The cover image features a large, white, seated female statue in the foreground, holding a book. The statue is positioned in front of a modern, multi-story building with a glass facade. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. A body of water is visible in the middle ground, reflecting the sky and the building. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A tentativa na omissão imprópria:** um esboço sobre a delimitação entre atos preparatórios e início da execução

**The attempt by improper omission:** an outline on the delimitation between preparatory acts and the beginning of the execution

Guilherme Góes

Janice Santin

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023  
PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

# Sumário

<b>FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>13</b>
<b>EDITORIAL .....</b>	<b>15</b>
<b>AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>19</b>
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
<b>FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>42</b>
Cornelius Prittwitz	
<b>O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS .....</b>	<b>52</b>
Carl-Friedrich Stuckenberg	
<b>REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>67</b>
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>85</b>
<b>A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....</b>	<b>87</b>
Guilherme Góes e Janice Santin	
<b>TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL .....</b>	<b>110</b>
Marcelo Bauer Pertille	
<b>POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS.....</b>	<b>130</b>
Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho	
<b>DIREITO PROCESSUAL .....</b>	<b>159</b>
<b>DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>161</b>
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
<b>UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND .....</b>	<b>180</b>
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	

<b>A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>213</b>
Felipe Lazzari da Silveira	
<b>A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS .....</b>	<b>231</b>
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
<b>POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>270</b>
<b>POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE .....</b>	<b>272</b>
Marcelo Buttelli Ramos	
<b>POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....</b>	<b>293</b>
Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger	
<b>MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>307</b>
Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira	
<b>ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS .....</b>	<b>343</b>
Lucas Villa e Bruno Amaral Machado	
<b>OUTROS TEMAS .....</b>	<b>365</b>
<b>CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT .....</b>	<b>367</b>
Mona Mahecha e Monika Punia	
<b>O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....</b>	<b>385</b>
Keite Wieira	
<b>PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....</b>	<b>402</b>
Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
<b>THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE? .....</b>	<b>422</b>
Di Zhou	
<b>THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY .....</b>	<b>440</b>
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	

# A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre a delimitação entre atos preparatórios e início da execução\*

## The attempt by improper omission: an outline on the delimitation between preparatory acts and the beginning of the execution

Guilherme Góes\*\*

Janice Santin\*\*\*

### Resumo

A delimitação entre atos preparatórios e início da execução nos delitos omissivos impróprios ainda é uma questão controversa na ciência penal. Neste estudo, buscamos, em primeiro lugar, demonstrar a possibilidade de punição da tentativa nas situações de omissão imprópria para, em seguida, apresentar os diversos posicionamentos que podem ser adotados como forma de delimitação do início da tentativa. Após uma análise crítica dos principais critérios adotados pela doutrina e jurisprudência, concluímos que apenas as posições que adotam um critério de perigo concreto são compatíveis com a lei brasileira. Para seu desenvolvimento, recorreremos à análise bibliográfica, legislativa e também jurisprudencial.

**Palavras-chave:** tentativa; omissão imprópria; tentativa na omissão imprópria; início da execução; atos preparatórios.

### Abstract

The differentiation between preparatory acts and the beginning of the execution in improper omissions offenses is still a controversial issue in criminal science. First of all, the present study intends to demonstrate the possibility of punishing the attempt in situations of improper omission and then, to present the different positions that can be adopted as way of delimiting the criteria presented by literature and jurisprudence is accompanied by critical observations and by the arguments in favor and against each of the positions, as well as comments on their adequacy within the Brazilian legal system. The study is complemented with an analysis of the consequences and procedural difficulties faced by each of the possible theories exposed. At the end, it is concluded that only the positions that adopt a concrete danger criterion are compatible with Brazilian law. For its development, the present paper resorted to bibliographic, legislative and also jurisprudential analysis.

**Keywords:** attempt; improper omission; attempt by omission; preparatory acts; overt acts.

\* Recebido em 15/01/2023  
Aprovado em 04/05/2023

Agradecemos ao Prof. Dr. Luís Greco e à Profa. Dra. Heloísa Estellita pela revisão e pelas importantes considerações sobre o texto.

\*\* Doutorando e Mestre pela Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha (Humboldt-Universität zu Berlin). Advogado. E-mail: guilherme.tgoes@gmail.com.

\*\*\* Doutoranda pela Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha (Humboldt-Universität zu Berlin). Mestra em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública (UERJ). Bolsista da Fundação Konrad Adenauer (Konrad-Adenauer-Stiftung, KAS). E-mail: janicesantin@icloud.com.

## 1 Introdução

O Código Penal pune os crimes omissivos impróprios (art. 13, § 2º). De igual forma, pune também os crimes tentados (art. 14, *caput*, II, do Código Penal). Essas duas afirmações encontram respaldos claros tanto em dispositivos legais quanto na literatura. O mesmo grau de certeza, porém, não se verifica quando se trata de unir essas duas formas de prática criminosa numa só figura, já que inexistente norma que afirme, explicitamente, “pune-se a tentativa omissiva imprópria”<sup>1</sup>. Além disso, inexistente, no Brasil, uma discussão detida e aprofundada sobre a possibilidade e definição da tentativa nessas situações.

O fato de que tanto os crimes omissivos impróprios quanto as tentativas são puníveis poderia sugerir que não há qualquer controvérsia sobre a possibilidade de punição quando combinadas essas formas delitivas. Isso, no entanto, não é uma verdade. Diversos autores na literatura nacional negam a punibilidade da tentativa nos crimes omissivos, enquanto aqueles que a acolhem, por sua vez, não somente não a justificam como nem sequer discutem os parâmetros de manifestação dessa construção dogmática<sup>2</sup>.

Do ponto de vista teórico, este estudo visa corrigir dois problemas centrais: afastar o falso argumento sobre a impossibilidade das tentativas omissivas impróprias no direito brasileiro (a seguir, ponto 1.) e apresentar as diversas formas de se diferenciar os atos preparatórios do início da execução nos crimes omissivos impróprios (a seguir, ponto 2.). Para tanto e com o intuito de demonstrar a aplicabilidade de cada formulação teórica, fazemo-nos uso de um caso da jurisprudência brasileira (embora com adaptações), no qual a mãe deixa de alimentar seu filho menor de idade e incapaz de se alimentar sozinho. Ao final (ponto 3.), buscamos demonstrar os reflexos dessas discussões no campo processual penal, aproximando direito material e processual. Diante de um caso que envolva a matéria, um magistrado brasileiro não dispõe de fontes suficientes para tomar uma posição fundamentada; nesse tema, a ciência ainda está muito distante da prática. Tentaremos, assim, aproximá-las.

## 2 A punibilidade da tentativa nos crimes omissivos impróprios

O quadro normativo deve ser o ponto de partida deste estudo. No caso da tentativa, os arts. 14, *caput*, II (crime tentado), 15 (desistência voluntária e arrependimento eficaz) e 17 (crime impossível) do Código Penal; na tentativa omissiva imprópria, os mesmos artigos mencionados, mas combinados com a regra do art. 13, § 2º, do Código Penal<sup>3</sup>. Para fins desse debate, destacamos a redação do art. 14, *caput*, II, norma que fundamenta a punição dos delitos tentados: “Art. 14 - Diz-se o crime: (...) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”. Surge, então, a dúvida: é possível, com base na redação dessas normas, punir a tentativa na omissão imprópria?

Parte da doutrina nacional refuta essa possibilidade (em detalhes, a seguir). Os principais argumentos trazidos por esses autores remetem a três dos quatro cânones clássicos de interpretação: tratam-se de questões (a) literais, (c) sistemáticas e (d) teleológicas. Apresentaremos, assim, as principais razões daqueles que a negam, oferecemos contra-argumentos a essa posição e concluiremos em favor reconhecimento da tentativa

<sup>1</sup> Há um delito omissivo *próprio* quando existe uma norma penal que ordena um agir e o autor se mantém inerte (*dever de agir*, como é o caso da omissão de socorro, art. 135 do CP); sua consumação se dá com o mero descumprimento da ordem e independe, assim, da ocorrência de um resultado de dano ou de perigo. Por sua vez, a *omissão imprópria* (ou comissão por omissão) decorre da violação do *dever de impedir o resultado* (art. 13, parágrafo segundo, CP); mais detalhes em HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. p. 515 e s.

<sup>2</sup> Como exceção, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

<sup>3</sup> Art. 13, parágrafo segundo, CP: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. [...]”.

nos crimes omissivos impróprios. Buscando esgotar a análise argumentativa, faremos também uma observação sob a (b) perspectiva histórico-legislativa.

(a) Há quem negue a existência da tentativa omissiva imprópria sob a justificativa de que o conceito de crime tentado do Código Penal seria aplicável apenas aos delitos praticados por meio de ações<sup>4</sup>. Isso sob o argumento de que os delitos omissivos impróprios estariam fundamentados em um dever de agir para a evitação do resultado, o que os tornaria, assim, incompatíveis com a ideia de “execução”<sup>5</sup>, de forma que o termo “início da execução” pressuporia, necessariamente, uma atuação comissiva. Nesse mesmo sentido, diz-se que, nos crimes comissivos por omissão, não haveria execução, mas tão somente o *início de uma ação mandada*, isto é, do cumprimento de um dever jurídico de agir<sup>6</sup>.

Essa argumentação, todavia, parece ignorar detalhes importantes da redação legal. Em primeiro lugar, o termo *execução* não necessariamente é um sinônimo para “atuar” ou “agir”; afinal, em sentido jurídico, a palavra *execução* refere-se a uma das fases de um crime (atos preparatórios; execução; consumação; exaurimento)<sup>7</sup>. Assim, caso interpretada em termos jurídico-penais como sinônimo de realização ou de fazer acontecer, deve-se lembrar que o próprio ordenamento penal reconhece a possibilidade de praticar um delito tanto pela via ativa como omissiva. Ainda que se quisesse persistir em uma interpretação estritamente gramatical, não se poderia ignorar que a lei, em realidade, fala em “iniciada a execução” e não apenas em “execução”; a expressão deve ser lida como um todo, não apenas seu último vocábulo. Disso decorrem duas consequências relevantes: *i*) gramaticalmente, o termo está redigido na voz passiva, não havendo determinação de *quem* a inicia; *ii*) contextualmente, o *início* não precisa ter sido praticado pelo autor ou mesmo por um movimento corporal, basta que algo ou alguém tenha iniciado a execução<sup>8</sup>. Os termos “execução” e “iniciada a execução” comportam a possibilidade de omissão e aqueles que a negam recorrem a uma interpretação restritiva, buscando de alguma forma excluí-la do âmbito da norma. Não se trata de interpretar o termo *execução* por analogia<sup>9</sup>, mas simplesmente de não o reduzir deliberadamente. Afinal, inexistem argumentos textuais que realmente justifiquem essa exclusão; pelo contrário, é possível reconhecer a tentativa nos crimes omissivos impróprios.

(b) Um segundo critério usual de interpretação – embora não apareça nas discussões sobre o presente tema – é a intenção do legislador. A partir da exposição de motivos do Código Penal de 1940, constata-se que o legislador não fez qualquer menção ao assunto<sup>10</sup>. Posteriormente, quando da reforma de 1984,

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2. p. 568.

<sup>5</sup> BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 472.

<sup>6</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 386.

<sup>7</sup> De forma complementar, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 117 e s., demonstra em detalhes como “início da execução” deve ser concebido como um termo normativo; no mesmo sentido, ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 241 e ss.

<sup>8</sup> Esse argumento gramatical não encontra respaldo nem mesmo em ordenamentos que falam na realização do tipo iniciada pelo autor, como é o caso da lei alemã: “§ 22 StGB. Tenta cometer um fato punível aquele que, segundo a sua representação do fato, dá início imediato à realização do tipo”. Embora lá também já se tenha sugerido a impossibilidade da tentativa na omissão imprópria (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 91, porém com base na redação antiga do dispositivo da tentativa), há muito já se reconhece sua viabilidade (ZACHARIÄ, Heinrich. *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Erster Teil*. Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1836. p. 66 e s.), tratando-se atualmente de uma questão superada (por todos, ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 266). Igualmente na Argentina (Art. 42 CPN. “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”); ver, nesse sentido, DONNES, Antonella. La tentativa en los delitos de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que en el delito comisivo. *En Letra: Derecho Penal*, n. 1, p. 152-175, 2015. p. 173; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 848.

<sup>9</sup> Como tentam fazer crer SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 386, e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2. p. 569.

<sup>10</sup> Cf., sobre a tentativa, Exposição de Motivos do Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940, p. 9 e ss.

ele apenas reforçou a manutenção da redação dos artigos correspondentes aos arts. 14, 15 e 17, sem, mais uma vez, apresentar qualquer consideração direta sobre o tema<sup>11</sup>. Destacamos, porém, uma breve passagem mencionada pelo legislador de 1984: “pôs-se, portanto, em relevo, a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nulum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.”<sup>12</sup>. Disso decorre que tanto os autores comissivos como os omissivos são destinatários das normas penais. Parece-nos, então, que, se o legislador pretendesse algo diferente para as normas da tentativa, ele teria regulado explicitamente a exclusão dos casos omissivos impróprios. Assim, sob a perspectiva histórica, tem-se que ou o legislador não expressou qualquer posição sobre o tema ou, como consequência de sua definição de crime, as normas da tentativa também se aplicam às omissões impróprias.

(c) Existe, ainda, um outro argumento contrário ao reconhecimento dessa forma de tentativa, que muito embora apareça disfarçado de interpretação gramatical, rege-se, em realidade, pelos princípios da interpretação sistemática. Há quem defenda que a redação da tentativa, por falar somente em “agentes”, estaria direcionada apenas aos crimes comissivos – especialmente quando se percebe que no artigo anterior há menção expressa aos “omitentes” (art. 13, § 2º)<sup>13</sup>. Uma tal afirmação, entretanto, ignora por completo o fato de que o Código Penal utiliza a palavra *agente* como gênero para *ação* e *omissão*. Vezes a lei aponta, expressamente, o reconhecimento da ação e da omissão sob o termo *agente*<sup>14</sup>, e em outras ela exige que se pressuponha, por razões lógicas, que tanto o agente quanto o omitente estejam sujeitos à aplicação daquela norma – por exemplo, nos arts. 2º, parágrafo único<sup>15</sup> ou 18, *caput*, I<sup>16</sup>, do Código Penal: quem ousaria dizer que os omitentes não podem ser favorecidos com a descriminalização de condutas para fins das regras da lei penal no tempo? Ou, ainda, que a definição de dolo não se aplica aos casos de omissão? O Código recorre à palavra “omitente” uma única vez, no art. 13, § 2º – não por acaso o dispositivo que trata exclusivamente dos crimes omissivos impróprios. Seria ilógico que ele assim não o fizesse, pois o único sentido possível é de que *essa* norma seja aplicada *apenas* àqueles que se omitem. Desse modo, uma interpretação sistemática não impede o reconhecimento da tentativa omissiva imprópria.

(d) Uma última alegação que vai de encontro à possibilidade da tentativa omissiva imprópria diz que, se a tentativa se configura pela não concretização do resultado típico desejado pelo autor (seja porque nenhum resultado tenha ocorrido ou porque o resultado ocorrido foi diverso do desejado), não há razão para a punição a título de omissão, uma vez que o omitente deve, justamente, *impedir* o resultado<sup>17</sup>. Ausente o pressuposto de punição, inexistente a possibilidade de punir. Tal argumento, todavia, está incorreto e tem por base dois equívocos.

A primeira: o fato de a lei prever que o omitente tem o dever de impedir o resultado não significa que ele será punido tão e somente quando este resultado ocorrer, da mesma forma como os autores comissivos não são punidos apenas pelos delitos consumados, muito embora diversas normas exijam resultados lesivos concretos. Havendo uma norma extensiva que justifique a punição em um momento anterior, passa a ser

<sup>11</sup> Cf., Exposição de Motivos n. 211 do Código Penal. 09 de maio de 1983, ponto 11 e ss.

<sup>12</sup> Exposição de Motivos n. 211 do Código Penal. 09 de maio de 1983, ponto 12.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2. p. 568.

<sup>14</sup> P. ex., art. 21, parágrafo único, CP: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”; ou art. 26, *caput*, CP: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (grifos nossos).

<sup>15</sup> Art. 2º, parágrafo único, CP: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

<sup>16</sup> Art. 18, *caput* e I, CP: “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

<sup>17</sup> BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 472; “Se nada acontece, não há resultado, pelo que não pode haver qualquer classe de responsabilidade, pois na omissão imprópria, o réu está na posição de garante da não ocorrência do resultado. Se este não tem lugar, nada resta para punir.”

possível fundamentar a punição neste outro cenário – como o faz o art. 14, *caput*, II, do Código Penal. A segunda: há uma confusão entre os conceitos “resultado” e “lesão/dano”. Um crime de resultado pode tanto ser um crime de lesão como um crime de perigo concreto<sup>18</sup>. Ao pé da letra da lei, as situações de perigo concreto também podem configurar uma forma de resultado e não apenas os casos em que há uma lesão material<sup>19-20</sup>. A norma que estende a punição da tentativa justifica exatamente a punição de comportamentos considerados perigosos e que não necessariamente chegam a concretizar a lesão<sup>21</sup>. Assim, parece-nos correto que o Direito Penal puna a não intervenção em processos causais perigosos a bens jurídicos.

(e) Por fim, e para além dos cânones de interpretação, há quem se valha do argumento de que seria impossível reconhecer a tentativa nos crimes omissivos impróprios diante da dificuldade de determinar, nessas situações, o momento correspondente ao começo da execução<sup>22</sup>.

Esse não é, contudo, um argumento válido, na medida em que a dificuldade em determinar ou precisar um conceito jamais pode ser utilizada como justificativa em um debate científico. A dificuldade, além de não ser um sinônimo de impossibilidade, apenas invoca uma maior necessidade de aprofundamento e estudo, não podendo ser utilizada como impeditivo ao desenvolvimento científico. Precisamos ser capazes de expor, discutir e propor soluções aos problemas jurídicos identificados, sem nos deixar levar pela sedução de argumentos simplistas. Uma “*ciência*” que cede diante do mantra da “*dificuldade de provar a hipótese*” não pode se pretender *ciência*; afinal, ela deixa de explorar as possibilidades, de observar, de testar e, ao fim e ao cabo, de resistir, pressuposto necessário para o desenvolvimento e o alcance de uma ciência que se pretenda universal.

Concluimos, assim, pela possibilidade de punição da tentativa nos crimes omissivos impróprios. Resta, agora, identificar o momento em que ela se inicia.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2020. p. 429, nm. 102.

<sup>19</sup> Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral: arts. 1º ao 120. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 567 e 557, também reconhece a possibilidade da tentativa nos crimes omissivos impróprios.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 623, também argumentam ser possível reconhecer a tentativa na omissão imprópria, especialmente em razão de uma correlação entre o perigo ao bem jurídico e o dever de agir do garantidor. Destacamos, porém, algo que o leitor pode já ter notado ao comparar esta última citação com as notas anteriores; Zaffaroni por vezes defende a possibilidade e em outras a impossibilidade do reconhecimento da omissão imprópria junto ao ordenamento brasileiro (vide notas 1, 7 e 11). Vale notar que em seu tratado geral sobre o direito penal o autor reconhece a possibilidade de tentativa omissiva imprópria, oferecendo diversos argumentos e até apresentando critérios para a distinção entre atos preparatórios e início da execução (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*. parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 848-850). Seria possível tentar identificar sua posição por meio de uma interpretação temporal, em que a obra mais recente (2020, com Pierangeli, em que aceita a tentativa; vale notar que, em obra específica, os mesmos autores também defenderam e fundamentaram a possibilidade da tentativa omissiva imprópria, apresentando diferentes argumentos e uma posição para a diferenciação baseada no perigo, em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 117-122) refletisse sua posição atual. No entanto, sua outra obra foi publicada apenas três anos antes (2017, com Batista). Não temos dúvidas de que o autor pode ter mudado de posição, contudo, os argumentos trazidos em sua obra mais recente não fazem qualquer referência às obras anteriores e acabam contradizendo-as na essência. Dessa forma, parece-nos possível reconhecer que o autor, individualmente, aceita a possibilidade da tentativa nos crimes omissivos impróprios, porém não se pode ter certeza sobre sua posição em relação ao ordenamento brasileiro.

<sup>21</sup> No âmbito da omissão, discute-se, por exemplo, o grau de responsabilidade do autor frente ao aumento do risco ao bem jurídico ou à certeza de realização do resultado. No campo da tentativa, por certo, o omitente só pode ser responsabilizado pelo aumento do risco e não pela evitação do resultado inexistente. No decorrer deste estudo, o leitor verá que boa parte da discussão travada por alguns autores está sempre ligada à criação ou aumento de um risco. Ao fim e ao cabo, para muitos, determinar o momento de início da tentativa na omissão imprópria também significa determinar o momento em que o risco passa a ser juridicamente relevante para o ordenamento e, portanto, digno de repressão.

<sup>22</sup> BUSATO, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 472: “a razão dessa impossibilidade é que a omissão imprópria tem o problema de definição do começo da tentativa, ou seja, dos ‘atos de execução’, porque estes não são precisos. Afinal, quando se pode falar em início da execução? Será o momento da criação do perigo? Nos crimes de perigo, então, já estaria o delito consumado! Será a perda da primeira possibilidade de atuar? Será a perda da última possibilidade de atuar? Essa dúvida insanável torna inadmissível a hipótese.”

### 3 Delimitação entre atos preparatórios e tentativa nos crimes omissivos impróprios

O problema mais atual e urgente se situa, assim, na delimitação da fronteira entre atos preparatórios e tentativa na omissão imprópria, já que diferentemente do que ocorre nos crimes comissivos, o agir do autor não corresponde a uma combinação de diferentes atos que levam ao resultado, mas a uma mera e constante inatividade. A seguir, apresentaremos os critérios desenvolvidos pela literatura para responder à seguinte pergunta: quando o autor omissivo inicia a realização do tipo penal e atinge, assim, o estágio punível da tentativa?<sup>23</sup>

A fim de ilustrar o tema objeto desse estudo, apresentaremos abaixo um caso modelo, ao qual faremos referência ao longo do texto para demonstrar a aplicação dos critérios propostos nesse capítulo.

Caso: uma mãe decide parar de alimentar seu filho menor de idade (13 ano), criança com uma deficiência física grave, que o impedia de se alimentar sozinho ou mesmo de se movimentar livremente. Para tanto, deixa-o sozinho em um cômodo da casa e passa a não mais alimentá-lo. Essa privação dura mais de dez dias, deixando a criança em um severo estado de desnutrição e desidratação.<sup>24</sup>

#### 3.1 Omissão na primeira possibilidade de intervenção

*Herzberg* propõe que a pergunta acima seja respondida por meio de uma comparação com a delimitação do início da tentativa nos crimes comissivos<sup>25</sup>: o garante que reconhece o perigo e decide deixá-lo evoluir em direção ao resultado se encontraria imediatamente no mesmo estágio *punível* do autor comissivo que, de acordo com o seu plano delitivo, fez todo o necessário e apenas *espera* pela consumação<sup>26</sup>. Por tal razão, já nesse momento o omitente deveria ser punido pela tentativa (que já nasceria acabada, como no crime comissivo<sup>27</sup>), ainda que o adiamento da sua intervenção não importasse em um aumento do risco ou que houvesse várias outras possibilidades de atuar com boas perspectivas de sucesso<sup>28</sup>. A tentativa pressuporia a existência de uma omissão que favorecesse o resultado e o dolo do omitente; com a soma desses dois elementos, iniciar-se-ia a tentativa punível<sup>29</sup>.

De acordo com essa visão, não haveria motivos para prolongar a fase preparatória. A imediatez da punição se justificaria porque nada garantiria que o autor pudesse agir em um momento posterior para salvar

<sup>23</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 91.

<sup>24</sup> Este caso será utilizado como exemplo base no decorrer do texto; fatos adaptados de TJPR, Apelação Criminal n. 0011337-21.2013.8.16.0030, Rel. Des. Naor Ribeiro de Macedo Neto, 1ª Câmara Criminal, Dje 20.02.2020, que versa sobre um homicídio consumado.

<sup>25</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 91.

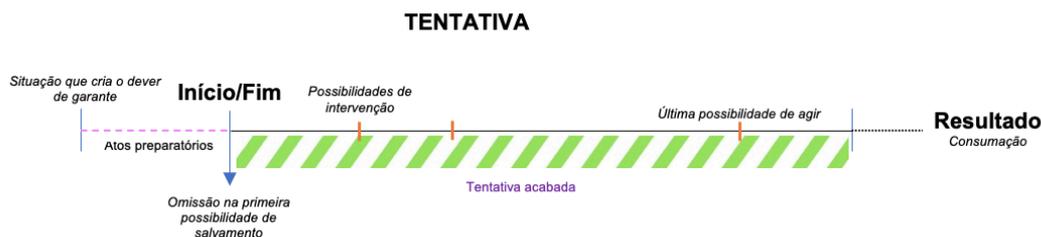
<sup>26</sup> O que *Herzberg* propõe não é uma equivalência *real* entre as ações do crime comissivo e as omissões do crime omissivo; ele apenas identifica quando coincidem os momentos de *espera*: para o autor ativo, ela inicia-se após realizadas todas as ações direcionadas à realização do tipo (ou seja, tentativa acabada); para o inativo, já com a sua omissão. Isso faz com que, curiosamente, a tentativa omissiva já nasça acabada – ou o início da execução seja também seu final –, ainda que outras ações salvadoras do bem jurídico sejam eventualmente possíveis.

<sup>27</sup> Justamente em razão dessa busca por uma “harmonização”, *Herzberg* entende não ser possível conceber uma tentativa inacabada nos delitos omissivos impróprios; HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 93.

<sup>28</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 93. Na Espanha, CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 455-456.

<sup>29</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 94. No Brasil, esse parece ser o posicionamento de *Bierrenbach*, para a qual, “demonstrado que o garantidor desprezou a primeira oportunidade de salvação que se apresentou”, é “incabível deixar de imputar-lhe a tentativa”, BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 121.

o bem jurídico; é dizer, se ele não age na primeira oportunidade de evitação do resultado, fica sujeito à possibilidade de perder o controle dos acontecimentos ou de o perigo aumentar, independentemente da sua percepção ou vontade, o que pode tornar inviável um “voltar atrás” ou uma compensação da inatividade inicial<sup>30</sup>. Além disso, deixar o início da tentativa para um momento final seria interpretar desarrazoadamente as normas em favor de um autor que decide desde o início por não intervir<sup>31</sup>. Na prática, isso significa que a mãe que decide matar seu filho pequeno por inanição dá início à tentativa desde a primeira refeição que deixou de dar à criança<sup>32</sup> – ainda que essa conduta, por si só, não causasse um risco à vida do menor.



Outra construção teórica similar, que acaba por fixar o início da tentativa também na primeira omissão, baseia-se no começo da incidência do mandamento de agir. De acordo com essa posição, o início da tentativa nos crimes comissivos não se confundiria com o dos omissivos; se, nos primeiros, a execução parte de uma decisão individual do autor de agir contra o bem jurídico; nos últimos, ela começaria no momento em que um mandamento comportamental passasse a exigir o atuar do omitente, ou seja, ela não se originaria da decisão do autor, mas da lei<sup>33</sup>. Diferentemente das normas proibitivas, que têm o caráter temporal do “sempre” (nunca praticar determinada conduta), as normas imperativas que regem a omissão seriam regras do “agora”, de um espaço de tempo determinado (fazer algo como resposta a uma situação específica)<sup>34</sup>, com início e fim estabelecidos por um limite normativo.

Especificamente na omissão imprópria, o começo da tentativa teria como ponto inicial o momento em que se inicia o período de incidência do mandamento segundo o qual o autor deveria agir, mas ele se recusa<sup>35</sup>. Isso significa que a tentativa se iniciaria com o primeiro descumprimento do dever de agir<sup>36</sup> ou com o deixar passar a primeira possibilidade de ação, porque a não realização de um ato exigido por lei constitui parte da essência do crime omissivo<sup>37</sup>. Mas diversamente da posição anterior, aqui a tentativa não nasceria acabada. Como ela se iniciaria com a decisão de não realizar imediatamente a ação e se findaria no momento em que

<sup>30</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 92 e 93.

<sup>31</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 94.

<sup>32</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 95.

<sup>33</sup> MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 293.

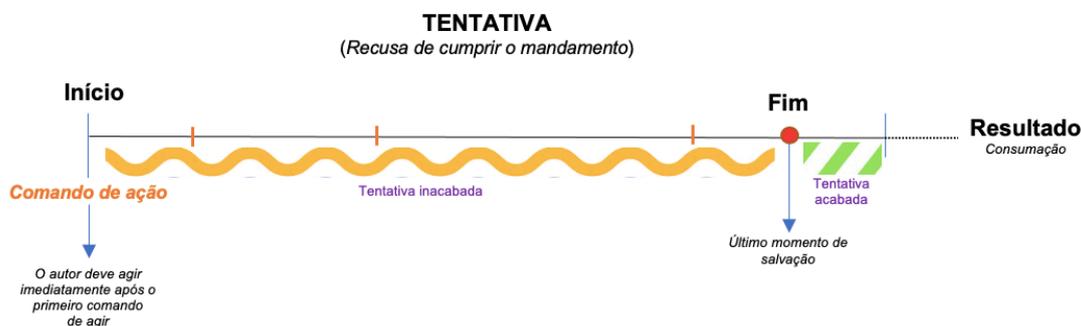
<sup>34</sup> MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 293.

<sup>35</sup> MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 297; na Espanha, RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Derecho penal español*. parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 562. Uma posição bastante similar, mas em outros termos, fala que a tentativa se inicia com a omissão do autor após o surgimento do seu dever de agir, pelo menos de acordo com a sua representação; como se trata da sua percepção da situação, haverá uma tentativa *acabada* quando o autor acreditar não ser mais possível evitar o resultado por meio de sua intervenção, e *inacabada* se ele crer que ainda pode evitá-lo, exigindo-se assim a continuação de sua inatividade, ver SCHRÖDER, Horst. Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 86, 1962.; também LÖNNIES, Otward. Rücktritt und tätige Ruhe beim unechten Unterlassungsdelikt. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, n. 43, p. 1950-1952, 1962. p. 1951, reconhecendo a tentativa como *acabada* quando, de acordo com a representação do autor, a ação originalmente prevista já não é mais suficiente para a evitação do resultado sem um esforço consideravelmente maior, e *inacabada* se ele acreditar ser suficiente agir de acordo com o mandamento legal para que o resultado não aconteça.

<sup>36</sup> MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 297. Também, LÖNNIES, Otward. Rücktritt und tätige Ruhe beim unechten Unterlassungsdelikt. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, n. 43, p. 1950-1952, 1962. p. 1950.

<sup>37</sup> Cf., MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 298.

não é mais possível agir, haveria uma tentativa *inacabada* sempre que, depois da primeira desobediência ao mandamento, ainda houvesse tempo de realizar a ação exigida; permanecendo o autor inerte até o fim do “período de ação”, isto é, ultrapassado o último momento de resgate, a tentativa seria *acabada*<sup>38</sup>. No já citado caso da mãe, a tentativa também se iniciaria com a primeira privação de alimento<sup>39</sup>, independentemente de uma *real* colocação da vida da criança em perigo.



A essas posições, porém, opõem-se algumas críticas recorrentes. A maior dificuldade para justificar a punição já no momento da primeira omissão está na ausência de um perigo equiparavelmente próximo à tipicidade<sup>40</sup>. Na maioria dos casos, essa antecipação transporta o início da tentativa para um momento em que não há um perigo significativo ao bem jurídico e ainda existe a possibilidade de o omitente compensar posteriormente a ação de salvamento, sem que haja o aumento relevante do risco<sup>41</sup>. Certamente, pode-se argumentar que da perspectiva exclusiva do bem jurídico o melhor cenário seria aquele em que se toma a ação de salvamento logo no primeiro momento; no entanto, ele ainda não seria suficiente para superar a crítica da ausência de periculosidade<sup>42</sup>.

Esse critério de delimitação também não nos parece compatível com o ordenamento brasileiro. Como a lei fala expressamente em *início da execução*, devem ser punidos apenas os comportamentos que estejam mais próximos do momento da consumação, não se permitindo a punição demasiadamente antecipada. Além disso, lembramos que o Código Penal não prevê a punição da tentativa inidônea (art. 17), ou seja, comportamentos não perigosos não são puníveis. Desse modo, seria uma contradição lógica punir o omitente já no primeiro momento, porque se assim fosse, permitir-se-ia a punição de omissões não idôneas à realização de um resultado típico; no caso da mãe que não alimenta o filho, não se pode afirmar com naturalidade que há um risco de morte quando se suprime a primeira refeição, pois sabe-se que uma pessoa (ainda que menor e portadora de necessidades especiais) pode sobreviver por alguns dias sem alimento. Por isso, parece-nos que o texto e a pretensão normativa do art. 14, *caput*, inciso II, do Código Penal não permitem tamanha antecipação da punição.

### 3.2 Omissão na última possibilidade de salvamento, na última possibilidade de êxito e na maior perspectiva de sucesso

Outro critério *temporal* utilizado para a definição do momento em que se inicia a tentativa na omissão imprópria está posicionado no ponto diametralmente oposto àquele visto acima. Para essa posição, a tentativa omissiva imprópria não se iniciaria com a perda da primeira possibilidade de agir, mas com o deixar

<sup>38</sup> MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 298.

<sup>39</sup> MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958. p. 297-298.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 281.

<sup>41</sup> RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014. p. 112. Semelhante, VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 79, p. 69-100, 2020. p. 97.

<sup>42</sup> De forma complementar, é possível apontar ainda uma dificuldade probatória em relação ao dolo, tendo em vista o distanciamento entre a primeira omissão e o resultado, ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 281.

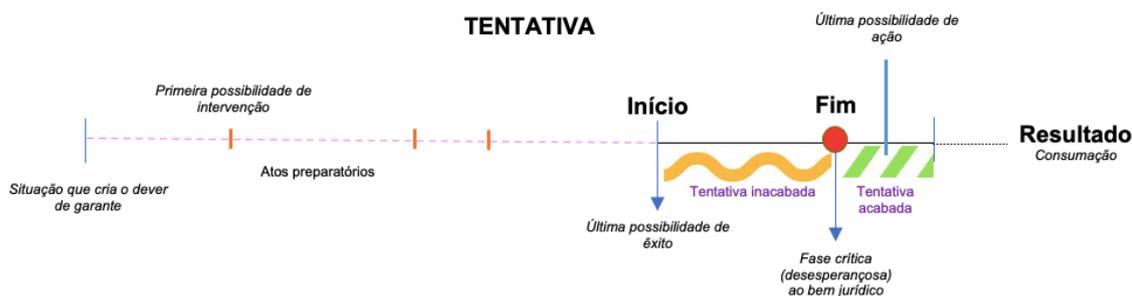
passar da última oportunidade de intervir para o salvamento do bem protegido<sup>43</sup>, porque o ordenamento jurídico exigiria apenas que o resultado fosse evitado em tempo hábil<sup>44</sup>. Por tal razão, diz-se que ainda que existisse a possibilidade de evitar o resultado *antes* da última ação de resgate, sua não realização constituiria uma omissão autônoma e atípica, que não poderia ser entendida como uma tentativa da omissão do último momento possível<sup>45</sup>; uma punição das omissões anteriores significaria, assim, nada mais que uma expressão de um direito penal da atitude interna<sup>46</sup>. Diferentemente dos delitos comissivos, não seria concebível aqui uma distinção entre tentativa acabada e inacabada: como a tentativa começaria e já terminaria quando o autor, *de acordo com a sua representação*, deveria ter agido para ter sucesso na evitação do resultado<sup>47</sup>, ela já nasceria acabada. No caso da mãe e do filho, a tentativa teria início no momento em que ela acredita ter a última possibilidade de alimentar a criança.

### TENTATIVA



Há posicionamento semelhante que fixa o início da tentativa na *última possibilidade de êxito na evitação* do resultado. De acordo com ele, a última chance não deve ser vista como a última possibilidade de agir, mas como a última oportunidade de evitar o resultado antes que os acontecimentos cheguem a tal ponto que a evitação se torne *quase que inviável*<sup>48</sup>. Em relação ao critério da última chance de salvamento, essa formulação faz com que o início da tentativa se desloque para um momento anterior, o que viabiliza a existência tanto de uma tentativa acabada quanto daquela inacabada. Assim, a tentativa seria *inacabada* enquanto, de acordo com a representação do autor, uma fase crítica e decisiva (*extremada* ou *culminante*) para a salvação do bem jurídico ainda não fosse alcançada, e *acabada* quando esse momento fosse atingido<sup>49</sup>.

### TENTATIVA



<sup>43</sup> WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214.

<sup>44</sup> WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214; também KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. ed. 2. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988, p. 215.

<sup>45</sup> WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214; de modo semelhante, KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. ed. 2. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988, p. 215.

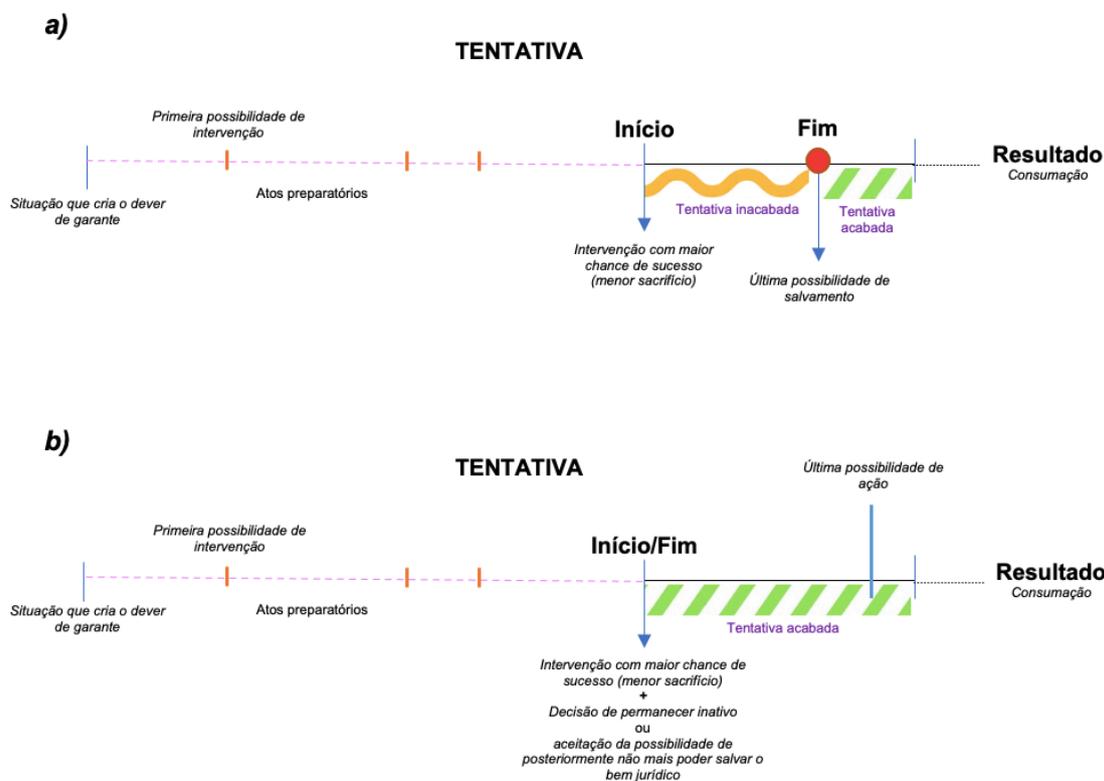
<sup>46</sup> KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988. p. 216.

<sup>47</sup> WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967. p. 214. Como sinaliza Kaufmann, o garante que deixa passar o último momento para evitar o resultado – e sabe que não há volta – passa, em um instante, por todas as fases do delito comissivo (preparatória, tentativa inacabada e tentativa acabada, KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988. p. 218-219.

<sup>48</sup> KÜPER, Wilfried. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 112, p. 1-43, 2000. p. 29.

<sup>49</sup> KÜPER, Wilfried. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 112, p. 1-43, 2000. p. 30.

Por fim, há, ainda, quem defenda que o ponto decisivo para o início da tentativa é aquele em que o garante *se omite diante da opção mais promissora de evitação* do resultado. Segundo essa opinião, ao deixar passar a última oportunidade (de acordo com a sua representação) de intervir para salvar o bem jurídico, o autor provaria a sua capacidade volitiva de cometer um delito consumado; não havendo mais possibilidade de evitar o resultado, ele não começaria a tentativa, mas *acabá-la-ia*<sup>50</sup>. Também seria acabada a tentativa quando ultrapassada a maior chance de sucesso, nesse caso somada à decisão de permanecer inativo (não agir posteriormente) ou à aceitação da possibilidade de depois não mais poder salvar o bem jurídico<sup>51</sup>. O início da tentativa deveria ser fixado, assim, em um ponto anterior, entendido como o momento em que o garante deixa passar, de acordo com a sua percepção, a melhor chance de impedir o resultado<sup>52</sup>. Se o autor deixa de agir quando poderia ter realizado uma ação que ainda lhe exigia menos sacrifício, poder-se-ia pressupor que também se absteria no instante em que o agir lhe demandasse um maior esforço; não sendo mais possível a realização do ato que exigia um menor sacrifício (e que possuía maiores chances de êxito), autorizar-se-ia a punição do omitente pela tentativa inacabada diante da sua inatividade nesse período de tempo em que a salvação se apresentava como mais “fácil”<sup>53</sup>. No exemplo da mãe, a tentativa se inicia no momento em que a criança começa a sofrer consideravelmente em razão da não alimentação (e permanece inacabada até que um resgate seguro se mostre como possível)<sup>54</sup>.



Esse entendimento traz consigo alguns problemas. O primeiro deles, que se estende às duas primeiras formulações, consiste no fato de que condicionam o início da tentativa a um momento em que o bem jurídico já está exposto a um grande perigo, na medida que, ao fixar o começo da execução somente na última possibilidade de salvamento, permitem que a vítima seja exposta a um risco cada vez maior com o não aproveitamento das diversas oportunidades anteriores de se evitar o resultado<sup>55</sup>. Esse marco temporal

<sup>50</sup> GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 48.

<sup>51</sup> GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 49.

<sup>52</sup> GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 48.

<sup>53</sup> GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 48.

<sup>54</sup> GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959. p. 49.

<sup>55</sup> KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740.

não somente é demasiado tardio tendo em vista a tarefa do Direito Penal de proteger bens jurídicos, como faz com que o sucesso das ações de resgate se torne, não raro, uma questão de pura sorte<sup>56</sup>. Ignora, ainda, que, na tentativa, não cabe ao garantidor apenas a evitação do resultado final, como também a prevenção de ameaças que estejam próximas a um resultado lesivo ao bem jurídico<sup>57</sup>. Não bastasse isso, trata-se de um critério impreciso, dada a incerteza sobre quando se está diante do último momento<sup>58</sup> ou da opção mais promissora de salvamento.

As críticas são acertadas. O “*início*” da execução significa, como a própria lei sugere, o seu começo, não o final; se a omissão imprópria for considerada típica nas situações em que não se salva o bem jurídico exposto a perigo, então parece-nos mais correto que o começo da tentativa seja fixado já no momento em que esse perigo se torna relevante (como ocorre na tentativa comissiva), não havendo motivos para postergá-lo para o momento mais próximo do resultado. O segundo problema diz respeito à figura dogmática da desistência voluntária. Como a tentativa já nasce acabada em razão de ter passado o último momento de ação, não se pode mais dela *desistir*<sup>59</sup>. Isso, contudo, contraria a lei, que prevê a desistência voluntária para qualquer forma de tentativa<sup>60</sup> (entre nós, artigo 15 do Código Penal); caso aceita, essa formulação criaria uma forma *sui generis* de tentativa, porém sem oferecer qualquer justificativa material para tanto<sup>61</sup>. Por fim, no que se refere à melhor perspectiva de sucesso, além de se tratar de um critério de difícil precisão – o que interfere diretamente na sua utilidade prática –, pouco se diferencia do critério da primeira chance de salvamento, na medida em que, *geralmente*, a primeira oportunidade é aquela que apresenta a melhor perspectiva de êxito<sup>62</sup>.

### 3.3 Teorias do risco imediato ao bem jurídico

Enquanto os critérios acima apresentados baseiam-se em um *momento*, um ponto no tempo existente entre o início da inatividade e a consumação do delito omissivo (primeira e última oportunidade), outras formulações teóricas foram criadas para a fixação do início da tentativa não a partir de uma perspectiva temporal, mas *material*. Tratam-se de propostas voltadas ao bem jurídico e à sua exposição a um risco imediato: decisiva para o começo da tentativa, aqui, é a existência de um perigo imediato e relevante ao bem jurídico.

#### 3.3.1 Critério do perigo conforme a representação do autor

Baseado na exigência literal do § 22 do Código Penal alemão<sup>63</sup>, este critério é orientado pela existência de um perigo imediato ao bem jurídico conforme a representação subjetiva do autor. Assim como nos delitos comissivos, trata-se de uma determinação do começo da tentativa pelo uso da fórmula do “início imediato” (*unmittelbares Ansetzen*)<sup>64</sup>; iniciar-se-ia a tentativa quando, da perspectiva do garante, a sua inatividade levasse

<sup>56</sup> RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014. p. 112.

<sup>57</sup> KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740.

<sup>58</sup> BGHSt 40, 270 = NJW 1195, 204, 207.

<sup>59</sup> GROPP, Walter. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 4. ed. Berlin: Springer, 2015. p. 348-349; AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 66;

<sup>60</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 284. Para Kudlich, esse argumento não tem tanto peso, porque “o autor que não iniciou imediatamente não tem que poder desistir”, KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008. p. 603.

<sup>61</sup> JÄGER, Christian. Parágrafo 22. In: WOLTER, Jürgen. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 10. ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021. p. 731-732.

<sup>62</sup> BGHSt 40, 270 = NJW 1195, 204, 207.

<sup>63</sup> § 22 StGB. Tenta cometer um fato punível aquele que, segundo a sua representação do fato, dá início imediato à realização do tipo.

<sup>64</sup> VOGEL, Joachim. Die versuchte, passive Sterbehilfe“ nach BGH MDR 1995, 80. *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, p. 337-340, 1995. p. 340.

imediatamente à realização do fato típico<sup>65</sup>, sendo tal momento entendido como a exposição do bem jurídico a um perigo *agudo* concreto ou o aumento significativo de um risco preexistente<sup>66</sup>. O tipo penal omissivo tentado seria formado, assim, pela decisão do autor de praticar um delito somada à omissão que, de acordo com a sua percepção, sujeita o bem jurídico a um perigo latente<sup>67</sup>. Isso significa que para o caso da mãe que deixa de alimentar seu filho com a finalidade de matá-lo, o início da tentativa de homicídio ocorreria quando, de acordo com a perspectiva da genitora, a inanição colocasse a vida do menor em perigo concreto, ainda que, *de fato*, esse risco não existisse.



Essa formulação também não está livre de críticas. Por fixar o início da execução no surgimento de um perigo concreto ao bem jurídico *conforme a representação do autor*, isto é, que não necessariamente corresponde a um perigo objetivo, esse critério permite que, em alguns casos, puna-se como tentativa uma omissão que somente é perigosa na cabeça do omitente. Isso nos remonta às mesmas ponderações feitas anteriormente (2.1) no que se refere à punição de comportamentos onde inexiste um perigo próximo à tipicidade. De mais a mais, uma tal punibilidade seria inaceitável: uma omissão perigosa apenas a partir do ponto de vista do autor não se mostra relevante para o Direito Penal, porque a ausência de uma situação de perigo para o bem jurídico nem sequer dispara o dever de agir do agente garantidor<sup>68</sup>. Além disso, parece-nos que tal posição não se adequa ao nosso ordenamento jurídico, pois, diferentemente do que ocorre na lei alemã, a norma do art. 14, *caput*, inciso II, do Código Penal não fala em início da execução *de acordo com a representação do autor*, e sim em “iniciada a execução”. Disso se depreende que a figura dogmática da tentativa como definida pela lei brasileira pressupõe um *grau de objetividade* do perigo para o início da execução<sup>69</sup>, de modo a não ser suficiente aquela que se inicia apenas na mente do autor.

<sup>65</sup> Nesse sentido, KINDHÄUSER, Urs; ZIMMERMANN, Till. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 10. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 326-327; HEGER, Martin; PETZSCHE, Anneke. Parágrafo 22. In: MATT, Holger; RENZIOWSKI, Joachim. *Strafgesetzbuch: kommentar*. 2. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2020. p. 319; GROPP, Walter. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 4. ed. Berlin: Springer, 2015. p. 348; RANSIEK, Andreas. Das unechte Unterlassungsdelikt. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 8, p. 678-681, 2010. p. 681; PUTZKE, Holm. Der strafbare Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 12, p. 1083-1087, 2009. p. 1085; KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008. p. 603; OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980. p. 642; KALTENHÄUSER, Niels. Die Kombination von Versuchs-, Fahrlässigkeits-, und unechten Unterlassungsdelikt – Aufbaufragen und Kernprobleme. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 268-272, 2017. p. 271; EXNER, Thomas. Versuch und Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts. *Juristische Ausbildung (JUR.A)*, n. 4, p. 276-281, 2010. p. 279. Similar DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 969.

<sup>66</sup> KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008. p. 603.

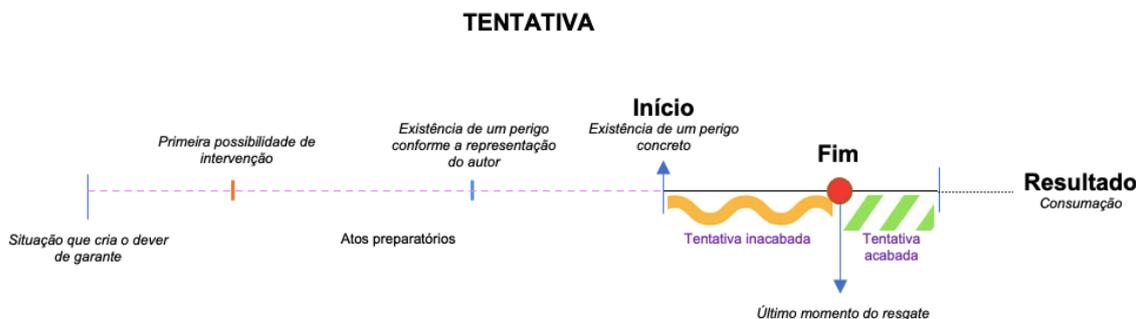
<sup>67</sup> Cf., OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980. p. 642. Essa parece também ser a posição de *Figueiredo Dias*, para o qual a tentativa inicia assim que o autor reconhece (ainda que erroneamente) o aumento do risco ao bem jurídico DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 1127.

<sup>68</sup> Sobre o dever de agir do agente garantidor, ver com mais detalhes ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 239 e seguintes.

<sup>69</sup> Sobre o tema, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 94 e ss., em especial 101-102 e nota 339.

### 3.3.2 Critério da existência objetiva de um perigo concreto do bem jurídico

Dando um passo além na proposta acima apresentada (2.3.1), mas mantendo a delimitação entre atos preparatórios e tentativa em critérios materiais, defendem alguns autores que o início da execução não depende apenas do ponto de vista subjetivo do garante. Acrescentam, assim, um novo elemento à análise do risco, de cunho objetivo: a existência de um risco concreto (*real*) ao bem jurídico ou seu considerável aumento em caso de inatividade (isto é, deve tornar crítica a situação do bem jurídico<sup>70</sup>); em outras palavras, argumenta-se que para o início da execução é preciso que o bem jurídico esteja diretamente ameaçado tanto no plano mental do autor quanto no mundo dos fatos<sup>71</sup>. Assim, o início da tentativa exigiria que, de acordo com os acontecimentos, o bem jurídico estivesse reconhecidamente em perigo e de tal forma que esse risco pudesse se concretizar caso a necessária ação de resgate não fosse realizada<sup>72-73</sup>. Por essa razão, a tentativa de homicídio da mãe que não alimenta o filho somente se iniciaria quando a privação de alimentos, realizada com o intuito de que o menor morra de fome, causasse um efetivo perigo imediato à vida da criança<sup>74</sup>.



<sup>70</sup> VOGLER, Theo. Parágrafo 22. In: JESCKECK, Hans-Heinrich; RUSS, Wolfgang; WILLMS, Günther. *Strafgesetzbuch*: Leipziger Kommentar. 10. ed. Berlin: de Gruyter, 1985. v. 1. nm. 119. Na Itália, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2020. p. 533-534; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: CEDAM, 2015. p. 449; GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale*. Molsetta: Nel Diritto Editore, 2010. p. 1000; FINDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1994. p. 462. Entre nós, parece ser essa a posição de *Estellita*, para a qual a tentativa constitui a “existência de um perigo direto para o bem jurídico”, que coincide com o momento no qual é acionado o dever jurídico de agir do garante, ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 244; também a de VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 79, p. 69-100, 2020. p. 97, que entende que a tentativa se inicia, no caso da mãe que deixa de alimentar o filho menor, quando “se instala o perigo de vida para a criança”.

<sup>71</sup> Cf., KÜHL, Kristian. *Strafrecht*: allgemeiner teil. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Heidelberg: C. F. Müller, 2020. p. 430; ESER, Albin; BOSCH, Nikolaus. Parágrafo 22. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch*: kommentar. München: C. H. Beck, 2019. p. 427; KÜPPER, Georg. Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts – BGH, NStZ 1997, 485. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 225-230, 2000. p. 228; MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikts*. Zum Strafgrund des Versuchs. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 219; JESCKECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*: allgemeiner teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 638; MEYER, Jürgen. Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, v. 83, n. 3, p. 598-622, 1975. p. 605 e ss.

<sup>72</sup> MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikts*. Zum Strafgrund des Versuchs. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 219. Essa também parece ser a posição do BGH, que além da representação do autor, fala ainda na existência de um grau de perigo ao bem jurídico reconhecível a um observador não envolvido, BGHSt 40, 257, 270 = NJW 1995, 204, 207.

<sup>73</sup> Com uma posição própria e diferente, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos*: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.; para o autor, a tentativa na omissão imprópria deve ser vista a partir do “domínio sobre a periculosidade da ocorrência do resultado”, e não do perigo em si. Vale notar, porém, que a posição do autor também condiz com a exigência de um grau de perigo objetivo, embora seja apresentada por ele sob outra perspectiva que não a de fundamentar o início da tentativa.

<sup>74</sup> Cf., RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014.

A grande crítica contra esse critério é a de que ele não oferece uma solução para os casos nos quais, apesar da ausência de um perigo concreto, o autor deixa que os acontecimentos saiam do seu domínio<sup>75</sup>: no caso modelo, imagine que, logo após omitir a primeira refeição, a mãe deixa a residência sem a pretensão de a ela retornar. De um ponto de vista político-criminal, essa proposta seria insatisfatória: não há motivos para premiar com a impunidade o autor que se omite e deixa deliberadamente escapar de suas mãos o domínio dos acontecimentos, de modo que a salvação da vítima só seria possível graças ao acaso<sup>76</sup>. Diz-se, ainda, que se trata de um critério impreciso, na medida em que o estabelecimento de um grau de perigo suficiente para o início da tentativa exige, de todo o modo, a elaboração de critérios adicionais<sup>77</sup>. Parece-nos que tal dificuldade pode ser superada pela adoção dos critérios da imputação objetiva (especialmente do desvalor da ação) para a verificação da relevância do perigo (isto é, do risco suficiente para se falar em uma tentativa punível).

Vale observar, também, que se trata de um critério compatível com a redação legal da tentativa do art. 14, *caput*, II, do Código Penal, porque a exigência de um perigo concreto condiz com o elemento objetivo do “início da execução” previsto pelo ordenamento jurídico. Aquele que optar por esse critério terá de enfrentar dois problemas ulteriores: o primeiro, ou oferecer um argumento e aceitar a punição daquele que perde o domínio dos acontecimentos, apesar de ainda estar longe o momento de um risco concreto ao bem jurídico, ou reconhecer uma lacuna de punibilidade, sob o argumento da impossibilidade de se punir condutas objetivamente não perigosas; o segundo, demonstrar e estabelecer parâmetros mais concretos que auxiliem na avaliação do risco e no desvalor da conduta.

### 3.3.3 Critérios alternativos do perigo iminente e do domínio dos acontecimentos

Apesar de reconhecerem como correto o critério do perigo iminente ao bem jurídico, alguns autores entendem que, em certas situações, ele sozinho seria insuficiente. Segundo essa posição, ao liberar o processo causal dos seus “cuidados” e deixar com que ele se desenvolva conforme suas próprias leis, o autor omissivo passaria pelo “teste crítico da situação”, mesmo que ainda inexistente um perigo concreto ao bem jurídico<sup>78</sup>, e demonstraria a sua capacidade de realizar planos delitivos, sendo justamente essa a razão político-criminal para a punição da tentativa<sup>79</sup>. Por isso, seus defensores propõem que à análise do início da tentativa seja somado um outro parâmetro alternativo: o domínio dos acontecimentos<sup>80-81</sup>.

<sup>75</sup> AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 67; ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 286 e 287.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 287. Também AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 67.

<sup>77</sup> RATH, Jürgen. Grundfälle zum Unrecht des Versuchs. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 1, p. 32-36, 1999. p. 34.

<sup>78</sup> ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 222.

<sup>79</sup> ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 225.

<sup>80</sup> Uma proposta semelhante é apresentada por JAKOBS, Günther. *Strafrecht: allgemeiner teil*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 852 e ss. De acordo com o *Jakobs*, uma condição necessária (mas não suficiente) da tentativa é uma omissão que, de acordo com a representação do autor, aumenta o investimento a ser feito para a evitação do resultado; dessa forma, inexistente uma tentativa se não houver um aumento nesse esforço (investimento) necessário, apesar da espera, como também quando o resultado puder ser impedido por meios socialmente convencionais (ainda que haja um aumento no esforço a ser empregado). Por outro lado, são indícios do início da tentativa a proximidade temporal do resultado, o fato de o autor não ser responsável apenas por resultados intermediários e, por fim, a liberação, pelo autor, do curso dos acontecimentos do seu círculo organizacional.

<sup>81</sup> Em conclusão, também BGHSt 38, 356, 360 = NJW 1992, 3309, 3310, porém sob o argumento de que uma perda do domínio significaria a renúncia a qualquer possibilidade de agir e, portanto, o deixar passar da última oportunidade de salvamento. Crítica à fundamentação do BGH, a nosso ver corretamente, PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 392-393, § 32, nm. 3. Para a autora, o abandono do local não significa a perda de qualquer possibilidade de influenciar o curso dos acontecimentos, na medida em que o autor ainda poderia retornar para salvar a vítima ou, mesmo à distância, ter chamado a polícia ou o serviço de resgate.

Assim, a tentativa teria início quando estivesse presente um risco iminente ao bem jurídico ou o garante perdesse o controle dos acontecimentos sob seu domínio; em outras palavras, ausente um risco iminente e mantendo o garante o controle dos acontecimentos sob o seu domínio, a omissão permaneceria na fase dos atos preparatórios<sup>82</sup>. Só se poderia falar em início da execução quando o bem jurídico fosse ameaçado com um perigo concreto<sup>83</sup>, isto é, um risco agudo que demandaria a atuação salvadora do garante, ou quando, *alternativamente*, ele perdesse o domínio sobre o processo causal. Uma tentativa existiria, assim, quando ausentes um dos dois pressupostos. Tornando-se o perigo iminente, haveria um início da tentativa ainda que o autor mantivesse o domínio sobre o curso dos acontecimentos (*inacabada*, na medida em que durante o tempo em que o autor mantivesse o controle sobre o curso dos acontecimentos, seguiria sendo possível realizar a ação salvadora<sup>84</sup>); essa punição se justificaria em razão da proximidade do resultado causado pelo aumento do risco ao bem jurídico<sup>85</sup>. De igual modo, também haveria uma tentativa (*acabada*) se o garante perdesse o controle dos eventos, sendo irrelevante a existência de um risco iminente quando da perda desse controle<sup>86</sup>. Na situação da mãe que deixa de alimentar o filho, o início da tentativa se daria no momento em que a saúde da criança fosse prejudicada (critério do perigo)<sup>87</sup> ou, alternativamente, quando ela saísse de casa e decidisse deixar a criança sozinha à sua sorte até o momento final, sem intenção de retornar<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 223. Também, RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014. p. 112 e s.; AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 67 e s.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 6, p. 329-337, 1973. p. 330.

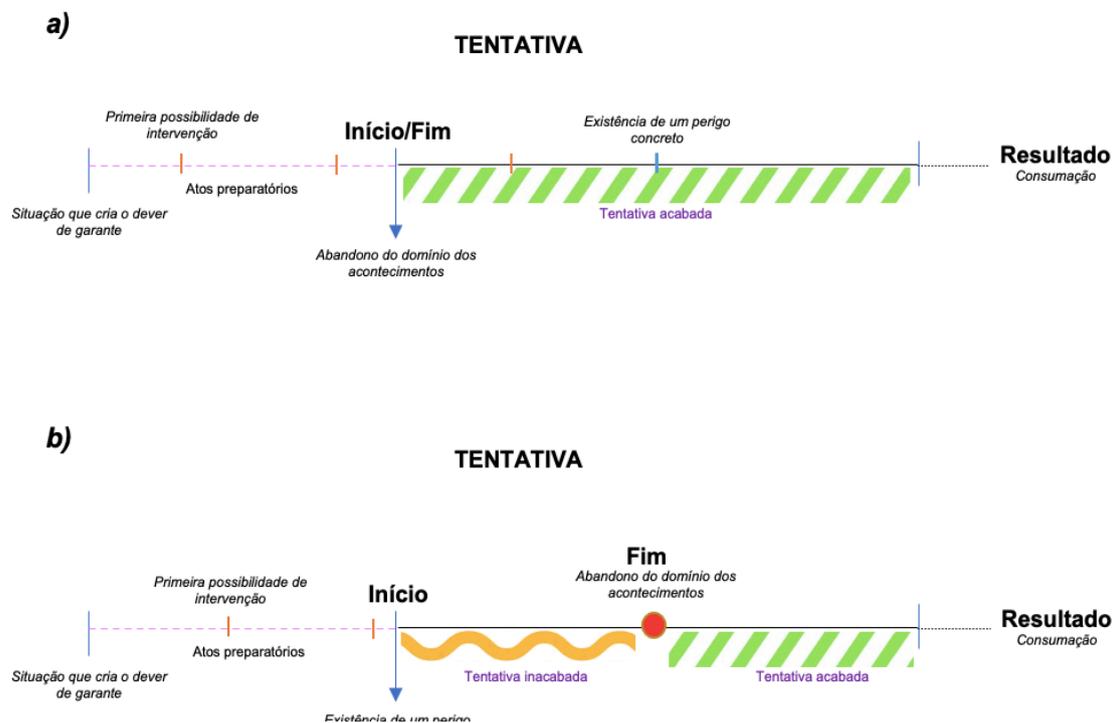
<sup>84</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 272.

<sup>85</sup> Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 226; e ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003. § 29, nm. 272.

<sup>86</sup> Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 226.

<sup>87</sup> Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 231.

<sup>88</sup> Cf., ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233. p. 232.



Então, indaga-se: pode o Direito Penal punir, a título de tentativa, uma omissão que está longe de significar um risco concreto ao bem jurídico? Para os críticos dessa formulação, o estabelecimento do critério da perda do domínio não considera o caráter típico da norma da tentativa<sup>89</sup>, podendo levar a punibilidade da tentativa a um estágio consideravelmente distante da realização do tipo penal<sup>90</sup>. É questionável não somente a assunção de um perigo imediato pela mera evasão do autor, deixando o bem jurídico à sua sorte<sup>91</sup>, como também o fato de que a própria área de domínio passa a ser vista mais espacialmente do que como uma real possibilidade de influenciar os acontecimentos<sup>92</sup> – afinal, por mais que o autor se ausente do local, permanece possível imaginar outras formas de intervenção que não dependam de sua presença física. Embora pareça correto que ao deixar o local o garante perde, pelo menos, a melhor possibilidade de salvamento do bem jurídico<sup>93</sup>, e que esse fato, de certa forma, poderia ser visto como um indício para o início da execução, certo é que, mesmo assim, essa posição ainda não responde às críticas quanto à punição da tentativa em uma situação em que não necessariamente haja uma exposição do bem jurídico a um perigo efetivo – esse parece, portanto, um desafio para aquele que adotar essa posição: justificar a punição dessas situações também sob a ótica da periculosidade objetiva. Sem prejuízo, caso esses problemas não sejam enfrentados e adaptados, esse critério ainda parece incompatível com a redação do art. 14, *caput*, II, do Código Penal, pois o pressuposto da perda de domínio pode levar a situações em que inexistente um mínimo grau de objetividade do perigo<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973. p. 92-93.

<sup>90</sup> RATH, Jürgen. Grundfälle zum Unrecht des Versuchs. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 1, p. 32-36, 1999. p. 34. Também OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980. p. 643.

<sup>91</sup> KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 740.

<sup>92</sup> KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017. p. 643.

<sup>93</sup> PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 393.

<sup>94</sup> Além disso, CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 153 e ss., também apresenta consistentes objeções ao critério de perigo *ex post*, trazido por Roxin.

## 4 Reflexos processuais

Se é certo que as discussões dogmáticas de direito material servem à solução de casos concretos, também o é a sua intrínseca relação com o direito processual penal. Afinal, os resultados lá encontrados refletem diretamente a aplicação da norma e em suas consequências jurídicas. O debate sobre as repercussões, os problemas e os reflexos processuais não deve ser tratado como exclusividade da ciência processual penal; trata-se de um constante trabalho conjunto, em que o direito penal material e o processual não se dissociam, devendo-se, sempre que possível, promover a busca pela identificação dos efeitos entre eles interligados<sup>95</sup>. Por essa razão, buscamos aproximar os conceitos materiais debatidos até o momento às consequências processuais penais; ou, em outras palavras, a concretização processual da discussão de Direito Penal apresentada.

As diversas formas de determinar o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios têm consequências distintas somente do ponto de vista material, mas também do processual. Com base nos critérios expostos no item 2, podemos dividir as propostas de delimitação da tentativa omissiva imprópria em dois grandes grupos: um *puramente subjetivo* (2.1 Omissão da primeira possibilidade de agir; 2.2 Da última possibilidade de salvamento; 2.3.1 Perigo conforme a representação do autor) e outro *misto* (2.3.2 Existência de um perigo concreto; 2.3.3 Perigo iminente e domínio dos acontecimentos), cada qual com seus próprios problemas no âmbito processual.

No que se refere ao primeiro grupo: ao adotar uma posição *puramente subjetiva*, deve-se reconhecer uma sobreposição entre os dois principais elementos da tentativa. Explicamos: o primeiro elemento, o *dolo* (vontade do autor), corresponde a conhecimento e vontade de todos os elementos do tipo objetivo em discussão (pressupostos da posição de garante; resultado hipotético; dever e ação omitida; capacidade real de agir; causalidade; imputação objetiva); o segundo, o *início da execução*, equivale à determinação da omissão que caracteriza o início da tentativa em si. Na medida em que, para essas posições, o segundo critério passa a depender da representação do autor, no âmbito processual ambos os critérios acabam sofrendo do mesmo problema probatório, consistente no enfrentamento da clássica crítica oposta à prova do elemento volitivo: como é possível provar que o autor realmente representou um perigo concreto ao bem jurídico?<sup>96</sup>

No campo processual, diante da ausência de uma confissão, somente é possível aferir o elemento subjetivo a partir de provas indiciárias<sup>97</sup>. Assim, no caso da mãe que deixa de alimentar o filho, inexistindo uma confissão, será preciso prová-lo a partir de elementos externos<sup>98</sup> (como conversas e contatos com terceiros

<sup>95</sup> Como afirma *Ragués I Vallès*, essa separação faz com que “la mutua ignorancia entre lo sustantivo y lo procesal hace imposible saber cuál es el exacto alcance de las teorías que la ciencia penal formula sobre el dolo”, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, p. 13-26, 2004. p. 17. Santos, ao tratar sobre a dificuldade de comprovação do dolo volitivo, também faz críticas ao afastamento entre ciência penal e prática forense, em especial ao “desinteresse que os penalistas materiais cultivam ao partirem do pressuposto de que a viabilidade prática ou não de uma teoria material é um mero dado atinente à produção probatória, cujo problema cabe ao intérprete solucionar no plano processual”, o que “impede que o direito processual cumpra a sua missão como instrumento adequado a constatar a existência ou inexistência do direito material com certeza científica”, SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289. p. 287.

<sup>96</sup> Com relação às dificuldades da prova do dolo, ver por todos HRUSCHKA, Joachim. Über die Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. *Strafverfahren im Rechtsstaat*: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. München: C. H. Beck, 1985. p. 191-202.; também RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999. e BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2011. p. 585 e ss. Essa comprovação, claro, também depende do conceito de dolo (se volitivo ou cognitivo) e da posição adotada; para um conceito volitivo, por exemplo, ROXIN, Claus. Zur Normalisierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr. In: ROGALL, Klaus et al (org.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*. Darmstadt: Wolters Kluwer, 2004, p. 243-257. p. 245. E, com uma posição cognitiva, PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1992. p. 35 e ss.

<sup>97</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, p. 13-26, 2004. p. 17 e ss., e com diversas referências sobre o tema.

<sup>98</sup> Nas palavras de *Hruschka*, o dolo penalmente relevante não é estabelecido nem comprovado, mas *imputado* a partir das circunstân-

nos dias próximos ao evento, histórico de violência, proibição de que outras pessoas tivessem contato com a criança, entre outras), é dizer, por meio de provas indiciárias que possam servir como base para a comprovação do elemento volitivo<sup>99</sup>. Ocorre que, para essas posições *puramente subjetivas*, esses mesmos elementos de prova servem, também, como confirmação do segundo elemento da tentativa, o início da execução, concebido por elas como um elemento objetivo *subjetivizado*, de forma que provas indiciárias e comportamentais parecem ser suficientes para que um Tribunal chegue a um juízo final de convicção. Tratando-se, contudo, de uma mesma categoria de provas, isso nos dá a impressão de que esta concepção traz consigo problemas concretos quanto à determinação dos standards probatórios: qual o nível de prova exigível para o recebimento de uma denúncia? E para a decretação de alguma medida de investigação? E para fins de uma condenação? Esses são alguns problemas processuais que os adeptos a essas posições precisam enfrentar.

O cenário é um pouco diferente quando adotada uma das posições *mistas*. Embora elas não *subjetivizem* o elemento objetivo “início da execução”, ainda exigem a comprovação do dolo. Porém, o fato de que para elas a execução somente se inicia com a exposição do bem jurídico a um perigo concreto faz com que seja preciso que se demonstre materialmente esse perigo, de forma que provas técnicas e periciais podem ter um papel relevante para a discussão e comprovação do início da tentativa. Diferentemente de o que ocorre nas teorias *puramente subjetivas*, a existência de critérios de natureza distinta (um objetivo e outro subjetivo) resulta em uma diversidade de categorias de provas, o que permite aos juízes uma gradação do material probatório, adequando-o aos diferentes standards exigidos no curso de um processo. Disso decorre, por exemplo, que a comprovação apenas do elemento subjetivo ou apenas do elemento objetivo possa ser indício suficiente para standards probatórios intermediários (recebimento da denúncia ou decretação de medidas de investigação), mas jamais para um juízo de condenação; para esse, serão sempre necessárias tanto a prova do dolo do autor quanto da existência objetiva do perigo concreto.

## 5 Considerações finais

A partir dos pontos centrais desenvolvidos ao longo desse estudo, chegamos às seguintes conclusões:

- i. A tentativa na omissão imprópria é compatível com o art. 14, *caput*, inciso II, do Código Penal.
- ii. Apesar de diversas teorias terem sido desenvolvidas para a delimitação entre atos preparatórios e o início da tentativa na omissão imprópria, certo é que apenas formulações que estejam alinhadas com a

---

cias externas, que expressam o estado interno que não pode ser encontrado dentro do mundo dos fatos; por essa razão, importam para a discussão do dolo tanto os fatos relevantes como aqueles relativos às elementares legais do fato punível, sendo certo que eles só podem corresponder a dados do mundo exterior. HRUSCHKA, Joachim. Über die Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. *Strafverfahren im Rechtsstaat*: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. München: C. H. Beck, 1985. p. 191-202. p. 201 e s. Hassemer, por sua vez, defende que o dolo, como um “estado ‘interno’ que não é diretamente observável”, apenas pode ser constatado a partir de um conjunto ordenado de indicadores observáveis, ou seja, por meio de características do acontecimento externo; esses indicadores, porém, não são separáveis do conceito de dolo, pois a realização da ação com o conhecimento seguro de sua perigosidade indica uma decisão contra o bem jurídico e é uma questão do conceito de dolo, enquanto a existência desse conhecimento (ou não) no caso em concreto é um problema de prova a ser resolvido no processo; HASSEMER, Winfried. Kennzeichen des Vorsatzes. In: DORNSEIFER, Gerhard *et al* (org.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. München: Heymann, 1989, p. 289-309. p. 304 e ss.

<sup>99</sup> Sobre a dificuldade probatória nos delitos omissivos: “en efecto, la mayor dificultad probatoria se debe a que, como em el delito omisivo la conducta efectivamente realizada por el sujeto, activa casi siempre o a veces puramente pasiva, distinta de la ordenada no es en sí misma inequívocamente delictiva, sino que sólo lo es por no realizar la actividad debida, puede suceder que, incluso cuando el autor ha decidido ya no cumplir el deber y va a realizar otra conducta, al observador externo le quepa la duda de si ello no es definitivo y quizás acabará cumpliendo el deber un poco después. Pero frente a eso los diversos medios probatorios, como el testimonio de quienes han oído al autor, o la propia confesión de este o una actitud de comienzo de abandono del lugar en vehículo cuando ya era necesaria una actuación de auxilio, pueden mostrarle con fuerza suficiente al juzgador que ha habido una exteriorización” (PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de derecho penal*: parte general. 3. ed. Managua: Fondo Editorial UCA Publicaciones, 2017. p. 792, nm. 52).

existência objetiva de um perigo são compatíveis com a definição de tentativa prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro.

*iii.* Além de sua correspondência com o direito brasileiro, parece-nos mais adequada a posição que empregue um critério objetivo, principalmente devido à impossibilidade de punir comportamentos não perigosos (inidôneos), à exigência da lei brasileira do início da execução, e, por fim, à impossibilidade de se adotar critérios puramente subjetivos.

*iv.* As teorias de cunho *puramente subjetivo* tendem a enfrentar dificuldades no campo processual no que se refere à gradação de standards probatórios, especialmente em razão da sobreposição dos pressupostos da tentativa. Por seu lado, as teorias *mistas*, embora não enfrentem esse problema, exigem elementos adicionais de prova quanto à periculosidade objetiva.

## Referências

- AHMED, Adam. *Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007.
- BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2011.
- BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral: arts. 1º ao 120*. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- CAMPANA, Felipe. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DONNES, Antonella. La tentativa en los delitos de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que en el delito comisivo. *En Letra: Derecho Penal*, n. 1, p. 152-175, 2015.
- ESER, Albin; BOSCH, Nikolaus. Parágrafo 22. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: kommentar*. München: C. H. Beck, 2019.
- ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- EXNER, Thomas. Versuch und Rücktritt vom Versuch eines Unterlassensdelikts. *Juristische Ausbildung (JURA)*, n. 4, p. 276-281, 2010.
- FINDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1994.
- GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale*. Molfetta: Nel Diritto Editore, 2010.
- GROPP, Walter. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 4. ed. Berlin: Springer, 2015.

- GRÜNWARD, Gerald. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 2, p. 46-49, 1959.
- HASSEMER, Winfried. Kennzeichen des Vorsatzes. In: DORNSEIFER, Gerhard et al (org.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. München: Heymann, 1989, p. 289-309.
- HEGER, Martin; PETZSCHE, Anneke. Parágrafo 22. In: MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim. *Strafgesetzbuch: kommentar*. 2. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2020.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikte. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, n. 2, p. 89-96, 1973.
- HRUSCHKA, Joachim. Über die Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. *Strafverfahren im Rechtsstaat*. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. München: C. H. Beck, 1985. p. 191-202.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1.
- JÄGER, Christian. Parágrafo 22. In: WOLTER, Jürgen. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 10. ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht: allgemeiner teil*. Berlin: De Gruyter, 2011.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1988.
- KALTENHÄUSER, Niels. Die Kombination von Versuchs-, Fahrlässigkeits-, und unechten Unterlassungsdelikte – Aufbaufragen und Kernprobleme. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 268-272, 2017.
- KINDHÄUSER, Urs; ZIMMERMANN, Till. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 10. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- KUDLICH, Hans. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, n. 8-9, p. 601-604, 2008.
- KÜHL, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 8. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017.
- KÜPER, Wilfried. Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 112, p. 1-43, 2000.
- KÜPPER, Georg. Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts – BGH, NStZ 1997, 485. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 225-230, 2000.
- LÖNNIES, Otward. Rücktritt und tätige Ruhe beim unechten Unterlassungsdelikte. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, n. 43, p. 1950-1952, 1962.
- MAIHOFER, Werner. Der Versuch der Unterlassung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 289-298, 1958.
- MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikte*. Zum Strafgrund des Versuchs. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: CEDAM, 2015.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2020.

- MEYER, Jürgen. Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, v. 83, n. 3, p. 598-622, 1975.
- OTTO, Harro. Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil). *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, p. 641-647, 1980.
- PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 3. ed. Managua: Fondo Editorial UCA Publicaciones, 2017.
- PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1992.
- PUTZKE, Holm. Der strafbare Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 12, p. 1083-1087, 2009.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, p. 13-26, 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1999.
- RANSIEK, Andreas. Das unechte Unterlassungsdelikt. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 8, p. 678-681, 2010.
- RATH, Jürgen. Grundfälle zum Unrecht des Versuchs. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 1, p. 32-36, 1999.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Derecho penal español: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- RÖNNAU, Thomas. Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 2, p. 109-113, 2014.
- ROXIN, Claus. Der Anfang des beendeten Versuchs: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPE, Heinz. *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70: Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 213-233.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2003.
- ROXIN, Claus. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 6, p. 329-337, 1973.
- ROXIN, Claus. Zur Normalisierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr. In: ROGALL, Klaus et al (org.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70: Geburtstag*. Darmstadt: Wolters Kluwer, 2004, p. 243-257.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck, 2020.
- SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SCHRÖDER, Horst. Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch. *Juristische Schulung (JuS)*, n. 3, p. 81-87, 1962.
- VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 79, p. 69-100, 2020.
- VOGEL, Joachim. Die versuchte „passive Sterbehilfe“ nach BGH MDR 1995, 80. *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, p. 337-340, 1995.
- VOGLER, Theo. Parágrafo 22. In: JESCKECK, Hans-Heinrich; RUSS, Wolfgang; WILLMS, Günther. *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*. 10. ed. Berlin: de Gruyter, 1985. v. 1.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1967.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 2020.

ZACHARIÄ, Heinrich. *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Erster Teil*. Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1836.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.