

DIREITO PENAL

Aula 11 | Crimes omissivos

Caio Paiva

Resumo de aula feito pelo professor Caio Paiva

1. Introdução

- **Guilherme de Souza Nucci:** "Os delitos comissivos são os cometidos por intermédio de uma ação (...); os omissivos são praticados através de uma abstenção (ex.: omissão de socorro); os comissivos por omissão são os delitos de ação, excepcionalmente praticados por omissão, restrita aos casos de quem tem o dever de impedir o resultado (art. 13, § 2º); os omissivos por comissão são os cometidos, normalmente, através de uma abstenção, mas que podem ser, excepcionalmente, praticados pela ação de alguém (ex.: é o caso do agente que impede outrem, pelo emprego da força física, de socorrer pessoa ferida)".
- **STJ:** "É de se ressaltar que, no crime comissivo por omissão, tem-se a evitação, que equivale, sem ser sinônimo, à causação dos crimes comissivos. Em tais crimes, o agente responde pelo resultado, não porque o tenha causado, mas porque não o impediu" (HC 87.293, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 20.11.2007).

2. Omissão própria

- A determinação para agir na proteção de bens jurídicos aparece de forma explícita no tipo penal. É exemplo o **crime de omissão de socorro** (CP, art. 135).
- Não existe a figura do garantidor.
- Presente em crimes de mera conduta.
- Tem por fundamento a solidariedade humana.
- **Elementos do tipo:** a) situação de risco para o bem jurídico; b) poder concreto de agir; e c) omissão de ação mandada.

- **Poder concreto de agir:** excluído nos casos de incapacidade objetiva (distância do local p. ex.) e incapacidade subjetiva (força física e conhecimento técnico p. ex.).
- **Elemento subjetivo:** apenas o dolo. Possível erro de tipo com a consequente exclusão do dolo, tornando a conduta atípica.

3. Omissão imprópria

- A determinação para agir na proteção de bens jurídicos aparece de forma implícita no tipo penal. Também chamados de comissivos por omissão.
- Fundamenta-se na figura do garantidor.
- Presente em crimes de resultado.
- De novo: tem por fundamento a posição de garantidor do bem jurídico.
- **Entendimento minoritário:** os crimes de omissão imprópria são inconstitucionais porque incorrem em analogia e violam o princípio da proibição de tipos penais indeterminados. Há, ainda, uma posição intermediária, aceitando a omissão imprópria apenas em bens jurídicos mais importantes (vida e corpo), recusando-a em crimes contra o patrimônio, sistema financeiro, meio ambiente etc.
- **Elementos do tipo:** a) situação de perigo para o bem jurídico; b) poder concreto de agir; c) omissão de ação mandada; d) resultado típico; e e) posição de garantidor do bem jurídico.
 - **Poder concreto de agir:** previsto expressamente no § 2º do art. 13 do CP, segundo o qual "A conduta é penalmente relevante quando o omitente *devia e podia* agir para evitar o resultado".
- **Elemento subjetivo:** dolo e culpa. Possível erro de tipo, que, se *inevitável*, exclui o dolo e a culpa, e se *evitável*, exclui o dolo, permitindo a punição por culpa.
- **A posição de garantidor:**
 - Existe e torna a omissão penalmente relevante quando o dever de agir decorre, nos termos do § 2º do art. 13 do CP:
 - *Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância.* Existente, p. ex., nas relações familiares de ascendentes e descendentes, cônjuges etc. Exige-se uma lei formal como fonte

desta obrigação. Na doutrina, há quem exija lei penal (**Cirino**). A obrigação legal não pode ser genérica, como p. ex. a obrigação das pessoas de preservarem o meio ambiente (STJ, REsp 897.426).

- *De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.* Assumida por ato de vontade do garantidor (contratual ou extracontratual). Relações médico-paciente, salva vida-banhista, babá-criança etc.
- *Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.* A ação precedente deve ser antijurídica ou contrária ao dever. Com isso, um risco criado por legítima defesa não atrai a omissão imprópria, mas pode atrair o dever *geral* de socorro da omissão própria.
- **Quando a vítima obriga a intervenção - Martinelli e Leonardo de Bem:** "Utilizemos o exemplo do surfista, que quer provar sua coragem e entra no mar revoltado com sua prancha, ignorando os avisos de perigo (bandeira vermelha). O salva-vidas não tem o dever de salvar os banhistas que, conscientemente, se excedem ao adotar condutas arriscadas quando o garante exerceu todos os meios possíveis de advertência. Qualquer desobediência às regras de proteção impostas por quem esteja encarregado de proteger (no caso, o salva-vidas) deve ser entendida como uma decisão livremente assumida. Há um abandono da tutela penal. O papel do salva-vidas deverá ser exercido da melhor maneira, com a aplicação de todos os métodos de advertência disponíveis. Não obstante, se o titular do bem jurídico, com todas as informações disponíveis, conscientemente decide pela (auto) lesão ao bem jurídico, não há a obrigação legal de ação do garante para evitar o resultado".
- **Jurisprudência:**
 - **Qualificadoras do homicídio:** "Não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre qualificadoras do homicídio e a omissão imprópria. A omissão dos agravantes pode ter sido determinada pelo mesmo motivo torpe imputado aos demais, bem como podem os agravantes terem anuído com a forma de execução das condutas

comissivas, em divisão de tarefas" (AgRg no AREsp 2.009.591, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 4.10.2022).

- **Estupro de vulnerável:** "Muito embora uma irmã mais velha não possa ser enquadrada na alínea a do art. 13, § 2º, do Código Penal, pois o mero parentesco não torna penalmente responsável um irmão para com o outro, caso caracterizada situação tática de assunção da figura do 'garantidor' pela irmã, nos termos previstos nas duas alíneas seguintes do referido artigo ('b' e 'c'), não há falar em atipicidade de sua conduta. Hipótese em que a acusada omitiu-se quanto aos abusos sexuais em tese praticados pelo seu marido na residência do casal contra suas irmãs menores durante anos. Assunção de responsabilidade ao levar as crianças para sua casa sem a companhia da genitora e criação de riscos ao não denunciar o agressor, mesmo ciente de suas condutas, bem como ao continuar deixando as meninas sozinhas em casa" (HC 603.195, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 6.10.2020).
- **Conivência do furto:** "A conivência punível, em furto, pode ocorrer na forma de omissão imprópria. Todavia, esta se for culposa torna a matéria, aí, parcialmente irrelevante (...)" (REsp 190.409, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 18.2.1999).
 - Trecho do voto do relator: "(...) A omissão imprópria pode decorrer de dolo ou culpa (...). Se o tipo não admite forma culposa, a conduta (...) será atípica. Consequentemente, por um lado, a discussão deveria ter sido centrada no teor do art. 18 do Código Penal e não do art. 13 do mesmo Codex. (...) A passividade pode ter sido em virtude de motivo relevante (p. ex., ninguém é obrigado a ser herói). (...)".
- **Crimes contra a democracia:** possível. Discussão em curso no STF, mas com sinalização para a admissibilidade.
- **Crime culposo:** "Não há como acatar o pleito de atipicidade da conduta. Isso porque, pelo que consta dos autos, a paciente concorreu, na forma omissiva imprópria, para a prática do crime de homicídio culposo em questão, pois podia e devia ter agido a fim de evitar o resultado, nos moldes do que preconiza o art. 13, § 2º, do Código Penal. Na condição de

mãe da criança que veio a óbito em decorrência do acidente automobilístico, possuía dever específico de proteção, notadamente por ter pleno conhecimento da maneira habitual que seu companheiro e corréu conduzia o veículo e, mesmo assim, entregou a menor sem se assegurar das precauções tomadas para seu transporte. Era de se esperar que o companheiro e pai da menor não fosse se cercar das condições de segurança minimamente necessárias para a condução da criança, ante seu histórico relatado pelas testemunhas e pela própria paciente, razão pela qual a omissão teve relação direta com o resultado morte produzido. Possuía a paciente como mãe e, portanto, garantido - ante o estreito e inequívoco vínculo com o bem jurídico protegido -, a obrigação de impedir o resultado que, como já dito, era amplamente previsível e esperado (...). Não há sequer como invocar o princípio da confiança se, segundo consta dos autos, a paciente conhecia o rotineiro modo do corréu conduzir seu veículo, sendo muito possível, ante a convivência diária, concluir pelo risco a que expunha a filha recém nascida e antever o provável dano à sua integridade física e até mesmo a morte" (HC 166.810, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 1.3.2012)

- **Tentativa:** *caso de incidência do art. 13, § 2º, c, do Código Penal ("com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado")* - "(...) a paciente submeteu a vítima - sua filha adolescente, com 13 anos de idade - à situação vexatória, obrigando-a a se despir e se submeter, na frente de outros familiares, a exame vaginal a fim de constatar sua virgindade, ante a desconfiança da sua suposta homossexualidade. Tais atitudes levaram a ofendida à tentativa de suicídio, ingerindo grande quantidade de medicamentos, sendo que a paciente, mesmo percebendo que a menor necessitava de socorro, não o fez, deixando-a à própria sorte, tendo o óbito sido evitado em razão de o Conselho Tutelar, após denúncia anônima, ter se dirigido para o local e, encontrando a adolescente desacordada, levou-a ao hospital, onde foi socorrida" (HC 443.740, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 2.8.2018).
- **Causalidade e médica plantonista:** "Na hipótese em apreço, a denúncia imputou à recorrente o crime de homicídio doloso, por haver - ao deixar

de comparecer ao hospital a que fora chamada quando se encontrava de sobreaviso - previsto e assumido o risco de causar a morte da paciente que aguardava atendimento neurológico. No entanto, a exordial acusatória não descreve, de maneira devida, qual foi o atendimento médico imediato e especializado que a recorrente poderia ter prestado (e que não tenha sido suprido por outro profissional) e que pudesse ter evitado a morte da paciente, bem como não descreve que circunstância(s) permite(m) inferir que tenha ela previsto o resultado morte e a ele anuído. Nas imputações pela prática de crime comissivo por omissão, para que se configure a materialidade do delito, é imprescindível a descrição da conduta (omitida) devida, idônea e suficiente para obstar o dano ocorrido. Em crime de homicídio, é mister que se indique o nexo normativo entre a conduta omissiva e a morte da vítima, porque só se tem por constituída a relação de causalidade se, com lastro em elementos empíricos, for possível concluir-se, com alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida (no caso vertente, o atendimento imediato pela recorrente) fosse realizada. Se tal liame, objetivo e subjetivo, entre a omissão da médica e a morte da paciente não foi descrito, a denúncia é formalmente inepta, porquanto não é lícito presumir que do simples não comparecimento da médica ao hospital na noite em que fora chamada para o atendimento emergencial tenha resultado, três dias depois, o óbito da paciente" (RHC 39.627, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 8.4.2014).