

TEMAS: TEORIA DO CRIME, TIPO PENAL, DOLO, CULPA, CRIMES OMISSIVOS

### Teoria do crime Conceito e Evolução

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

O nosso sistema jurídico-penal adotou, de um lado, as palavras crime e delito como expressões sinônimas, e, de outro, as contravenções penais. A infração penal, portanto, como gênero, refere-se de forma abrangente aos crimes/delitos e às contravenções penais como espécies.

Não há diferença substancial entre contravenção e crime. O critério de escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravenção ou criminosa. Às contravenções penais, por serem, na concepção de Hungria, consideradas delitos-anões, devem em geral tocar as infrações consideradas menos graves, ou seja, aquelas que ofendam bens jurídicos não tão importantes como aqueles protegidos quando se cria a figura típica de um delito.

Quando falamos em ilicitude, estamos nos referindo àquela relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A diferença entre o ilícito penal e o civil, obviamente observada a gravidade de um e de outro, encontra-se também na sua consequência. Ao ilícito penal, o legislador reservou uma pena que pode até chegar ao extremo de privar o agente de sua liberdade, tendo destinado ao ilícito civil, contudo, como sua consequência, a obrigação de reparar o dano, ou outras sanções de natureza civil.

Não existe um conceito de crime fornecido pelo legislador, restando à doutrina seu conceito jurídico. Sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado. Considerando-se o seu aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes. Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Surge assim, outro conceito, chamado analítico, porque realmente analisa as características ou elementos que compõem a infração penal. Sendo assim, crime é o fato típico, ilícito e culpável. Alguns autores sustentavam que a punibilidade também integrava tal conceito, sendo crime, pois, um fato típico, ilícito, culpável e punível. Estamos com Juarez Tavares que assevera que a punibilidade não faz parte do delito, sendo somente a sua consequência.

Adotamos, portanto, de acordo com essa visão analítica, o conceito de crime como o fato típico, ilícito e culpável.

O **fato típico**, segundo uma visão finalista, é composto pelos seguintes elementos: a) conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) resultado (nos crimes onde se exija um resultado naturalístico); c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; d) tipicidade

A **ilicitude**, expressão sinônima de antijuridicidade, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A licitude ou a juridicidade da conduta praticada é encontrada por exclusão, ou seja, somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP. Além das causas legais de exclusão da antijuridicidade, a doutrina ainda faz menção a uma outra, de

natureza supralegal, qual seja, o consentimento do ofendido. Contudo, para que possa ter o condão de excluir a ilicitude, é preciso, quanto ao consentimento: a) que o ofendido tenha capacidade para consentir; b) que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; c) que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente.

**Culpabilidade** é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. São elementos integrantes da culpabilidade, de acordo com a concepção finalista por nós assumida: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta diversa.



Damásio, Dotti, Mirabete e Delmanto entendem que o crime, sob o aspecto formal, é um fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade é um pressuposto para a aplicação da pena. Mesmo considerando a autoridade dos defensores desse conceito, entendemos, *permissa venia*, que não só a culpabilidade, mas também o fato típico e a antijuridicidade são pressupostos para a aplicação da pena. Todos os elementos que compõem o conceito analítico do crime são pressupostos para a aplicação da pena, e não somente a culpabilidade, como pretendem os mencionados autores. O fundamento desse raciocínio se deve ao fato de que o Código Penal, quando se refere à culpabilidade, especificamente nos casos em que a afasta, utiliza, geralmente, expressões ligadas à aplicabilidade da pena. Embora o Código Penal utilize essas expressões quando quer se referir às causas dirimentes da culpabilidade, tal opção legislativa não nos permite concluir que o crime é tão-somente um fato típico e antijurídico. Estamos com a maioria da doutrina, nacional e estrangeira, que adota a divisão tripartida do conceito analítico, incluindo a culpabilidade como um de seus elementos característicos.

## Conduta

Temos a conduta como primeiro elemento integrante do fato típico. A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).

**Condutas dolosas e culposas** → Ao autor da prática do fato podem ser imputados dois tipos de condutas: dolosa ou culposa. A regra, para o Código Penal, é de que todo crime seja doloso, somente sendo punida a conduta culposa quando houver previsão legal expressa nesse sentido, conforme determina o p. único do art. 18 do CP.

Condutas comissivas e omissivas → Além de atuar com dolo ou culpa, o agente pode praticar a infração penal fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado. As condutas, dessa forma, podem ser comissivas (positivas) ou omissivas (negativas).

Nos crimes comissivos, o agente direciona sua conduta a uma finalidade, diz-se que a conduta praticada pelo agente é positiva. Nos crimes omissivos, ao contrário, há uma abstenção de uma atividade que era imposta pela lei ao agente. É a abstenção da atividade juridicamente exigida, diz-se que sua conduta, aqui, é negativa.

Os crimes omissivos ainda podem ser próprios (puros ou simples) ou impróprios (comissivos por omissão ou omissivos qualificados). Crimes omissivos próprios, na precisa definição de Mirabete, “são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico”, ou seja, são delitos nos quais existe o chamado dever genérico de proteção, ao contrário dos crimes omissivos impróprios, em que somente as pessoas referidas no §2º do art. 13 do CP podem praticá-los, uma vez que para elas existe um dever especial de proteção. Para que se possa falar em crime omissivo impróprio é preciso que o agente se encontre na posição de garante ou garantidor, isto é, tenha ele a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; de outra forma, assuma a responsabilidade de impedir o resultado; ou, com o seu comportamento anterior, tenha criado o risco da ocorrência do resultado.

#### **Ausência de conduta:**

Se não houver vontade dirigida a uma finalidade qualquer, não se pode falar em conduta. Se o agente não atua dolosa ou culposamente, não há ação. Isso pode acontecer quando o sujeito se vir impedido de atuar, como nos casos de: a) força irresistível; b) movimentos reflexos; c) estados de inconsciência.

A força física absoluta pode ser proveniente da natureza ou da ação de um terceiro. Como exemplos de força irresistível praticada por terceiros, ou seja, pelo homem, podemos citar a coação física (*vis absoluta*). Em geral, nos casos de força física irresistível, aquele que causa o dano ou a lesão em terceira pessoa nada mais é do que um instrumento nas mãos do agente coator.

Há situações, ainda, em que o nosso organismo reage a determinados impulsos e, em virtude disso, podem advir lesões ou danos. Deve ser ressaltado, contudo, que se o movimento reflexo era previsível, os resultados advindos desse movimento reflexo deverão ser imputados ao agente, geralmente, a título de culpa, haja vista ter deixado de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado.

Existem, também, os casos de total inconsciência, que têm o condão de eliminar a conduta do agente, como o sonambulismo, os ataques epiléticos, etc.

No caso de embriaguez completa, desde que não seja proveniente de caso fortuito ou de força maior, embora não tenha o agente se embriagado com o fim de praticar qualquer infração penal, mesmo que não possua a menor consciência daquilo que faz, ainda assim será responsabilizado pelos seus atos. Isto porque o art. 28, II do CP determina: “Não excluem a imputabilidade penal, a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos”. Prevalece, nessa hipótese, a teoria da *actio libera in causa*, visto que se a ação foi livre na causa (ato de fazer a ingestão de bebidas alcoólicas) deverá o agente ser responsabilizado pelos resultados dela decorrentes.

#### **Tipicidade penal:**

Tipicidade quer dizer a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal. A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal.

Para concluir-se pela tipicidade penal é preciso, ainda, verificar a chamada tipicidade material. O princípio da intervenção mínima, que serve de norte para o legislador na escolha dos bens a serem

protegidos pelo Direito Penal, assevera que nem todo e qualquer bem é passível de ser por ele protegido, mas somente aqueles que gozem de certa importância. Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm aplicação o princípio da insignificância. Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal.

### Tipo Doloso

Dolo é a vontade livre e consciente dirigida a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador. Assim, podemos perceber que o dolo é formado por um elemento intelectual e um elemento volitivo.

A consciência, ou seja, o momento intelectual do dolo, basicamente, diz respeito à situação fática em que se encontra o agente. O erro de tipo, em qualquer das suas formas (escusável ou inescusável), tem a finalidade de, sempre, eliminar o dolo do agente, por faltar-lhe a vontade e a consciência daquilo que estava realizando.

A vontade é outro elemento sem o qual se desestrutura o crime doloso.

Enfim, faltando um desses elementos (consciência ou vontade), descaracterizado estará o crime doloso.

Todo crime é doloso, somente havendo a possibilidade de punição pela prática de conduta culposa se a lei assim o prever expressamente.

#### **Espécies de dolo:**

Costuma-se distinguir o dolo em direto e indireto.

Diz-se direto o dolo quando o agente quer, efetivamente, cometer a conduta descrita no tipo, conforme preceitua a primeira parte do art. 18, I do CP. O agente, neste espécie de dolo, pratica sua conduta dirigindo-a finalisticamente à produção do resultado por ele pretendido inicialmente.

Tomando por base as mencionadas fases de realização da conduta, preleciona Cezar Roberto Bitencourt que o dolo direto pode ser classificado em: a) dolo direto de primeiro grau e; b) dolo direto de segundo grau. De acordo com o renomado autor, “o dolo direto em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos é classificado como de primeiro grau, e em relação aos efeitos colaterais, representados como necessários, é classificado como de segundo grau”. O agente terrorista internacional, que queira causar a morte de uma importante autoridade pública, coloca uma bomba no avião. Neste caso, não somente ocorre a morte da autoridade pública, como também de todas as outras pessoas que com ela se encontravam no referido voo. A morte de todos foi querida pelo agente, como consequência necessária do meio escolhido. Em relação à vítima visada, o dolo direto foi de primeiro grau; em relação às demais vítimas, o dolo foi de segundo grau, ou, como afirmam Zaffaroni, Alagia e Slokar, “no dolo direto de segundo grau ou mediato, o resultado típico é uma consequência necessária dos meios eleitos, que devem ser abrangidos pela vontade tanto como o fim mesmo. Daí que porque também é reconhecido como dolo de consequência necessárias”.

O dolo indireto, a seu turno, pode ser dividido em alternativo e eventual.

O dolo indireto alternativo, nas lições de Fernando Galvão, “apresenta-se quando o aspecto volitivo do agente se encontra direcionado, de maneira alternativa, seja em relação ao resultado ou em relação à pessoa

contra qual o crime é cometido”. Quando a alternatividade do dolo disser respeito ao resultado, fala-se em alternatividade objetiva; quando a alternatividade se referir à pessoa contra qual o agente dirige sua conduta, a alternatividade será subjetiva.

Fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito. Dolo eventual significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo penal e se conforma com ela.



. **Ausência de dolo em virtude de erro de tipo** → O erro, como veremos em capítulo próprio, numa concepção ampla, é a falsa percepção da realidade. Aquele que incorre em erro imagina uma situação diversa daquela realmente existente. O erro de tipo, na precisa lição de Zaffaroni, “é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”. Dessa forma, a consequência natural do erro de tipo é a de, sempre, afastar o dolo do agente, permitindo, contudo, a sua punição pela prática de um crime culposos, se houver previsão legal, conforme determina o caput do art. 20 do CP. Concluindo, sempre que o agente incorrer em erro de tipo, seja ele escusável ou inescusável, o seu dolo restará afastado, pois que, em tais casos, não atua com vontade e consciência de praticar a infração penal.

### Tipo Culposos

De acordo com o art. 18, II do CP, diz-se culposos o crime “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Essa definição, contudo, não se mostra suficiente para que possamos aferir com precisão se determinada conduta praticada pelo agente pode ser ou não considerada culposos.

Na lição de Mirabete, tem-se conceituado o crime culposos como “a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.



. Nota-se, portanto, que para a caracterização do delito culposos é preciso a conjugação de vários elementos, a saber: a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva; b) inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia); c) o resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente; d) nexos de causalidade entre a conduta do agente que deixa de observar o seu dever de cuidado e o resultado lesivo dela advindo; e) previsibilidade; f) tipicidade.

A conduta, nos delitos de natureza culposos, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal. Toda conduta, seja dolosa ou culposos, deve ter sempre uma finalidade. A diferença entre elas reside no fato de que na conduta dolosa

existe uma finalidade ilícita, e na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita.

Como segundo elemento necessário à caracterização do crime culposo, temos a chamada inobservância de um dever objetivo de cuidado. Esse dever de cuidado objetivo, dirigido a todos nós, faz com que atentemos para determinadas regras de comportamento, mesmo que não escritas ou expressas, a fim de convivermos harmoniosamente em sociedade. Juarez Tavares, analisando o tema em estudo, afirma: “a lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções protetivas a que se propõe. A prova ou comprovação da lesão ao dever de cuidado se faz negativamente: se a ação realizada pelo agente era adequada ao objetivamente exigido, era cuidadosa e, por isso, não haverá tipicidade. Em caso contrário, verifica-se a lesão ao dever de cuidado, porque, na condução da atividade, foram omitidas as exigências protetivas impostas pela norma”.

Para que reste caracterizado o crime culposo, é preciso, ainda, que ocorra um resultado naturalístico, ou seja, aquele no qual haja uma modificação no mundo exterior. Essa exigência vem expressa no inciso II do art. 18 do CP, que diz ser o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Sendo assim, faz-se necessário a ocorrência de um resultado naturalístico para que possamos falar em delito culposo.

Deve existir, também, um nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado dela advindo, para que este último possa ser imputado ao agente.

Além da conduta, da sua inobservância a um dever objetivo de cuidado, adicionados à ocorrência de um resultado naturalístico e do necessário nexo de causalidade, é preciso, também, que o fato seja previsível para o agente. Diz-se que no crime culposo o agente não prevê aquilo que lhe era previsível. Essa afirmativa, como veremos adiante, presta-se tão-somente para os delitos em que houver a chamada culpa inconsciente ou culpa comum, uma vez que na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas, sinceramente, não acredita na sua ocorrência. Se o fato escapar totalmente à previsibilidade do agente, o resultado não lhe pode ser atribuído, mas sim ao caso fortuito ou à força maior.

Faz a doutrina distinção, ainda, entre a previsibilidade objetiva e a previsibilidade subjetiva. Previsibilidade objetiva seria aquela, conceituada por Hungria, em que o agente, no caso concreto, deve ser substituído pelo chamado “homem médio”, de prudência normal. Se, uma vez levada a efeito essa substituição hipotética, o resultado ainda assim persistir, é sinal de que o fato havia escapado ao âmbito de previsibilidade do agente. Essa substituição em busca da modificação do resultado é que dá origem à chamada previsibilidade objetiva. Além da previsibilidade objetiva, existe outra, denominada previsibilidade subjetiva. Nela, não existe essa substituição hipotética; não há a troca do agente pelo homem médio para saber se o fato escapava ou não à sua previsibilidade. Aqui, na previsibilidade subjetiva, o que é levado em consideração são as condições particulares, pessoais do agente, quer dizer, consideram-se, na previsibilidade subjetiva, as limitações e as experiências daquela pessoa cuja previsibilidade está se aferindo em um caso concreto. Assim, para aqueles que entendem possível a aferição da previsibilidade subjetiva, em que são consideradas as condições pessoais do agente, tais fatos poderão ser objeto de análise por ocasião do estudo da culpabilidade, quando se perquirirá se era exigível do agente, nas circunstâncias em que se encontrava, agir de outro modo.

Finalmente, como elemento também indispensável à caracterização do delito culposo, temos a tipicidade. Só podemos falar em crime culposo se houver uma previsão legal expressa para essa modalidade de infração. O dolo é a regra; a culpa a exceção.

Merece ser ressaltado, ainda, o fato de que a tipicidade material deverá ser analisada também nos delitos culposos, sendo perfeitamente aplicáveis aos delitos culposos os conceitos do princípio da

insignificância.

**Imprudência, imperícia e negligência:**

Mais do que uma conceituação de crime culposo, o inciso II do art. 18 do CP nos fornece e as modalidades de condutas que fazem com que o agente deixe de observar o seu exigível dever de cuidado.

Imprudente seria a conduta positiva praticada pelo agente que, por não observar o seu dever de cuidado, causasse o resultado lesivo que lhe era previsível. A imprudência é, portanto, um fazer alguma coisa.

A negligência, ao contrário, é um deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha.

Fala-se em imperícia quando ocorre uma inaptidão momentânea ou não, do agente para o exercício de arte ou profissão. Diz-se que a imperícia está ligada, basicamente, à atividade profissional do agente.

**Crime culposo e tipo aberto** → os crimes culposos, como vimos anteriormente, são considerados tipos abertos. Nos delitos culposos a ação do tipo não está determinada legalmente. Seus tipos são, por isso, abertos ou com necessidade de complementação, já que o juiz tem que completa-los para o caso concreto. Por não haver a descrição completa e perfeita da figura típica, é que se fala que os crimes culposos são considerados tipos penais abertos.

**Culpa consciente e culpa inconsciente** → a previsibilidade é um dos elementos que integram o crime culposo. Quando o agente deixa de prever o resultado que lhe era previsível, fala-se em culpa inconsciente ou culpa comum. Culpa consciente é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não-ocorrência. A culpa inconsciente distingue-se da culpa consciente justamente no que diz respeito à previsão do resultado. Naquela, o resultado embora previsível, não foi previsto pelo agente; nesta, o resultado é previsto, mas o agente, confiando em si mesmo, nas suas habilidades pessoais, acredita sinceramente que este não venha a ocorrer. A culpa inconsciente é a culpa sem previsão, e a culpa consciente é a culpa com previsão.



**Culpa consciente ≠ Dolo eventual** → na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não-ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente. Já no dolo eventual, embora o agente não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo. No dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa.

OBS: Muito se tem discutido ultimamente quanto aos chamados delitos de trânsito. O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido através da conjugação da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador, como de dolo eventual, tudo por causa da expressão contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do CP,

que diz ser dolosa a conduta quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado. Merece ser frisado que o CP não adotou a teoria da representação, mas sim a da vontade e a do assentimento. Exige-se, portanto, para a caracterização do dolo eventual, que o agente anteveja como possível o resultado e o aceite, não se importando realmente com a sua ocorrência. Com isso queremos salientar que nem todos os casos em que houver a conjugação de embriaguez com velocidade excessiva haverá dolo eventual. Também não estamos afirmando que não há possibilidade de ocorrer tal hipótese. Só estamos rejeitando como uma fórmula matemática, absoluta. Não podemos, simplesmente, condenar o motorista por dolo eventual quando, na verdade, cometeu a infração culposamente. Nosso Direito Penal é o da culpabilidade, e culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então, quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposos, ou seja, se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposos, não se falando, nesse caso, em dolo eventual. A pena aplicada é a do delito culposos, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado. Concluindo, embora em alguns raros casos seja possível falar em dolo eventual em crimes de trânsito, não é pela conjugação da embriaguez com a velocidade excessiva que se pode chegar a essa conclusão, mas sim levando-se em consideração o seu elemento anímico.

**Compensação e concorrência de culpas** → Por exemplo: dois agentes, cada qual na direção de seu automóvel, de forma imprudente, colidem seus veículos. Nesse acidente, somente os agentes motoristas condutores dos aludidos veículos saíram levemente feridos. Não se admite a compensação de culpas em Direito Penal. No caso ora apresentado, os agentes serão, respectivamente, réu e vítima do acidente em que se envolveram. Não importa se ambos foram os causadores dos resultados lesivos. Cada qual responderá pela sua conduta culposa, independentemente do fato de ter a outra pessoa também contribuído para a produção desse mesmo resultado.

Embora não se possa falar em compensação, vislumbramos a possibilidade de ocorrer a concorrência de culpas. O comportamento da vítima, como concorrente para o resultado deve ser considerado não só nos casos em que ela goze também do status de agente. Quer dizer que se um motorista, em virtude de sua inobservância ao dever de cuidado, vem a atropelar um pedestre que, de forma também imprudente, tentava atravessar uma avenida, vindo somente este último a sofrer lesões, se o julgador chegar à conclusão de que o fato praticado é típico, antijurídico e culpável, na oportunidade em que for encontrar a pena-base deverá levar em consideração o comportamento da vítima que também concorreu, com sua conduta imprudente, para a produção do resultado lesivo por ela sofrido.

**Tentativa nos delitos culposos** → Quando estudarmos a tentativa, observaremos que o primeiro de seus elementos é o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal. Nos delitos culposos, ao contrário dos de natureza dolosa, o agente não quer produzir resultado ilícito algum. Não se pode falar, portanto, em tentativa. A doutrina, contudo, aceita a possibilidade de tentativa nos crimes culposos, quando da ocorrência da chamada culpa imprópria, quando o agente, nos casos de erro evitável nas discriminantes putativas, atua com dolo, mas responde pelo resultado causado com as penas correspondentes ao delito culposos.



### **Crimes omissivos próprios e impróprios:**

Crimes omissivos próprios, puros ou simples, segundo Mirabete são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico. Para a exigência do crime basta que o autor se omita quando deve agir.

Crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivos qualificados, são aqueles em que, para sua configuração, é preciso que o agente possua um dever de agir para evitar o resultado. Esse dever de agir é atribuído tão-somente às pessoas que gozem do status de garantidoras da não-ocorrência do resultado. Somente assumem a posição de garante aquelas pessoas que se amoldem às situações elencadas pelo §2º do art. 13 do CP. Isso porque o CP adotou o critério das fontes formais do dever de garantidor, deixando de lado a teoria das funções, preconizada por Armin Kaufmann, que defendia a tese de que seria garantidor o agente que tivesse uma relação estreita com a vítima, mesmo que não existisse qualquer obrigação legal entre elas.

A diferença básica entre o crime omissivo próprio e o impróprio é que no crime omissivo próprio o legislador faz expressamente a previsão típica da conduta que deve ser imposta ao agente. Já nos crimes omissivos impróprios, considerados tipos abertos, não existe essa prévia definição típica. Enquanto nos crimes omissivos próprios, a conduta prevista no tipo é negativa, ou seja, o tipo prevê uma inação; nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, a conduta é positiva, isto é, comissiva, só que praticada via omissão do agente que, no caso concreto, tinha o dever de agir para evitar o resultado. Por essa razão é que se diz que o crime é comissivo por omissão, porque a conduta comissiva prevista no tipo é praticada de forma omissiva pelo agente.

Os resultados, nos crimes omissivos impróprios, podem ser alcançados em razão das condutas dolosa ou culposa do agente, querendo-se dizer com isso que esta espécie de crime omissivo admite tanto a inação dolosa quanto a inação culposa como meio para se atribuir o resultado ao agente.

### **Relevância da omissão:**

Nos termos do §2º do art. 13 do CP, “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Logo pela redação inicial do artigo, podemos observar que a lei penal exige a configuração de duas situações: o dever de agir (elencado nas alíneas a, b, c) com o poder agir.

Merece ser frisado que a lei, quando elenca as situações nas quais surge o dever de agir, fazendo nascer daí a posição de garantidor, não exige que o garante evite, a qualquer custo, o resultado. O que a lei faz é despertar o agente para a sua obrigação, e se ele realiza tudo o que estava ao seu alcance, a fim de evitar o resultado lesivo, mas, mesmo com seu esforço, este vem a se produzir, não poderemos a ele imputá-lo.

Ademais, o dever de agir não é suficiente para que se possa imputar o resultado lesivo ao garante. Era preciso ainda que, nas condições em que se encontrava, pudesse atuar fisicamente, uma vez que o mencionado §2º do art. 13 obriga a conjugação do dever de agir com o poder agir. A impossibilidade física afasta a responsabilidade penal do garantidor por não ter atuado no caso concreto quando, em tese, tinha o dever de agir.

**Posição de garantidor:**

Nas alíneas do §2º do art. 13 do CP, encontramos as situações que impõem ao agente a posição de garantidor da inevitabilidade do resultado. O garante tem o dever de agir para tentar impedir o resultado. Estas são as situações que impõem ao agente a posição de garantidor:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A primeira delas é a chamada obrigação legal. Como o próprio nome sugere, é aquela obrigação derivada da lei, como a obrigação dos pais para com seus filhos.

A alínea b do §2º do art. 13 do CP traz-nos uma outra situação em que surge o dever de agir: quando o agente, de outra forma, assume a responsabilidade de impedir o resultado. Aqui residia, há tempos atrás, a chamada responsabilidade contratual. Hoje em dia, não mais se exige a existência ou mesmo a vigência de um contrato, bastando que o agente tenha assumido, por conta própria e mesmo sem qualquer retribuição, esse encargo, como é o caso do pai que, no exemplo de Juarez Tavares, querendo mergulhar no mar, solicita a alguém que olhe o seu filho por alguns minutos. Se esta pessoa anui ao pedido, naquele instante se coloca na posição de garantidora.

Finalmente, de acordo com a alínea c do §2º do art. 13 do CP, coloca-se na posição de garantidor aquele que com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Podemos citar como exemplo aquele que, num acampamento, após acender o fogo pra fazer sua comida, não o apaga posteriormente, permitindo que se inicie um incêndio.