



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Omissão de Socorro na Legítima Defesa

Fernanda Vieira De Souza

Rio de Janeiro  
2012

FERNANDA VIEIRA DE SOUZA

Omissão de Socorro na Legítima Defesa

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Katia Araujo da Silva

Guilherme Sandoval

Rafael Iorio

Rio de Janeiro

2012

## OMISSAO DE SOCORRO NA LEGÍTIMA DEFESA

Fernanda Vieira de Souza

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora- UFJF. Advogada. Juíza Leiga.

**Resumo:** O direito penal, embora pautado no princípio da estrita legalidade e da intervenção mínima, ainda, enfrenta problemas com tipos penais abertos. Neste contexto, aparecem divergências doutrinárias tão extremas, que acabam por afastar a segurança jurídica da disciplina. O objetivo deste trabalho é expor as inúmeras correntes doutrinárias quando o tema abordado é a omissão de socorro na legítima defesa, delimitando suas implicações no direito penal, apontando suas características principais e fazendo uma análise crítica das conseqüências de uma aplicação.

**Palavras-chave:** Omissão de socorro. Legítima Defesa. Omissão relevante ou não.

**Sumário:** Introdução. 1. Omissão de socorro. 1.1. Breve Histórico. 1.2 Considerações iniciais. 1.3 Omissão de Socorro própria. 1.4 Omissão de socorro imprópria 2. Legítima Defesa. 3. Omissão de Socorro na Legítima Defesa. 3.1 O agente como garantidor. 3.2 Responsabilização do agente por omissão própria. 3.3. Inexistência de omissão relevante. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente investigação busca comprovar se há responsabilidade do inicialmente agredido ao repelir a injusta agressão, na hipótese de legítima defesa. E se ao contribuir para o resultado, o inicialmente agredido gera o risco, passando a atuar como garantidor.

A legítima defesa é um instituto que desperta a atenção do legislador brasileiro desde os primórdios do Direito Penal positivado. Sua aplicação traz consigo requisitos objetivos, sobretudo, o de repelir injusta agressão, atual ou iminente, para si ou para outrem.

O trabalho proposto visa a discutir a conduta daquele que se valendo da legítima defesa gera o risco, mas não tem de acordo com a jurisprudência pátria dever de procurar repará-lo. Isto porque os pressupostos fundamentais do crime omissivo são: o poder agir, a

evitabilidade do resultado e o dever de impedir o resultado, o que para boa parte da doutrina não se coaduna com a legítima defesa.

Neste contexto, nos deparamos com a figura do garantidor que determina que o dever de agir, para evitar o resultado, incumbe a quem com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art.13 §2º do CP). A análise, então, se passa em saber se a omissão no caso em tela é penalmente relevante.

Busca-se diante do exposto a melhor aplicação das normas penais e em maior escala o adequado uso dos princípios penais orientadores dos julgamentos, sobretudo do princípio da solidariedade e da legalidade. A criminalização da omissão de socorro na legítima defesa visa assegurar a saúde e a integridade física daquele inicialmente agressor, bens jurídicos protegidos pelo nosso ordenamento.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a omissão de socorro própria e imprópria, a legítima defesa, sobretudo os meios necessários para repelir injusta agressão e, por fim, a omissão de socorro na legítima defesa, aferindo a possibilidade ou não de imputação de ilícito penal. A metodologia será pautada pelo método bibliográfico, qualitativo e parcialmente exploratório.

Resta saber, assim, se o princípio da solidariedade esculpido na Constituição Federal e na doutrina penal é capaz de justificar a condenação do inicialmente agredido no tipo penal de omissão de socorro em caso de legítima defesa, se não há crime ou mesmo se este se torna um garantidor por ter criado o risco.

## **1-OMISSÃO DE SOCORRO**

Antes de se adentrar profundamente no estudo do crime de omissão de socorro e suas peculiaridades é indispensável entender-se a evolução histórica do tipo penal em comento, a

fim de constatar a amplitude que o crime vem ganhando desde o seu surgimento na legislação penal. Para tanto se passa a um breve histórico sobre o tipo.

### **1.1-BREVE HISTÓRICO**

A previsão de punição para as omissões relevantes aparecem desde o Código de Manu. No século XIX a grande maioria das legislações- Código austríaco (1803), bávaro (1813), francês (1810) e alemão (1871)- trouxe como ilícito penal o não impedimento da prática de crimes.

Em 1853, o Regulamento de Polícia Punitiva Toscano, em seu artigo 26, consagrou pela primeira vez na história, o dever de auxílio a quem se encontrasse em situação de perigo, independente de sua origem.

No Brasil, as Ordenações Filipinas (1603) e o Código Criminal do Império (1830) silenciaram sobre o dever legal de assistência. Foi o Código Penal de 1890 que pela primeira vez em nosso país trouxe a previsão da omissão de socorro como infração autônoma, ainda que de forma singela e bastante restrita, pois tornou típica a conduta somente a omissão de socorro aos recém- nascidos ou aos menores de sete anos (art.293,§2).

O Código Penal em vigor, de 1940, é que conferiu ao delito de omissão de socorro uma maior abrangência ao retirar o limite de idade de menor de sete anos e ao colocar tal tipificação entre os crimes de periclitación da vida e da saúde.

Assim, o legislador pátrio, ao dar novos contornos ao crime de omissão de socorro, privilegiou o respeito a liberdade e a dignidade do ser humano, com base no princípio da solidariedade, sem conferir àquele descomunal alcance. O dever de solidariedade passa então a integrar o código penal.

## 1.2-OMISSÃO DE SOCORRO

O direito penal pátrio traz como função da pena, ilustrando um estado democrático de direito, a teoria mista ou unificadora, seguindo a classificação de Claus Roxin. Para os doutrinadores a interpretação do art. 59 do CP é padronizada no sentido da adoção de uma teoria mista aditiva, em que não existe a prevalência de um determinado fator. Ou seja, não existe prevalência da retribuição, nem da prevenção, porque tais fatores coexistem, somando-se, sem que exista uma hierarquia entre os critérios utilizados.

A pena surge como forma de prover a segurança jurídica, finalidade comum a todos os ramos do direito, que em geral se revela na viabilização da existência humana. Para o direito penal essa viabilização do convívio tem como base a eleição de bens jurídicos relevantes e valores éticos que devem orientar as relações humanas.

Neste contexto de bens jurídicos relevantes para o direito está à preservação da vida e da saúde que aparece no título I, dos crimes contra a pessoa, do Código Penal Brasileiro. Entre os crimes tipificados neste título está a omissão de socorro. Podemos dizer que tal crime decorre do dever moral de solidariedade humana de agir em prol daqueles que necessitam de socorro. Para Mirabete<sup>1</sup> a objetividade jurídica desse tipo é a proteção da vida e a saúde da pessoa por meio da tutela da segurança individual.

Da mesma forma que ação, em Direito Penal, não significa “fazer algo”, mas fazer o que o ordenamento jurídico proíbe, a omissão não é um “não fazer”, mas um não fazer o que o ordenamento jurídico obriga ou *non facere quod debetur*.

A conduta típica deste delito consiste em deixar de prestar assistência, quando se deveria. É indispensável, no entanto, que o socorro não envolva risco pessoal e que seja possível fazê-lo. Não pedir socorro à autoridade pública competente também se revela uma

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2001.p.136

forma de omissão de socorro. Por se tratar de crime omissivo próprio, pune a não realização de uma ação que o autor poderia realizar, diante da situação concreta. Pune-se também a chamada omissão de socorro imprópria que decorre da posição de garante com a assunção da responsabilidade de evitar que o resultado se opere, sob pena de por ele responder.

### **1.3-OMISSÃO DE SOCORRO PRÓPRIA**

O crime de omissão de socorro vem disposto no art. 135 do Código Penal Brasileiro, sendo que o sujeito ativo desse crime pode ser qualquer pessoa não havendo obrigatoriedade de qualquer vinculação anterior entre os sujeitos. Caso exista essa vinculação prévia estaremos diante da omissão imprópria que veremos no subitem posterior.

O tipo penal aponta como sujeito passivo a criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Entende-se como criança abandonada àquela que foi vítima de um dos crimes descritos no art. 133 e 134 do CP e como criança extraviada, aquela que tendo perdido contato com seus pais ou responsáveis não pode sem auxílio retornar a sua esfera de proteção.

A definição de criança para a lei penal trata-se de matéria de fato, sendo certo que o índice de gravidade do perigo se mostra inversamente proporcional à idade da criança. "Não existe fixação de idade – assinala Romeu de Almeida Salles Júnior<sup>2</sup> – de modo que "criança", para a lei, é aquela que não pode ainda se defender, dependendo da análise do caso concreto". Em certos casos não dá para escapar da evidência de que a idade, de tão baixa, faz presumir de modo absoluto a necessidade de assistência, é o que ocorre com as crianças de colo e de pouca idade, como as de um, dois, três ou quatro anos, por exemplo.

---

<sup>2</sup> SALLES JR., Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 373

Eficaz a observação de Custódio da Silveira<sup>3</sup>: pressupõe logicamente o art. 135 "que se trate de menor em idade que ainda exija vigilância pessoal imediata, ou em idade em que normalmente não se permite ande sozinha ou desacompanhada de pessoa adulta".

Pessoa inválida seria aquela dotada de alguma condição pessoal de ordem biológica, psíquica ou física, entendida como doença. A característica necessária é que a pessoa nesta condição não disponha de forças para dominar o perigo. Já pessoa ferida seria aquela que apresenta alguma lesão a sua integridade física e, ressalte-se, o tipo penal não exige que se trate de grave lesão, exige-se grave e iminente perigo.

Bento de Faria<sup>4</sup>, em interpretação própria do dispositivo, inclui as pessoas válidas e saudáveis. E não vê na solução que preconiza nenhuma "*interpretação extensiva*, mas tão somente por força de compreensão, desde que os casos são idênticos, subsistindo a mesma razão de proteção para não omitir o socorro". Para o autor não haveria violação da estrita legalidade do direito penal, uma vez que a interpretação sugerida seria consectário lógico de uma aplicação igualitária.

Cumprido destacar que não desfigura o crime o fato de a vítima não consentir com o socorro. Já se decidiu que é inadmissível que a vítima seja abandonada ainda que haja eventual recusa da vítima em receber tratamento. O dever de agir, o dever de solidariedade se sobrepõe a vontade da vítima, sobretudo, por se tratar a vida de um direito indisponível.

O dever de agir e prestar assistência está limitado pela possibilidade e capacidade individual do agente diante das peculiaridades do caso concreto. Entende-se como assistência toda forma de auxílio ou socorro adequado para minorar o sofrimento daquele que necessita de auxílio. Não se exige de maneira alguma que o sujeito pratique ato privativo da profissão que não possui.

---

<sup>3</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal: crimes contra a pessoa*, 2.ed. São Paulo: RT, 1973. p. 191.

<sup>4</sup> FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. v. 4. Rio de Janeiro: Record, 1961. p. 131

A lei menciona o risco pessoal como limite da obrigação de socorrer. Refere-se, pois, neste contexto, à vida e integridade física do omitente, ou seja, daquele que tem que prestar o socorro. Se o risco é de natureza patrimonial, e de pequena monta, não há como escapar do enquadramento típico. Se o risco é de outra natureza e se o perigo para a vítima se resume à saúde, não à própria vida, pode o omitente escudar-se na inexigibilidade de outra conduta, ou estado de necessidade (CP, art. 24).

O socorro prestado, se insuficiente, não elimina o dever de assistência de outras pessoas. Cada um, porém, responde por sua própria omissão, é o que chamamos de autoria colateral. Para Luiz Flavio Gomes<sup>5</sup> “ocorre autoria colateral quando várias pessoas executam o fato (contexto fático único) sem nenhum vínculo subjetivo entre elas”.

A jurisprudência é firme no sentido de que o socorro deve ser imediato, pois a demora ou a dilação importa no descumprimento do dever imposto pela lei. Não se escusa da prática deste crime aquele que se afastou do local alegando ter ocorrido morte instantânea, pois o STF entende que não cabe ao agente a aferição de morte ou sua causa que só será constatada depois de um exame necroscópico. O STJ também caminha no mesmo sentido<sup>6</sup>:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NOS 282 E 356/STF. INCIDÊNCIA. CÓDIGO DE TRÂNSITOBRASILEIRO. ACIDENTE. OMISSÃO DE SOCORRO. CARACTERIZAÇÃO. MORTE INSTANTÂNEA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA.

1. Para que fosse possível a análise das pretensões recursais, seria imprescindível o reexame das provas constantes dos autos, o que é defeso na atual fase recursal, conforme orientação consolidada pela Súmula n.º 7/STJ.

2. A matéria que não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo não pode ser apreciada em sede de recurso especial. Incidência das Súmulas nos 282 e 356/STF.

3. "Irrelevante o fato de a vítima ter falecido imediatamente, tendo em vista que não cabe ao condutor do veículo, no instante do acidente, supor que a gravidade das lesões resultou na morte para deixar de prestar o devido socorro". (AgRg no Ag n.º 1.140.929/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ)

4 Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso)

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Espécies de autoria em direito penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 982, 10 mar.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8081>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

<sup>6</sup> AgRg no Ag 1371062 / SC. Ministro relator O. G. Fernandes. Sexta turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 7 abr. 2012

A segunda forma de omissão tratada pelo artigo diz respeito à conduta de não pedir o socorro da autoridade pública. Não se trata de uma alternativa a primeira conduta, haja vista que esta comunicação deve ser útil e eficaz, pois comete crime aquele que avisa a autoridade, mas deixa de socorrer quando podia fazê-lo.

Outra hipótese que merece atenção é a do concurso de agentes. Quando duas ou mais pessoas omitem o socorro, todas respondem pelo crime, mas se uma delas o presta, as outras se desobrigam e não mais respondem pela omissão. Contudo, não se isenta aquele que se omite no socorro, apenas porque, posteriormente, terceiro socorreu o necessitado.

Note-se, que não é impossível o concurso de agentes: aquele que induz outrem à conduta omissiva, que se concretiza, responde pelas penas correspondentes ao delito (CP, arts. 29 e 30). Contudo, tal entendimento não é pacífico na doutrina que por vezes exige que o agente esteja no local e tenha a possibilidade de prestar a assistência ao necessitado.

A consumação desse delito para a maioria da doutrina ocorre quando o sujeito deixa de agir, isto é, opera-se quando presente os pressupostos do tipo o agente omite a prestação de socorro. Por tratar-se de um crime omissivo puro não se admite tentativa.

Por fim, salienta-se a nova tipificação trazida pelo Estatuto do Idoso para os casos em que a omissão se dê em relação ao idoso. A Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003, o crime do art. 97, *in verbis*:

Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena — detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

O novo crime traz além do aumento e cumulação das penas, a prevalência diante do art. 135 do Código Penal, dele se distinguindo pelo fato de limitar-se ao idoso, que nos termos do Estatuto seria a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos – art. 1º, dispensar a

gravidade do perigo e por deixar expresso, com risco de alguma redundância, que o delito igualmente se aperfeiçoa através da conduta de quem, sem justa causa, recusa, retarda ou dificulta sua assistência à saúde. Note-se que o sujeito passivo é exclusivamente o idoso, mas o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa.

Passa-se adiante a análise dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão para que se perceba a diferença na aplicabilidade do tipo, bem como os requisitos para sua incidência. O resultado também, como será percebido, é completamente diferente quando comparado aos crimes omissivos próprios.

#### **1.4-OMISSÃO SE SOCORRO IMPRÓPRIA OU CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO**

Os crimes omissivos impróprios são indiscutivelmente crimes de evento, haja vista que a lei pune o não agir com o fim de evitar o resultado descrito no tipo penal correspondente, seja ele qual for.

Para Zaffaroni<sup>7</sup> os delitos impróprios trazem requisitos próprios, sobretudo quando envolve a posição de garantidor: “Nos delitos impróprios de omissão o autor encontra-se em posição jurídica de cuidador, vigilante, conservador, evitador de perigos para o bem jurídico, quer dizer, garante este bem jurídico em sua integridade.”

Majoritariamente exige-se para a responsabilização do agente que o sujeito esteja constituído em garante da não produção do resultado, como alude Sheila Bierrenbach<sup>8</sup>, há dois grandes grupos de garantidores: de um lado encontramos aqueles que devem cumprir uma função protetora de determinados bens jurídicos. São os chamados garantidores de cuidado ou proteção, por exemplo, os pais. Num segundo grupo identificamos aqueles que têm como

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Raul. *Tratado de derecho penal*. V. III. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 459.

<sup>8</sup> BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Rio de Janeiro: Del Rey, 2001.p.74

função vigiar determinadas fontes de perigo. São os denominados garantes de segurança, por exemplo, policiais e bombeiros.

A omissão imprópria no Brasil aparece no art 13 §2º do CP, que enumera como relevante a omissão daquele que tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; aquele que de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou aquele que com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Veja o artigo transcrito abaixo:

**Art. 13** - 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. O dever de agir incumbe a quem:

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

Na primeira alínea apontam-se os pais, os bombeiros, policiais. Os primeiros têm o seu dever derivado nas normas de direito privado, sobretudo, das regras de direito de família. Já os demais têm o seu dever oriundo do art. 144 da Constituição Federal, que trata de segurança pública. Independente da origem do dever temos que o garante tem a responsabilidade acerca da atuação de terceiras pessoas, o que lhe impõe o dever de dominar os perigos provenientes daquele a quem tem o dever de vigiar.

Na alínea “b” aparecem aqueles que de outra forma assumiram a responsabilidade de impedir o resultado. Trata-se da denominada assunção voluntária de custódia com ou sem contrato, exemplo cotidiano é a babá em relação as crianças que lhe são confiadas. Deve-se frisar, que é desnecessário um contrato formal para fazer nascer a posição de garantia, mas é imprescindível que o garante assumira efetivamente a referida custódia para que se possa responder pela omissão.

Por fim, a alínea “c” trata daquele que com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Esta alínea revela um atuar precedente, em que o agente com

a sua conduta anterior cria o risco para um bem jurídico tido como relevante. Ao criar esse risco o sujeito está obrigado a agir para impedir que o perigo se converta em dano, sob pena de ao se omitir, acabar por responder pelo resultado típico, ou seja, como se tivesse causado à lesão ao bem jurídico por via comissiva.

Não há critério seguro para se apontar o que seria esse atuar prévio. Para alguns autores seria um atuar imprudente, antijurídico, objetivamente injusto. Mas em verdade não temos o limite exato para a criação do risco. Orientação que se impõe, no entanto, é que a conduta precedente só gerará posição de garantia se for objetivamente antijurídica e se o perigo criado pelo ingerente for avaliado como idôneo à produção do resultado típico.

Entretanto há respeitável opinião minoritária que admita a criação de perigo conforme o direito, porque para os autores ações nos limites do dever de cuidado ou do risco permitido não excluiriam o dever de segurança.<sup>9</sup>

Para que seja punível a omissão imprópria é preciso uma combinação do tipo penal que descreve o resultado que se busca evitar e uma das alíneas do art. 13 §2º do CP. Trata-se de uma dupla adequação típica. Neste sentido, a consciência deve abranger os seguintes elementos: situação típica, o poder agir e a posição de garante. É possível, ainda, falar em omissão imprópria culposa, que não coincide com nenhuma das hipóteses acima, que surgirão necessariamente de um esquecimento puro.

Como os pressupostos fáticos que configuram a posição de garantidor são elementos constitutivos do tipo, devem ser abrangidos pelo dolo. Disso decorre ser imprescindível que o agente saiba de sua condição de garantidor da não ocorrência do resultado. Para Cezar Roberto Bitencourt<sup>10</sup> o erro sobre esse pressuposto fático constitui erro de tipo e o erro sobre o dever de impedir o resultado constitui erro de proibição.

---

<sup>9</sup> JESCHECK, H.H. *Lehrbuch des strafrechts*, 1996, § 59, IV 3c, p.623.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10.ed.São Paulo: Saraiva,2006, p.300

Importante, o entendimento do liame que une as alíneas do art. 13 §2º do CP. Neste aspecto cumpre a transcrição da obra de Bacigalupo<sup>11</sup>:

O denominador comum de todas as hipóteses acima referidas é a circunstância de que o sujeito, ou introduziu um perigo na vida social, ou está designado para impedir que deste perigo derivem, em geral, danos.

Resta claro, que o denominador comum das alienas é a obrigação imposta pela lei em proteger ou salvaguardar alguém. Neste contexto passaremos a análise da omissão de socorro na legítima defesa.

## **2-LEGÍTIMA DEFESA**

Segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>12</sup> a legítima defesa se deve ao reconhecimento do Estado da sua natural impossibilidade de imediata solução de todas as violações da ordem jurídica, e objetivando não constranger a natureza humana a violentar-se numa postura de covarde resignação, permite, excepcionalmente, a reação imediata a uma agressão injusta, desde que atual ou iminente, que a dogmática jurídica denominou legítima defesa.

Luiz Flávio Gomes<sup>13</sup> em sua obra define legítima defesa como o poder conferido ao agente que está sendo agredido injustamente de sacrificar o bem do agredido. Ou segundo o Direito, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (CP, art. 25).

A legítima defesa exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; defesa de direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo; *animus defendendi*. Este último é um requisito subjetivo; os demais são objetivos.

<sup>11</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Delitos Imprópios de omisión*. Bogotá: Temis, 1983. p. 124.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. I, 14ed.- São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: vol. 2/ Luiz Flávio Gomes, Antonio García- Pablos de Molina; coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.215.*

É no requisito de uso de meios moderados que aparecem as principais divergências sobre o tema. A incidência ou não do princípio da proporcionalidade e qual o limite da legítima defesa que a muito gera dissonâncias no meio acadêmico.

Veja: A reação para ser legítima precisa ser realizada com os meios necessários e proporcionais a agressão sofrida. O Estado exige que essa legitimação excepcional obedeça aos limites da necessidade e da moderação.

A configuração de uma situação de legítima defesa está diretamente relacionada com a intensidade e gravidade da agressão, periculosidade do agressor e com os meios de defesa disponíveis.

No entanto, não exige uma adequação perfeita entre ataque e defesa, para se estabelecer a necessidade dos meios e a moderação no seu uso. Reconhece-se a dificuldade valorativa de quem se encontra emocionalmente envolvido em um conflito no qual é vítima de ataque injusto.

Saliente-se que a reação *ex improviso*, tipicamente incidente nos casos de legítima defesa, não se compatibiliza com uma detida e criteriosa valoração dos meios necessários à repulsa imediata e eficaz.

Em suma podemos apontar que a nossa lei penal não menciona o quesito proporcionalidade, mas faz duas indicações nessa direção: a) repulsa com os meios necessários; b) moderação na repulsa.

Neste sentido o acórdão<sup>14</sup> do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro:

EMENTA: PENAL - LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA DEFORMIDADE PERMANENTE - LEGÍTIMA DEFESA - PROVA. Prevalece na doutrina penal a posição de que reconhecida a tipicidade da conduta há indício de que ela é antijurídica, desaparecendo aquela presunção quando demonstrado que o agente atuou sob a escora de qualquer das excludentes previstas no artigo 23 do Código Penal. Para afastar o reconhecimento do injusto (fato típico e ilícito), porém, não basta a simples alegação do acusado de que agira escorado na excludente de

---

<sup>14</sup> Apelação criminal n 0003061-62.2008.8.19.0007- DES. MARCUS BASILIO - Julgamento: 09/05/2011 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL- Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>. Acesso em: 7 abr. 2012

ilicitude da legítima defesa. Exige-se a prova da presença dos requisitos elencados no artigo 25 do Código Penal, o que não veio aos autos na hipótese vertente. Com efeito, o acusado desferiu violento soco no rosto de vítima idosa eis que maior de 60 anos, assim agindo porque ela estaria com um galo de propriedade do agressor, o que indica a ausência dos requisitos da moderação, sem esquecer a própria proporcionalidade, não justificando aquele comportamento bastante violento tão somente para defender patrimônio de pequeníssimo valor, sequer se tratando de animal de estimação. De outro giro, ficando demonstrado que por força da agressão sofrida a vítima perdeu dois dentes frontais, ficando debilitada sua função mastigatória, além de ser flagrante a deformidade permanente por força do evidente dano estético, tudo devidamente reconhecido pelo laudo pericial complementar, correta a condenação pelo crime de lesão corporal gravíssima. Pena aplicada no mínimo legal com sursis pelo prazo de dois anos. Nada a prover. Apelo desprovido.

Entretanto a jurisprudência não é pacífica na aplicação de tal princípio como visto no acórdão<sup>15</sup> do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, abaixo transcrito:

EMENTA.- Legítima defesa. Uso moderado dos meios necessários. Caracterização. Inexigibilidade da proporcionalidade no revide à agressão injusta. - Agente que, em tal instante dramático, não pode dispor de ânimo calmo e refletido para medir aritmeticamente a sua reação em relação ao ataque. - Hipótese em que o meio empregado era o único existente no momento em que tornava possível a repulsa á violência.

Assim, merece estudo se a situação em que o indivíduo que sofre uma agressão injusta repele-a, mas deixa de socorrer o seu agressor, configura o delito punível.

### **3-OMISSAO DE SOCORRO NA LEGÍTIMA DEFESA**

A alínea “c” do §2º do art. 13 do CP insere como garantidor aquele que com seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado. Tal alínea traz a previsão do atuar precedente ou da ingerência, como preferem alguns doutrinadores. Nesse contexto se o agente com sua conduta anterior cria a situação de risco para o bem jurídico, está obrigado a agir, a fim de se evitar que o perigo se converta em dano, como se o tivesse causado pela via comissiva.

---

<sup>15</sup> TJCE – Recurso crime em sentido estrito: RC 2000001321715 CE 2000.0013.2171-5/0- Relator: Des. Carlos facundo. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5409108/recurso-crime-em-sentido-estrito-rc-2000001321715-ce-200000132171-5-0-tjce/inteiro-teor>>. Acesso em: 7 de abr. 2012

O conceito de ingerência que vem sendo desenvolvido pelos alemães remonta a idéia de intromissão na esfera jurídica alheia. Entretanto, a doutrina diverge dos requisitos que deve revestir o atuar do agente para transformá-lo de ingerente em garantidor. Existem apontamentos exigindo como atributo dessa transformação que seja um atuar ou não atuar: “imprudente, antijurídico, despido de culpa, objetivamente injusto, ainda que sem culpa, objetivamente contrário ao dever, culposo ou mesmo não culposo e inconsciente”.

Neste contexto temos, na Espanha, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta e Susana Huerta Tocildo<sup>16</sup> defendendo que “o comportamento prévio há de ter caráter imprudente”. Os autores em outra passagem aludem que a conduta precedente deve, ainda, ser antijurídica, isto é, uma ação perigosa que exceda os limites do risco permitido, ficando fora do âmbito do dever de garantia os casos de atuar perigoso, mas lícito.

As controvérsias doutrinárias alcançam pontos extremos. Enquanto alguns defendem a idéia de que qualquer conduta prévia pode fazer nascer o dever de agir outra parte defende que em nenhuma hipótese o atuar precedente pode levar ao status de garantidor.

Em prol do princípio da intervenção mínima e do caráter subsidiário do direito penal que ostenta a qualidade de *ultima ratio*, que a doutrina, orientando-se segundo o Direito Penal mínimo, vem ressaltando a necessidade de restringir as hipóteses e os deveres decorrentes da posição de garante em comento.

Entretanto, esta posição está longe de ser majoritária ou pacífica. Autores de renome como Welzel<sup>17</sup> entende: aquele que com fazer ativo, ainda que sem culpa, tenha dado lugar ao perigo iminente, tem o dever de impedir a produção do resultado. Ou Jescheck<sup>18</sup> que alude em sua obra que basta que o comportamento prévio tenha sido objetivamente contrário ao dever, ainda que não seja culpável, para que o agente se torne garante.

---

<sup>16</sup> TOCILDO, Susana Huerta. TOLEDO, Emilio Octavio. *Derecho penal: parte general*, p.581-582.

<sup>17</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bastos Ramirez e Sergio Yáñez Perez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987, p. 296-297)

<sup>18</sup> JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981, p.859.

No Brasil Alcides Munhoz Netto<sup>19</sup> na mesma vertente sustenta que não se faz necessária a previsibilidade do perigo, já que o dever de evitar o resultado surge a partir do momento em que o agente toma conhecimento do risco gerado por sua conduta precedente.

A conceituação da posição de garantidor, sobretudo na alínea “c” do §2 do CP como visto, traz consigo divergências doutrinárias que acabam por apontar para três conseqüências possíveis quando levamos a discussão para o tema do presente trabalho, ou seja, a omissão de socorro na legítima defesa. A primeira possibilidade é o agente tornar-se garante e responder pelo resultado. A segunda é o agente não tornar-se garante, mas responder pela omissão do socorro. Por fim, terceira possibilidade é o agente não responder por sua conduta, por estar abarcado por alguma discriminante putativa ou mesmo por alguma causa excludente da culpabilidade. Diante das proposições vejamos mais detidamente cada uma delas.

### **3.1- O AGENTE COMO GARANTIDOR**

Entendendo a posição de garantidor em sua acepção mais abrangente, ou seja, numa interpretação quase objetiva, tem-se que na legítima defesa o agente que para se defender agride seu agressor e após cessada a agressão deixa de socorrê-lo, acaba por responder pelo resultado.

Isto por que indubitavelmente o agente (inicialmente agredido) ao se defender teria gerado o risco da ocorrência do resultado, nestes termos ao não evitar que o perigo se converta em dano, ou seja, omitindo-se, o agente acaba por responder pelo resultado típico, como se o tivesse causado por via comissiva.

Frise-se, porém, que se exige que o perigo criado pelo ingerente seja avaliado como adequado e idôneo à produção do resultado típico. Então, se a responsabilidade se apóia na

---

<sup>19</sup> NETTO MUNHOZ, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista direito penal e criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33,1982,p.29.

conduta precedente só é possível punir as consequências que poderiam ter sido previstas desde a conduta ativa. Exigem-se resultados previsíveis.

Assim, o inicialmente agredido para responder pelos danos causados ao inicialmente agressor, deve ao se omitir, ter previsão de que aquela omissão poderá gerar o dano pelo qual será punido. Por exemplo, se não socorreu e morreu, tem que saber que a agressão, somada a omissão em socorrer ou buscar socorro, poderia gerar o evento morte.

Frederico Marques<sup>20</sup> em sua obra sustenta que apesar de o crime de omissão de socorro ser crime omissivo, quem se mantém inerte o transforma em crime de dano se tem o fim de comprometer a integridade do ofensor. Para o autor:

O crime de omissão de socorro, como o próprio *nomen juris* o está indicando, é infração penal *omissiva*. Trata-se, ao demais, de crime de perigo, e não de crime de dano. Quem se omitisse ou se quedasse inerte, com o fim de causar dano à incolumidade física da vítima, estaria cometendo ou crime contra a integridade corporal desta, ou crime de homicídio, ou então, tentativa de morte.

Desta forma, se presente os requisitos: conduta anterior criadora do risco da ocorrência do resultado e a previsibilidade quanto a este, o agente responderá pelos danos que efetivamente causar ao inicialmente agressor.

### 3.2- RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE POR OMISSÃO PRÓPRIA

Considerando o já analisado art 13 §2, c, do CP e o conceito de ingerência, para outra vertente da doutrina, verifica-se que este quase não encontra acolhida no direito brasileiro.

Segundo Sheila Bierrenbach<sup>21</sup>:

*De lege referenda*, qualquer alteração por ventura procedida não modificará o fato de que, no caso em análise, quem cometeu o “com seu comportamento anterior, criou o risco da produção do resultado” foi aquele que agrediu primeiro, ou que se encontrava na iminência de fazê-lo, razão por que, quem defende legitimamente, não há de se converter em garante do agressor. A posição de garantidor, com todas as repercussões e exigências sistêmicas que dela se derivam não pode, pois, decorrer de ato ilícito de

<sup>20</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p.333/334.

<sup>21</sup> BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p.90.

quem pretenda transformarem garantido diante daquele a quem primeiro agrediu.

Nas conclusões de sua obra Sheila Bierrenbach<sup>22</sup> é clara ao afirmar: “A conduta praticada sob o manto da legítima defesa não faz nascer a posição de garante.”

Para autora e parte considerável da doutrina aplicar-se-ia, o art. 135 do CP ao caso narrado, que tipifica a omissão de socorro, devendo o agente atuar para evitar ou tentar evitar que o perigo que ronda o bem jurídico protegido pela norma efetive-se, transformando-se em dano. Tratar-se-ia do dever genérico de proteção sem nenhuma das peculiaridades impostas aos garantidores.

Isto ocorre porque para o agente assumir a posição de garante é necessário que a conduta precedente seja objetivamente antijurídica, o que não ocorre na legítima defesa, por se tratar de excludente de ilicitude. Neste caso a responsabilidade do agente (inicialmente agressor) subsiste ao dever de socorro, atinente a este e a qualquer pessoa na possibilidade de fazê-lo, pautado a todos no dever de solidariedade, constitucionalmente positivado no art. 3º, I da Carta Magna.

Frise-se por oportuno, que a criminalização da conduta ocorrerá nos limites e moldes da estrita legalidade atinente ao Direito Penal, haja vista existir tipo legal prevendo a omissão (art. 135, CP) tornando desnecessária qualquer interpretação extensiva apta a prejudicar o agente.

Assim, é possível falar que as ações dentro do limite do risco permitido e observado o dever de cuidado, como o que ocorre com as ações justificadas não geram o dever especial de garantia estampado pelo garantidor, mas não excluem o dever de socorro da omissão de ação própria, desde que configurados os elementos do tipo.

---

<sup>22</sup> Ibidem. p. 132.

### 3.3- INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO RELEVANTE

Por fim, a terceira hipótese que cumpre observarmos é a impossibilidade de criminalizarmos a conduta do agente que age sob a proteção da legítima defesa, por se tratar de omissão acobertada por uma das causas excludente de ilicitude ou culpabilidade, ou mesmo por entendê-la como fato atípico.

Para uma parte considerável da doutrina, é inadmissível a convivência da omissão de socorro com a legítima defesa, mas é possível que o agente, ao omitir-se, tenha agido em estado de necessidade. Se, para salvar outro bem, próprio ou alheio, de uma situação de perigo não houver outro meio senão deixar de prestar socorro à vítima, sua conduta será lícita. Nota-se que os autores que defendem essa corrente não se preocupam, ou ao menos, não criminalizam as conseqüências da conduta, desvinculando do ato de não socorrer o tipo legal que lhe cabe. Neste caso, teria se operado uma excludente de ilicitude.

Assim, para a doutrina que entende pela não criminalização da conduta, a culpabilidade poderá ser excluída por inexigibilidade de conduta diversa quando o agente estiver, por exemplo, diante da iminência de sofrer um risco patrimonial relevante, caso preste o socorro à vítima. Neste caso, a doutrina se vale de uma causa excludente de culpabilidade.

Luiz Regis Prado em sua obra<sup>23</sup> afirma que: “a presença do risco pessoal na assistência direta, acarreta a exclusão da tipicidade da conduta e, na indireta, conduz somente à exclusão de sua ilicitude”. Em síntese, seja por ser atípico ou por ser lícito, o que temos é a não punição do agente.

Paulo José da Costa Junior<sup>24</sup> que não faz qualquer distinção entre a assistência direta ou indireta, defende que: “nenhuma obrigação obviamente existe, por parte daquele que fere o agressor em legítima defesa, de assisti-lo.” No mesmo sentido, Jescheck.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.166.

<sup>24</sup> COSTA JR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.I, p.139.

Também no mesmo diapasão vem entendendo o Supremo Tribunal Federal<sup>26</sup>:

EMENTA: - Arquivamento de inquérito policial. Efeito do despacho que o ordena. Aplicação dos arts. 28 e 409, § único, do código de Processo Penal. Oferecimento de denúncia. Crime de omissão de socorro. Concurso inexistente. Não configura o delito previsto no art. 135 do Código Penal, a omissão de socorro por parte de quem provocou dolosa ou culposamente a exposição ao perigo. Falta de justa causa para a Ação Penal. Constrangimento ilegal. Recurso a que se deu provimento para concessão de Habeas Corpus e trancamento do processo. (grifo nosso)

Ao longo das teses apresentadas percebe-se, que como dito nas páginas iniciais, a questão está longe de ser pacífica. Os entendimentos alcançam pontos extremos e quase intocáveis quando analisamos o todo. Enquanto uns apontam o agente como garantidor, respondendo pelo resultado de sua omissão, outros entendem o fato como atípico.

## CONCLUSÃO

Após a análise do crime de omissão de socorro em todas as duas nuances e peculiaridades é possível perceber que o tema desperta bastante interesse na doutrina, mas pouca aplicabilidade na jurisprudência, que na tentativa de moldar os dispositivos aplicáveis para o caso concreto, na hipótese do art. 135 do CP ou o art. 13 §2, “c” também do CP, acabam por causar divergências consideráveis na tipificação da conduta e na punibilidade aplicável a ela.

A jurisprudência como visto chega a entender como fato atípico o não socorro na hipótese de legítima defesa, ressaltando ser esta a posição do Supremo Tribunal Federal. Porém numa análise crítica ao entendimento indaga-se que o socorro não se trata de uma atitude heróica, haja vista o código penal pátrio ter deixado claro que este não é exigível se importar no risco a vida do socorrista, mas sim de uma manifestação do dever ético de

---

<sup>25</sup> JESCHECK, H.H. Op. cit., v.II, p. 860.

<sup>26</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. RHC 42.472/SP -Pleno do STF. Ministro relator Pedro Chaves. Disponível em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=90879>. Acesso em:04/10/2012.

solidariedade emanada no art. 1º, III da CF/88. Ademais, não é possível, sem a alteração legislativa apropriada, que se deixe de aplicar ao fato típico a punição cabível, prevista no art. 135 do CP.

Em que pese o *animus* exaltado em que se encontra o agente após a defesa de uma injusta agressão, não se pode criar um animus diferenciador para a moderação do uso dos meios necessários e para o socorro. Se o agente, ao ultrapassar o entendido no caso concreto como meio necessário para a reprimenda da agressão, responderá pelo excesso de sua conduta, então, porque não criminalizar o agente que, após vislumbrar estar cessada a agressão, deixa de socorrer o inicialmente agressor. Resta claro, que se ele tem de mensurar os meios, presumindo-se um mínimo de discernimento, é possível exigir que esse mínimo discernimento também se opere para o socorro.

Colocar o agente como sendo garantidor não parece a melhor escolha isto porque quem cometeu o “com seu comportamento anterior” e “criou o risco da produção do resultado” foi aquele que agrediu primeiro, então, não é razoável exigir do inicialmente agredido que se responsabilize para que o perigo não se converta em dano. O dever de socorrer existe, mas a responsabilização pelo resultado final, não subsiste para o inicialmente agredido, haja vista estar fora do disposto no art. 13 §2º, “c” do CP.

Por fim, conclui-se que, ocorrendo a legítima defesa ou não, deve sempre subsistir o dever de socorro, seja por disposição expressa do art. 135 do CP, seja por traduzir um princípio constitucional de solidariedade. Não pode o homem diante de um caso concreto revestir-se de Deus, e escolher se aquele outro, que inicialmente o agrediu merece ou não ser socorrido. Não cabe ao agente deixar de prestar a tutela que lhe cabe, *in casu* o socorro, por mero descaso com a vida daquele que em momento anterior foi seu algoz.

Portanto, a criminalização da conduta do agente como omissão de socorro própria atende ao princípio da estrita legalidade, uma vez que há tipo penal próprio, e ainda, o

princípio da solidariedade, que traduz a reaproximação entre a ética e o direito, numa visão de cooperação mútua de indivíduos que interagem.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. Bogotá: Temis, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*, vol. I, 14.ed.- São Paulo: Saraiva, 2009.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos improprios*. Rio de Janeiro: Del Rey, 2001.

COSTA JR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.I.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. v. 4. Rio de Janeiro: Record, 1961.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: vol. 2/ Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina; coordenação Luiz Flávio Gomes*. 2. tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Espécies de autoria em direito penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 982, 10 mar.2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8081>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1981, p.859.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 59, IV 3c, p.623.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p.333/334.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

NETTO MUNHOZ, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, 1982.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.166.

SALLES JR., Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal: crimes contra a pessoa*, 2. ed. São Paulo: RT, 1973.

TOCILDO, Susana Huerta. TOLEDO, Emilio Octavio. *Derecho penal: parte general*. Madri: Rafael Castellanos Editor, 1986, p.129.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bastos Ramirez e Sergio Yáñez Perez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.

ZAFARONI, Raul. *Tratado de derecho penal*. Vol. III. Buenos Aires: Ediar, 1980.