídico de terceiro se tiver aceitado expressamente

o encargo de evitá-la e sua omissão puder ser equiparada à ação.⁴³⁸ O simples exercício do cargo de supervisão (*compliance officer*) não transforma automaticamente o sujeito em garantidor e tampouco o situa como submetido a um dever geral de assistência, o qual só pode ser imposto por lei. Deve-se acentuar que, fora do estabelecido em lei, a condição de garantidor jamais pode decorrer do simples exercício de uma atividade ou da posição que alguém exerça na empresa, senão de uma expressão aceitação do específico dever de impedir determinado resultado. A exigência de uma aceitação expressa quanto ao dever de evitar a lesão de bem jurídico, bem como de que o resultado tenha que ser atribuído, necessariamente, à sua omissão, nos termos de sua equiparação ao seu cometimento por ação, como consequência de um processo de imputação, é relevante para proceder a uma perfeita análise da cadeia causal dos fatos. Com isso, eliminam-se da responsabilidade por omissão todos aqueles que não estiverem situados nessa cadeia causal e evita-se a concretização, principalmente, no âmbito de empresas, de uma transferência de responsabilidade, que poderia resultar em nítida execução da teoria do bode expiatório. Uma vez que não se observe a relevância de cada participação dentro de uma cadeia causal para o resultado, corre-se o risco de se ver descarregada a responsabilidade pelo resultado sobre os ombros dos mais vulneráveis.

Na produção de um perigo para o bem jurídico, gerado por comportamento anterior, na chamada ingerência, embora a lei não o diga, é imprescindível que esse comportamento seja ilícito. Quem realiza uma atividade lícita, ou seja, dentro dos limites do risco autorizado (dentro do cuidado devido), não é garantidor dos efeitos dessa atividade. Se um jornalista tira uma foto da arquibancada de um estádio e, com isso, acaba retratando, sem qualquer deliberação, a infidelidade de uma mulher casada, não é garantidor de sua vida, caso o marido a venha matar.

V. A CAUSALIDADE NA OMISSÃO

A causalidade na omissão deve ser aferida conforme a teoria da condição, mas com uma modificação do respectivo processo: não se trata de eliminar a omissão, como pode parecer da leitura da lei, mas

438. Para outras informações: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge/SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255 e ss.; COSTA, Victor. *Crimes omissivos impróprios. Tipo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 233.

a ação mandada. Por outro lado, não basta para afirmar essa causalidade que, eliminada a ação mandada, elimine-se também o resultado. Para afirmar a causalidade deve-se pensar de outro modo: eliminada a ação mandada, elimina-se também o resultado. Aqui, não é qualquer ação mandada; é a ação que possa orientar o sujeito a se conduzir de conformidade com o dever, ou seja, a ação que, com probabilidade nos limites da certeza, impediria a ocorrência do resultado. Caso não se proceda a essa limitação da ação devida, a análise da causalidade de nada serviria; seria mero requisito retórico da imputação.

Por decorrência da causalidade, a omissão deve ser equivalente à ação nos delitos omissivos impróprios, os quais são construídos sobre a base de uma norma proibitiva. Para se proceder à equiparação entre a violação da norma determinativa à infração da norma proibitiva, é indispensável que a omissão tenha a qualidade de produzir os mesmos efeitos da ação. Isso ocorre nos delitos vinculados à lesão de bens jurídicos individuais, como os delitos contra a vida, a saúde ou integridade corporal e a liberdade, nos quais será possível afirmar que a realização da ação mandada impediria o resultado com probabilidade nos limites da certeza.

Se a mãe deixa o filho recém-nascido sem alimentação e este morre de inanição, pode-se concluir, sem maiores dificuldades, até em face da impossibilidade de a criança buscar alimento, que essa omissão se equipara à ação positiva de matar.

A causalidade desempenha ainda um papel no chamado *crime omissivo por ação*. Normalmente, aqui se trata de crimes comissivos: o sujeito impede a mãe de dar comida ao filho e ele morre; haverá crime comissivo de homicídio, praticado em autoria mediata. Há casos específicos, entretanto, em que haverá crime omissivo, isto em decorrência das características da infração à norma. Se alguém inicia o salvamento de outrem, mas, depois, lança a boia ao mar, desistindo do empreendimento, deve responder pelo delito de omissão de socorro e não por homicídio por comissão.⁴³⁹

439. ROXIN, Claus. (Nota 424), p. 662; postulando por uma substancial diferença entre a omissão de impedir o resultado e sua produção por ação: DE LUCA, Javier Augusto. "Omisión impropria y principio de legalidad", in Luis Greco/Antonio Martins (org.), *Direito Penal como crítica da pena, Livro-Homenagem a Juarez Tavares*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 151 e ss.

VI. OS SUPOSTOS DEVERES GERAIS

Há de se ressaltar, além disso, que os delitos omissivos impróprios infringem, por omissão, uma norma proibitiva. Como tal, não podem resultar de cláusulas gerais, mas sim devem estar submetidos aos respectivos tipos de delito, sob a exigência de que venham a ser imputados a um sujeito garantidor do bem jurídico (art. 13, § 2º, CP).

O sujeito garantidor, assim, ainda que esteja submetido a um dever de impedir o resultado, só estará nessa condição diante de tipos legais específicos, ou seja, o dever de impedir o resultado não é um dever genérico, mas um dever em face de cada tipo de delito. Não basta para caracterizar uma posição de garantidor e, consequentemente, um crime comissivo por omissão que uma norma disponha de deveres gerais, como aquela contida na parte final do art. 5º, XLIII, da Constituição. Para ter aplicação, essa norma deve se expressar por uma definição específica do dever que é imposto ao sujeito, dentro de um tipo penal de garantia. Caso fosse admitida a responsabilidade por uma tal omissão genérica, seriam punidos todos os particulares que, tomando conhecimento de um tráfico de drogas, não o tivessem impedido, o que soa verdadeiro absurdo. Ninguém pode, por exemplo, ser submetido a um dever geral de impedir delitos ou atos ilegais praticados por outrem.

Ninguém pode ser responsabilizado por omissão porque não impediu ação de outrem, salvo quando se encontre na posição de garantidor e o autor do fato lhe estiver vinculado, em uma relação de subordinação, ou lesar bem jurídico de quem esteja sob seus cuidados diretos, como ocorre com o carcereiro em relação a fatos que vierem a ser cometidos contra os presos. No último caso, como o sujeito é detentor da fonte de perigo, torna-se garantidor em face dos efeitos que essa fonte produzir. É absolutamente irracional conceder a alguém o direito de exercer uma função de comando sobre um grupo de subordinados que tenham aos seus cuidados pessoas cujos bens jurídicos pessoais devam se manter incólumes e não admitir sua responsabilidade pela lesão desses bens jurídicos, produzida pelos seus comandados.

Sobre o tema, assim se manifesta ROXIN: “O problema se tornou conhecido já na época da florescência da teoria dos deveres formais. Assim,

escrevia Mezger, por volta de 1931, que um dever jurídico legalmente instituído no sentido de impedir o resultado não era suficiente para a afirmação de uma posição de garantidor. Ao contrário, esse deveria ter o ‘sentido manifesto de querer fundamentar uma responsabilidade penal pelo resultado. Portanto, não é suficiente a simples existência de um dever, mesmo que esse dever tenha sido instituído para que resultado dessa ordem fosse evitado”.⁴⁴⁰

A grande objeção doutrinária à teoria dos deveres jurídicos formais reside justamente em sua desmedida extensão, que conduz à edição de fórmulas genéricas pelas quais todas as pessoas, indistintamente, seriam postas na condição de garantidor, sem que tivessem qualquer vinculação com o fato. A responsabilidade em decorrência da posição de garantidor exige, ademais, duas condições complementares: que o sujeito esteja em condições reais de impedir o fato e que sua omissão possa ser equiparada causalmente à ação. A primeira exigência está expressa no art. 13, § 1º do Código Penal: “(...) quando o omitente devia e **podia** agir para evitar o resultado”. A segunda condição decorre do próprio *caput* do art. 13: “Considera-se causa a ação ou a **omissão** sem a qual o resultado não teria ocorrido”. O rechaço da teoria dos deveres gerais advém desde o finalismo, que, ao se fundar no princípio da probabilidade nos limites da certeza, concluiu que “a não evitação do resultado por uma omissão só existe quando a execução da ação teria evitado o resultado, em um grau de probabilidade que se limita com a certeza (RG 75 49 372; inexato RG 75 324)”.⁴⁴¹

A previsão de fórmulas legais regulatórias do dever de garantidor serve, todavia, para delimitá-lo, uma vez que seja interpretada restritivamente. A delimitação dos deveres que são impostos às pessoas é condição inerente ao Estado democrático de direito, em oposição ao Estado despótico, que exigia de seus súditos total submissão e obediência. Por outro lado, deveres não podem ser impostos por simples normas de organização empresarial, senão por lei estrita, conforme exigência do princípio constitucional da legalidade.

VII. A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

O dolo nos delitos omissivos próprios compreende todos os

440. ROXIN, Claus. (Nota 424), p. 714.

441. WELZEL, Hans. (Nota 1), p. 292.

elementos da situação típica e da necessidade de agir e a vontade de se omitir da ação necessária vinculada à lesão do bem jurídico.

O dolo nos delitos omissivos impróprios deve incluir a consciência acerca dos elementos da posição de garantidor, da causalidade, do resultado e das condições fáticas de equiparação da omissão à ação, bem como a vontade de não impedir o resultado e, com isso, lesar o bem jurídico. O sujeito deve conhecer que está em uma posição de garantidor: por exemplo, que é pai de quem esteja em perigo, ou que aceitou a responsabilidade de impedir o resultado ou que realizou uma conduta perigosa. Deve saber que a realização da ação devida impediria o resultado com probabilidade nos limites da certeza e que, portanto, sua omissão se equipara à ação, bem como que as condições fáticas vinculadas à omissão a equiparam à ação.⁴⁴²

Em face disso, esses crimes, quando dolosos, não admitem o dolo eventual, que deve ser tratado como se fosse um fato culposo, porque, se o sujeito deve saber que, agindo, impedirá o resultado com probabilidade nos limites da certeza, não pode atuar com dúvida acerca dessa relação, que é fundamental para preencher a norma determinativa. A dúvida, vinculada à completa incerteza quanto ao resultado, conduz à consideração de um delito culposo e não doloso.⁴⁴³

VIII. AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Uma vez que as situações relacionadas ao dever de agir, à posição de garantidor e à possibilidade de realizar a ação devida compreendem situações confrontadas com a ordem jurídica em sua totalidade e não apenas em face da norma penal respectiva, pode-se dizer que nos delitos omissivos é praticamente irrelevante a indagação acerca das causas de justificação. Isso porque, configurada uma situação de perigo ao bem jurídico, resultante de agressão (legítima defesa) ou de outras fontes (estado de necessidade) ou subsistente uma colisão de deveres, as soluções podem ser encontradas já dentro do próprio tipo, sem haver necessidade de uma nova valoração do fato.

442. Assim, NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht, Eine Einführung*, Neuwied: Luchterhand, 2000, p. 289/293.

443. Para maiores informações, TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 393 e ss.

A relevância de uma nova valoração do fato no setor da antijuridicidade terá sentido em face de uma concepção dialética do injusto quando seja necessário proceder-se a uma individualização das situações que possam justificar o fato.⁴⁴⁴ Se, porém, essa mesma tarefa pode ser antecipada, em sua integralidade, no âmbito do tipo, no sentido de sua exclusão, só restará à antijuridicidade a verificação de situações particularíssimas, nas quais não haja possibilidade de definir os limites do dever de atuar. ROXIN propõe trabalhar, nesse setor, com um conceito do "tipo total", como o faz a teoria dos elementos negativos do tipo, mas, mesmo assim, não descarta a possibilidade de analisar, em casos concretos, a incidência de uma causa de justificação, especialmente da colisão de deveres e do estado de necessidade.⁴⁴⁵

Haverá *colisão particularíssima de deveres* quando o sujeito não pode cumprir um desses deveres sem o descumprimento do outro. Na ponderação entre esses deveres, basta que sejam de igual valor, mas sob a condição de que os deveres impostos não estejam simplesmente incluídos como elementos de um tipo de delito geral. O pai, que não pode, ao mesmo tempo, salvar os dois filhos e resolve salvar apenas um deles, está em uma situação de deveres conflitantes, que justificam sua conduta. Assim também o maquinista que deve, ao mesmo tempo, manter-se na condução do comboio em face de uma curva perigosa ou impedir a morte de seu filho menor, que está prestes a cair do vagão. Essa modalidade de conflito é matéria da antijuridicidade, porque envolve o fato em face da totalidade da ordem jurídica: será preciso analisar o caso com base em preceitos de outros ramos do direito ou de regras próprias que fundamentam a posição de garantidor. Para caracterizar uma colisão justificante de deveres é indispensável, no entanto, que esses deveres digam respeito à obrigatoriedade de uma atuação necessária. Não se está cogitando, nesta hipótese, de um dever de abstinência, cuja violação poderia dar lugar a um crime comissivo culposo, mas sim de um dever específico de agir.

Analisando-se, por outro prisma, a colisão de deveres em face da concepção mais ampla da impossibilidade de agir, é possível situá-la,

444. TAVARES, Juarez. (Nota 2), p. 158.

445. ROXIN, Claus. (Nota 424), p. 690.

desde logo, no âmbito da tipicidade quando se tratar de um dever geral de assistência. No caso do sujeito que, diante de dois estranhos, presta socorro a um e não ao outro, porque não pode fazê-lo simultaneamente, a situação estará mais bem amparada no âmbito da impossibilidade de agir e não propriamente na colisão justificante de deveres. É que, neste caso, não havendo a prevalência de um dever de maior hierarquia ou ainda a imposição de cumprimento de deveres extrapenais de mesma hierarquia, a matéria não envolve a totalidade de ordem jurídica, mas, sim, exclusivamente, o tipo do delito de omissão de socorro, que estará excluído pela impossibilidade de atuar do sujeito.

Outro é o tratamento da colisão entre deveres de categorias diversas. Se, no exemplo acima, uma das vítimas é filho do sujeito, mas a outra não o é, há uma colisão de um dever de garantidor e um dever geral de assistência. A doutrina considera que, em se tratando de deveres desiguais, haverá exclusão da antijuridicidade quando o sujeito cumprir o dever de maior hierarquia em detrimento do outro; quando se der o cumprimento de dever de igual ou menor hierarquia, haverá uma causa de exculpação. Para que isto se viabilize, é indispensável definir o que constitua um dever de maior hierarquia.

WESSELS/BEULKE/SATZGER entendem que a relação de hierarquia será definida em face do valor do bem jurídico, da qualidade do dever (se resultante de uma posição de garantidor ou como dever geral de assistência), da proximidade do perigo e da maior ou menor probabilidade da ocorrência do resultado.⁴⁴⁶ Com base nesses parâmetros pode-se considerar como de maior hierarquia, em primeiro lugar, o dever de proteção à vida humana em contraste com o dever de proteção do patrimônio; em segundo lugar, será de maior hierarquia o dever de garantidor diante do dever geral de assistência; em terceiro lugar, será prevalente o dever que tenha que ser cumprido imediatamente em relação àquele que tenha seu cumprimento remoto ou que possa ser cumprido tempos depois; finalmente, terá preferência o dever, cujo cumprimento possa implicar, com maior probabilidade nos limites da certeza, a não ocorrência do resultado.

Uma vez avaliado o dever como de maior hierarquia, seu

446. WESSELS/BEULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 379.

cumprimento exclui a antijuridicidade da conduta. Por outro lado, em se tratando do cumprimento de dever de menor hierarquia, embora não se configure uma causa de justificação, nada obsta que possa ser eliminada a tipicidade da conduta. Nesse aspecto, pode-se fazer uma inversão na pauta da antijuridicidade. A solução da doutrina no sentido de reconhecer, em face disso, apenas uma causa de exculpação (quando se cumpra o dever de menor hierarquia) parece demasiadamente rigorosa, porque, de qualquer modo, o sujeito cumpriu um dever imposto pela ordem jurídica. Se o sujeito cumpriu apenas um dever, porque não poderia cumprir o outro, não pode ser apenas desculpado, deve ter excluída a tipicidade de sua conduta. A situação de conflito é a mesma quando se trata de deveres iguais. No exemplo dado por WESSELS, do sujeito que, diante de um incêndio, em vez de salvar a avó, salva a namorada, cumpriu, de qualquer modo, um dever e acaba salvando uma vida humana. A ordem jurídica pode impor deveres e exigir seu cumprimento, mas não pode definir as preferências pessoais, quando esses deveres forem rigorosamente cumpridos pelo sujeito.

Relativamente ao *estado de necessidade*, esse ocorre quando o omitente, caso cumpra o dever, tenha que colocar em perigo seu próprio bem jurídico ou de terceiro, que nada tem a ver com a relação de dever. Aqui não se trata de colisão de deveres, mas de atuação em seu próprio favor ou de outrem. Uma vez verificados os elementos do estado de necessidade – como o perigo atual a direito do agente ou de terceiro, não provocado por ele e inevitável de outro modo e a inexigibilidade do sacrifício do bem, com base no critério da proporcionalidade entre o que se salva e o que se sacrifica, – restará excluída a antijuridicidade (estado de necessidade justificante). Se os bens em conflito forem de igual valor ou o bem sacrificado for de maior valor, em se tratando de omissão, deve excluir-se a própria antinormatividade e, pois, a tipicidade.

Uma exceção à ausência de antinormatividade é aquela relacionada às pessoas que têm o dever de enfrentar o perigo. Uma vez descumprido esse dever, haverá a configuração da tipicidade. Convém observar, porém, alguma particularidade. O bombeiro tem o dever de arrostar o perigo, mas dele não se exige que, para cumpri-lo, tenha que

sacrificar a própria vida. Geralmente, para a distinção entre justificação e exculpação não é relevante a hierarquia do dever, mas sim o valor do bem jurídico: em se tratando de sacrifício de bem jurídico de valor inferior ou igual ao do bem protegido, haverá exclusão da antijuridicidade; se o bem jurídico sacrificado for de maior valor, haverá exclusão da culpabilidade. O bombeiro que deixa de salvar uma vítima para salvar sua própria vida estará em estado de necessidade justificante. Por outro lado, um estranho que deixa de salvar a vítima para evitar graves ferimentos em seu próprio corpo, estará em situação de atipicidade.

CAPÍTULO VII

A CULPABILIDADE

I. O SIGNIFICADO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade sofreu uma longa evolução em seu conceito.⁴⁴⁷ Depois que JHERING procedeu à diferenciação entre fato ilícito e fato culpável,⁴⁴⁸ foi possível sua autonomia do injusto, com a qual se fundamentou o primeiro enunciado sistemático moderno de culpabilidade, que se deve a VON LISZT: culpabilidade é o vínculo subjetivo entre agente e fato (concepção psicológica de culpabilidade).⁴⁴⁹ Ainda que, sistematicamente, o conceito de culpabilidade só apareça nesse momento, ressalta FERNANDO VELÁSQUEZ que sua concepção já estava presente no renascimento, principalmente no conceito de *imputatio juris*, que levou FEUERBACH a considerá-lo como o fundamento subjetivo da punibilidade.⁴⁵⁰

Mais tarde, FRANK conceitua a culpabilidade como o “juízo de reprovação sobre o agente, por haver cometido o fato sob a normalidade de circunstâncias concomitantes (concepção normativa de culpabilidade).⁴⁵¹ Com a inserção de outros elementos (consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) e ainda sob influência do finalismo, a concepção normativa de culpabilidade foi se impondo até a doutrina contemporânea. Com base no que já enunciara FRANK, a doutrina vigente a compreende como um juízo de reprovação sobre o agente por haver realizado um fato injusto.

Nessa evolução, devem ser observadas duas particularidades: primeira, a formulação jurídica de culpabilidade nunca esteve afastada de um

447. Para uma visão crítica, MARTINS, Antonio. “A culpabilidade como instituição política: um esboço”, in *Direito penal como crítica da pena*, p. 389 e ss.

448. JHERING, Rudolf von. *El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano*, tradução de José Luis Guzmán Dálbora, Buenos Aires: BdeF, 2013, p. 55 e ss.

449. LISZT, Franz von. (Nota 117), p. 162.

450. VELÁSQUEZ, Fernando. “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, in *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, volume 50, Lima, 1993, p. 283.

451. FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Gießen, 1907, p. 6.