

Resenha de CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2023

Gustavo de Oliveira Quandt 

A obra corresponde à dissertação defendida pelo autor no curso de mestrado da Universidade de São Paulo. Como indicado em seu título, trata da tentativa nos crimes omissivos – dois temas, lembram-no o prefácio de Pierpaolo Cruz Bottini¹ e a apresentação de Heloisa Estellita², bastante árdus da Parte Geral do Direito Penal.

Após breve introdução³ e esclarecimentos metodológicos (Capítulo 1), no Capítulo 2 o livro apresenta sete casos, os seis primeiros extraídos ou adaptados da jurisprudência: (1) o controlador de voo que se abstém de informar a uma aeronave que ela trafega em altitude inferior à exigida para a respectiva rota⁴; (2) a mãe bêbada que não socorre a filha adolescente que tentou o suicídio ingerindo medicamentos fortes⁵; (3) o diretor ambiental que não dá adequada manutenção nem interdita a barragem danificada mantida pela sociedade empresária que dirige⁶; (4) o comandante que não impede os marinheiros de arremessar ao mar em

-
- 1 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prefácio. In: CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2023. p. 6.
 - 2 ESTELLITA, Heloísa. Apresentação. In: CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2023. p. 9.
 - 3 CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2023. p. 21.
 - 4 STJ, REsp 1609502, 5ª Turma, Rel. Ribeiro Dantas, J. 02.06.2020, DJe 15.06.2020.
 - 5 STJ, HC 443697, 5ª Turma, Rel. Joel Ilan, J. 11.09.2018, DJe 17.09.2018.
 - 6 STJ, HC 94543, 5ª Turma, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 17.09.2009, DJe 13.10.2009.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Resenha de CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2023. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 425-439, 2023.

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n2p425-439

jangada improvisada um passageiro clandestino⁷; (5) o motorista que não socorre o pedestre que atropelou ao conduzir perigosamente seu veículo⁸; (6) a esposa que não socorre o marido que ingeriu amendoim por ela anteriormente envenenado⁹; (7) o alpinista que não socorre um praticante do mesmo esporte que agoniza no frio, incapaz de mover-se em razão das fraturas expostas provocadas por uma queda. Excetuado o caso da barragem (que se rompeu, morrendo numerosas pessoas)¹⁰, o perigo não resultou no dano receado – morte dos tripulantes e passageiros pela colisão de aeronaves; da filha e do marido, por intoxicação; do transeunte atropelado, em razão dos ferimentos sofridos; do náufrago lançado ao mar; do alpinista abandonado.

Os casos são agrupados nas seguintes categorias: garantidores de proteção (casos 1 e 2); garantidores de vigilância (casos 3 e 4); garantidores por ingerência (casos 5 e 6); dever geral de agir (caso 7). Segundo o próprio autor, o livro é uma “grande resolução dos quatro grupos de casos”¹¹. No entanto, a divisão proposta não atende a um critério sistemático claro, pois a posição de garantidor por ingerência pertence à classificação das fontes formais do dever jurídico de agir (na lei brasileira: lei, “contrato”¹² e atuar precedente, cf. art. 13, § 2º, do Código Penal¹³), enquanto a divisão das posições de garantidor em protetores de um bem jurídico e vigilantes de uma fonte de perigo corresponde à bipartição dita funcional (ou, menos exatamente, material) proposta na influente monografia de Armin Kaufmann¹⁴; assim, a contraposição da posição de garantidor por ingerência às posições de protetor de um bem jurídico e de vigilante de uma fonte de perigo mistura dois critérios diferentes. Além disso, a separação dos casos em grupos (garantidores de proteção, de vigilância e por ingerência, e dever geral de agir) só foi levada em consideração nas propostas de solução contidas no final do livro no

7 TRF4, ReSE 50027816320124047008, 7ª Turma, Rel. Artur César de Souza, J. 23.04.2013.

8 STJ, RHC 95341, 5ª Turma, Rel. Ribeiro Dantas, J. 02.08.2018, DJe 15.08.2018.

9 STJ, HC 501785, 6ª Turma, Relª Laurita Vaz, J. 20.08.2019, DJe 03.09.2019.

10 Apesar da ruptura, inundação e morte, o trabalho justifica o emprego do exemplo afirmando que o rompimento da barragem ocorreu por culpa de quem efetuou os reparos afinal determinados, de modo que esses resultados não seriam imputáveis ao diretor ambiental (CAMPANA, *ob. cit.* [nota 3], p. 244, nota 540).

11 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 29.

12 Como se sabe, a hipótese da alínea *b* não exige um autêntico contrato, nos termos do Direito das Obrigações, e o dispositivo legal citado sequer utiliza o termo. Ainda assim, no texto falamos em “contrato”, entre aspas, para evitar que o critério da assunção voluntária do dever de agir, concebido de acordo com a tradicional das fontes formais do dever jurídico, se confunda com a específica proposta da obra, segundo a qual a investidora na posição de garantidor exige um ato de exercício de liberdade (cf. o texto adiante).

13 Os dispositivos legais citados sem indicação diversa integram o Código Penal brasileiro em vigor.

14 Veja-se, por exemplo, WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho penal*. Parte general: el delito y su estructura. 46. ed. Tradução: Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 501.

que se refere à oposição dos 3 primeiros grupos (em que o omitente é garantidor) ao quarto (em que existe um mero dever geral de agir): os seis primeiros casos são resolvidos um a um, sem grande atenção ao grupo a que pertencem. No fundo, o agrupamento dos casos serviu primordialmente para ilustrar a diversidade deles e a versatilidade dos critérios propostos, sem consequências sistemáticas decisivas.

No Capítulo 3, abordam-se os aspectos centrais da omissão punível. Esse capítulo é larga e abertamente tributário da concepção de Jesús-María Silva Sánchez¹⁵. Em particular, segue-a na afirmação de que a existência de uma fonte formal do dever de agir (lei, “contrato”, atuar precedente) para impedir o resultado não importa, por si só, na equivalência entre omissão e ação¹⁶. Em outras palavras: segundo a obra resenhada, a existência de um dever legal, contratual ou derivado do comportamento anterior de agir para evitar um resultado nem sempre implica a responsabilidade por omissão imprópria caso o onerado por esse dever o descumpra e o resultado sobrevenha; o antigo critério das fontes formais do dever de agir deveria ser complementado por critérios materiais que justifiquem e autorizem a assimilação da omissão imprópria à comissão. Essa tese sem dúvida é instigante; recebe o apoio de prestigiosos penalistas espanhóis¹⁷ e a sua defesa no cenário brasileiro é apta a ensejar um valioso debate¹⁸. No entanto, cremos que esse argumento – de que a incidência do § 2º do art. 13 não basta para reconhecer-se sem mais a comissão por omissão – demandaria maior desenvolvimento: mesmo diante do texto legal de seu País, que complementa a indicação daquelas três fontes legais do dever de agir com a exigência (cujo real significado, cumpre advertir, é controvertido) de que a omissão, segundo o texto da lei, seja equivalente à causação do resultado¹⁹, os autores espanhóis parecem

15 Exposta na monografia *El delito de omisión: concepto y sistema*. 1. ed. Barcelona: Bosch, 1986; 2. ed. Montevideo/ Buenos Aires: B de F, 2003, e em numerosos textos mais curtos, alguns dos quais reunidos na coletânea *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004.

16 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 71.

17 Valem como ilustração os comentários da editora Edersa ao Código Penal espanhol (COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios al Código penal*, t. I. Madrid: Edersa, 1999), que contém três contribuições independentes relativas ao art. 11, todas as quais sustentam o ponto de vista descrito no texto: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, p. 409-439; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, p. 441-488 (o texto se repete na coletânea referida na nota 15, p. 209); VIVES ANTÓN, Tomás S., p. 489-531.

18 A problemática da posição de garantidor é objeto específico da dissertação de mestrado de Antonio Goya de Almeida Martins-Costa, recentemente publicada em caráter póstumo, intitulada *Posição de garantia em Direito Penal: a problemática da equiparação na omissão imprópria* (Marcial Pons, 2023), que não consultamos.

19 Código Penal espanhol, art. 11:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

sentir-se obrigados a refutar a tese da suficiência de uma fonte formal do dever de agir mais densa e detalhadamente do que o livro resenhado, o qual foi escrito sob uma lei que estatui, sem reserva expressa alguma, que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”, e, em seguida, enuncia as fontes formais do dever jurídico, afirmando categoricamente que “o dever de agir incumbe a quem” é obrigado por lei, “contrato” ou atuar precedente (art. 13, § 2^o). Na obra resenhada, insiste-se na exigência de que o garantidor tenha assumido um *compromisso* com o bem jurídico²⁰, colocando-se nessa posição pelo “exercício de liberdade prévio”²¹, aparentemente sem deixar espaço para a imposição, por pura vontade da lei, da posição de garantidor (denominada, segundo Silva Sánchez, de *Garant wider Willen* pelos autores alemães)²². Segundo a obra resenhada, “o compromisso prévio e concreto de funcionar como barreira de contenção de determinados riscos contra certos bens jurídicos”²³ lhe conferiria o “controle normativo sobre o risco”²⁴, que seria o fundamento material da assimilação da omissão à ação.

Ainda no terceiro capítulo, a obra oferece um conceito de omissão: “Juízo de atribuição, a uma conduta humana, da não realização de outra conduta humana normativamente esperada pelo tipo penal e possível *ex ante* ao agente, que se pode denominar de prestação positiva de salvaguarda de um bem jurídico em risco”²⁵. Novamente, seguiu-se a formulação de Silva para reconhecer na omissão uma estrutura típica; no plano pré-típico, existiriam apenas condutas ativas, as quais funcionam como referência para a comparação com a exigência típica de agir. Nossa dúvida é quanto à aptidão do conceito oferecido, calcado que está nas ideias de risco, salvação e salvaguarda, para alcançar todas as omissões puníveis. Parece-nos que, no campo das omissões próprias, a definição dada influenciou-se demasiadamente pelo crime de omissão de socorro (art. 136), com a sua exigência explícita de perigo ao bem jurídico, e perdeu em generalidade. De fato,

a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*

O texto original, de 1995, foi alterado em 2015 unicamente para o acréscimo da locução “o *faltas*”, irrelevante no presente contexto.

20 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 72-73, nota 121.

21 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 55 e 81.

22 SILVA SÁNCHEZ, *ob. cit.* (nota 15, 2004), p. 282.

23 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 73.

24 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 75.

25 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 63; definições semelhantes nas p. 58 e 64.

para afirmar-se que o crime de omissão de notificação de doença, previsto no art. 269²⁶ e mencionado pelo autor²⁷, consiste na sonegação da ação de salvamento de um bem jurídico em perigo, é preciso adotar um conceito bastante abstrato de “perigo ao bem jurídico” – e, correlatamente, de salvamento: uma noção mais concreta de perigo²⁸ parece contradizer a sugestão de que o médico, ao denunciar à autoridade pública um caso de doença de notificação compulsória, promove o salvamento da saúde pública em perigo²⁹. O mesmo tanto se pode dizer, *mutatis mutantis*, em relação a vários outros crimes omissivos, como prevaricação (art. 319), condescendência criminosa (art. 320), sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356), algumas modalidades de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019: arts. 12; 16, parágrafo único; 19, parágrafo único etc.) e diversos crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990: arts. 228, 229 etc.). É possível que tais infrações simplesmente não interessassem ao trabalho resenhado³⁰, especialmente diante da conclusão defendida no Capítulo 5 de que os crimes omissivos próprios não admitem tentativa³¹; mas, se assim for, a definição oferecida na obra não é de omissão criminosa, e sim da *omissão que suscita debates quanto à tentativa* ou algum outro recorte semelhante.

No final do Capítulo 3, são aplicadas as proposições até então avançadas, verificando-se em cada um dos casos enunciados no Capítulo 2 se o sujeito que não atuou ostentava a posição de garantidor³², e qual exatamente era a ação de salvamento exigida pelas circunstâncias³³. A argumentação voltada a demonstrar que os omitentes dos casos 1 a 6 eram garantidores certamente é mais detalhada do que seria a simples indicação da alínea do § 2º do art. 13 em que se fundamenta o dever jurídico de agir; no entanto, os resultados alcançados não são particularmente empolgantes, quiçá porque não foi selecionado nenhum caso em que a concepção defendida na obra representasse uma real restrição à aplicação direta do art. 13, § 2º.

26 “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória.”

27 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 79.

28 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 65, nota 99. No trecho do Capítulo 5 dedicado ao exame da tentativa nos crimes omissivos próprios, a obra repete que “todo crime omissivo pressupõe que já exista resultado normativo de perigo concreto ao bem jurídico” (p. 168).

29 Conceda-se que a inclusão generalizada da situação de perigo no próprio conceito de omissão criminosa não é novidade da obra resenhada: v., p. ex., SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 216.

30 Uma insinuação disso em CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 67, nota 105.

31 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 173.

32 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 83.

33 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 90.

Nessa comparação entre a lei e a proposta do texto, a alínea *b* do art. 13, § 2º (“contrato”), naturalmente não oferece dificuldades; a questão é justamente como evitar que a exigência de um compromisso “específico e efetivo”³⁴ e “inequívoco”³⁵ com a contenção do risco torne inaplicáveis as alíneas *a* e *c*, que preveem, respectivamente, a lei e o atuar precedente. Na abordagem do caso 2, da adolescente que tenta suicidar-se, a obra resenhada procura fundamentar o dever de proteção da mãe não apenas no parentesco (CC, art. 1.566; ECA, art. 22)³⁶, mas também no fato de que a tentativa de suicídio ocorreu após a jovem ser humilhada por parentes em uma viagem que fazia na companhia da mãe³⁷. Temos dúvida de que essa fundamentação adicional seja necessária ou convincente: se mãe e filha moram em uma cidade que só tem uma escola, e a filha, frequentando-a por expresso imperativo constitucional (art. 208, I), é humilhada pelos colegas e tenta o suicídio em casa, utilizando utensílios ou objetos cujo acesso por um filho adolescente consiste em risco permitido, não há atos de liberdade da mãe dos quais deduzir o seu dever de agir para impedir a morte da filha, salvo os de tê-la concebido e de viver naquela cidade; conseqüentemente, seria preciso punir a mãe da jovem suicida apenas por omissão de socorro (art. 135) ou reconhecer a suficiência do parentesco como fundamento da posição de garantidora.

Mas é o caso 5 (abandono após o atropelamento) que verdadeiramente põe à prova o critério de fundamentação da posição de garantidor defendido no livro, pois atropelar alguém não parece ser uma forma voluntária de assumir um compromisso com o bem jurídico, e talvez o mais coerente fosse negar a comissão por omissão nos casos de atropelamento e fuga, como faz Silva Sánchez³⁸. No entanto, neste ponto em particular a obra se afasta expressamente da concepção do autor espanhol³⁹ e afirma que a conduta prévia “administrativamente ilegal” de conduzir perigosamente importa no compromisso de conter as conseqüências do risco criado por ela. Aqui nos parece que a ideia, insistentemente insinuada, de que o garantidor precisa *assumir* esse papel, é abandonada em favor da afirmação *ex vi legis* de tal posição, ainda que a obra afirme o contrário. A ênfase no fato de

34 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 72.

35 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 74.

36 Na página 79, nota 142, a obra alude à opinião de Silva Sánchez de que a relação de filiação/paternidade seria insuficiente para fundamentar, por si só, a posição de garantidor.

37 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 84.

38 SILVA SÁNCHEZ, *ob. cit.* (nota 15, 2004), p. 282.

39 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 85.

que a direção era ilegalmente perigosa corresponde simplesmente a exigir que o risco referido no art. 13, § 2º, c, decorra de uma ação contrária ao dever⁴⁰, o que nos parece menos do que exigir um *compromisso* com o bem jurídico derivado de um *ato de liberdade*.

O Capítulo 4 é dedicado à dogmática da tentativa. Após interessante incursão na teoria das normas, a obra conclui que a norma violada pela tentativa é a mesma que proíbe a prática do crime consumado⁴¹. Repele a concepção segundo a qual o resultado não possui conteúdo de injusto, isto é, a teoria de que o injusto penal está plenamente constituído pela tentativa acabada⁴². A partir do item 4.3, a obra passa a buscar o fundamento material da punição da tentativa. Adotando a contraposição entre razões deontológicas e razões consequencialistas desenvolvida na obra de L. Greco⁴³, o livro conclui que a razão para a punição da tentativa é a proteção de bens jurídicos⁴⁴; tal razão seria consequencialista, não ofereceria limites a si mesma, e a contenção de tal razão, que evitasse a punição de meros atos preparatórios, teria de ser uma razão deontológica, pois elas “não entram em juízo de ponderação, mas estabelecem restrições infranqueáveis”⁴⁵. Propõe, então, a adoção da seguinte razão (apresentada como deontológica) como limitação à razão consequencialista da proteção dos bens jurídicos: o domínio do agente sobre a periculosidade de ocorrência do resultado. Esse domínio se manifestaria por “indicadores objetivos que se aproximam do resultado: a identificação ou definição objetiva da vítima; a concretização objetiva do meio de execução a ser utilizado, o controle sobre esse meio e proximidade temporal à sua utilização”⁴⁶.

A presença desses indicadores – segue a obra – significará, objetivamente, o início da execução quando os indicadores objetivos do resultado se organizarem na situação concreta e *ex ante* de tal forma que possíveis cursos causais salvadores, que possam impedir o resultado, somente incidirão com o conhecimento do autor, sendo quase impossível verificar um curso salvador que poderá incidir sem que o autor tenha conhecimento (*instrumentalização às avessas*).⁴⁷

40 Tal como exige SANTOS, *ob. cit.* (nota 29), p. 222, com referências.

41 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 115.

42 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 117.

43 GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Tradução: Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

44 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 122.

45 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 132.

46 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 142.

47 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 142.

Tudo isso poderia ser discutido no detalhe: a afirmação do caráter deontológico ou consequencialista das razões invocadas na obra; a suposta necessidade de conter razões consequencialistas com uma razão deontológica; a nossa percepção de que o critério do domínio da periculosidade surge *Deus ex machina* no texto. Nossa maior dificuldade foi entender o próprio critério como um todo, e especialmente a questão da instrumentalização às avessas. Já a menção a cursos causais salvadores desconhecidos pelo agente parece referir-se antes à idoneidade da tentativa⁴⁸ do que à determinação do instante do início da execução.

O Capítulo 5 é dedicado a verificar se é concebível/punível a tentativa nos crimes omissivos, a determinar o instante do início da execução e a tratar do problema da tentativa inidônea naquela espécie de crime. Inicialmente, o autor repele os argumentos voltados a demonstrar que a tentativa nos crimes omissivos é sempre impunível segundo a lei brasileira⁴⁹. Em seguida, trata da tentativa nos crimes omissivos próprios, exemplificados pelo caso 7 do Capítulo 2 (alpinista que não acode o colega acidentado), concluindo que a punição por tentativa é inconcebível, quer se proponha que a tentativa começa na perda da primeira chance de agir, quer se proponha que começa na última oportunidade de atuar. A argumentação é bastante detalhada, embora novamente o crime de omissão de socorro seja tomado como arquétipo representativo de toda a categoria da omissão própria, o que é questionável. Além disso, feita essa escolha, talvez pudesse ser mais explorada a estrutura peculiar do crime do art. 135, sanando-se alguns dos impasses que surgem nessa disputa entre os critérios possíveis para determinação do momento em que se torna punível a sonegação da ação salvadora (desincentivo para a pronta salvação do periclitante, caso se postergue a vigência do dever de agir, e desincentivo para o arrependimento e a realização da ação salvadora, caso se repute consumado o crime já com a perda da primeira oportunidade de salvação)⁵⁰: se a vítima corre risco de vida, o anseio de escapar à punição pela forma qualificada do art. 135, parágrafo único, não deixa de ser um estímulo para que o omitente, mesmo já punível pela omissão de socorro simples consumada, mude de ideia e empreenda a ação salvadora, e com isso evite a morte da vítima e a conseqüente aplicação da qualificadora.

48 Assunto do item seguinte em CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 147.

49 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 154 ss.

50 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 175.

A seguir, a obra dedica-se à determinação do início da tentativa nos crimes omissivos impróprios, esta sim considerada concebível e punível⁵¹. Repelem-se as concepções extremas segundo as quais “a tentativa nos crimes omissivos impróprios se inicia logo após a não realização da ação concreta de salvamento na primeira oportunidade em que era possível fazê-lo”⁵² ou “o início da execução nos crimes omissivos impróprios se dá somente após a não realização da última ação de salvamento que era possível da perspectiva do omitente”⁵³.

No combate a essas posturas, surge a tese, repetida e aprofundada ao longo de todo o restante do Capítulo 5, de que ao garantidor é preciso reconhecer “certa margem de liberdade sobre a escolha do melhor momento de realizar a ação mandada”⁵⁴. O garantidor deteria “autonomia sobre como administrar o cumprimento” do seu dever⁵⁵, “parte fundamental do dever de garante”, sem a qual esse dever se igualaria à obrigação geral de agir dos crimes omissivos próprios⁵⁶. Em relação a estes últimos, “o legislador, ao criminalizar a omissão imprópria, sinaliza que se o indivíduo pode atuar, que o faça na primeira oportunidade possível, ainda que não seja a ação com maior possibilidade de êxito”⁵⁷.

Após expor e criticar diversos critérios de identificação do início da tentativa na omissão imprópria propostos em doutrina (Roxin, Reyes Alvarado, Farré Trepal, Alcácer Guirao, Quintela de Brito e Jakobs), a obra propõe situá-lo no instante em que a ação salvadora inicialmente disponível se torna impossível ou insuficiente, ainda que haja ou surjam outras possibilidades de salvamento. Tratar-se-ia de critério categórico (e não consequencialista) inteiramente independente de eventual incremento do perigo para o bem jurídico⁵⁸. Assim, a mãe que não alimenta o filho se tornaria punível por tentativa de homicídio quando o simples fornecimento de alimento comum já não bastasse para restabelecer a sua saúde, exigindo-se ministração de alimentação endovenosa⁵⁹. A impossibilidade ou insuficiência da ação salvadora inicial representaria o abuso do poder de au-

51 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 175.

52 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 177 (grifos nossos).

53 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 183 (grifos nossos).

54 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 181.

55 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 182.

56 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 183.

57 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 174.

58 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 232 e 258.

59 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 233. Na realidade, a obra trata da possível tentativa de lesão corporal. Preferimos transferir a questão para a possível tentativa de homicídio, porque, em nossa opinião, a criação da necessidade de alimentação especial para alguém que não tenha um problema prévio de saúde já constitui uma lesão corporal;

togestão do garantidor e o início da execução do crime omissivo impróprio⁶⁰. No conceito de impossibilidade entram aqueles casos em que o garantidor abandona o bem jurídico à própria sorte, ausentando-se do local dos fatos⁶¹.

A afirmação, insistentemente repetida no Capítulo 5, de que o garantidor precisa ter alguma “autonomia de administrar o melhor momento de intervir”⁶², certamente não é óbvia. No texto, ela conecta-se à defesa, no Capítulo 3, de que o garantidor se investe nessa posição ao exercício prévio de liberdade:

Na medida em que o fundamento do dever de agir provém de fonte específica – e não genérica como nas omissões próprias – e foi prévia e inequivocamente aceita pelo garante, conferindo-lhe controle sobre a situação de risco, deve ser atribuída a ele certa margem de liberdade de escolha do melhor momento de realizar a ação mandada.⁶³

Contudo, parece-nos possível postular justamente o inverso: se o garantidor assume essa posição – diz-nos a obra – por ato voluntário seu, então ele mereceria *menos* – e não mais! – espaço e concessões quanto ao momento de praticar a ação mandada do que os súditos em geral, que, segundo a obra resenhada, cometem omissão de socorro consumada se desperdiçam a primeira oportunidade de promover a ação de salvamento⁶⁴. O fato de que as penas cominadas aos crimes omissivos próprios geralmente são baixas⁶⁵ nos parece irrelevante, até mesmo porque a omissão imprópria não se limita aos crimes mais graves. Da mesma forma, costumamos a aceitar que essa liberdade de autogestão não apenas na assunção

v., em sentido próximo, ROXIN, Claus. Acerca de la tentativa en el derecho penal. In: ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tradução: Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007. p. 412.

60 A expressão “abuso de poder” é nossa. Na obra se fala em “violação do poder de administração” (CAMPANA, *ob. cit.* [nota 3], p. 231), “desrespeito ao poder do garante” e “descumprimento do poder de administração” (p. 232), construções pouco adequadas que pedem alguma correção, como “mau exercício do poder”, “descumprimento do dever associado ao poder” ou “abuso do poder”, entre outras possibilidades.

61 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 234. Na página 197, o livro contém críticas contundentes à solução de Roxin nesses casos de abandono. No entanto, o objeto da polêmica não é exatamente o critério do abandono em si mesmo, que a obra termina por acatar, mas sim a solução a se dar aos casos em que ainda não existe (na concepção da obra) um perigo iminente no instante em que esse abandono ocorre (p. 224).

62 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 207.

63 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 181.

64 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 174.

65 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 175.

da posição de garantidor, mas no próprio desempenho desse papel, seja “parte fundamental do dever de garante”⁶⁶ ou integre a “natureza jurídica da figura”⁶⁷.

Toda essa deferência ao garantidor e à sua autonomia para agir obviamente criam o risco de que a definição do momento do início da execução seja delegada ela mesma ao garantidor. No entanto, o Capítulo 5 culmina justamente com a postulação de um critério para fixação do instante em que a inatividade do garantidor se converte em tentativa punível. No que consiste, então, essa autonomia? Embora o principal alvo da tese de que o garantidor deve ter “certa margem de liberdade sobre a escolha do melhor momento de realizar a ação mandada” claramente seja a posição que exige a intervenção do garantidor já no instante em que surge a situação típica de perigo, é a crítica à tese oposta – segundo a qual a tentativa surge na perda da última oportunidade de agir (Armin Kaufmann, Welzel) – que fornece a indicação mais precisa do exato conteúdo da autonomia creditada ao garantidor. Segundo a obra resenhada, o critério de Kaufmann e Welzel violaria a autonomia do garantidor se identificasse no último instante possível de salvamento do bem jurídico em perigo o próprio momento de surgimento do dever de agir⁶⁸; já se a aparição do dever de agir fosse anterior, e aquele último instante possível de salvamento fosse apenas o momento em que o não cumprimento de tal dever se tornasse punível, então a autonomia do garantidor estaria preservada, e a recusa do critério de Kaufmann e Welzel se dá, na obra resenhada, por outras razões⁶⁹, que detalharemos adiante.

Tal passagem revela que, na construção defendida na obra, é imprescindível que se preserve um intervalo de tempo entre o surgimento do dever de agir e a punibilidade do não cumprimento desse dever. Sem o respeito a esse período em que o garantidor pode pensar com seus botões se (ou como) salvará o bem em perigo, a sua própria condição de garantidor seria descaracterizada. O problema é que esse argumento talvez prove demais: embora a sua finalidade mais óbvia

66 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 183.

67 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 222. Um dilema interessante, que não nos arriscaremos a tentar resolver, surge quanto à possível incidência da norma que define o crime de omissão de socorro nos casos em que o garantidor, em vez de socorrer o pedestre que atropelou, põe-se a ralar com ele, culpando-o pelo acidente. Segundo a obra resenhada, um transeunte qualquer cometeria omissão de socorro consumada ao deixar de prestar socorro imediato (CAMPANA, *ob. cit.* [nota 3], p. 174). O garantidor, por sua vez, contaria com certa margem temporal de atuação. Nesses casos, o garantidor teria imunidade contra a punição por omissão de socorro no intervalo entre a perda da primeira oportunidade de atuar e o instante em que sua omissão imprópria se torna punível (ainda que a título de tentativa)?

68 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 186 e 223.

69 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 187.

seja refutar o critério da perda da primeira oportunidade de agir como critério único, geral e inflexível para a identificação do instante do início da tentativa por omissão imprópria, ele acaba por impossibilitar em qualquer caso a exigência da atuação imediata do garantidor. Sucede que, naquelas situações em que o perigo ao bem jurídico já surge de forma abrupta, e em um grau tal que o resultado danoso pode sobrevir a qualquer momento, não nos parece possível reconhecer autonomia alguma ao garantidor, que deve agir prontamente para evitar o resultado: se o filho, visitando o zoológico, cai no espaço dos leões, que podem atacá-lo a qualquer momento – e esse ataque será incontrolável e fatal uma vez iniciado pelas feras –, a tentativa de homicídio tem início assim que as circunstâncias permitem reconhecer, no pai que acompanhava a criança, a decisão de não o salvar, ainda que os leões levem vários minutos para empreender o ataque⁷⁰. A solução contrária da obra, que acentua os dilemas do garantidor, sua liberdade, gestão, autonomia e “conveniência [...] para eleger o momento para cumprir com o próprio dever”⁷¹, talvez subestime a questão básica da omissão imprópria, qual seja: a existência de um bem em perigo que a lei penal manda tentar salvar. Na avaliação de se o omitente ocupa a posição de garantidor, a preocupação com a sua liberdade é justa; vencida essa etapa, a garan decerto é da criança que se afoga, do transeunte atropelado ou da adolescente que tentou se matar.

Na fixação do instante em que o não cumprimento do dever de agir se torna punível, o texto rejeita abertamente o recurso à ideia de perigo. Concedemos que os critérios associados ao perigo por vezes são vagos, esbarram no fato de que o perigo é um contínuo (isto é, nem sempre cresce ou diminui aos saltos) e de difícil ou impossível mensuração exata, e ocasionalmente ignoram que a existência de um perigo é necessariamente prévia à omissão imprópria (ou seja, não é criada por ela). No entanto, à vítima e ao Direito pouco importa se inicialmente o garantidor podia realizar a ação salvadora estendendo um braço e agora precisa utilizar uma lancha, ou se podia controlar a doença com um remédio barato e agora precisa ministrar um medicamento caro – a menos que essa mudança indique uma piora da situação do bem jurídico. Inversamente, no caso do controlador de voo (caso 1 do Capítulo 2), o fato de que a ação de salvamento permaneceu sempre a mesma (avisar os pilotos da aeronave para que corrigissem a altitude em que ela trafegava) não poderia permitir a desconsideração dos longos 6 minutos em que o

70 Tratando de casos que exigem intervenção imediata, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *ob. cit.* (nota 14), p. 525; FRISTER, Helmut. *Derecho penal*: parte general. 4. ed. Tradução: Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. cap. 23, n. 34, p. 483.

71 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 223.

controlador permaneceu inerte entre a mudança indevida de altitude e o abandono do posto (instante em que, segundo a obra, se iniciou a tentativa⁷²), pois nesse intervalo a aeronave poderia chocar-se a qualquer instante contra outra.

Além disso, a adoção do critério da “modificação da ação concreta de salvamento inicial ou da possibilidade de agir” para a fixação do início da tentativa implica que, naqueles casos em que só existe uma ação salvadora disponível para o garantidor, a tentativa só tem lugar quando o omitente desperdiça a sua última (pois única!) possibilidade de atuação. Contudo, isso corresponde tanto por tanto ao critério de Armin Kaufmann e Welzel, que a obra resenhada rejeitou sob o argumento de que, adotado tal critério,

a responsabilidade penal deixa de ser justificável do ponto de vista consequencialista [da proteção de bens jurídicos], pois torna a ação de salvamento extremamente tardia, isto é, a proteção do bem jurídico ficaria relegada a um só momento de ação, extremamente crítico, já na iminência da impossibilidade de realizar a ação mandada.⁷³

Segundo Alcácer Guirao, com tal critério “se desatende à atuação preventiva das normas de conduta, as quais perderão toda capacidade de motivação se o mandato não cobra vigência até o último momento”⁷⁴.

Por fim, no Capítulo 6, aplicam-se as proposições dos capítulos anteriores aos casos oferecidos no início, seguindo-se breve conclusão. O autor descreve a obra resenhada como “uma grande resolução dos quatro grupos de casos”⁷⁵. Em que pese nossa simpatia pelo método da exposição e resolução de casos, cremos que essa descrição não faz justiça ao trabalho. E isso porque um dos pontos em que ele menos nos convenceu foi justamente a seleção, classificação e resolução dos casos. A sua solução talvez não tenha considerado suficientemente as especificidades de cada um deles: no caso do controlador de voo, a afirmação do dolo de homicídio⁷⁶ causa certa estranheza – especialmente após se dizer que “a obra não adentra nas questões de tipo subjetivo”⁷⁷, o que desperta o interesse na possibilidade de reconhecimento do crime de atentado contra a segurança de transpor-

72 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 241.

73 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 187.

74 ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Comienzo de la tentativa em la comisión por omisión. In: *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento em derecho penal*. Bogotá: Temis, 2006. p. 128.

75 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 29.

76 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 241.

77 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 27.

te marítimo, fluvial ou aéreo (art. 261), que foi justamente a solução do caso real analisado pelo STJ; no da menor humilhada, não se consideram os efeitos da embriaguez da mãe sobre a sua capacidade de identificar o perigo, necessária para o dolo⁷⁸, nem o possível conflito com o crime de auxílio (omissivo) ao suicídio, caso a adolescente já contasse 14 anos (art. 122, § 7º)⁷⁹; o caso do homem ao mar suscita o problema da participação omissiva em crime comissivo (uma vez que a ação sonogada pelo comandante não foi apenas de resgatar o clandestino expulso do navio, mas de impedir que os marinheiros o lançassem ao mar), de modo que a sua solução exigiria alguma consideração do princípio da acessoriedade externa ou quantitativa (art. 31) na fixação do momento do início da tentativa; no caso do abandono após atropelamento, era preciso prestar contas ao art. 302, § 1º, III, do CTB (equivalente ao art. 121, § 4º, do CP)⁸⁰, da mesma forma como a doutrina espanhola, tão considerada na obra, precisa compatibilizar as suas conclusões sobre a extensão da ingerência (art. 11 do CP espanhol, cf. nota 6, *supra*) com o peculiar crime de omissão de socorro agravada pela provocação prévia do perigo (art. 195.3)⁸¹; o caso do amendoim envenenado é claramente de crime comissivo, como o próprio trabalho reconhece desde o princípio⁸², e o fato de que parte

78 O CP brasileiro nega à embriaguez evitável qualquer relevância para a imputabilidade (art. 28, II), mas isso não impede que se reconheça o erro do ébrio (v., p. ex., BRUNO, Aníbal *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. II, 1967. p. 156). A referência à construção da *omissio libera in causa* (CAMPANA, *ob. cit.* [nota 3], p. 242, nota 539) não contorna a objeção posta.

79 A versão modificada do caso é exposta na obra sem indicação da idade da vítima; no caso julgado pelo STJ, ela tinha 13 anos.

80 “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

[...]

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

[...]

III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do sinistro;

[...]”

81 “Artículo 195.

1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*

3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.”*

Sobre o tema, entre vários outros: SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*. Barcelona: Bosch, 2005; DOPICO, GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Caso del cobertizo. In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (org.). *Casos que hicieran doctrina en derecho penal*. 2. ed. Madrid: La Ley, 2011. p. 237-258.

82 CAMPANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 36, nota 14.

da doutrina propõe que o início da execução seja identificado em um momento posterior à prática da totalidade da ação ativa pelo comitente não justificava a menção do caso como um exemplo de omissão.

Em nossa opinião, as maiores qualidades da obra se encontram na detalhada revisão bibliográfica de uma porção considerável da bibliografia em português e espanhol sobre o assunto⁸³; na apresentação de aspectos e questões raramente abordados nos manuais; no esforço de apreciar cada argumento manejado no debate, rejeitando-se com admirável honestidade os argumentos que favorecem a conclusão do autor, mas que ele considera inválidos ou falaciosos. Em particular, o esforço de reduzir o âmbito do conceito de garantidor, envidado (ainda que talvez insuficientemente) no item 3.2.1.2.1, e todo o Capítulo 5 oferecem um vasto material para reflexão que merece ser considerado no debate que a matéria ainda exige. Ainda que o leitor não esteja de acordo com todos os argumentos e conclusões (dos quais destacamos a ideia de que o sujeito somente se torna garantidor por um ato de vontade seu; que essa posição necessariamente deve assegurar-lhe alguma autonomia e autogestão na escolha do momento da prática da ação salvadora; e que o início da tentativa é condicionado a uma razão deontológica relacionada ao domínio do risco), o livro resenhado proporciona um rico ponto de partida para o estudo da tentativa na omissão.

Sobre o autor:

Gustavo de Oliveira Quandt | E-mail: tetsusan@hotmail.com

Mestre em Direito (UFPR). Defensor Público Federal.

Recebimento: 04.01.2024

Aprovação: 08.02.2024

83 Além da bibliografia levantada pelo autor do livro, merecem menção dois trabalhos que não foram considerados decerto em razão da recente data de sua publicação: GÔES, Guilherme; SANTIN, Janice. A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre a delimitação entre atos preparatórios e início da execução. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 86-108, 2023. DOI: 10.5102/rbpp.v13i1.8837; RÖNNAU, Thomas. O início da tentativa na coautoria, na autoria mediata e nos delitos omissivos impróprios. Tradução: Paula Brener. In: RÖNNAU, Thomas; KASECKER, Izabele; VIANA, Eduardo; ESTELLITA, Heloisa (ed.). *Lições fundamentais de teoria do delito*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2023.