

Processo Seletivo de Monitoria 2024

Disciplina: DIREITO PENAL I

PARÂMETRO DE CORREÇÃO

Questão: Disserte sobre os delitos omissivos.

Espera-se que os candidatos abordem, pormenorizadamente, os seguintes pontos:

Os delitos omissivos deram origem, desde as origens dos sistemas modernos de delito, a controvérsias relativas ao seu enquadramento como forma de conduta e a sua configuração típica. Para o modelo causal, discutia-se, sobretudo, a forma de equiparar ação e não-ação como causa do resultado (veja-se, sobretudo, a discussão por Radbruch em sua tese de cátedra e sua conclusão pela impossibilidade de reunião de ação e omissão num conceito unificado de conduta); no âmbito do finalismo, a necessária referência normativa na tipificação da omissão evidenciava as dificuldades de uma abordagem estritamente ontológica de conduta. A partir de uma perspectiva funcional, se esses problemas são neutralizados com a normatização do conceito de conduta a partir dos objetivos do sistema normativo, podem a levar, em outro extremo, à artificial centralização na omissão como modelo geral de conduta, nomeadamente nos complexos e problemáticos conceitos negativos de conduta de Jakobs, Behrendt e Herzberg. Para Jakobs, por exemplo, ação será, a não evitação evitável de um resultado proibido.

A partir do finalismo, trata-se o delito omissivo como dotado de uma tipicidade própria, cuja estrutura se distingue, portanto, da do delito comissivo doloso e da do delito culposo.

Costuma-se diferenciar entre omissão própria e imprópria (comissão por omissão). A omissão própria corresponde às normas penais explicitamente mandamentais, onde o legislador impõe um dever genérico de agir. Exemplos são os artigos 135 e 269 do Código Penal. Exige-se, em todo caso, a capacidade do autor para a realização da ação mandada.

A omissão imprópria deriva da estrutura dos delitos comissivos (dolosos ou culposos), a que se agrega um dever específico de agir para evitar o resultado previsto na norma. Tal dever de agir (posição de garantidor) vem disciplinado no art. 13, § 2º do Código Penal. Segundo tal dispositivo, fundamenta-se o dever de agir na lei, que cria uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (e.g., o cuidado e proteção relativos aos filhos menores ou a tutelados e curatelados; a vigilância em relação a animais domésticos); em contratos ou quase contratos (assunção da responsabilidade de evitar o resultado); na ingerência (criação do risco de ocorrência do resultado). Delineia-se, assim, a tipicidade aberta da omissão imprópria, que sempre faz referência a três fontes normativas: a norma penal proibitiva, o art. 13 do Código Penal como fonte genérica da posição de garantidor, que será completada por outra norma ou circunstância que completa as hipóteses previstas no mencionado dispositivo do Código Penal.

Em face da distinção entre as penas cominadas a delitos comissivos e omissivos próprios (e, considerando, ainda, a natureza subsidiária do delito de omissão de socorro), é fundamental distinguir entre a ocorrência de ação e omissão. O mais antigo critério formulado pela doutrina é o critério da energia, que pretende diferenciar em termos naturalísticos ação e omissão. Em face das evidentes dificuldades que gera (se utilizado de modo

consequente, ao motorista que não freia para impedir um atropelamento se poderia imputar apenas omissão), o critério da energia foi substituído por critérios normativos, entre os quais se destaca aquele relacionado ao ponto de reprovabilidade da conduta, vale dizer, se o que se reprova ao autor é um fazer ou um não fazer.

Aqui se insere a complexa problemática relacionada a ações de salvamento. Enquanto o simples não lançar uma boia de salvamento a alguém que se está afogando constitui, claramente, delito omissivo, a retirada da boia depois que a vítima havia iniciado seu processo de salvamento configurará delito comissivo. Dúvida restaria quanto à hipótese de retirada da boia antes de ser alcançada pela vítima. Deve-se considerar que tal comportamento, ainda que implique um dispêndio de energia, equipara-se ao não fazer anterior e, portanto, só poderá fundamentar a imputação por delito omissivo (a questão não é inteiramente pacífica na doutrina).

A causalidade da omissão, por sua vez, é tema de difícil equacionamento. Como uma causalidade natural não é demonstrável, a doutrina sustenta a necessidade de comprovação de que a atuação do agente teria uma probabilidade, nos limites da certeza, de evitar o resultado. Mais recentemente, em face da dificuldade de demonstração de tal probabilidade em casos difíceis – sobretudo de grandes danos ambientais –, propõe parte da doutrina a substituição desse critério pela verificação de que a omissão do agente aumentou o risco de ocorrência do resultado. Em termos político-criminais, há evidente aumento da insegurança no processo de imputação.

O dolo na omissão deve estender-se a todos os elementos objetivos da norma proibitiva e, também, às circunstâncias fundamentadoras do dever de garantir.

No âmbito da culpabilidade, ao erro de proibição dos delitos comissivos corresponde o erro mandamental dos delitos omissivos, ou seja, o

conhecimento do dever de agir, que pode referir-se tanto à norma proibitiva na qual se baseia a imputação pela conduta omissiva quanto à norma que fundamenta o dever de garantidor (art. 13, CP).

Questão controvertida é a da possibilidade de tentativa nos delitos de omissão imprópria. Parte da doutrina sustenta a impossibilidade dessa configuração (entre nós, Zaffaroni/Batista), enquanto a doutrina internacional majoritária tende a aceitar a possibilidade de tentativa, seja depois da primeira possibilidade de agir (critério insustentável pelo aumento extremo e injustificável da zona de atribuição de responsabilidade penal), seja até a última possibilidade de atuação do agente sem que se gere perigo ao bem jurídico (critério preferível).

Majoritariamente – e por influência do finalismo – exclui-se a possibilidade de coparticipação na omissão, optando a doutrina, em contextos coletivos de omissão, pelo modelo de imputação de autoria colateral, fundamentada cada uma das omissões na violação de um dever pessoal de agir. A questão é controversa, sobretudo, quando há um dever de agir compartilhado por agentes estatais, constelação que gera controvérsias quanto a modelos de imputação sobretudo no âmbito da responsabilização por delitos praticados em contextos políticos autoritários.