



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ananda França de Almeida

**O dolo nos delitos omissivos impróprios**

Rio de Janeiro

2023

Ananda França de Almeida

**O dolo nos delitos omissivos impróprios**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A447

Almeida, Ananda França de

O dolo nos delitos omissivos impróprios / Ananda França de Almeida. –  
2023.

111 f.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino.  
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Delito – Teses. 3. Legitimidade (Direito) –  
Teses. I. Tangerino, Davi de Paiva Costa. II. Universidade do Estado do Rio  
de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.222.2

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Ananda França de Almeida

**O dolo nos delitos omissivos impróprios**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 22 de março de 2023.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Hamilton Gonçalves Ferraz

Universidade Federal Fluminense

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Mothe Glioche Beze

Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2023

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, o Prof. Dr. Davi Tangerino, pelos generosos ensinamentos dos últimos anos, bem como a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi realmente engrandecedor tentar absorver o máximo de informação possível de referências tão marcantes. Agradeço também à Prof.<sup>a</sup> Dra. Patrícia Glioche pelas importantes contribuições em sala e na banca, assim como ao Prof. Dr. Hamilton Gonçalves Ferraz.

Não poderia deixar de agradecer ao querido Prof. Dr. Juarez Tavares por todos os apontamentos durante as aulas, palestras e em conversas. Sempre paciente e lúcido, a importância das suas reflexões vai muito além do Direito. Suas obras foram a inspiração para o presente trabalho e a minha admiração não pode ser transmitida em palavras.

Agradeço, ainda, a todos do escritório Almeida Castro, Castro e Turbay pela parceria e incentivo diários. Ao Kakay, em especial, agradeço pelo apoio incondicional nessa empreitada e por me ensinar tanto, inclusive a ter firmeza e comprometimento com a preservação dos direitos humanos, o que certamente apresenta reflexos neste estudo.

Aos meus pais, meus irmãos, meus amigos e ao Caio, pela confiança, pelo apoio, por tudo que fazem por mim e pela compreensão nos muitos momentos de ausência e de impaciência.

Em uma sociedade integrada, os conflitos podem ser solucionados mediante um trabalho conjunto de todos os seus membros para que não voltem a ocorrer, e para que seus protagonistas possam sentir neles mesmos a necessidade de não mais os provocar e cometer. Será isso uma utopia? Vamos pensar com Chico Buarque: “amanhã há de ser outro dia”...

*Juarez Tavares*

## RESUMO

ALMEIDA, Ananda França de. *O dolo nos delitos omissivos impróprios*. 2023. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

O presente trabalho abordou o papel do dolo na crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos, empregando-se a técnica de revisão bibliográfica e análise documental. Discorreu-se acerca da expansão do Direito Penal e dos delitos omissivos, com sua utilização de forma simbólica, contexto no qual se observa uma crise da omissão, tendo como marco a obra de Juarez Tavares. Demonstrou-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a imputação dos delitos omissivos impróprios não pode prescindir de uma cláusula de equiparação suficientemente clara. Além disso, para a responsabilização penal por omissão, verificou-se que devem ser respeitados os elementos objetivos típicos, devendo a posição de garantidor estar fundamentada formal e materialmente. Comprovados esses elementos, mostrou-se necessário, para a imputação dolosa, verificar a subsistência do dolo, o qual deve ser constituído, por imperativo legal, de um elemento volitivo e de um elemento cognitivo. Em relação aos delitos omissivos impróprios, o dolo é decisão motivada pela vontade de se omitir e de contribuir para o resultado, conhecendo todos os elementos típicos objetivos, inclusive a situação que fundamenta a posição de garantidor. De acordo com a análise de casos judiciais emblemáticos, ficou claro que os Tribunais Superiores brasileiros têm enfrentado a necessidade de se imputar condutas omissivas com o claro caráter de preocupação em fornecer uma resposta estatal efetiva à sociedade, bem como verificou-se que os Tribunais Superiores não sedimentaram critérios claros para o reconhecimento dos elementos típicos da omissão. A partir dos problemas em relação à imputação do dolo na omissão imprópria, sobretudo em relação às tentativas de superação da necessidade do elemento volitivo para seu reconhecimento, notou-se que o dolo tem exercido um papel de relevância no agravamento da crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos.

Palavras-chave: Direito Penal. Dolo. Delitos omissivos impróprios.

## ABSTRACT

ALMEIDA, Ananda França de. *The criminal intent in the omission*. 2023. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

The present paper approached the roll of the criminal intent in the crisis of validity and legitimacy of the criminal omission, using bibliography and documental analysis. The work demonstrated the expansion of Criminal Law and of crimes by omission, often used symbolically, which generated a context of crisis according to the work of Juarez Tavares, the theoretical framework of this thesis. It was demonstrated that, in the Brazilian legislation, the liability for criminal omission needs a written law that is sufficiently clear. Furthermore, to generate this liability, it was shown that the objective elements of the crime must be respected and the duty to take action must be formally and materially justified. Once these elements are proven, the study has shown that it is necessary the analysis of the criminal intent, which must content, according to the Brazilian legislation, intention and knowledge. Regarding the criminal omission, the criminal intent is the decision motivated by the intention of a deliberate omission and the intent to contribute to the criminal result, knowing the objective elements of the crime, including the situation that generates the duty to take action. According to the analysis of emblematic judicial cases, it became clear that the Superior Courts of Brazil have been facing the need to acknowledge criminal omission with the concern to give the society an effective official response. It also became evident that the Courts have not created clear criteria to the acknowledgement of the elements of the criminal omission. From the problems regarding the liability due to criminal intent in the omission, especially regarding the efforts to suppress its need of intention, the paper concluded that the criminal intent has a relevant roll in the aggravation of the validity and legitimacy crisis of the criminal omission.

Keywords: Criminal law. Criminal intent. Criminal omission.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

|      |                                                    |
|------|----------------------------------------------------|
| BGH  | <i>Bundesgerichtshof</i>                           |
| CF   | Constituição Federal                               |
| CP   | Código Penal                                       |
| CPP  | Código de Processo Penal                           |
| STF  | Supremo Tribunal Federal                           |
| StGB | <i>Strafgesetzbuch</i>                             |
| STJ  | Superior Tribunal de Justiça                       |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul |

## SUMÁRIO

|         |                                                                                     |    |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
|         | <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                              | 10 |
| 1       | <b>OS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....</b>                                         | 14 |
| 1.1     | <b>A expansão dos delitos omissivos e sua crise de validade e legitimidade.....</b> | 14 |
| 1.2     | <b>A omissão no plano</b>                                                           | 18 |
| 1.3     | <b>ontológico.....</b>                                                              | 21 |
| 1.4     | <b>A omissão relevante ao Direito</b>                                               | 24 |
| 1.5     | <b>Penal.....</b>                                                                   | 27 |
| 1.5.1   | <b>A omissão própria e</b>                                                          | 29 |
| 1.5.2   | <b>imprópria.....</b>                                                               | 31 |
| 1.5.3   | <b>Fundamentação da imputação dos crimes omissivos</b>                              | 32 |
| 1.5.4   | <b>impróprios.....</b>                                                              | 34 |
| 1.5.5   | <u>O causalismo.....</u>                                                            | 36 |
| 1.5.6   | <u>Teoria do dever formal.....</u>                                                  | 41 |
| 1.5.7   | <u>Teorias do dever de garante .....</u>                                            | 43 |
| 1.6     | <u>Teorias do</u>                                                                   |    |
|         | <u>domínio.....</u>                                                                 | 46 |
| 1.6.1   | <u>Teorias unificadoras.....</u>                                                    | 47 |
| 1.6.2   | <u>Proposta de Pierpaolo</u>                                                        | 49 |
| 2       | <u>Bottini.....</u>                                                                 | 55 |
| 2.1     | <u>Proposta de Juarez</u>                                                           | 55 |
| 2.2     | <u>Tavares.....</u>                                                                 |    |
|         | <b>A previsão dos crimes omissivos impróprios no ordenamento jurídico</b>           | 55 |
| 2.2.1   | <b>brasileiro.....</b>                                                              | 56 |
| 2.2.2   | <u>A imprescindibilidade da cláusula de equiparação.....</u>                        | 57 |
| 2.2.3   | <u>A tipicidade dos delitos omissivos</u>                                           | 59 |
| 2.2.4   | <u>impróprios.....</u>                                                              | 60 |
| 2.3     | <b>O DOLO NA DOGMÁTICA</b>                                                          | 61 |
| 2.4     | <b>PENAL.....</b>                                                                   | 64 |
| 2.4.1   | <b>Considerações preliminares.....</b>                                              | 65 |
| 2.4.1.1 | <b>Contraposições entre os sistemas causal-naturalista, finalista e racional-</b>   | 65 |
| 2.4.1.2 | <b>final ou teleológico</b>                                                         | 67 |

|         |                                                        |     |
|---------|--------------------------------------------------------|-----|
| 2.4.2   | <b>(funcional)</b> .....                               | 69  |
| 2.4.2.1 | <u>O sistema clássico do delito</u> .....              | 69  |
| 2.4.2.2 | <u>A teoria finalista da ação</u> .....                | 69  |
| 2.4.2.3 | <u>A teoria social da</u>                              | 72  |
| 2.4.2.4 | <u>ação</u> .....                                      | 73  |
| 2.4.3   | <u>O sistema racional-final ou teleológico, ou</u>     | 74  |
| 2.4.3.1 | <u>funcional</u> .....                                 | 75  |
| 2.4.3.2 | <b>A classificação clássica do</b>                     | 77  |
| 2.4.4   | <b>dolo</b> .....                                      | 78  |
| 2.4.4.1 | <b>Teorias do</b>                                      | 78  |
| 2.4.4.2 | <b>dolo</b> .....                                      | 79  |
| 2.4.5   | <u>Teorias com enfoque psicológico-volitivo</u> .....  | 81  |
| 3       | Teoria do consentimento.....                           | 84  |
| 3.1     | indiferença.....                                       | 85  |
| 3.2     | <u>Teorias com enfoque psicológico-cognitivo</u> ..... | 87  |
| 3.3     | Teoria determinista de Von Liszt.....                  | 90  |
| 3.4     | As teorias da representação.....                       | 92  |
| 3.5     | Welzel.....                                            | 96  |
| 3.6     | Kaufmann.....                                          |     |
|         | <u>Teorias com enfoque normativo-volitivo</u> .....    | 101 |
|         | Teorias de Claus Roxin.....                            | 106 |
|         | Teoria dos indicadores de Hassemer.....                | 110 |
|         | <u>Teorias com enfoque normativo-cognitivo</u> .....   |     |
|         | Teoria de Silva Sánchez.....                           |     |
|         | Teoria de Puppe.....                                   |     |

Teorias alternativas ao  
sistema.....

**OS LIMITES DA IMPUTAÇÃO DOLOSA NOS DELITOS  
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....**

**Propostas de superação da concepção de dolo tradicional na  
omissão.....**

**Propostas de reconhecimento do dolo na omissão com a mesma  
estrutura dos delitos  
comissivos.....**

**A impossibilidade de reconhecimento do dolo eventual nos delitos  
omissivos segundo Juarez  
Tavares.....**

**Conclusão a respeito da imputação do dolo nos delitos omissivos  
impróprios.....**

**A importância da definição de dolo nos delitos omissivos impróprios a  
partir de casos emblemáticos no  
Brasil.....**

**O papel do dolo da crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos  
impróprios.....**

**CONCLUSÕES**

**FINAIS.....**

**REFERÊNCIAS.....**

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal, assim como toda forma de pesquisa científica e de expressão da sociedade, está condicionado às concepções sociais e culturais de uma determinada época histórica, de forma que a questão criminal, valendo-se das palavras de Vera Malaguti Batista, “*se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social*”.<sup>1</sup> Ao se proceder à análise da dogmática penal atual é necessário, portanto, compreender as particularidades do mundo histórico-cultural e do regime econômico no qual ele se insere. Como bem consignou Nilo Batista, o Direito Penal tem uma “*função conservadora ou de controle social*”,<sup>2</sup> resguardando uma determinada ordem econômica e social.

A partir da consideração de que a sociedade pós-industrial pode ser caracterizada como uma sociedade de risco,<sup>3</sup> e avaliando o surgimento de novos interesses, de novos riscos – ainda que não materializáveis – e de uma nova delinquência da globalização,<sup>4</sup> pode-se traçar parâmetros para compreender a inegável expansão do Direito Penal, muitas vezes em detrimento de garantias constitucionais e da limitação imposta pela teoria do bem jurídico.<sup>5</sup>

É evidente, entretanto, que todas essas considerações devem ser criticamente estudadas a partir da realidade brasileira, recordando-se o papel da violência praticada pelo sistema de Justiça: “*No caso da sociedade desigual assentada no racismo, a violência é extrema e tem função central na manutenção e consolidação da desigualdade*”.<sup>6</sup> No ponto, Davi Tangerino esclarece que a realidade brasileira, com as gritantes diferenças de classes e com a segregação fortalecida pela violência, não permite que a produção teórica jurídica se isente de ponderar essa situação.<sup>7</sup>

Dentro do mencionado contexto de expansão do Direito Penal, nota-se um significativo acréscimo da produção legislativa no tocante aos denominados crimes omissivos. Como destaca Juarez Tavares, o legislador se vale da criminalização da omissão,

---

<sup>1</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 23.

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21.

<sup>3</sup> BECKER, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastiao Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. 2ª ed. p. 61.

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. revista e ampliada. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira.

<sup>5</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier, 2014. p. 255.

<sup>6</sup> THEODORO, Mário. *A sociedade desigual. Racismo e branquitude na formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2022. p. 277.

<sup>7</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

utilizando-se de seus argumentos no sentido de uma política criminal dirigida ao abstrato e ao incomensurável, a fim de atingir fins administrativos e fortalecer campanhas impressionistas.<sup>8</sup> A utilização simbólica do Direito Penal permeia constantemente a codificação, no entanto, particularmente em relação aos delitos omissivos, parece obstar a clara delimitação de sua natureza, estrutura e, conseqüentemente, de sua punibilidade, colocando em risco as garantias de um Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, pode-se tratar de uma crise de validade e de legitimidade dos crimes omissivos, em que deve ser discutido se esse instituto está ou não apto a servir de suporte ou de proteção aos direitos fundamentais, mais precisamente, a um estado de preservação da pessoa e sua liberdade, tomando-se como marco teórico a obra de Juarez Tavares.<sup>9</sup> Heleno Fragoso já alertava acerca das graves disputas doutrinárias sobre a omissão punível, apontando que constitui “*um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal*”.<sup>10</sup>

Levando em consideração essa ampliação dos crimes omissivos e as dificuldades dogmáticas e práticas dela decorrentes, o presente estudo buscará estudar o papel do dolo na referida crise de validade e legitimidade e como sua imputação pode contribuir, ou não, para o agravamento da crise.

Para tanto, proceder-se-á à utilização da técnica de revisão bibliográfica e de análise documental, com a investigação de livros, artigos, legislação e decisões judiciais sobre o tema. Valendo-se da lição de Zaffaroni, como o Direito Penal é um ramo do saber jurídico, seu conhecimento deve ser alcançado por um método jurídico, que é basicamente da interpretação da lei, tanto em seu aspecto gramatical, quanto histórico e genealógico, procurando-se formular uma construção explicativa.<sup>11</sup>

O presente trabalho intentará respeitar, quanto à análise crítica da doutrina, o método dogmático, inicialmente proposto por Rudolf von Jhering no século XIX, segundo o qual uma teoria interpretativa deve responder a três principais questões: (i) a integridade lógica, que indica que o sistema não pode ser internamente contraditório; (ii) a compatibilidade legal,

---

<sup>8</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentário ao Código Penal*, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2021. p. 69.

devendo levar em conta especialmente a Constituição Federal e o Direito Internacional no tocante aos Direitos Humanos; e (iii) a harmonia jurídica.<sup>12</sup>

Seguindo essas proposições e ponderando que o saber jurídico pretende orientar as decisões jurisdicionais de modo racional e previsível,<sup>13</sup> adotar-se-á como sentido e objetivo político, de forma similar ao proposto por Zaffaroni e Tavares, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Com o objetivo e a metodologia delineados, analisar-se-á, no primeiro capítulo, as particularidades referentes à estrutura dos delitos omissivos, especialmente os de omissão imprópria, pontuando as teorias da imputação pertinentes e a controvérsia acerca do elemento material do dever de agir, buscando-se compreender as principais dificuldades enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência e sedimentar os elementos objetivos do tipo omissivo.

No segundo capítulo, passar-se-á a investigar a clássica definição de dolo e as suas teorias mais significativas, delimitando-se as tendências dogmáticas no tratamento dos elementos volitivo e cognitivo do dolo, para sedimentar as bases para as discussões subsequentes sobre a adequação dessas perspectivas aos delitos omissivos impróprios.

Com a devida investigação acerca da estrutura dos delitos omissivos impróprios, o que se propõe no presente estudo e que será objeto do terceiro capítulo será analisar especificamente os elementos do dolo nos crimes omissivos impróprios e avaliar o papel de tais elementos na imputação do omitente, nos termos do art. 13, *caput* e §2º, do Código Penal, e da Constituição Federal, a fim de averiguar como essa delimitação do reconhecimento do dolo vem sendo posta e os efeitos que tal abordagem apresenta no contexto da crise de validade e legitimidade da omissão imprópria.

A pesquisa em comento torna-se relevante ao se considerar os reflexos jurisprudenciais e sociais de uma incerteza legal e doutrinária no tocante aos critérios e limites do reconhecimento dos elementos subjetivos nos crimes omissivos, primordialmente em relação à possibilidade de diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual, bem como em relação aos problemas mais recentes postos no Direito Penal, tal como a incriminação da omissão empresarial e da omissão de agentes públicos nos casos de delegação de atividades, com o remanescente dever de vigilância.

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2021. p. 70.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 71.

Procurar-se-á empreender, portanto, na avaliação do papel do dolo na incriminação do omitente, inclusive para se debater a possibilidade do chamado dolo subsequente e da adequação do dolo eventual aos delitos omissivos, buscando-se avaliar a legitimidade ou não dos parâmetros que vêm sendo sedimentados pela doutrina penal e pela jurisprudência nacional, de modo a submetê-los à crítica e refutação, para então contemplar sua adequação aos casos controversos mais relevantes, os quais devem ser escolhidos com base na maior frequência com que são deliberados em obras acadêmicas e pelos Tribunais.

Buscar-se-á uma maior limitação do poder punitivo no Brasil, discutindo a exigência de uma sedimentação de parâmetros mais claros e restritos para o reconhecimento do dolo nos crimes omissivos impróprios, atendendo, assim, à perspectiva garantista da dogmática penal. Segue-se, desse modo, a lição de Davi Tangerino de que *“a legitimidade do Direito penal como saber está precisamente radicada na capacidade de limitar o poder punitivo”*.<sup>14</sup>

## 1 OS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

---

<sup>14</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

### 1.1 A expansão dos delitos omissivos e sua crise de validade e legitimidade

Nas últimas décadas, parte da doutrina vem empreendendo esforços para demonstrar a necessidade de recondução da intervenção punitiva estatal para um Direito Penal mínimo, ainda que a definição dos parâmetros dessa proposta varie imensamente entre os autores. Ferrajoli, um dos principais responsáveis pela difusão da expressão, entende que um sistema penal apenas poderá estar justificado se minimiza a violência arbitrária na sociedade e esse fim só será alcançado quando o sistema satisfaça as garantias penais e processuais penais do Direito Penal mínimo.<sup>15</sup> A partir dessa percepção, o referido modelo está fundamentado na redução máxima quantitativa da intervenção penal, na ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e na rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva,<sup>16</sup> ao passo que tal modelo não é apenas um parâmetro de justificação, mas especialmente um critério de deslegitimação da intervenção penal.

A criminologia crítica também defende a redução do Direito Penal, o qual incidiria fundamentalmente em face de indivíduos de classes subordinadas, como forma manutenção das estruturas de domínio, sustentando, como afirma Barrata, que “*só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio*”.<sup>17</sup>

Na contramão desse empenho doutrinário, tem-se uma clara tendência nos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, de introdução de novos tipos penais e de agravamento das normas existentes. Silva Sanchez pontua a criação de novos bem jurídicos, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a flexibilização de regras de imputação e a relativização dos princípios políticos-criminais de garantia como aspectos dessa tendência denominada expansão do Direito Penal.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Cord. Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p.146.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>17</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 197.

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. revista e ampliada. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. p. 28.

Algumas das causas da expansão apontadas pelo autor são i) o surgimento de novos interesses e a reavaliação de interesses já existentes, sobretudo em decorrência dos novos modelos econômicos e de produção; ii) o efetivo aparecimento de novos riscos, derivados das novas tecnologias; iii) a institucionalização da insegurança, entendida como o fator de incerteza produzido na vida social a partir do emprego de meios técnicos e a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias que podem ter efeitos nocivos desconhecidos, além de que a sociedade configura-se como competitiva, com bolsões de desemprego e marginalidade; iv) a sensação social de insegurança diante dessas novas realidades e da dificuldade de obtenção de informações fidedignas em meio a um excesso de informações, assim como da intensa experiência com os desastres das guerras mundiais e de conflitos locais; v) a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, que seriam pessoas caracterizadas como *“beneficiários, enfim, da transferência de riqueza, mais do que criadores dos excedentes objetos de transferência”*,<sup>19</sup> as quais se enxergariam na posição de vítimas do delito; e vi) os gestores atípicos da moral, uma vez que começam atuar com proeminência as associações ecologistas, feministas, de consumidores, antidiscriminatórias e outras, em detrimento da então hegemonia burguesa conservadora.

Com as devidas particularidades culturais, a expansão do Direito Penal também é observada no ordenamento jurídico brasileiro. A aparente guerra legislativa no combate ao tráfico de entorpecentes é um dos exemplos mais evidentes, mas a progressiva inserção de iniciativas que projetam um Direito Penal consensuado, tal como a previsão da colaboração premiada (Lei 12.850/2013) e do acordo de não persecução penal (Lei 13.964/2019), demonstram a expansão da legislação penal e processual penal na busca pela aparência de efetividade da persecução estatal.<sup>20</sup>

Esse fenômeno é igualmente observado em relação aos delitos omissivos. Como bem recorda Juarez Tavares, até os postulados hegelianos e a influência do positivismo penal, a omissão era expressa na forma de delitos omissivos próprios, sob o prisma de que o delito

---

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. revista e ampliada. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. p. 52.

<sup>20</sup> Suxberger e Gomes Filho sustentam que o emprego da justiça penal consensuada é uma ferramenta da concretização da tutela penal, trazendo efetividade à intervenção estatal. Nesse sentido, afirmam que *“Não somente a gestão financeira identifica o interesse da Política Criminal Estatal, mas, também, na dinâmica da sociedade moderna, parece não existir mais espaço para um processo penal burocrático, ineficiente e moroso, como instrumento de concretização do direito material no quadro da criminalidade complexa e organizada”*. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. *Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial*. Revista de Direito Internacional do UniCEUB, Volume 13, N. 1. Brasília, 2016. p. 387.

seria um fato estritamente jurídico.<sup>21</sup> Essa percepção decorria do fato de que o modelo de Estado contratual objetivava delimitar os contornos da proibição, preservando os direitos individuais e a liberdade econômica, em oposição ao Estado Feudal. Assim sendo, “*O postulado dominante era de que a responsabilidade do sujeito por sua conduta não deveria decorrer do resultado que essa conduta pudesse, em concreto, produzir, senão, simplesmente, de sua contrariedade a uma norma que a disciplinasse*”.<sup>22</sup>

A superação desse postulado, com a substituição da lesão de um direito subjetivo pela responsabilidade decorrente do resultado típico, gerou a ascensão dos delitos omissivos impróprios. A alteração dos rumos da política criminal, no sentido de resguardar os fins da produção industrial, vinculou a pena a um fim preventivo, de forma que se mostra natural que a lesão a um bem jurídico passasse a ser imputada também a alguém que se omite. Fortaleceu-se a normatização da responsabilidade pelo resultado e, com isso, é notável o incremento dos delitos vinculados a violações de proibições e deveres, tal como a omissão imprópria.<sup>23</sup>

Com a mudança de paradigma exposta, as legislações e a doutrina penais do século XIX passaram a tratar da omissão imprópria, abrindo-se caminho para a responsabilização de um sujeito em razão de contextos específicos em que ele se encontre. No entanto, o maior incremento da omissão se dá no século XX, em razão da instituição do Estado social, da sua posterior falência e da globalização.<sup>24</sup>

Em decorrência do modelo de Estado social, especialmente da força da intervenção estatal, revigorou-se o conteúdo mandamental das normas penais e esse modelo populista de política criminal se voltou a elementos simbólicos inseridos em comandos jurídicos com as incriminações correspondentes. A falência do Estado social, com a impossibilidade econômica do Estado, gerou a necessidade de descomprometimento da atividade estatal, de forma que a política criminal passou a ser coordenada quase que exclusivamente por elementos simbólicos, aumentando-se os instrumentos formais. Consequentemente, solidificou-se uma legislação sobre deveres de organização, ampliando-se as construções funcionais do delito.<sup>25</sup>

Esse processo se ampliou ainda mais com a globalização – cujas características já foram brevemente recordadas –, sob a influência de um modelo econômico e político determinado pelas potências mundiais, oportunidade em que as legislações nacionais

---

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 37

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 38

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 39

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 41.

passaram a incorporar preceitos regulamentares das grandes empresas.<sup>26</sup> Assim, surgem duas políticas criminais no mesmo contexto, uma voltada aos chamados inimigos do poder e uma sedimentada nos deveres de organização.

Por essas razões, Juarez Tavares conclui que *“a mudança de rumos teóricos no âmbito do delito e a substituição gradativa do modelo comissivo pelo modelo omissivo correspondem ao sedimento ideológico conduzido pelo domínio das corporações”*.<sup>27</sup>

Todo esse contexto de hegemonia das grandes corporações e o dito sucesso do neoliberalismo, mesmo diante da demonstração de ineficiência do modelo com a crise econômica iniciada no começo do presente século,<sup>28</sup> os delitos fundamentados nos deveres de organização continuam a ser ampliados, ganhando força os modelos normativos.

Em relação aos delitos omissivos, Juarez Tavares identifica que *“o legislador os usa sem qualquer parcimônia, mesclando seus argumentos em torno de uma política criminal voltada para o abstrato e o incomensurável, principalmente para satisfazer objetivos administrativos pouco esclarecidos e sedimentar campanhas impressionistas”*,<sup>29</sup> o que aproxima os crimes omissivos do simbólico e do inadequado.

Considerando que os delitos omissivos apresentam questões quase que insolúveis, o autor indica que esses delitos passam por uma crise de validade e legitimidade. Quanto à validade, entende-se a crise no seguinte sentido:

No direito, costuma-se falar de crise quando subsiste um conflito entre normas ou um encontro de princípios. Isso pode ocorrer quando uma determinada norma já não esteja em condições de regulamentar o fato que, originalmente, lhe servia de substrato, ou quando o fato não possa regulado por falta de uma previsão legal, ou quando a interpretação acerca de como se deva proceder quanto à aplicação da norma em relação ao fato se tenha desvinculado de sua primitiva estrutura, ou quando um instituto não possa ser interpretado de um modo coerente, conforme os princípios superiores da ordem jurídica, ou, finalmente, quando os princípios em confronto não possam ceder, um em benefício do outro, por serem de igual hierarquia.<sup>30</sup>

Em relação à crise de legitimidade, entende-se que, levando em conta as relações de legitimidade das normas e sua vinculação a um estado de preservação da pessoa e da sua

<sup>26</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 41.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 42

<sup>28</sup> Mark Blyth explica que as crises econômicas iniciadas nos Estados Unidos e na Europa no início do presente século são consequência da propagação do neoliberalismo, mas foram rebatizadas pelas elites políticas e financeiras como crises geradas pelos Estados.

BLYTH, Mark. *Austeridade. A história de uma ideia perigosa*. Trad. Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017. p. 70.

<sup>29</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 28.

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 29.

liberdade, tal crise se dá “quando se constatasse que um determinado instituto já não estaria apto a servir de suporte ou de proteção aos seus direitos fundamentais”.<sup>31</sup>

As controvérsias doutrinárias acerca da diferenciação e unificação da ação e da omissão tiveram, como será visto adiante, ponto importante com a conceituação do tipo por Beling, de forma que o autor conclui que a crise, que é também dogmática, só pode ser a crise da própria teoria do delito.<sup>32</sup>

Recordados os principais fatores históricos que impulsionaram a expansão dos delitos omissivos e pontuada a crise pela qual passa a omissão no presente século, mostra-se relevante discorrer sobre a evolução dogmática do tratamento da omissão para então delimitar seus elementos típicos e seus critérios de imputação.

## 1.2 A omissão no plano ontológico

Deve-se ponderar sobre o que constitui a omissão para, posteriormente, delimitar qual é a omissão que pode apresentar relevância ao Direito Penal e quais seus aspectos normativos e materiais que podem fundamentar a responsabilização criminal.

A omissão pode ser considerada como deixar de fazer algo.<sup>33</sup> Não é estar imóvel ou em inércia absoluta, mas sim deixar de fazer a ação omitida. O pai pode estar em movimento, realizando qualquer atividade, como conversar ou andar, mas se omite quando deixa de salvar o filho de um afogamento.

As definições fornecidas pela doutrina do que seria a omissão são diversas. Ao tratar do elemento naturalístico da omissão, Aníbal Bruno entende que “ela é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omitente, que, embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado”.<sup>34</sup>

No final do século XIX e início do século XX, com a Escola Alemã Moderna e sua metodologia lógica, compreendia-se ação como movimento externo voluntário e a omissão como não agir voluntário.<sup>35</sup> Adotando a concepção mecanicista, Von Liszt já destacava que

<sup>31</sup>TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30.

<sup>32</sup>*Ibid.* p. 35.

<sup>33</sup>BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 23.

<sup>34</sup>FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal. Volume I*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 311.

<sup>35</sup>BOTTINI, Pierpaolo. *Op. cit.* p. 24.

omitir não significa não fazer nada, mas não fazer algo, de modo que a omissão sempre se refere a determinada ação.<sup>36</sup> Para ele, a omissão está fundada na não execução de um movimento corpóreo para impedir um resultado. Beling, apesar de prescindir do resultado, também afirmava que *“o critério jurídico para determinar se alguma coisa constitui uma omissão não pode se fixar na pura omissão, mas sim no movimento corporal voluntário”*.<sup>37</sup>

Também Magalhães Noronha indicava que a omissão *“é tão real como a ação, pois é expressão da vontade do omitente, porque é reconhecível e certificável no tempo e no espaço, e porque não é um não-ser, porém modo de ser do autor”*.<sup>38</sup> Entendia-se, nesse sentido, a omissão como deixar de fazer algo deliberadamente. Não bastava a ausência de ação, mas a vontade consciente de se omitir.

A definição de omissão como deixar de realizar uma ação voluntariamente não esclarece quais omissões serão relevantes para o Direito. Por isso, alguns autores passaram a indicar que a omissão se torna relevante quando se esperava uma ação do omitente, surgindo, assim, a teoria da expectativa. Jescheck e Weigend pontuam que a omissão só pode ser tida como a defraudação de uma expectativa de uma determinada e possível ação do autor.<sup>39</sup>

A teoria da expectativa apresenta diversas manifestações. Alguns autores compreendem que qualquer expectativa é apta a caracterizar uma omissão, inclusive na forma de juízo de probabilidade, outros entendem que a expectativa deve estar prevista em uma norma de qualquer gênero, enquanto uma terceira corrente afirma que uma norma jurídica deve ser o fundamento da expectativa.<sup>40</sup>

A teoria da expectativa, em suas inúmeras vertentes, encontrou obstáculo na imprecisão dos elementos que poderiam formular tal expectativa. Além disso, apontou-se que sua adoção não possibilitaria a distinção entre ação e omissão, posto que uma ação corresponde igualmente à omissão de outra ação esperada.

Procurando superar as objeções formuladas, o finalismo propõe um conceito ontológico de ação, o qual só pode ter como objeto de referência uma ação final.<sup>41</sup> Welzel descreveu a omissão como uma segunda forma independente dentro da conduta humana, a

<sup>36</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 46.

<sup>37</sup> BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 16. Apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 53.

<sup>38</sup> MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. *Direito Penal Volume I. Introdução e Parte Geral*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo, Editora Saraiva, 1979, p. 119.

<sup>39</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Traducción de la 5ª edición alemana. Peru: Insituto Pacífico, 2014. p. 898.

<sup>40</sup> SCHUNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 40.

<sup>41</sup> KAUFMANN, Armin. *Op. cit.* p. 47.

qual é suscetível de ser regida por uma vontade dirigida a um poder final. Assim, compreendeu a omissão a partir de um conceito limitativo: *“é a omissão de uma ação possível do autor, que está subordinada então ao poder final do ato (a finalidade potencial da pessoa). Omissão é a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a uma determinada ação”*.<sup>42</sup>

O autor indicou que os requisitos para a existência do poder final do ato são apreendidos da estrutura final da ação. O sujeito tem que conhecer a situação em que serão produzidos os efeitos, tem que estar em condições de reconhecer e poder escolher os meios aptos para levar a efeito seu objetivo e deve ter a possibilidade física real de empregar tais meios e executar o ato planejado.<sup>43</sup> Apenas o domínio do fato possível concretamente ou do final possível é que converte a não realização de uma ação em omissão.

Retira-se, portanto, a frustração de uma expectativa como elemento da omissão e a qualifica tão somente pela opção voluntária de não realizar uma ação possível. No mesmo sentido, Kaufmann explica que a omissão não é a não ocorrência de uma ação, mas a não realização de uma ação possível por um sujeito determinado.<sup>44</sup> A definição de ação possível também é controversa, mas tem que envolver aspectos físicos e intelectuais, conforme será aprofundado adiante.

Em face da posição finalista, apresentam-se críticas no sentido de que essa proposta não estaria apta a definir quais seriam as omissões relevantes. Retorna-se, então, à ideia de atrelar a omissão relevante à frustração de uma expectativa de comportamento, mas acrescentando-se elementos normativos. Nessa linha, Roxin entende que a relevância da omissão depende de uma normatização, atrelada à expectativa de ação e a um posterior dever de agir.<sup>45</sup>

No Brasil, Pierpaolo Bottini entendeu que, no campo ontológico, ação e omissão são conceitos distintos. Nesse campo, define ação como *“um movimento corporal externo e voluntário, cuja definição pode incorporar outros elementos, como a direção final ou a relevância social”*, de modo que *“omitir é deixar voluntariamente de realizar uma determinada ação possível”*.<sup>46</sup> Ainda no plano pré-jurídico, conclui que a omissão é relevante quando se deixa de fazer algo esperado, sendo capaz de agir de acordo com uma expectativa.

---

<sup>42</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11ª ed. 4ª ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p. 298

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 47.

<sup>45</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 28.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 30.

Juarez Tavares também considera que ação e omissão são distintas e inconciliáveis, mas reconhece a possibilidade de uma identificação normativa, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>47</sup>

Existem, ademais, autores que não identificam a necessidade de um conceito de omissão e sustentam que a ação e a omissão são manifestações do comportamento humano que não podem ser conceituadas separadamente.

### 1.3 A omissão relevante ao Direito Penal

Inobstante existam posicionamentos, como o de Heleno Fragoso, no sentido de que a omissão sequer existe no plano ontológico: *“A omissão é, no entanto, conceito necessariamente normativo. No plano ontológico existem apenas ações”*,<sup>48</sup> opinião também adotada por Zaffaroni,<sup>49</sup> a princípio, mostra-se suficiente, no campo pré-jurídico, a definição de omissão relevante como deixar de fazer um ato possível, contrariando uma expectativa. Posto isso, é necessário averiguar quando essa omissão socialmente relevante será relevante também ao Direito Penal.

A expectativa decorre de vários aspectos da convivência social e existem expectativas que, apesar de socialmente relevantes, não merecem a atenção das normas penais, notadamente quando podem ser resolvidas por outros âmbitos do Direito, como o Direito Civil ou o Direito Administrativo, em respeito ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Essa limitação do âmbito de incidência penal é depreendida do princípio da proporcionalidade, o qual é derivado do princípio do Estado Democrático de Direito: *“Como o Direito Penal possibilita as mais duras de todas as intromissões estatais na liberdade do cidadão, só pode intervir quando outros meios menos duros não puderem ter êxito suficiente”*.<sup>50</sup>

Uma omissão só será juridicamente relevante quando frustrar expectativas previstas em normas jurídicas, mais precisamente, em normas jurídicas mandamentais. Jescheck e

<sup>47</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 173

<sup>48</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 506.

<sup>49</sup> Segundo o autor, no plano pré-típico, só existem ações ou condutas, tendo em vista que a omissão não é o puro e simples não atuar.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 444.

<sup>50</sup> ROXIN, Claus. *Tomo II. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 66.

Weigend esclarecem que, do ponto de vista normativo, é decisivo que uma pessoa infrinja os interesses que haviam sido a ela confiados pela comunidade por meio da omissão da atividade esperada, de modo que esses interesses sociais fiquem indefesos, em razão da ausência de outro asseguramento.<sup>51</sup>

A ordem social pode ser tida com o estado juridicamente querido composto pela soma de juízos positivos que se interrelacionam de diversos modos, sendo que o impedimento de perturbações da ordem social também é valorado positivamente.<sup>52</sup> Conforme indica Kaufmann, do juízo de valor sobre um ato surge o juízo de dever, de forma que, quando uma ação deva acontecer, isso se converte em uma obrigação de atuar. A ação querida torna-se o objeto do mandato. Nas palavras do autor, “*Como norma que ordena a realização de ações, o mandato é a forma mental abstrata da obrigação jurídica de atuar em concreto*”.<sup>53</sup>

A distinção entre normas mandamentais e proibitivas, apesar das controvérsias doutrinárias, pode ser entendida a partir do respectivo objeto da norma. Normas mandamentais são as que exigem ações, enquanto as normas proibitivas vedam ações, ou, em outras palavras, exigem omissões.

Juarez Tavares discorre que, como a omissão é a violação de um dever imposto pelo direito, deve-se verificar como essa norma encontra respaldo no âmbito social, como ato perlocucionário. Para respaldar a condição de pessoa e recuperar o papel do sujeito no âmbito da teoria do delito, o autor propõe que a voluntariedade é essencial, uma vez que “*a inatividade está sempre vinculada à sua participação voluntária nas exigências do mundo da vida, que lhe sedimentam a condição de pessoa*”.<sup>54</sup>

Por outro lado, Silva Sanchez e Bottini sustentam que o Direito Penal tem autonomia para criar expectativas, de modo que a legitimação das expectativas jurídicas não depende de que elas sejam necessariamente precedidas ou vinculadas às expectativas sociais,<sup>55</sup> ainda que a criação de normas penais mandamentais naturalmente esteja sujeita a limitações de ordem constitucional:

Por se tratar de norma penal, o mandamento deverá (i) cumprir com as exigências da legalidade e de outros princípios limitadores do direito penal; (ii) ter um sentido

---

<sup>51</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Traducción de la 5ª edición alemana. Peru: Insituto Pacífico, 2014. p. 902

<sup>52</sup> KAUFMANN, Armin. *Op. cit.* p. 24.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5ª ed. rev. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 269.

<sup>55</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 34.

teleológico de tutelar um bem jurídico com dignidade penal; e (iii) respeitar o limite ontológico da omissão (capacidade de agir).<sup>56</sup>

Em relação ao princípio da legalidade, a omissão apenas será relevante ao Direito Penal brasileiro se a norma mandamental infringida estiver positivada, em respeito ao art. 22, I, CF. Assim, apesar de importantes para a fixação dos contornos da conduta esperada, pela complementação de elementos normativos ou das normas penais em branco, as leis administrativas e de qualquer outra natureza fora do âmbito penal não determinam a omissão penalmente relevante.

As leis extrapenais são particularmente relevantes para a identificação dos limites das normas de cuidado na omissão imprópria, o que será aprofundada adiante, bem como exercem um papel relevante na identificação dos delitos culposos,<sup>57</sup> mas não são suficientes para determinar a imputação penal.

Além do princípio da legalidade, Bottini recorda que devem ser observados pelo legislador e pelo intérprete, no momento da aplicação da norma mandamental, os demais princípios limitadores da norma penal, tal como a lesividade, a fragmentariedade, a subsidiariedade, a utilidade e a proporcionalidade.<sup>58</sup>

Ademais, para a aferição da legitimidade da legislação, é imprescindível que a norma mandamental busque resguardar um bem jurídico penalmente tutelável, qual seja aquele que tenha relação com a preservação da dignidade humana.

A norma mandamental também só será considerada legítima caso respeite o limite da capacidade de agir conforme a expectativa, o qual vale tanto para sua formulação pelo legislador, quanto para sua aplicação pelo julgador. Tal capacidade é referente à capacidade física de agir conforme a norma – desde que a ação esperada pudesse evitar o resultado, mesmo que o agente desconheça ou desconsidere a inidoneidade da ação para esse fim –, bem como à cognoscibilidade do contexto fático no qual a ação é esperada, ou seja, deve o omitente conhecer ou poder conhecer o contexto fático e deve poder agir de acordo com a norma para controlar o perigo ou empreender o salvamento.

---

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Juarez Tavares ensina que o dever de cuidado é exclusivamente normativo e é imposto a todos que vivem em sociedade e desenvolvem atitudes que não estejam dirigidas à realização de um tipo penal. No entanto, expõe que o dever de cuidado não se confunde com a infração à norma regulamentar: “*A infração à norma regulamentar constitui apenas indício da lesão ao dever de cuidado, importando pela norma penal. O importante é, assim, o que deveria ser concretamente realizado para se evitar o perigo e não a infração abstrata de norma de trânsito ou regulamento destinado a traçar regras técnicas de profissão, arte ou ofício*”.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5ª ed. rev. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 347.

<sup>58</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 39.

Apenas quando há capacidade de ação é que se desdobra da norma a sua eficácia vinculante em concreto. O mandato só é vinculante para quem é capaz da ação no momento e diante das circunstâncias fáticas.<sup>59</sup>

Nesses termos, a omissão relevante ao Direito Penal brasileiro é a violação de um dever previsto em uma norma mandamental, a qual deve ser sempre submetida à crítica quanto à validade e à legitimidade, e deve sua vinculação ser analisada em relação às circunstâncias específicas do omitente no caso concreto. O Código Penal brasileiro, em seu art. 13, §2º, afirma que a omissão será penalmente relevante quando o omitente devia – violação da norma mandamental imposta ao omitente – e podia – capacidade individual real – agir para evitar o resultado.

#### 1.4 A omissão própria e imprópria

Os delitos omissivos podem ser classificados em crimes omissivos próprios e impróprios. Conforme visto, o Direito Penal, com a função de proteção de bem jurídicos especialmente relevantes, se vale de duas técnicas para exercer essa função: a normal penal pode proibir a realização de ações lesivas a bens jurídicos, ou pode ordenar a realização de ações protetoras de tais bens. Dentre as normas que prescrevem a realização de ações protetoras, tem-se a omissão própria e a imprópria.

Juarez Cirino indica que a omissão própria pode ser considerada como aquela em que “*a ordem de realizar ações protetoras de bens jurídicos aparece explícita em tipo legais*”.<sup>60</sup> Em sentido similar, Jescheck e Weigend concluem que podem ser considerados “*delitos de omissão própria aqueles cujo conteúdo se esgota na realização de uma conduta exigida por lei*”.<sup>61</sup> Esse é o caso, por exemplo, do crime de omissão de socorro, previsto no art. 135, do Código Penal (CP), no qual resta explícita e clara a necessidade de atuação em um contexto fático específico, com o fim de resguardar a vida e a saúde de terceiro.

Essas normas estão previstas na Parte Especial do Código Penal e na legislação penal extravagante e descrevem expressamente as circunstâncias fáticas que tornam obrigatória a

---

<sup>59</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 31.

<sup>60</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo blanch: 2020. p. 211.

<sup>61</sup> JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico, 2014. p. 908.

atuação do agente, prescindindo, portanto, de cláusula geral de equiparação na Parte Geral ou de qualquer vinculação prévia especial do sujeito com o bem jurídico resguardado.

Já a omissão imprópria, segundo Juarez Cirino, é aquela em que “*a ordem de realizar ações protetoras de bem jurídicos estaria implícita nos tipos legais de resultado, cuja descrição indicaria, simultaneamente, a regra da ação e a exceção da omissão imprópria*”.<sup>62</sup> Jescheck e Weigend, por outro lado, entendem que, nos delitos omissivos impróprios, é imposto ao garante um dever de evitar o resultado e esses delitos são equivalentes aos delitos de resultado.<sup>63</sup> Nesse caso, o tipo penal não prevê expressamente uma conduta omissiva, exigindo-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o respeito à cláusula geral de equiparação presente na Parte Geral, que autoriza a imputação do tipo penal também a condutas omissivas.

Esse é o caso do crime de homicídio (art. 121, CP). Apesar de o tipo penal prever uma conduta comissiva, um pai que deixa de prestar assistência ao filho recém-nascido e a criança acaba falecendo por afogamento na banheira pode responder pelo crime de homicídio por omissão. Nessa perspectiva, a diferença entre crimes omissivos próprios e impróprios seria apenas normativa e decorreria do modo como a conduta está prevista na legislação.

No entanto, parece correta a percepção de Juarez Tavares de que a forma como a lei prevê os delitos não é primordial, mas sim a avaliação de como essa previsão influencia o sujeito a empreender um sentido à sua conduta, a partir das referências normativas e empíricas.<sup>64</sup> Segundo o autor, apenas através da estrutura normativa e da especial posição de garantidor – as quais integram o tipo omissivo – é que se pode diferenciar os delitos omissivos próprios dos impróprios, nos seguintes termos:

Haverá crime omissivo próprio toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma a violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique o não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção.<sup>65</sup>

Em sentido similar, Zaffaroni pontua que a nota diferencial da omissão imprópria é que, ao ter uma estrutura equiparável à ação, seus autores se encontram em uma posição de garante em relação aos bem jurídicos.<sup>66</sup> Alguns autores compreendem, ainda, que a classificação mais adequada seria entre delitos omissivos simples e delitos omissivos

<sup>62</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 211.

<sup>63</sup> JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico, 2014. p. 909.

<sup>64</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. 296

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 309

<sup>66</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 447.

qualificados, considerando-se essa qualidade especial do garante. Entretanto, a classificação habitual já está tão arraigada na dogmática penal que não se pode dela renunciar, inobstante sua fundamentação original no sentido de que a omissão imprópria seria um autêntico delito comissivo já não se sustenta.<sup>67</sup>

É certo que essa discussão não é uníssona na doutrina e comporta diversas interpretações. Afirma-se que a distinção apontada é remontada a Luden, que afirmava que os delitos de omissão própria consistem na contravenção a um mandato – e não se encontram dirigidos à lesão a direitos subjetivos alheios –, e que os delitos omissivos impróprios seriam aqueles em que as omissões estão dirigidas à lesão de um bem jurídico.<sup>68</sup>

Existem autores, no entanto, que compreendem que a distinção se dá em razão de os crimes de omissão própria serem crimes de mera conduta, enquanto os omissivos impróprios são crimes de resultado. Nesse ponto, parece pertinente a crítica no sentido de que nem sempre as omissões próprias são desvinculadas do desvalor do resultado,<sup>69</sup> além de que tal interpretação é pouco nítida, notadamente ao se considerar a imprecisão da distinção entre delitos de resultado e de mera conduta.<sup>70</sup>

Schünemann, por sua vez, defende que a distinção entre os grupos de crimes omissivos se dá pela diferença entre as estruturas ontológicas. A omissão imprópria seria a não realização, equivalente à comissão, de uma ação individualmente possível, ao passo que as omissões próprias seriam as demais.<sup>71</sup> Também essa proposição encontra críticas em razão de sua imprecisão, considerando-se que não estão definidos os critérios de equiparação entre ação e omissão necessários.

Apesar das notáveis considerações expostas, para o presente trabalho, com o fim específico de aprofundar na análise do dolo nos crimes omissivos impróprios, parece ser suficiente adotar a proposição inicialmente indicada, segundo a qual a diferenciação básica é de ordem normativa. Os delitos omissivos impróprios são, em geral, aqueles em não há a previsão expressa de uma conduta omissiva no tipo penal, exigindo-se o respeito à cláusula geral de equiparação presente na Parte Geral. Para além disso e consideradas as exceções presentes na legislação brasileira, os delitos omissivos impróprios possuem duas características essenciais, quais sejam estarem referenciados a uma norma proibitiva e

<sup>67</sup> JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico, 2014. p. 910.

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 908.

<sup>69</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

<sup>70</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 53

<sup>71</sup> SCHÜNEMMAN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 74

mandamental e se condicionarem às qualidades específicas do sujeito, em razão da sua posição de garantidor.<sup>72</sup>

### 1.5 Fundamentação da imputação dos crimes omissivos impróprios

No ordenamento jurídico brasileiro, a controvérsia acerca da possibilidade de imputação dos crimes omissivos impróprios encontra-se, ao menos em seu aspecto formal, dirimida, uma vez que se tem a previsão legal expressa da possibilidade de equiparação da omissão à ação, a qual será detalhada adiante.

Apesar de essa equiparação restar sedimentada no Código Penal brasileiro, é importante recordar que até a metade do último século a maioria das legislações ocidentais não dispunha de normas nesse sentido, de modo que se mostra relevante analisar a evolução doutrinária anterior às previsões legislativas de equiparação.

Antes da prescrição normativa, a doutrina tentou empregar meios dogmáticos para realizar o objetivo de política criminal de aplicar o marco penal dos delitos comissivos às omissões impróprias. Nessa tentativa de justificar a imputação de um crime comissivo a uma conduta omissiva, podem ser identificados três grupos de teorias.<sup>73</sup>

O primeiro e mais antigo grupo, no qual se inserem as proposições de Hellmuth Mayer, pretende abarcar os pressupostos da comissão por omissão mediante a ampliação dos elementos típicos dos delitos comissivos. Trata-se da tentativa de demonstrar que as omissões impróprias estão submetidas ao conceito causal ou ao conceito de ação. Parte desse grupo recorre à ação precedente para explicar a relação de causalidade, negando os deveres de impedir o resultado. Outra parte pretende demonstrar a causalidade das omissões em razão de um dever de impedir o resultado, invocando-se o princípio da expectativa. Um terceiro subgrupo, com Mayer, vê a estrutura da ação como forma de explicar que, enquanto a ação é um empenho volitivo contra o Direito, a omissão é a fraqueza de vontade para satisfazer as exigências legais. Por fim, também existem os que, como Von Liszt, utilizam o conceito de

---

<sup>72</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 310.

<sup>73</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 253.

ação, acrescido do dever de impedir o resultado, para afirmar que a omissão é uma forma autônoma de ação delitiva.<sup>74</sup>

O segundo grupo de teorias entende a omissão imprópria como uma questão da antijuridicidade do delito comissivo. A primeira versão dessa teoria sustenta que toda a ação que teria impedido o resultado típico realiza um tipo comissivo, mas a omissão só é antijurídica no sentido da comissão quando faltam causas de justificação e quando existe um dever jurídico especial de impedir o resultado.<sup>75</sup> A segunda versão desse grupo, contemplada por Sauer, considera que a questão do dever de garante fundamentador da punição é um problema da antijuridicidade material. Tanto a ação causal quanto a omissão de uma ação possível que evitaria o resultado são formalmente antijurídicas, mas a omissão somente será materialmente antijurídica se for decorrente da infração de um dever jurídico capaz de equipará-la à comissão, respeitando-se a teoria do injusto material.<sup>76</sup>

O terceiro grupo de teorias parte do pressuposto, com a teoria de Nagler, de que existem omissões absolutamente autônomas, as quais representam manifestações do delito comissivo. Esclarece-se que tais omissões exigem uma relação de dever especial, de forma que o sujeito se transforma em uma instância de proteção do bem jurídico no contexto social. A principal contribuição dessa teoria é inserir um novo elemento nos tipos omissivos impróprios: a posição de garante.<sup>77</sup>

É inegável que as diferentes compreensões de quais seriam os elementos estruturais que fundamentam a imputação dos crimes omissivos impróprios cumpriram um importante papel na formulação das atuais legislações. Não se pretende exaurir o estudo dessas propostas, mas tão somente pontuar com mais detalhe as que mais influenciaram a legislação e a doutrina brasileiras, consideradas assim a partir da frequência de suas referências em obras nacionais, de modo a possibilitar a posterior análise crítica da imputação de crimes omissivos impróprios no Brasil, em especial no tocante ao papel do dolo.

Desse modo, mostra-se importante aprofundar nas proposições referidas, em especial quanto à fundamentação material do dever de agir, ponto cuja ponderação permanece imprescindível mesmo após a codificação das fontes desse dever.

---

<sup>74</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.p. 255.

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 256.

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 257.

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 259.

### 1.5.1 O causalismo

No final do século XIX e início do século XX, a dogmática penal estava centrada no sistema causal e a causalidade da omissão começou a ser discutida. Isso exigiu grandes esforços, uma vez que considerar a inexistência de uma conduta como causa de um resultado não se mostra parece intuitivo.

Surge, inicialmente, a teoria da conduta precedente ou teoria da ingerência. De acordo com essa proposição, Merkel defendia a causalidade da omissão imprópria a partir da existência de uma ação positiva e anterior que a vincule ao resultado.<sup>78</sup> Essa ação positiva anterior é que causa o resultado, o qual não foi impedido pela omissão, desde que o resultado fosse previsível ao tempo em que praticada a ação precedente.<sup>79</sup>

A partir dessa concepção, uma pessoa que adquire uma planta venenosa e a cultiva na calçada de sua residência é responsável pelos ferimentos causados a transeuntes que esbarrem na planta e acabem feridos. O autor responde pela omissão porque a ação precedente de comprar e cultivar a planta naquele local é causal em relação ao resultado do ferimento.

Apesar de Merkel tentar se esquivar da aceitação do dolo subsequente em sua teoria, ao trazer a necessidade de previsibilidade do resultado ao tempo em que ação precedente foi praticada, a superação pretendida não parece ter sido alcançada,<sup>80</sup> porque o dolo de resultado surge geralmente apenas no momento da omissão. Algumas outras críticas são no sentido de que a teoria poderia levar a um regresso infinito, impondo às pessoas a responsabilidade por todos os desdobramentos de seus atos, bem como de que a teoria em comento seria incapaz de fundamentar a imputação de resultados diante de riscos alheios e do dever de proteção em razão de uma relação especial com o bem jurídico tutelado, nos quais o dever de evitar o resultado não está relacionado com uma ação precedente.<sup>81</sup>

Ainda sob o prisma do causalismo, alguns autores buscam superar a necessidade de referência a uma ação precedente, conferindo causalidade à própria omissão. Chega-se às teorias da interferência, com Binding como um de seus expositores. De acordo com o autor, a ação prévia converte o autor em garante da evitação do resultado, sendo que “*a causação decisiva para a omissão imprópria reside, segundo Binding, em que, no momento crítico, o*

<sup>78</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65

<sup>79</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 96

<sup>80</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 275.

<sup>81</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Op. cit.* p. 67.

*garante, voluntariamente – o que significa aqui: dolosamente ou imprudentemente – não cumpre sua função de garante”.*<sup>82</sup> A causalidade se encontra, portanto, na tomada de decisão de não impedir o resultado.

Em sentido similar, Magalhães Noronha compreende a omissão como expressão de vontade do omitente e conclui que “*só é causal a omissão quando há o dever de impedir o evento*”.<sup>83</sup>

Ao analisar a teoria da causalidade, Kaufmann faz críticas na medida em que considera ser a proposta insuficiente nos casos em que não se existe ação prévia, assim como nos casos em que a ação prévia não apresenta o caráter pressuposto pelo autor, tal como quando o omitente não quer ser garante, jamais tendo possuído a vontade de contenção.<sup>84</sup>

Kaufmann pondera, ademais, que é possível a omissão apresentar causalidade em relação ao resultado, porém compreende que não existe causalidade entre a omissão e o omitente. O omitente não é causal em relação à ausência de determinado emprego de energia – ação esperada – e, assim, não guarda relação de causalidade com as consequências dessa ausência de ação. Na ação, ao contrário, é evidente que o agente é causal de sua atuação: sem a atuação do agente, a ação que culmina no resultado não se inicia. O autor explica que, desconsiderado o omitente, a omissão continua a existir.<sup>85</sup>

As teorias causalistas, considerando-se a então inexistência de previsão legal, esbarram no princípio da legalidade ao tentarem afirmar que a omissão sempre pode ser causa do resultado danoso, a não ser quando se acrescentam critérios normativos, como o dever de impedir o evento.

As tentativas de demonstração da causalidade da omissão exigiram um alargamento do conceito de causalidade, que passou a abranger também uma estrutura normativa. O reconhecimento de critérios normativos contribuiu para a relativização da causalidade como fundamento da imputação, o que possibilitou a superação do paradigma causal.

### 1.5.2 Teoria do dever formal

<sup>82</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 275.

<sup>83</sup> MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. *Direito Penal Volume I. Introdução e Parte Geral*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo, Editora Saraiva, 1979. p. 126.

<sup>84</sup> KAUFMANN, Armin. *Op. cit.* p. 275.

<sup>85</sup> *Ibid.*

Buscando a superação da causalidade, Feuerbach compreendeu que a equiparação da omissão à ação se daria pelo conceito de antijuridicidade, tendo em vista que ambas constituiriam formas de violação da legislação.<sup>86</sup> Para ele, a inatividade do omitente é equiparável juridicamente à ação pela violação do dever.

A omissão é decorrente de uma obrigação do sujeito, de modo que a imputação de um crime omissivo depende de uma especial fundamentação jurídica decorrente da lei ou de um contrato.<sup>87</sup> A responsabilidade decorre, portanto, de um dever formal, de forma que o resultado é típico com a constatação de sua não evitação, enquanto a antijuridicidade é decorrente da infração de um dever especial anteriormente previsto.

Abandona-se um referencial ontológico e a responsabilidade penal está estritamente ligada a um dever previsto em outras searas, ferindo-se os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade da norma penal.

Resta clara a fragilidade de se responsabilizar criminalmente um indivíduo com base tão somente na assinatura de um contrato, tal como expõe Roxin ao exemplificar que um guia de alpinismo que falta com sua obrigação contratual e não realiza uma excursão não pode responder por lesões ou por homicídio por omissão, caso o turista resolva realizar sozinho a trilha e acabe se ferindo.<sup>88</sup> Por outro lado, o guia que acompanha o turista, mesmo que seu contrato seja inválido na esfera cível por qualquer motivo, assume uma posição de garante e deve ser responsabilizado criminalmente por qualquer fatalidade que ocorra dentro do âmbito de sua atuação enquanto guia. A existência de um contrato formal não parece ser tão relevante quanto a efetiva assunção de responsabilidade em determinado contexto fático.

A partir desse exemplo, fica claro que a concepção puramente formal de dever acaba por abranger situações que não podem estar resguardadas pela norma penal, fazendo uma interpretação extensiva dos tipos penais em detrimento do princípio da legalidade, enquanto exclui da proteção penal situações indiscutivelmente relevantes em que se verifica a assunção fática de responsabilidade.

### 1.5.3 Teorias do dever de garante

---

<sup>86</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 24.

<sup>87</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 71

<sup>88</sup> ROXIN, Claus. *Tomo II. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 849

Constatadas as fragilidades das teorias causal e dos deveres formais, a partir da década de 1930, buscou-se critérios materiais para fundamentar um dever de garante, ou seja, um dever de evitação do resultado lesivo, a partir do qual é possível imputar ao omitente o referido resultado típico. Começaram-se, então, as tentativas de deduzir materialmente o dever jurídico de evitar um resultado da própria missão protetora do Direito Penal, surgindo as teorias acerca do círculo de deveres sociais do omitente, do sentimento popular, entre outras.<sup>89</sup>

Esse desenvolvimento dogmático inicial culminou na mencionada teoria de Nagler, segundo a qual a equiparação é um problema de complemento típico do delito comissivo, o qual corresponde ao delito omissivo por meio de elementos que indicam o omitente “*como garante para o impedimento do resultado, ao resultar obrigado a converter em inofensivas as energias hostis ao Direito*”.<sup>90</sup>

Mais recentemente, pode-se considerar a teoria das funções de Armin Kaufmann como uma das mais relevantes propostas a respeito do dever de garante.<sup>91</sup> Inicialmente, o autor indica que todas as teorias anteriores fracassaram, porque jamais será possível construir a omissão imprópria como típica, antijurídica e reprovável no sentido do delito comissivo. A omissão não pode ser encaixada no tipo comissivo.<sup>92</sup>

O jurista finalista sustenta que a omissão imprópria realiza um tipo de mandato próprio, o qual é autônomo em relação ao delito comissivo cuja cominação de pena se aplica à omissão imprópria. Para Kaufmann, a omissão imprópria é um tipo autônomo que não se confunde com o tipo comissivo e está implícito na Parte Especial.<sup>93</sup>

Segunda essa perspectiva, um garante que infringe o mandato de impedir o resultado nunca realiza o correspondente tipo de proibição que abrange a execução desse resultado, ele realiza um tipo omissivo autônomo e paralelo. O paralelismo entre o tipo comissivo e o omissivo tem natureza exclusivamente axiológica, a qual é fundamentada pela mesma medida de merecimento de pena e é baseada materialmente na responsabilidade pela lesão do mesmo

---

<sup>89</sup> JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico, 2014. p. 902

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> ROXIN, Claus. *Tomo II. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 847

<sup>92</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 279.

<sup>93</sup> *Ibid.* p. 308.

bem jurídico.<sup>94</sup> A relação de inversão lógica permite a adequação transposição da doutrina do delito comissivo ao delito omissivo:

À ação e à omissão é comum, como elemento positivo, a capacidade de ação. Sem embargo, a omissão se inverte em relação à ação: a ausência de materialização da ação é essencial para a omissão. Em termos normativos: o mandato requer uma ação, a proibição promove omitir uma ação; tanto o dever de agir como o de omitir pressupõe a capacidade de ação. Esta relação de inversão lógica permite a adequada transposição da doutrina do delito comissivo ao omissivo.<sup>95</sup>

De acordo com essa proposta, o tipo omissivo impróprio é composto pelos elementos com os quais o mandato descreve a ação devida e pelo sujeito a ele vinculado. Todo o mandato de evitar o resultado corresponde a um tipo específico de omissão, de forma que, juntamente com o tipo de proibição, situam-se tipos de mandato de garante.

O autor propõe que a posição de garante consiste em uma posição de proteção em relação a determinado bem jurídicos. Os deveres de garante são divididos entre os deveres de proteção e vigilância do bem jurídico frente a todos os perigos no âmbito de proteção e os deveres de controle dos focos de perigo.<sup>96</sup>

Os deveres de garante de proteção e vigilância decorrem de um preceito jurídico ou de uma assunção fática de deveres contratuais. Já os deveres de controle dos focos de perigo consistem na supervisão de determinadas fontes de perigos, não importando quais bens jurídicos tais fontes possam ameaçar, e decorrem de riscos produzidos pelo sujeito, de perigos que surgem no âmbito social de domínio de uma pessoa ou de relações de confiança especial.<sup>97</sup>

A relativização da legalidade proposta por essa teoria é alvo de críticas na doutrina. Conforme expõe Bottini, “*A existência de tipos penas não escritos, como sugere ARMIN KAUFMANN, não é adequada a um sistema pautada pela reserva legal de todo ato punível*”.<sup>98</sup> Ademais, o dever de garante proposto não possui contornos delimitados e carece, portanto, de precisão.

Outro grupo de teorias busca sustentar que a posição de garante deriva das relações sociais. Nesse âmbito, surge a ideia, com Androulakis, de que o dever de agir está vinculado à prévia proximidade do omitente com o bem jurídico, o que gera a obrigação de resguardá-lo. Bacigalupo, por outro lado, entende que a omissão apenas se diferencia da ação pela

<sup>94</sup> *Ibid.* p. 281.

<sup>95</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 281.

<sup>96</sup> *Ibid.* p. 290.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 81

qualidade de garante do autor.<sup>99</sup> A relação prévia entre o omitente e o bem jurídico é posta nessas teorias como a base material para a omissão imprópria.

Apesar de as concepções de proximidade com o bem jurídico e do papel social do omitente procurarem avançar no conceito material do dever de garante, também essas teorias pecam pela imprecisão de seus elementos e pela ausência de previsão legal.

#### 1.5.4 Teorias do domínio

Com o intuito de desnortativizar a diretriz do domínio e retornar à natureza das coisas, Schünemman fundamentou a omissão imprópria no princípio do domínio, entendendo que a dogmática dos delitos comissivos teria que ser adaptada para a omissão a partir de um procedimento analógico. Ele reconhece que a omissão tem uma existência no mundo real e que certas omissões são equivalentes à ação, desde que reconhecida uma estrutura similar, a qual ele indica como sendo o domínio sobre a causa ou sobre fundamento do resultado.<sup>100</sup>

Nessa perspectiva, prescinde-se de uma cláusula de equiparação positivada na Parte Geral do Código Penal, uma vez que a existência do domínio faz com que a omissão seja equivalente à ação. O autor dividiu o dever garante em domínio sobre uma causa essencial do resultado e domínio sobre a vulnerabilidade da vítima, tendo como elemento básico em comum a vontade de domínio, a qual diferencia o âmbito de domínio dotado de sentido social do curso causal.<sup>101</sup>

No domínio sobre uma causa essencial do resultado estão englobados o domínio sobre coisas ou atividade perigosas – cuja origem pode ser a assunção própria ou a cessão da responsabilidade e cujo alcance é de que sempre se trata de dever de assegurar o bem jurídico – e o poder de controle sobre os incapazes, como concretização dos deveres gerais de garantia.

Já o domínio sobre a vulnerabilidade da vítima engloba a vulnerabilidade decorrente de uma incapacidade natural de se proteger contra quaisquer perigos e a vulnerabilidade parcial, a qual se dá apenas em relação a determinados perigos.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> *Ibid.* p. 82

<sup>100</sup> SCHÜNEMMAN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 408.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 410.

Schünemman aponta como principal resultado prático da sua proposta ter conseguido restringir a hipertrofia dos delitos de omissão imprópria, não tendo se entregado ao que ele chama de “*jogo incerto de que se sente merecedor de pena*”,<sup>103</sup> mas partindo de um procedimento racionalmente verificável que é capaz de restringir o arbítrio judicial. Acrescenta, igualmente, outra crítica à teoria de Kaufmann, pontuando que ele teria incorrido no mesmo erro dos naturalistas ao não se atentar às estruturas valorativas situadas na natureza das coisas. Assim, os resultados só poderiam ser imputados em virtude do domínio e, como os fundamentos do domínio não se encontram na comissão e na omissão a partir de uma relação de inversão, mas de uma relação de simples distinção, o princípio da inversão de Kaufmann seria inútil ao delito omissivo impróprio.<sup>104</sup>

A respeito dessa teoria do domínio, Bottini faz críticas no sentido que a proposta excluiria inúmeras situações do âmbito de imputação, tal como o dever de agir derivado da previsão legal e alguns casos de ingerência, especialmente no tocante ao dever de salvamento. Estariam excluídos do âmbito penal os casos em que a lei impõe um dever de evitar o resultado, bem como aqueles casos em que o sujeito cria um risco não permitido que atinge o bem jurídico, expondo-o a esse novo perigo sobre o qual o sujeito não dispõe de domínio, como ocorre exemplificativamente no atropelamento.<sup>105</sup>

Juarez Tavares, por outro lado, afirma que a posição de garantidor não constitui um meio de equiparação da omissão à ação, tendo em vista que a ocorrência do resultado só pode ser trabalhada dentro do critério da probabilidade dentro dos limites da certeza, o que é um critério próprio da causalidade.<sup>106</sup>

Além disso, Tavares pontua que a divisão proposta em que o poder de controle se manifesta em domínio de proteção e domínio de vigilância não seria suficiente para delimitar os pressupostos pelos quais alguém se torna garantidor do bem jurídico, carecendo também essa teoria da precisão necessária para fundamentar a criação da posição de garantidor.<sup>107</sup> Apesar das fragilidades apontadas, a obra de Schünemman foi amplamente propagada e diversos autores partiram da ideia do domínio para aprofundar seus estudos.

### 1.5.5 Delitos de infração de dever de Roxin

<sup>103</sup> *Ibid.* p. 427.

<sup>104</sup> SCHÜNEMMAN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 247.

<sup>105</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 81.

<sup>106</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 159

<sup>107</sup> *Ibid.*

Roxin refuta as teorias do dever formal, mas compreende que a omissão depende de uma expectativa de ação e que ela só será típica se contrariar uma expectativa de ação jurídico-penal, de modo que os delitos omissivos serão crimes de infração de dever.<sup>108</sup>

Nos delitos de infração de dever, o descumprimento de um dever extrapenal, que pode ser uma obrigação civil de cuidado dos pais com os filhos ou uma obrigação decorrente de um cargo público, é elemento da realização do tipo penal.

O autor adota como base para sua exposição a bipartição dos deveres de garante a partir do critério de Schünemman do domínio sobre o fundamento do resultado.<sup>109</sup> No entanto, como explica Bottini, “*não é o domínio, sob o prisma ontológico, que fundamenta a imputação, mas a valoração deste domínio como elemento necessário à construção de um parâmetro jurídico*”.<sup>110</sup>

A violação de um dever preexistente é que legitima a imputação do resultado a uma omissão. Para Roxin, as posições de garante de vigilância advém de três fontes: i) todos tem que vigiar as coisas que estão em seu âmbito de domínio; ii) quem tem domínio de controle sobre uma pessoa específica, tem o dever de evitar que esta promova atos antijurídicos; iii) todos são responsáveis pelos resultados dos cursos causais perigosos que iniciam.<sup>111</sup>

O dever de vigilância de coisas perigosas no próprio âmbito de domínio, também conhecida como deveres de asseguramento de tráfego, parte da premissa de que alguém que possui um bem tem que mantê-lo em condições adequadas para não causar danos a outras pessoas. Alguns dos exemplos dados pelo autor são de que alguém que tenha um terreno deve mantê-lo em condições adequadas para os habitantes e para as visitas, o que também deve ocorrer em prédios e instalações, tal como parques infantis e pistas de esqui, além de evitar acidentes de trabalho. Aqui são incluídos também os perigos criados por terceiros nesses contextos,<sup>112</sup> bem como são englobados os perigos decorrentes de animais.<sup>113</sup> O autor, a partir da análise da jurisprudência alemã, conclui que os deveres de vigilância e controle de coisas perigosas são regidos pelo princípio de que constituem deveres de asseguramento, não de salvamento.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> ROXIN, Claus. Tomo II. *Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 755

<sup>109</sup> *Ibid.* 856

<sup>110</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. P. 95

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.* p. 884

<sup>112</sup> *Ibid.* p. 885.

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 888.

<sup>114</sup> *Ibid.* p. 891.

O dever de assegurar a comunidade contra atos antijurídicos de terceiros representa o conjunto de exceções ao princípio da autorresponsabilidade e pressupõe uma relação de domínio baseada na inexistente ou limitada responsabilidade do terceiro que deve ser vigiado ou uma relação de subordinação jurídica.<sup>115</sup> Nesse sentido, os pais têm o dever de proteção de seus filhos, mas também têm o dever de repelir perigos provenientes deles, exigindo-se, nessa medidas, o dever de vigiá-los, o que também subsiste em relação às pessoas com enfermidades mentais.<sup>116</sup> Já as posições de garantia baseada em relações de subordinação jurídica decorrem de determinações legais de posições de garante de vigilância ou de supervisão e controle em relação aos subordinados, como no caso de dirigentes de empresas.<sup>117</sup>

Tem-se, ademais, o dever de evitar o resultado baseado na ação precedente, também chamado de ingerência. Essa posição de garante, amplamente aceita pela doutrina<sup>118</sup>, pela jurisprudência e inclusive incorporada pelo Código Penal brasileiro, se diferencia das demais porque não consiste em um dever de asseguramento, mas sim de salvamento em decorrência de um perigo criado pela pessoa obrigada a impedir o resultado.<sup>119</sup> Segundo o autor, a compatibilidade do ingerência com o critério do domínio pode ser assim justificada: “*a persecução dominável de um foco de perigo que deve ser vigiado e controlado (...) pertence adicionalmente ao âmbito de domínio e deve ser assegurado antes de sua transformação em um resultado típico*”,<sup>120</sup> desde que respeitadas as restrições à posição de garante apontadas ao sujeito, tal como a necessidade de a ação prévia ser objetivamente imputável ao garante.<sup>121</sup>

### 1.5.6 Teorias unificadoras

<sup>115</sup> ROXIN, Claus. *Tomo II. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 892.

<sup>116</sup> *Ibid.* p. 894.

<sup>117</sup> *Ibid.* p. 895.

<sup>118</sup> Uma parte minoritária da doutrina refuta a possibilidade de se considerar a posição de garante decorrente da ingerência. Nesse sentido, Shcünemann afirma que o ingerente, mesmo que tenha domínio sobre a fonte do perigo, tem apenas uma possibilidade de evitar o resultado e, com isso, um domínio potencial do acontecimento, não um domínio real. A partir da ação prévia, o ingerente deixa de ter controle sobre o domínio causal.

SCHÜNEMMAN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 235.

<sup>119</sup> *Ibidem.* p. 900.

<sup>120</sup> ROXIN, Claus. *Tomo II. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 903.

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 905.

No final do século XX, foi retomada por parte da doutrina a ideia de unificação conceitual de ação e omissão, concedendo-se importância ao desvalor normativo da ação ou omissão. Para Jakobs, um dos mais representativos autores dessa concepção, na comissão, impulsos conscientes ou inconscientes conduzem à formação de uma razão para o movimento corporal, o qual causa o resultado; na omissão, por outro lado, produz-se um resultado que não teria sido realizado se o autor tivesse se motivado a impedi-lo por meio dos movimentos corporais necessários. Conclui o autor que *“assim como na comissão a evitabilidade é o dolo ou a imprudência da própria conduta, do mesmo modo também na omissão a evitabilidade está vinculada à própria conduta”*<sup>122</sup> e conceitua o comportamento, comissivo ou omissivo, como a evitabilidade de uma diferença no resultado.

Apesar de reconhecer a diferença material entre ação e omissão, entende que o fundamento dos crimes comissivos e omissivos é o mesmo: a infração de um dever de ter consideração pelos demais componentes da sociedade ao configurar seu próprio âmbito de organização.<sup>123</sup> Juntamente com a responsabilidade em decorrência do seu âmbito de organização, tem-se também a responsabilidade decorrente de deveres de solidariedade, os quais estão vinculados a instituições familiares, relações de confiança especiais, entre outros.

Assim, reconhece que os mandatos contra as proibições têm como fundamento da responsabilidade os requisitos de (i) levar as demais pessoas em consideração na configuração do próprio âmbito de organização ou de (ii) solidariedade institucionalmente forçada.<sup>124</sup>

Os deveres por responsabilidade de organização são derivados da noção de que todos têm um âmbito de organização próprio e devem ser responsabilizados pela forma como exercem essa liberdade, de modo a evitar e interferência no âmbito de outras pessoas. Isso é, por exemplo, o dever de garantia frente a perigos derivados de objetos ou atividades por ele exercidas. Deve-se assegurar a fonte de perigo, mantendo-a dentro da esfera do risco permitido, o que seria o dever de asseguramento.<sup>125</sup>

O âmbito de organização engloba também os efeitos potenciais de determinado comportamento precedente, conduzindo aos deveres por ingerência, também chamados de deveres de salvamento. Além disso, tem-se os deveres decorrentes da assunção do domínio do risco, que é o caso em que o sujeito afasta os mecanismos de proteção preexistentes e, assim, insere o bem jurídico em sua esfera de organização.

---

<sup>122</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 175.

<sup>123</sup> *Ibid.* p. 949

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*

Os deveres por responsabilidade institucional, por outro lado, se tratam da “*conexão de âmbitos vitais, de um mundo que, idealmente, há de se configurar em parte conjuntamente de altruísmo, ainda quando não necessariamente desinteressado*”.<sup>126</sup> Desse modo, os deveres derivados de certas instituições devem ser equivalentes à comissão, nos casos em que a instituição tenha importância tal que possa ser considerada tão básica para a existência da sociedade quanto a liberdade de organização e a responsabilidade por suas consequências.

O autor pontua que tais instituições seriam as relações paternas e substitutas, o matrimônio, a confiança especial, as relações estatais de poder, a função policial de assegurar a segurança básica e a função de assegurar a aplicação da lei, como princípio básico do Estado de Direito.<sup>127</sup>

A partir dessas considerações, observa-se que, segundo Jakobs, pode-se imputar o resultado danoso a ações e omissões quando houver a violação de deveres negativos, vinculados ao próprio âmbito de organização, ou de deveres positivos, vinculados aos deveres por responsabilidade institucional.

Bottini considera a proposta de Jakobs adequada em relação aos deveres negativos decorrentes da esfera organizacional, no entanto, considera que os todos os casos de assunção deveriam ser ligados à competência institucional, “*sendo irrelevante a constatação do desligamento da proteção ao bem jurídico antes existente, reservando-se o âmbito da competência organizacional às situações de riscos criados pelo próprio agente*”.<sup>128</sup> O autor também recorda a crítica no sentido de que o fundamento para a responsabilidade decorrente da competência institucional não deveria ser a preservação na confiança das instituições, como propõe Jakobs, mas sim a proteção de bens jurídicos.

Ao tratar do sentido dos deveres de organização, Juarez Tavares esclarece que, no direito privado, no qual os bens jurídicos são geralmente disponíveis, pode-se pensar na responsabilização por deveres de organização. No entanto, compreende que, no Direito Penal, a responsabilização deve ter como fundamento a constatação de que o resultado lesivo possa ser atribuído ao sujeito como sua obra decorrente de uma opção, não podendo ser imputada uma conduta exclusivamente pelo descumprimento de deveres inerentes ao sistema organizativo.<sup>129</sup> Aponta, ainda, a ausência de precisão no conceito organização e a discrepância entre a realidade e uma estrutura em conformidade com deveres de organização.

---

<sup>126</sup> *Ibid.* p. 994

<sup>127</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

<sup>128</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 104

<sup>129</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 90.

A respeito especificamente da teoria de Jakobs, Tavares indica que, ao vincular os deveres à preocupação de que o âmbito de organização cause danos a outras pessoas, o importante não é a relação sistêmica entre a organização e as infrações que ali se manifestam, mas sim os resultados lesivos que devem ser evitados. Assim, entende que Jakobs “*apenas mudando de argumentação, continua a trabalhar com o critério de causalidade, o que transforma sua análise em uma questão meramente terminológica*”.<sup>130</sup>

Outra proposta de unificação entre ação e omissão é formulada por Silva Sanchez. O autor também compreende que a ação e omissão são equiparadas no plano normativo e que a conduta deve ser analisada apenas no plano do tipo penal. A omissão é extraída de um juízo normativo típico, segundo o qual pode-se imputar a não realização de uma conduta típica apontada *ex ante* como relevante para a proteção de um bem jurídico. O conceito de conduta cumpre uma função basicamente negativa e vinculada a determinações sobre a tipicidade.<sup>131</sup>

A respeito da imputação da omissão imprópria, propõe a tripartição das omissões penalmente relevantes, dividindo-as em omissões idênticas às comissões, omissões puras gerais e omissões puras de garante.

As omissões só poderão ser idênticas à comissão se tiverem a mesma estrutura material, uma vez que tipos penais não proibiriam o resultado, mas sim os comportamentos aos quais se pode imputar esse resultado, seja pela causalidade, no caso da comissão, seja pela omissão de prestações positivas de cuidados, nos casos em que existe um dever de garante. Segundo o autor, a cláusula geral de equiparação prevista no Código Penal espanhol é, portanto, desnecessária, porque os únicos pressupostos de comissão por omissão são os que resultam dos tipos penais previstos na Parte Especial, por serem estruturalmente idênticos aos pressupostos da comissão.<sup>132</sup>

Silva Sánchez esclarece que a identidade estrutural entre a omissão e a correspondente realização típica comissiva do delito de resultado não prescinde de uma teoria do garante, de modo que essa pode ser construída sobre a base de uma configuração material. Para ele, o dever de garante que permite a imputação da omissão decorre da posição do sujeito em relação à proteção de bens jurídicos ou ao controle de fontes de perigo, qual seja a assunção de um compromisso voluntário de proteção ou controle.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 90.

<sup>131</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003. p. 162.

<sup>132</sup> *Ibid.* p. 74.

<sup>133</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003. p. 464.

Já as omissões puras seriam as comumente chamadas de omissões próprias, em que não existe uma especial relação do omitente com o bem jurídico. Por fim, as omissões puras de garantes teriam gravidade intermediária e se constituiriam das hipóteses em que há um dever de garantia imposto pela proximidade social do omitente com o bem jurídico, mas em que a assunção não se deu de forma voluntária. Nesses casos, não existe lesão à autonomia de terceiros, mas sim a vulneração de deveres de solidariedade por sujeitos especialmente obrigados, como por exemplo a omissão de socorro do cônjuge ou na função pública,<sup>134</sup> aproximando-se da ideia de deveres institucionais de Jakobs.

Sua teoria acaba por esbarrar no princípio da legalidade, tal como a proposta de Kaufmann, ao afirmar que a omissão estaria descrita nos delitos de resultado. De outra banda, nota-se que não são aprofundados os elementos que delimitam a ideia de assunção voluntária, ao passo que a adoção dessa perspectiva acaba por excluir do âmbito de incidência penal algumas situações de ingerência, notadamente o dever de salvamento posterior à criação de riscos não permitidos, bem como as violações de certos deveres formais decorrentes da ocupação de cargos.

As considerações de Tavares a respeito das teorias unificadoras como um todo se mostram relevantes, na medida em que conclui que são insubsistentes os critérios empregadas para a pretendida unificação, uma vez que incapazes de fornecer um denominador comum para a ação e a omissão, bem como compreende que tais critérios são insuficientes e contraditórios em suas proposições.<sup>135</sup>

### **1.5.7 Proposta de Pierpaolo Bottini**

Mais recentemente e à luz do ordenamento jurídico brasileiro, surgem propostas que buscam revisitar os mencionados grupos de teorias anteriores, adaptando e criando postulados para a aplicação da omissão no Brasil.

Nesse contexto, Pierpaolo Bottini compreende que os tipos penais prescritos na Parte Especial comportam apenas comportamento comissivos. Isso porque, segundo o autor, nos

---

<sup>134</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003. p. 477

<sup>135</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 185

crimes comissivos, o resultado é imputado ao agente que criou um risco não permitido desse resultado.

Na omissão, por outro lado, em regra não existe a criação de um risco não permitido, mas apenas a inatividade diante de riscos alheios. Ao contrário da comissão, não há uma vedação de conduta, mas um dever de agir determinado por uma norma mandamental, a qual impõe o dever de proteção ou de salvamento do bem jurídico.<sup>136</sup> A interpretação da possibilidade de tais normas proibitivas abarcarem omissões, quando não expressamente previstas, extrapolaria o âmbito da legalidade.

Assim, o autor compreende que *“os tipos penais da Parte Especial não admitem a imputação de resultados a omissões, quando o risco é alheio ao omitente, quando o perigo não decorre do seu âmbito de organização pessoal”*,<sup>137</sup> sendo imprescindível a norma de equiparação no Parte Especial.

No entanto, pontua que, nos casos em que o próprio omitente cria um risco para o bem jurídico e se omite posteriormente – casos chamados de ingerência –, a depender do risco criado, a omissão posterior faz parte do âmbito de organização do omitente, desde que ele seja capaz de agir para interromper o resultado. Logo, é possível afirmar que um sujeito realizou o resultado pela omissão, de forma que a omissão está no mesmo patamar normativo da comissão e pode ser a ela equiparada independentemente de uma norma expressa nesse sentido.

A proposta de categorização dos deveres de garante de Bottini se assemelha à apresentada por Jakobs. Os riscos próprios se aproximam do que Jakobs define como riscos atrelados à violação de deveres organizacionais e ocorrem quando a esfera de organização própria do agente cria um risco para terceiros.<sup>138</sup> Essa criação de risco gera um dever de agir para manter o risco criado nos limites permitidos ou para transformar os riscos não permitidos em permitidos. A inatividade está associada ao risco não permitido decorrente de uma ação do sujeito e seu desvalor é equiparável ao da comissão, pois está fundamentado na ideia de não interferência danosa na esfera de outros.<sup>139</sup>

O autor reforça a importância dessa omissão posterior na definição da qualidade do crime ou de suas circunstâncias. O ponto fica claro ao se considerar os casos em que a omissão posterior transforma o risco permitido produzido pela ação anterior em risco não

---

<sup>136</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 112

<sup>137</sup> *Ibid.* p. 114

<sup>138</sup> *Ibid.* p. 117

<sup>139</sup> *Ibid.*

permitido,<sup>140</sup> tal como ocorre quando o motorista dirige de forma adequada, mas esquece de frear diante de uma faixa de pedestres. O mesmo se observa nos casos em que o dolo advém tão somente no momento da omissão.

Bottini também adota a concepção de que os membros da sociedade têm deveres de agir fundados no princípio da solidariedade.<sup>141</sup> Entretanto, o descumprimento de deveres institucionais não se equipara, no plano normativo, ao descumprimento dos deveres organizacionais, pois, em regra, as pessoas têm deveres derivados do próprio âmbito de organização, devendo evitar criar riscos para outras pessoas, de forma que o mandamento para agir diante de riscos alheios deve ser a exceção e necessita de uma norma de equiparação expressa.<sup>142</sup>

Adotando a teoria da imputação objetiva e ressaltando que existe uma relação de imputação hipotética – e não causal – entre a omissão e o resultado, à qual serão agregados os limites da possibilidade de agir e da existência do dever de garante, conclui que, diante do ordenamento jurídico brasileiro, o resultado será imputado à omissão se “(i) *existir um dever de garante, nos termos do art. 13, §2º, do CP*; (ii) *a inatividade manter um risco não permitido ou transformar um risco permitido em não permitido*; (iii) *a ação esperada for capaz de evitar o resultado* que (iv) *deve estar dentro do âmbito de abrangência da norma de cuidado violada*”.<sup>143</sup>

### 1.5.8 Proposta de Juarez Tavares

Juarez Tavares funda sua teoria a partir da compreensão de que a dogmática democrática é aquela voltada para a proteção da pessoa humana frente ao poder estatal. Nesse sentido, entende que a omissão e a ação são ontologicamente distintas, mas podem ser equiparadas no âmbito normativo, propondo que essa equivalência prevista no ordenamento jurídico brasileiro seja utilizada para limitar a imputação.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 118.

<sup>141</sup> *Ibid.* p. 119.

<sup>142</sup> *Ibid.* 121.

<sup>143</sup> *Ibid.* p. 141.

<sup>144</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 343.

A necessidade de equiparação, para o autor, está amparada, portanto, “*na assertiva de que a ordem jurídica não pode se desvincular de sua condição instrumental de defesa dos direitos fundamentais da própria pessoa*”.<sup>145</sup>

A interpretação da cláusula de equiparação na mencionada forma restritiva indica sua dupla função: “*a) estabelecer a necessidade de se diferenciar o injusto dos crimes omissivos daqueles dos delitos comissivos; b) exigir uma comprovação de que nos delitos omissivos impróprios a omissão corresponda à ação*”.<sup>146</sup>

O autor ensina que a legitimidade e a validade da norma mandamental estão ligadas ao significado social de sua aceitação.<sup>147</sup> Tendo em perspectiva que a violação da norma mandamental constitui o núcleo dos delitos omissivos,<sup>148</sup> o legislador não pode impor deveres não correspondentes ao juízo de valor da realidade social.

Partindo da necessidade de se assinalar a omissão como ato perlocucionário, esclarece que se tem que reconhecer que o sujeito orienta sua inatividade em sentido oposto aos objetos de referência estabelecidos pela norma.<sup>149</sup> Segundo Tavares, “*A interpretação do ato perlocucionário se satisfaz com a constatação de que a conduta devida não fora realizada e que com sua execução no tempo oportuno se teria evitado, antecipadamente, um resultado de perigo para o bem jurídico*”.<sup>150</sup> Ele conclui que, para além dos elementos que lhe imprimem sentido, a omissão pressupõe a voluntariedade da inatividade, sendo esses os pressupostos que permitem que o sujeito se oriente no mundo e possa cumprir com as imposições normativas.

Como visto, o professor adota a análise da estrutura normativa e da especial posição de garantidor como modo de diferenciar os delitos omissivos próprios dos impróprios. Os crimes omissivos impróprios estão referenciados a uma norma proibitiva e mandamental, bem como estão condicionados a qualidades específicas de um sujeito em posição de garantidor.<sup>151</sup>

A respeito do conteúdo da posição de garantidor, pondera que o conteúdo material dessa posição – normalmente assentado na especial posição de defesa de certos bens jurídicos e na responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo – tem que ser interpretado restritivamente a partir do critério formal, preservando-se o princípio da legalidade e atuando como limitação ao poder estatal.<sup>152</sup>

<sup>145</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 166.

<sup>146</sup> *Ibid.* p. 345.

<sup>147</sup> *Ibid.* p. 204.

<sup>148</sup> *Ibid.* p. 47.

<sup>149</sup> *Ibid.* p. 268.

<sup>150</sup> *Ibid.* p. 351.

<sup>151</sup> *Ibid.* p. 309.

<sup>152</sup> *Ibid.* p. 317

Assim, em referência às relações familiares, a questão da amplitude da posição de garante tem que ser analisada no caso concreto, tendo em perspectiva que a conduta devida deve estar vinculada à lesão de bens jurídicos do garantido e não de terceiros. Também no tocante às relações profissionais, devem ser analisados os limites da garantia no caso concreto. O autor esclarece, ainda, que, em face da responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo, *“Importa também considerar o comportamento da vítima, as circunstâncias concretas da produção do evento a partir dessas fontes e a impossibilidade de sua contenção”*.<sup>153</sup> Finalmente, esclarece que os perigos no caso de ingerência só podem transformar o agente em garante quando a atividade que os produziu tiver sido realizada de modo contrário ao dever.

Feitas essas considerações, conclui que o critério material se mostra insuficiente e deverá ser combinado com o critério formal, recordando que a previsão legal da posição de garante pode advir de normas penais, extrapenais e leis profissionais,<sup>154</sup> desde que sejam impostos tão somente os deveres de cuidado, proteção ou vigilância, assim considerados:

A obrigação de cuidado compreende tanto a atenção para com higiene, saúde ou alimentação, quanto com educação e instrução. O dever de proteção se refere ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade e, em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de vigilância diz respeito à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo.

Tavares explica que a responsabilidade penal por omissão não pode servir para sancionar fatos que só importam a outros ramos do direito, tampouco quando a solução de conflitos possa se dar com medida não penais, atentando-se, igualmente, ao princípio da subsidiariedade. Tendo em vista que a imputação da omissão tem por base a violação de uma proibição, o autor elenca os seguintes fundamentos para restringi-la:

A ação devida deve ser necessária e imprescindível para a evitar a lesão do bem jurídico ameaçado; b) o resultado não pode ser evitado por ação ou iniciativa da própria vítima, sem risco pessoal; c) a atuação devida do agente deve ser tomada imediatamente, sob pena de ocorrer a lesão do bem jurídico; d) a vítima não deve ter desistido, voluntariamente, da defesa do seu bem; e) trate-se de bem jurídico pessoal.<sup>155</sup>

<sup>153</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 318.

<sup>154</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 319.

<sup>155</sup> *Ibid.* p. 348.

O autor entende, ainda, que a real possibilidade de agir e a situação típica omissiva – a qual envolve todos os elementos que se associam à inatividade e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato – são os elementos integram o tipo dos delitos omissivos.<sup>156</sup>

Reconhecendo que a questão da causalidade não encontra uma solução definitiva, propõe a fórmula da causalidade funcional, segundo a qual a causalidade na omissão deve estar situada no âmbito da norma mandamental. De acordo com essa proposta, “*não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico*”.<sup>157</sup> Essa causalidade pode ser conferida *ex ante*, nos casos em que a norma não pode dispor de uma determinação de sentido, ou *ex post*, nos casos em que a realidade empírica apontar que a ação devida não poderia ter evitado o resultado.<sup>158</sup>

## 1.6 A previsão dos crimes omissivos impróprios no ordenamento jurídico brasileiro

A afirmação de que a omissão pode ser considerada como causa de um resultado tipificado como crime está prevista no art. 13, *caput*, do Código Penal: “*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*”.<sup>159</sup>

Segundo Heleno Fragoso, a previsão expressa no Código Penal a respeito da relação de causalidade é consequência do dogma causal, que preponderou por muito tempo na dogmática penal.<sup>160</sup>

No século XVIII, sob a influência do Direito natural, aprofundaram-se significativamente as teorias gerais. O Iluminismo conduziu a um tratamento laico e racional do Direito Penal. No século XIX, a ciência exerceu uma influência determinante do Direito Penal e, com Feuerbach, começa-se a ciência penal em sentido moderno. Posteriormente, em antagonismo à concepção clássica, surge a Escola Moderna, fundada por Franz von Liszt,

<sup>156</sup> *Ibid.* 355.

<sup>157</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 369.

<sup>158</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 369.

<sup>159</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

<sup>160</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

cujo objetivo era investigar as causas do delito a partir do método causal das ciências naturais e encontrar os meios para eliminá-las.<sup>161</sup>

A concepção clássica e a Escola Moderna influenciaram a formação dos ordenamentos jurídicos que seguem o sistema romano-germânico. No Brasil, apesar de estar atualmente quase superada pelo finalismo, a teoria causal-naturalista, iniciada pelo sistema Liszt-Beling, exerceu grande influência, em especial com os estudos de Nelson Hungria e Aníbal Bruno.<sup>162</sup>

A causalidade na omissão enfrenta, como visto, controvérsias quase que irresolúveis, mas é certo que a norma penal brasileira prevê expressamente que a omissão pode ser considerada como causa do resultado lesivo.

O § 2º, do art. 13, CP,<sup>163</sup> esclarece, por sua vez, em quais hipóteses a omissão poderá ser considerada como causa do resultado. A norma inicialmente indica que a omissão será penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado e, posteriormente, explicita que o dever de agir incumbe a quem: *i*) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, §2º, alínea a); *ii*) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (art. 13, §2º, alínea b); e *iii*) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, §2º, alínea c).

O § 2º, do art. 13, CP, é, portanto, a cláusula geral de equiparação, que expõe as hipóteses nas quais o agente tem a obrigação de agir, de forma que sua omissão pode ser equiparada à ação para fins de imputação do tipo penal, desde que respeitado o limite ontológico consistente na capacidade de agir.

### 1.6.1 A imprescindibilidade da cláusula de equiparação

Conforme mencionado, no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a cláusula expressa de equiparação da ação à omissão prevista no art. 13, do Código Penal, de forma que, ao menos em seu aspecto formal, está resguardado o princípio da legalidade.<sup>164</sup> A norma geral

<sup>161</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11ª ed. 4ª ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p.105. p. 2.

<sup>162</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 53.

<sup>163</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

<sup>164</sup> Zaffaroni alerta que a inserção nos ordenamentos jurídicos de cláusulas de equiparação não supera a questão da inconstitucionalidade, porque são apenas indicações habilitadoras da própria construção analógica dos tipos penais, de modo que “A analogia não deixa de ser analogia porque a lei a habilitou e apontou critérios para seu exercício, porque toda analogia legal sempre foi habilitada e foram apontados critérios (o sentimento do povo, a

em questão possibilita a imputação de crimes de resultado previstos na Parte Especial a condutas omissivas, desde que preenchidos os elementos típicos.

O respeito ao princípio da legalidade é imprescindível em um Estado Democrático de Direito e está consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, II: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.<sup>165</sup> Esse princípio é de tamanha importância que esteve consagrado em todas as constituições brasileiras, desde a Constituição Imperial de 1824, até mesmo na Constituição de 1967, proclamada durante o período da ditadura militar.

O legislador interno buscou inserir o referido princípio também no Código Penal, prevendo em seu art. 1º que: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal*”.<sup>166</sup> Uma vez que a previsão do princípio da legalidade se encontra tanto na Carta Magna, quanto no Código Penal, trata-se de uma regra que não pode ser flexibilizada. Além disso, esse princípio está acoplado ao princípio da transparência das normas penais, fundamental à democracia, “*o qual possibilita que seus destinatários possam não apenas conhecer o significado e os limites do lícito e do ilícito, mas também de poder formular juízos acerca da previsibilidade de seus efeitos*”.<sup>167</sup> Nesse sentido, são corolários do princípio da legalidade os postulados da taxatividade, da proibição do uso de analogia, da proibição de retroatividade de lei penal menos benéfica e da exigência de uma lei criminalizadora escrita.

A lei penal deve ser suficientemente clara e restritiva para que os cidadãos possam conhecer os limites do ilícito, de modo a formular juízos a respeito das suas condutas e seus efeitos, concedendo-se, portanto, segurança para que o indivíduo possa conformar seus atos de acordo com a norma. Por tais razões, o “*Direito penal deve exigir dos legisladores o maior esforço de precisão semântica: o juiz deve exigir a máxima taxatividade legal, ou seja, não a simples legalidade, mas a legalidade estrita*”.<sup>168</sup>

É importante lembrar que, em função do caráter descontínuo e sancionador da legislação penal, a criminalização é excepcional, o que tem como resultado, além do princípio

---

ditadura do proletariado, etc.). ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 448.

<sup>165</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

<sup>166</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

<sup>167</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. p. 78.

<sup>168</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2021. p. 107.

do *in dubio pro reo*, que a regra deve ser a interpretação mais restritiva da punibilidade, dentre de todas as possibilidades de interpretação admitidas pela literalidade da lei.<sup>169</sup>

Assim sendo, a imputação dos delitos omissivos impróprios não pode prescindir de uma cláusula de equiparação suficientemente clara no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da sofisticação dos argumentos apresentados, notadamente pela doutrina alemã, para fundamentar a imputação de crimes comissivos a condutas omissivas ou para compreender a existência de crimes omissivos autônomos e implícitos a partir dos enunciados comissivos, sem a necessidade de uma cláusula de equiparação, não parecem ser viáveis tais proposições, sob pena de relativização indevida do princípio da legalidade.

No entanto, mostra-se pertinente a conclusão de Pierpaolo Bottini, no sentido de que, nos casos de ingerência – ou seja, nos casos em que uma ação precedente cria o risco de lesão para o bem jurídico, a qual não é evitada em razão de uma omissão posterior –, não é necessária a cláusula geral de equiparação,<sup>170</sup> uma vez que o processo causal que culminou no resultado lesivo foi iniciado pelo sujeito, logo, pode-se dizer que ele causou o resultado. Da mesma forma que nos crimes comissivos em geral, imputa-se o resultado ao agente por ter criado o risco não permitido que culminou no resultado típico.

### 1.6.2 A tipicidade dos delitos omissivos impróprios

Ainda que os delitos omissivos impróprios não estejam previstos na Parte Especial, pode-se demonstrar os elementos caracterizadores do tipo legal. Como visto, no âmbito normativo, de acordo com o art. 13, *caput*, CP, a ação e a omissão possuem um denominador comum consistente em que ambas são formas de ofender o bem jurídico tutelado. Valendo-se da explicação de Heloisa Estellita, “*Em uma delas, há a criação do risco por meio de um movimento corporal; na outra há um dever de atuar como meio de proteção de bens jurídicos ameaçados e o desatendimento a esse dever por meio da falta de prática da ação legalmente*

<sup>169</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2021. p. 108.

<sup>170</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 114.

*devida*”.<sup>171</sup> Ainda que ambas as condutas estejam abrangidas pelo mesmo juízo de reprovação, é evidente que são distintos os correspondentes pressupostos da punibilidade.

Em relação aos delitos omissivos impróprios, tem-se uma inatividade, correspondente a uma infração de um dever de agir, que terá como consequência a realização de um resultado. É certo que a discussão acerca da existência ou não de resultado em todas os delitos é extremamente controvertida e não se busca adentrar nesse ponto, sendo suficiente analisar, nesse momento, a relação entre conduta e lesão ao bem jurídico tutelado.

Adotando-se a concepção de que toda conduta penalmente relevante é um ato perlocucionário,<sup>172</sup> torna-se necessária a constatação de que a conduta devida não fora realizada e que, caso tivesse sido oportunamente realizada, teria evitado o resultado perigoso ao bem jurídico.

Ademais, em relação à omissão imprópria, os pressupostos do tipo objetivo predominantemente atribuídos pela doutrina para a imputação do resultado ao omitente garantidor são e que devem ser comprovados são: (i) a situação típica; (ii) a omissão de uma ação exigida para evitar o resultado; (iii) a possibilidade de agir; (iv) a causalidade; (v) a imputação objetiva; (vi) a posição de garantidor.<sup>173</sup> A tipicidade necessita, ainda, do exame dos elementos subjetivos, ou seja, da existência de dolo ou culpa, caso haja a previsão de crime culposos.

A situação típica envolve todos os elementos que estão associados com a inação e que fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato com relação ao resultado perigoso. Existe, portanto, uma situação típica que fundamenta o dever de agir.<sup>174</sup> A partir da situação fática que faz surgir o dever de evitar o resultado perigoso, o segundo pressuposto é a omissão dessa ação determinada e exigida que, dentro dos limites da certeza, teria evitado o resultado, caso tivesse sido praticada no momento oportuno.<sup>175</sup>

Como bem pontua Zaffaroni, o núcleo do tipo objetivo é a exteriorização de uma conduta diversa da ordenada, uma vez que, se existir uma conduta com a finalidade ordenada,

---

<sup>171</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 77.

<sup>172</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 351.

<sup>173</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 77.

<sup>174</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 353.

<sup>175</sup> *Ibid.* p. 352.

não poderá se cogitar a ocorrência de uma omissão dolosa, podendo-se cogitar omissão culposa, caso seja prevista em lei.<sup>176</sup>

A possibilidade de agir, também chamada de real possibilidade de atuar, está relacionada a uma ação determinada e ao sujeito que esteja legalmente obrigado a praticá-la. A doutrina dominante considera que a possibilidade de atuar deve envolver a possibilidade física do omitente. Juarez Tavares, por outro lado, considera que ela deve englobar a capacidade individual de realizar a conduta determinada pela norma, “*ou seja, a capacidade de pagar, a capacidade de fazer pessoalmente, a capacidade de prestar informações etc*”,<sup>177</sup> posição que parece correta.

A causalidade na omissão é certamente uma das questões mais controversas da matéria. Zaffaroni alerta que não existe nexo de causalidade na tipicidade omissiva, existindo apenas um nexo de evitação, de modo que “*A tipicidade objetiva sistemática omissiva requer que o agente não tenha realizado a ação que poderia interromper a causalidade que provocou o resultado*”.<sup>178</sup>

Tavares pontua que as modernas concepções, como a formulação da termodinâmica e o princípio da indeterminação, acentuaram a crise da causalidade, gerando uma incerteza sobre a existência ou não de uma lei natural que possa regulá-la. Nesse sentido, conclui que, tendo em vista que a causalidade, segundo critérios empíricos, é apenas provável<sup>179</sup> e, segundo a posição neokantiana, é normativa e não real, toda teoria causal é falha.

A proposição do autor de uma já mencionada causalidade funcional, em conformidade com o Código Penal brasileiro, parece ser a solução adequada. Parte-se, assim, do pressuposto de que a causalidade da omissão deve estar situada no âmbito da norma mandamental, logo a afirmação prevista no Código Penal de que a omissão pode ser causa tem sentido quando analisada dentro da norma mandamental, analisando os limites da ação mandada e o sentido da atividade devida.<sup>180</sup>

O que interessa na chamada causalidade da omissão é a determinação, com probabilidade dentro dos limites da certeza, de que o resultado não ocorreria. Por isso, “*não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da*

---

<sup>176</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 444.

<sup>177</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 353.

<sup>178</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. p. 446.

<sup>179</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 363.

<sup>180</sup> *Ibid.* p. 367.

*lesão do bem jurídico*”.<sup>181</sup> Reprisa-se que referida causalidade pode ser analisada *ex ante*, quando a situação demonstra que a norma não possa dispor de uma determinação de sentido, assim com *ex post*, quando a realidade empírica demonstrar que a ação não poderia impedir o resultado.<sup>182</sup> A realidade empírica deve ser analisada de acordo com o confronto dos dados objetivos com as exigências do tipo legal.

As teorias que buscam esclarecer os fundamentos da posição de garantidor foram analisadas no último tópico. Como visto, o Código Penal brasileiro enumera as fontes do dever de agir, diferentemente, por exemplo, do StGB alemão, que exige uma correspondência entre ação e omissão quando o agente deva responder pela não produção do resultado, prevendo a possibilidade de redução da pena por omissão, sem descrever as fontes desse dever.<sup>183</sup>

Segundo a previsão normativa brasileira, o dever de agir incumbe a quem: i) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, §2º, alínea a); ii) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (art. 13, §2º, alínea b); e iii) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, §2º, alínea c). O dispositivo, do seu *caput* até o 2º, estabelece pressupostos causais (a omissão como causa do resultado), ontológicos (capacidade de agir) e normativos (dever de garantidor) do tipo penal.

Poderia parecer, a princípio, que a alínea “a” consagra a teoria dos deveres formais, a qual compreende ser suficiente para fundamentar posição de garantidor a mera previsão de dever em uma norma extrapenal. Como visto, o defeito central dessa posição é a ausência de critério material penal para explicação e legitimar a aplicação de uma norma penal em razão do descumprimento de uma um dever extrapenal, violando o princípio da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade.<sup>184</sup> Essa teoria foi amplamente rejeitada pela doutrina e superada por teorias que buscaram um substrato material para o dever de garantidor.

Deve-se manter em perspectiva, inicialmente, que os deveres legais, em um Estado Democrático de Direito, estão submetidos à verificação de sua validade e legitimidade, sendo necessário um substrato material para sua previsão. Ademais, apesar de a posição de garantidor ter que ter previsão legal, não terá origem em normas extrapenais, mas em normas

---

<sup>181</sup> *Ibid.* p. 369.

<sup>182</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 369.

<sup>183</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 79.

<sup>184</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 83.

penais que fundamentem o dever de agir para evitar o resultado. Assim, a punibilidade da violação desse dever “*deverá atender ao princípio da legalidade, ou seja, estar definida como crime, o que é feito mediante a combinação entre um tipo legal de crime e a norma do art. 13, §2º, CP, formando, assim, a norma incriminadora omissiva imprópria*”,<sup>185</sup> além do mencionado fundamento material decorrente do princípio da igualdade.

A previsão do art. 13, §2º, b, CP, da assunção de responsabilidade faz menção à devida necessidade de fundamento material da posição de garante. Apesar de ser insuficiente para criar a posição de garantidor, a valoração meta-jurídico-penal delimita e restringe o âmbito dos deveres jurídicos-penais que podem existir,<sup>186</sup> de forma que “*ao fim e ao cabo, o que fundamenta a posição de garantidor é a assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico*”.<sup>187</sup>

Como visto, há diversas propostas a respeito da fundamentação material para equiparação da omissão à ação para fins de responsabilização penal. Pode-se dividi-las em dois principais grupos: a) do domínio ou controle sobre os fundamentos do resultado, da forma inicialmente proposta por Schünemann; e b) das competências organizativas e institucionais, inicialmente proposta por Jakobs e adotada no Brasil por Bottini, com as diferenças pontuadas quando da análise de sua obra.

É possível identificar uma aproximação entre as posições de garante decorrentes do princípio da autonomia, quais sejam a responsabilidade por uma fonte de perigo e a responsabilidade pelas competências organizativas. Da mesma forma, há uma aproximação entre as posições de garante decorrentes de espaços institucionais ou de um dever de solidariedade, quais sejam as posições em razão de deveres de proteção de certos bens jurídicos e as posições de garantidor oriundas de competências institucionais.

No entanto, parece correta a conclusão de Heloisa Estellita, no sentido de que o critério das competências, de base normativa, carece de clareza e pode conduzir a uma indevida amplitude das posições de garante na sociedade cada vez mais regulada. Por outro lado, o critério do domínio sobre o fundamento do resultado, desde que respeitados os critérios normativos, oferece respostas mais claras, sendo necessário, em qualquer hipótese, a assunção fática pelo sujeito com o dever de agir do compromisso de conter os riscos ou de

---

<sup>185</sup> *Ibid.* p. 84.

<sup>186</sup> SCHÜNEMMAN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 270.

<sup>187</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 88.

atuar na proteção do bem jurídico tutelado.<sup>188</sup> Necessária, assim, uma conjugação dos critérios formais com os materiais para verificar a subsistência do dever de agir.

Identificados os referidos pressupostos objetivos, com a decorrente e imprescindível análise a respeito do caráter material do dever de garante no caso concreto,<sup>189</sup> faz-se necessário o exame acerca da existência dos pressupostos subjetivos do tipo, qual sejam o dolo ou a culpa, caso haja a previsão legal do tipo culposos.

O presente trabalho procura aprofundar na análise do dolo, para verificar como esse elemento típico tem contribuído, ou não, para a ampliação da imputação dos crimes omissivos impróprios e, conseqüentemente, para a crise dogmática. Para tanto, é necessário esclarecer a evolução da dogmática do dolo e como as teorias propostas nas últimas décadas podem ser adaptadas aos delitos omissivos impróprios. O próximo capítulo se dedicará à análise dos elementos do dolo na teoria do delito, para possibilitar a averiguação da transposição de tais teorias para a omissão imprópria no capítulo 3.

---

<sup>188</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 95.

<sup>189</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 318.

## 2 O DOLO NA DOGMÁTICA PENAL

### 2.1 Considerações preliminares

As divergências a respeito do papel e dos fundamentos dos elementos subjetivos são notórias na dogmática penal e estão longe de chegar a um ponto de convergência, sendo sintomática a colocação de Mir Puig de que o debate mais relevante do último século se centrou no papel do objetivo e do subjetivo no conceito de delito.<sup>190</sup> É inegável, por outro lado, a influência das inovações na teoria geral do delito na forma como os elementos subjetivos são tratados pela doutrina e pela legislação nacional.

A principal discussão que prevaleceu na primeira metade do século XX foi justamente a disputa em torno da natureza causal ou final da conduta humana e, consequentemente, sobre o desvalor da conduta ou do resultado como predominante. Como explica Joffily, enquanto as teorias objetivas entendem que *“o centro da gravidade do delito está fundado na afetação de bens ou interesses relacionados ao indivíduo, funcionando a atitude interior do agente apenas como critério de imputação pessoal do resultado lesivo”*, as teorias subjetivas preceituam que *“o fundamento do injusto está centrado na própria violação da norma de conduta, de modo que é a atitude interior contrária ao dever, e não as consequências lesivas da ação, que assume papel de destaque na incriminação”*.<sup>191</sup>

Passa-se então a pontuar a brevemente a evolução da dogmática penal no tocante à teoria geral do delito para a melhor compreensão de como as revoluções científicas resultaram

---

<sup>190</sup> PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, 1994. p. 81.

<sup>191</sup> JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2018.

no panorama atual, para então prosseguir especificamente na análise das teorias do dolo que partem dessas premissas.

## **2.2 Contraposições entre os sistemas causal-naturalista, finalista, social e racional-final ou teleológico (funcional)**

As primeiras tratativas de sistematização do delito o compreendiam pela perspectiva bidimensional: a dimensão objetiva, que se tratava tão somente do acontecimento externo e a dimensão subjetiva, que estava reservada à análise da culpabilidade.<sup>192</sup> Com a contribuição do finalismo de Welzel, os elementos subjetivos deslocaram-se da culpabilidade ao tipo penal, separando-se em dolo ou culpa, a última com caráter puramente normativo. Posteriormente, já no final do último século, surgiram as teorias que buscaram criar um sistema racional-final, também chamado de teleológico ou funcional do Direito Penal.

### **2.2.1 O sistema clássico do delito**

O sistema causal-naturalista, ou sistema Liszt-Beling, dominante no início do século XX, representou a primeira tentativa de se elaborar uma teoria do delito, sendo que o conceito de tipo foi criado por Ernst Beling, no ano de 1908,<sup>193</sup> ponto que talvez tenha sido a maior contribuição da teoria. A concepção do tipo constituiu uma revolução no Direito Penal, de modo que todas as posteriores construções sistemáticas partem desse pressuposto.<sup>194</sup>

Sob a influência das ciências naturais e do positivismo, a ação humana foi resumida ao “*mero acontecer natural-externo, como simples causa ou não evitação voluntária de modificação do mundo externo*”.<sup>195</sup> O movimento corporal era o centro da atenção dessa teoria, a qual retirava os componentes psíquicos do agente da análise da voluntariedade, de modo a criar um sistema simples, lógico e comprovável empiricamente.

<sup>192</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 46

<sup>193</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 196.

<sup>194</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 150.

<sup>195</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 47.

Esse sistema se embasava na hipótese de que o injusto seria a parte externa do delito, enquanto a culpabilidade seria a parte interna. Os elementos objetivos do feito punível pertenceriam ao tipo e a antijuridicidade, ao passo que os elementos subjetivos ficariam adstritos à culpabilidade.<sup>196</sup> Esse é o denominado conceito psicológico de culpabilidade.

Valendo-se da síntese de Juarez Tavares, no sistema causal, “*o tipo tem uma característica marcante, que é a de ser compreendido como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal e no qual representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado*”,<sup>197</sup> resultado esse que deve estar em todos os delitos, inclusive nos delitos formais e nos delitos omissivos.

Nessa concepção, o dolo era, geralmente, formulado como a vontade e a decisão do agente de realizar o fato consciente de sua ilicitude, motivo pelo qual se poderia motivar a maior reprovabilidade da conduta na ponderação da culpabilidade. Exigia-se, portanto, além do conteúdo psicológico do dolo, a consciência da ilicitude do comportamento – apesar de alguns autores a dispensarem –, abrindo-se a possibilidade do erro de direito.

No período entre guerras, começaram a surgir outros modelos que não o científico puramente causal. Conforme explicita Joffily, “*Uma corrente filosófica ligada à Escola sudocidental alemã resgatou a proposta metodológica de Kant, propondo uma rígida separação ente ciências da natureza e as ciências do espírito*”.<sup>198</sup> Com essa influência, foram sendo inseridos elementos valorativos na teoria do delito por penalistas alemães.

Roxin pontua que a decadência da teoria causal-naturalista foi iniciada pelo sistema neoclássico. A reestruturação foi motivada pelo reconhecimento de que o injusto não é sempre explicável por elementos objetivos, bem como de que a culpabilidade não pode se basear exclusivamente nos elementos subjetivos, sendo necessária a constatação da existência de elementos subjetivos de injusto, ponto que pode ser atribuído a Fischer e Hegler.<sup>199</sup>

Uma das obras mais significativas desse período foi o trabalho de Edmund Mezger, que manteve o conceito causal de ação, mas acrescentou o conteúdo valorativo às categorias da tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade.<sup>200</sup> No entanto, apenas com a teoria finalista do injusto pessoal de Welzel é que as normas de valoração e de determinação passaram a ser identificadas no âmbito do injusto penal.

<sup>196</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 198.

<sup>197</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 150.

<sup>198</sup> JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. p. 32.

<sup>199</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 198.

<sup>200</sup> JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. p. 34.

### 2.2.2 A teoria finalista da ação

No período pós-guerra, surge, com Hans Welzel, a teoria final da ação, que entende como essência da ação a afirmação de que o agente controla o curso causal dirigido a um objetivo a partir da antecipação mental de vontade e da seleção dos meios, de forma que o agente age com uma finalidade específica.

Welzel pontuou que, com o descobrimento dos elementos subjetivos do injusto, especialmente com a constatação de que em muitos tipos penais era impossível a concepção de um injusto puramente objetivo, produziu-se uma profunda fissura na separação até então clara entre o externo e o interno.<sup>201</sup>

O autor defendeu que na tentativa não se mostra possível a constatação de qual tipo ocorreu sem se atentar à decisão subjetiva do autor. O exemplo utilizado é o de que, se alguém dispara uma arma de fogo e o projétil passa perto de outra pessoa, não há como saber, objetivamente, se esse processo causal seria uma tentativa de homicídio, uma tentativa de lesão corporal ou apenas um disparo de arma de fogo em local não autorizado. Nesse caso, seria imprescindível, portanto, a análise do dolo do agente, concluindo o professor que, se o dolo pertence ao tipo penal, e não apenas à culpabilidade, na tentativa, deve ser conservada a mesma função quando a tentativa passa ao estado de consumação.<sup>202</sup>

A partir disso, “*O dolo, cujo caráter de elemento configurador objetivo da ação tornou-se manifesto na doutrina da ação finalista, é um elemento essencial do conceito do injusto*”.<sup>203</sup> Assim, criou-se a teoria do injusto pessoal, uma vez que o injusto não se esgota na causação do resultado externo desligado do autor, mas sim que a ação é antijurídica somente como obra de um autor determinado, tendo Welzel indicado que “*A antijuridicidade é sempre a desaprovação de um feito a um autor determinado. O injusto é o injusto da ação referida ao autor, é ‘injusto pessoal’*”.<sup>204</sup>

O autor compreendia que o tipo objetivo é o núcleo real-material do delito, é a ação, normalmente unida à lesão ou ao perigo de lesão de um bem jurídico, agregada, ainda, a depender do caso, dos meios especiais e das modalidades especiais da ação. Já o dolo era

<sup>201</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11ª ed. 4ª ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p.105.

<sup>202</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11ª ed. 4ª ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p.105.

<sup>203</sup> *Ibid.* p. 107.

<sup>204</sup> *Ibid.*

compreendido como tendo duas dimensões: a vontade de realizar a ação típica e a vontade capaz da realização do tipo. O dolo teria um aspecto intelectual, o qual compreende o conhecimento atual das circunstâncias objetivas do tipo, e o aspecto volitivo, compreendido como a vontade incondicionada de realizar o tipo. É certo que há ações não dolosas, que são aquelas em que a vontade da ação não está orientada à realização do tipo, tal como ocorre nos delitos culposos.

Apesar de as teorias modernas, na maioria dos casos, rechaçarem a teoria final da ação, fundamentando-se majoritariamente na impossibilidade de a concepção ontológica da ação ser vinculante para um sistema penal fundado em decisões valorativas e em desajuste aos delitos culposos e omissivos, elas adotam sua consequência dogmática mais relevante, qual seja a inserção do dolo – ainda que com compreensões diversas sobre os elementos que o compõe – ao tipo subjetivo.<sup>205</sup>

### 2.2.3 A teoria social da ação

Os autores da teoria social divergem quanto ao conteúdo do tipo, partindo, porém, da análise da conduta enquanto ação social. Wessels, um de seus principais expositores, compreendeu que a ação, dentro da acepção do Direito Penal, é aquele comportamento socialmente relevante dominado, ou dominável, pela vontade humana. Socialmente relevante, de acordo com o autor, é o comportamento que afeta as relações do indivíduo com o mundo ao seu redor e que pode sofrer um juízo valorativo acerca das consequências no âmbito social.<sup>206</sup>

A partir disso e indicando o bem jurídico como fundamento e ponto de partida para a criação dos tipos, assinala que o tipo contém os requisitos mínimos da punibilidade que caracterizam o delito e determinam o conteúdo desse injusto.<sup>207</sup> Uma vez que a ação socialmente relevante é dirigida ou dirigível a determinado objetivo, o tipo segmenta-se em tipo objetivo e tipo subjetivo e distingue-se, de acordo com o sentido da atividade, em tipos dolosos, culposos e omissivos.

<sup>205</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 202.

<sup>206</sup> WESSELS, Johannes. *Derecho penal y su estructura*. 46ª ed. Trad. Raúl Pariona Arana. Instituto Pacífico, 2018. p. 60

<sup>207</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 69

Apesar de compreender que os elementos subjetivos fazem parte do tipo, especialmente nos chamados delitos de intenção, Wessels entendeu que o dolo teria uma dupla função: forma de comportamento, como sentido jurídico-social da ação, compreendendo as relações psíquicas do autor com a ação exterior, e forma de culpabilidade, como desvalor da atitude interna.<sup>208</sup>

Jescheck também sustentou que o tipo deve abarcar todos os elementos que fundamentam o conteúdo material de injusto da conduta punível, ou seja, o sentido da proibição nos aspectos do desvalor da ação e do desvalor do resultado.<sup>209</sup> O modelo de delito básico por ele apresentado é o doloso, composto basicamente pela antijuridicidade e culpabilidade, sendo o tipo um indício da antijuridicidade.

#### 2.2.4 O sistema racional-final ou teleológico, ou funcional

A partir da década de 1970, começaram a surgir tentativas de criar um sistema denominado racional-final ou teleológico, ou ainda funcional. Esses autores rechaçam o finalismo e compreendem que a formação de um sistema jurídico penal deve se vincular apenas às finalidades do Direito Penal, não podendo se guiar por realidades ontológicas antecedentes.<sup>210</sup>

Tendo como ponto de partida as premissas neokantianas, Roxin é um dos grandes expoentes da teoria funcionalista, defendendo a função do Direito Penal de proteção subsidiária dos bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva. O professor alemão faz duras críticas ao conceito final de ação.

Ele entende que uma definição de ação deve necessariamente ter uma natureza específica jurídico-penal e vinculada à lei, o que não ocorre na teoria da ação final, ao empregar um conceito de ação pré-jurídico, bem como compreende que os diversos conceitos de ação são irrelevantes na prática penal.<sup>211</sup>

A teoria da imputação objetiva indica, em apertada síntese, que um efeito provocado por um agente somente pode ser a ele atribuído e somente pode ser considerado consumado: i) quando a atuação desse agente tenha criado um risco ilícito para o objeto da atuação; ii)

<sup>208</sup> *Ibid.* p. 82

<sup>209</sup> JESSECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I.* 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico, 2014. p. 362.

<sup>210</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito.* Editorial Civitas, 1997. p. 203.

<sup>211</sup> ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible 1. Acción e imputación objetiva.* 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 80/82.

quando o risco tenha sido realizado em um efeito concreto e *iii*) quando o efeito se encontra dentro do âmbito de alcance dos feitos.<sup>212</sup>

O próprio Roxin considera que sua teoria apresenta maior relevância prática na determinação do delito culposos, mas é significativa também nos delitos dolosos, anotando que a atribuição objetiva se embasa em fatores objetivos e subjetivos.<sup>213</sup> Um exemplo dado pelo autor é que a verificação da existência de um risco ilícito se dá pela análise da postura que uma pessoa prudente teria adotado antes da realização do resultado, a partir dos conhecimentos do autor do fato.

### 2.3 A classificação clássica do dolo

A partir da breve rememoração realizada, pode-se constatar a influência da teoria finalista na concepção dos componentes cognitivo, também chamado de intelectual, e volitivo do dolo. O Código Penal brasileiro, em seu art. 18, I, é claro ao prever que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

A doutrina brasileira repercute majoritariamente essa percepção da duplicidade de componentes do dolo. Magalhães Noronha concluiu que “*Dolo é vontade e representação do resultado, mas, igualmente, é ciência de oposição ao dever ético-jurídico*”.<sup>214</sup> Nelson Hungria apontou que “*Dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade*”,<sup>215</sup> enquanto Heleno Fragoso indicou que “*Dolo é consciência e vontade da realização da conduta típica*”.<sup>216</sup> Juarez Cirino dos Santos indica que “*O dolo é a vontade consciente de realizar um crime*”, esclarecendo que o dolo é “*composto de um elemento intelectual (consciência, ou representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, ou energia psíquica), como fatores formadores de ação típica dolosa*”.<sup>217</sup>

<sup>212</sup> ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible 1. Acción e imputación objetiva*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 259.

<sup>213</sup> *Ibid.* p. 272

<sup>214</sup> MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. *Direito Penal Volume I. Introdução e Parte Geral*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo, Editora Saraiva, 1979. p. 154.

<sup>215</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 109

<sup>216</sup> *Ibid.* p. 534.

<sup>217</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 151.

Apesar das diferentes interpretações, o conhecimento (elemento cognitivo) e a vontade (elemento volitivo) podem ser observados como as bases da imputação subjetiva dolosa. Para imputar-se uma conduta dolosa a um indivíduo, é necessária a comprovação de ambos os elementos, de modo a diferenciar o dolo da culpa. No entanto, a principal discussão doutrinária acerca do conteúdo do dolo é justamente a definição do que efetivamente configuraria o conhecimento do agente e do que configuraria sua vontade, ou querer, bem como a forma como esses elementos poderiam ser provados no caso concreto.

Inicialmente, recorda-se que esses elementos devem ser observados a partir de uma conduta. A mera cogitação ou planejamento interno não podem ser objeto de análise pelo Direito Penal. Mostra-se lógico que se verifique, em primeiro lugar, o conhecimento do agente para, então, avaliar-se sua vontade, tendo em perspectiva que, caso o indivíduo mantenha uma percepção equivocada das circunstâncias, sua vontade estará maculada. Alguém que acredite estar diante de uma arma de brinquedo não pode ser acusado de tentativa de homicídio ao dispará-la acidentalmente em direção a um transeunte. Nesse sentido, o Código Penal prevê, em seu art. 20, que “*O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei*”.<sup>218</sup>

O conhecimento atual exigido para a imputação da conduta dolosa não é o conhecimento jurídico e científico dos elementos do tipo, mas sim o conhecimento que possibilite ao autor orientar sua vontade. Sobre o ponto, Juarez Cirino esclarece:

A delimitação do objeto do conhecimento – portanto, do alcance do dolo – requer alguns esclarecimentos: a) os elementos descritivos do tipo legal (homem, coisa etc.), existentes como realidades concretas perceptíveis pelos sentidos, devem ser representados na forma de sua existência natural; b) os elementos normativos do tipo legal (coisa alheia, documento etc.), existentes como conceitos jurídicos empregados pelo legislador, devem ser representados conforme seu significado comum, segundo uma valoração paralela ao novel do leigo – e não no sentido da definição jurídica respectiva, porque, então, somente juristas seriam capazes de dolo.<sup>219</sup>

Constatado o conhecimento do agente, deve-se proceder à verificação de sua vontade. O elemento volitivo é o que permite verificar a realidade psíquica do agente e sua transposição ao mundo jurídico. É esse elemento que indica o querer em relação ao resultado típico.

No entanto, tem-se que a vontade do agente no que concerne ao resultado típico e/ou aos meios que desbordam no resultado típico não se apresenta sempre com a mesma

<sup>218</sup> BRASIL. *Código Penal*. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

<sup>219</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 152.

intensidade, falando-se em vontade escalonada. Dentro da sistematização romano-germânica, essa diferença de intensidade da vontade permite que o dolo seja comumente dividido em dolo de primeiro grau, dolo de segundo grau e dolo eventual, não obstante notáveis proposições de um conceito unitário de dolo, tal como sustenta Puppe.<sup>220</sup>

Como visto, a legislação brasileira prevê apenas o dolo direto e dolo eventual, mas é certo que nem sempre as expressões “querer o resultado” e “assumir o risco” são suficientes para afirmar a existência de dolo direto ou de dolo eventual. Para fins da tipificação do crime como doloso, muitas vezes pode parecer irrelevante se o dolo do agente é direto ou eventual, uma vez que, de qualquer forma, a conduta estará abarcada pelo art. 18, I, CP. No entanto, no âmbito da tipicidade, a diferenciação tem manifesta relevância nos casos em que o legislador exige uma motivação específica do agente para configuração do crime, bem como é importante para possibilitar a distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

A análise das questões mais problemáticas referentes ao dolo eventual, principal ponto de divergência da doutrina e que tem graves reflexos na jurisprudência, será aprofundada quando do estudo das teorias do dolo, no entanto, cumpre proceder a um breve exame das modalidades de dolo atinentes à tradicional classificação tripartida.

De forma sintética, pode-se compreender, dentro da perspectiva clássica, que: (i) o dolo direto de primeiro grau corresponde à vontade de realizar a ação ou o resultado típico, (ii) o dolo direto de segundo grau compreende os meios da ação e as consequências certas ou prováveis, e (iii) o dolo eventual corresponde à decisão pela possível lesão do bem jurídico, apesar de não ser esse o objetivo do agente.<sup>221</sup>

O dolo direto de primeiro grau abarca o resultado típico como a finalidade e é também chamado de dolo imediato<sup>222</sup> ou dolo intencional. Ele é constatado quando o agente quer realizar os elementos do tipo penal, ainda que o resultado seja a etapa necessária ao fim que se busca, não seu objetivo principal. Exemplifica-se com o caso de um indivíduo que resolve matar seu único concorrente para conseguir uma vaga emprego. Seu objetivo é conseguir a oportunidade profissional, mas compreende o homicídio como etapa necessária a ser perpetrada. Em outras palavras, *“Há perfeita sintonia entre os elementos descritos no tipo objetivo, a representação do agente e a finalidade da conduta ou a realidade do tipo deve ser*

<sup>220</sup> PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. introd. e notas Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004.

<sup>221</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 155.

<sup>222</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 405.

*a razão pela qual o autor pôs em marcha o curso causal*".<sup>223</sup> É importante esclarecer que, quando se queira um fim, ainda que não se tenha certeza da ocorrência do resultado em decorrência dos meios escolhidos, estará configurado o dolo direto.

O dolo direto de segundo grau, também chamado de mediato ou de dolo das consequências necessárias, compreende que o resultado seja uma consequência necessária dos meios escolhidos, os quais devem estar abarcados pela vontade, assim como o resultado.<sup>224</sup> Um exemplo comum é o de quem coloca um explosivo em um ônibus para matar apenas um passageiro, não obstante isso vá ocasionar a morte dos outros passageiros e dos funcionários do meio de transporte público.

Já o dolo eventual, igualmente denominado de dolo indireto ou condicionado, consiste em querer os meios e aceitar o resultado como possível. Um exemplo é o do motorista que resolve apostar uma corrida de carros, prática popularmente chamada de "racha", em uma cidade movimentada e em um bairro com diversas escolas. Aqui o resultado apresenta-se como possível, enquanto no dolo direto de segundo grau o resultado é necessário, sendo, em ambos os casos, irrelevante se o agente deseja ou não o resultado.

A separação do dolo em espécies, notadamente em relação ao dolo eventual, é de suma importância para a verificação de sua conformação com a imputação de crimes omissivos, o que será retomado de forma crítica no próximo capítulo.

É pertinente anotar, ainda, que o dolo deve ser constatado no momento em que o agente põe em marcha a realização da conduta típica. A alteração de vontade estritamente psicológica do agente após o início da conduta não retira seu caráter doloso e a concordância, aceitação ou aprovação de eventual resultado posterior decorrente de ação culposa não tem o condão de torná-la dolosa.<sup>225</sup>

Observa-se que a doutrina majoritária parte do pressuposto de que o elemento volitivo do agente é o meio que possibilita a diferenciação entre dolo e culpa. Estabelecidos os principais pontos do clássico tratamento da conduta dolosa e os termos prescritos pela legislação nacional, torna-se possível adentrar às teorias do dolo, pontuando as principais percepções de cada grupo de teorias, o que sedimentará o alicerce para a tentativa de se identificar, no próximo capítulo, se o tratamento que vem sendo dado é suficiente para

<sup>223</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 66.

<sup>224</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 406.

<sup>225</sup> TENCA, Adrián M. *Dolo eventual*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Austre, 2022.

garantir que a imputação de conduta dolosa em crimes omissivos esteja de acordo com a visão crítica da função da teoria do delito proposta por Juarez Tavares e por Zaffaroni.<sup>226</sup>

## 2.4 Teorias do dolo

Conforme indica Ragués i Vallès, dentre as discussões sobre os diversos elementos da estrutura do delito, existem poucos âmbitos que podem ter um número tão vasto de opiniões aparentemente divergentes quanto o que se refere ao conceito de dolo.<sup>227</sup> A doutrina mais antiga concentrava-se na contraposição entre a teoria da vontade e a teoria da representação. No entanto, com a evolução das concepções, o campo de estudo se expandiu significativamente.

A formulação de um conceito de dolo e a possibilidade de diferenciá-lo da culpa depende do enfoque de determinação que adote o autor. No presente trabalho, para fins de verificar a possibilidade de adequação dos diferentes conceitos de dolo aos crimes omissivos, não se busca realizar uma análise exaustiva de todas as teorias do dolo, mas tão somente trazer as principais perspectivas dos grupos de teorias mais significativas, para posteriormente confrontá-las com as dificuldades particulares apresentadas na imputação de crimes omissivos impróprios.

Para a sistematização da análise proposta, adotar-se-á a classificação empregada por Armando Sánchez-Málaga, que propõe existirem ao menos quatro enfoques distintos de dolo, em torno dos quais é possível reunir as principais teorias sobre o tema que permeia a dogmática penal continental, quais sejam: (i) enfoque psicológico-volitivo; (ii) enfoque psicológico-cognitivo; (iii) enfoque normativo-volitivo; e (iv) enfoque normativo-cognitivo,<sup>228</sup> inobstante a existência de relevantes teorias que não podem ser inseridas nessa divisão.

### 2.4.1 Teorias com enfoque psicológico-volitivo

<sup>226</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 145.

<sup>227</sup> RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. p. 25

<sup>228</sup> SANCHEZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018, p. 220.

Para afirmar a existência de dolo, as teorias que compõe esse grupo exigem a prova da efetiva existência dos elementos cognitivo e volitivo na mente do agente. De acordo com a proposta adotada, essas teorias possuem duas características básicas.<sup>229</sup> A primeira é de que a conduta dolosa exige que o agente mantenha uma relação subjetiva com o resultado típico, ou seja, que ele realize uma conduta intencional objetivando o resultado previsto em lei. A segunda característica básica é de que o dolo é um elemento interno, uma atitude do agente que deve ser provada no processo penal. Passa-se a pontuar algumas das teorias mais representativas desse grupo.

#### 2.4.1.1 Teoria do consentimento

A chamadas teorias da vontade fazem parte do grupo de enfoque psicológico-volitivo e sustentam que o elemento volitivo dirigido ao resultado é o que diferencia o dolo da culpa. A mais notável das teorias da vontade é a chamada teoria do consentimento e se baseia na vinculação emocional do agente com o resultado. Assim, além da exigência de que o agente tenha conhecimento ou a previsão acerca da conduta e do resultado típicos, o agente deve se conformar ou assumir o risco de sua produção.<sup>230</sup>

A redação do art. 18, I, do Código Penal brasileiro, ao prever que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, parece indicar um alinhamento com essa teoria. Juarez Tavares alerta para a falha desse posicionamento “*ao desconsiderar o plano global do fato e, assim, poder exatamente elucidar acerca do que se deva entender, afinal, por assumir o risco de produzir o resultado*”.<sup>231</sup>

Essa teoria possui duas variantes. A primeira é a teoria hipotética do consentimento. Essa primeira acepção aborda o aspecto volitivo de forma puramente psicológica e busca identificar se o agente consente ou não com o resultado. Se o agente não aprova o resultado, se o resultado não se mostra agradável ao agente,<sup>232</sup> ele não pode ser punido a título de dolo, ainda que sua representação de lesão ao bem jurídico seja equivocada. As dificuldades probatórias dessa teoria são evidentes, ao passo que tão somente o agente poderá esclarecer se o resultado foi ou não desejável para ele.

<sup>229</sup> *Ibid.* p. 221.

<sup>230</sup> TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019 p. 353.

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> *Ibid.*

Em razão dessas críticas, Frank elaborou sua primeira fórmula, a qual embasa essa primeira aceção, e segundo a qual o dolo eventual se manifesta quando o agente, que sabe ser previsível a realização do resultado típico em razão de sua conduta, teria agido da mesma forma caso soubesse que o resultado que lhe pareceu provável fosse certo. Já a culpa consciente se manifesta quando o agente realiza a conduta amparando-se na possibilidade de que a conduta seria segura e, caso soubesse que o resultado típico seria produzido, ele teria deixado de atuar.<sup>233</sup>

A partir dessa fórmula, um terceiro poderia proceder, por meio de um método dedutivo, a um exame hipotético acerca do impacto da informação sobre necessidade de ocorrência do resultado no plano psicológico do agente. São diversas as críticas a essa fórmula – que exige do terceiro uma representação do mundo emocional do agente que nem mesmo o agente teve – por seus contraintuitivos resultados.<sup>234</sup>

Posteriormente, Frank reviu seu posicionamento, revalorando a relevância do hipotético estado emocional do agente. A segunda variante é a teoria positiva do consentimento e exclui o dolo quando o agente espera ou tenha sido convencido de que o resultado não seria produzido, amparando-se na citada segunda fórmula de Frank, segundo a qual, se o autor reconhece que em todo o caso atuaria, estar-se-ia diante de uma conduta dolosa.<sup>235</sup>

Nessa proposta, o dolo requer a representação do resultado e a realização da conduta. A relevância que era dada ao hipotético estado emocional do agente na primeira fórmula é agora substituída pelo hipotético estado emocional decorrente das circunstâncias fáticas. O consentimento hipotético do agente ainda permanece objeto de análise, mas agora a partir da perspectiva das circunstâncias de fato, apesar de Roxin afirmar que Frank não pretendeu expressar nenhuma diferença em relação à sua primeira fórmula.<sup>236</sup>

#### 2.4.1.2 Teoria da indiferença

<sup>233</sup> SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 224.

<sup>234</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 96.

<sup>235</sup> SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 224.

<sup>236</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 439.

A teoria da indiferença é a teoria da aprovação em sua versão mais restrita. Desenvolvida por Engisch, a teoria da indiferença entende que o dolo eventual ocorre quando o sujeito concorda ou recebe com indiferença as consequências acessórias negativas possíveis, sendo irrelevante que ele considere indesejáveis tais consequências ou tenha esperança de que não se produzirão.<sup>237</sup>

O conteúdo da indiferença para Engisch “*é um estado anímico que talvez poderíamos descobrir melhor de maneira negativa como a ausência de uma oposição frente à lesão de um bem jurídico representada que, não obstante, é concreta e real*”.<sup>238</sup> A indiferença é uma característica da vontade do agente e pode ser compreendida como uma tomada de posição passiva em relação ao resultado representado. Assim sendo, caso haja uma demonstração por parte do autor de que o resultado não lhe era indiferente, sua conduta não poderá ser dolosa.

A teoria em questão considera, portanto, a valoração mental interna do agente, mas não a considera como suficiente. A postura de indiferença deve ser considerada nas hipóteses em que o resultado seja concreto. Desse modo, conclui a teoria que, nos casos extremos, em que há a alta ou certa probabilidade do resultado, é desnecessária a constatação da indiferença, tomando-se a atuação do agente como expressão da sua indiferença, sendo que tal constatação é necessária nos casos de média probabilidade de resultado.

Apesar de não ser a teoria amplamente adotada pela doutrina e pela jurisprudência, são expressivas as oportunidades em que o BGH e o Supremo Tribunal Federal brasileiro utilizaram a indiferença para entender que o autor aprovou o resultado ou consideraram que a indiferença seria elemento suficiente para a afirmação de dolo eventual.<sup>239</sup>

O Anteprojeto de Reforma do Código Penal, Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, igualmente leva em consideração a indiferença para identificar a conduta dolosa, ao prever que o delito será “*doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realiza-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado*”.<sup>240</sup>

Juarez Tavares emprega o conceito de indiferença ao considerar que “*No dolo eventual dos delitos comissivos, o agente tem o resultado como provável, mas atua, porque sua ocorrência lhe é indiferente*”, concluindo o autor que “*Essa conformidade ou indiferença para com o resultado fundamenta o dolo eventual nos delitos comissivos porque o desenrolar*

---

<sup>237</sup> *Ibid.* p. 431.

<sup>238</sup> ENGISCH *apud* VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 120.

<sup>239</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 116.

<sup>240</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

*causal do evento está sob o controle do sujeito*".<sup>241</sup> Roxin pondera que a teoria é acertada quando considera a indiferença como indício seguro de que o sujeito se conformou com o resultado e, portanto, atuou dolosamente. No entanto, pondera que a apreciação inversa não pode ser aceita, ou seja, a falta de indiferença ou a apreciação negativa do resultado não tem o condão de sempre excluir o dolo.<sup>242</sup>

As objeções doutrinárias refletem também quanto à imprecisão do conteúdo de representação, tendo em vista as hipóteses em que o agente tem plena confiança de que sua conduta produzirá o resultado, apesar de essa conduta ser objetivamente inepta. Outras críticas dizem respeito ao fato de Engisch teria mesclado possíveis conteúdos semânticos da indiferença, ora considerando-a em sentido normativo, nos casos extremos, ora em sentido psicológico, nos casos de média probabilidade de ocorrência do resultado.<sup>243</sup>

## 2.4.2 Teorias com enfoque psicológico-cognitivo

As teorias com enfoque psicológico-cognitivo compreendem o dolo como a comprovação da efetiva existência do elemento cognitivo na conduta dolosa. No tocante ao aspecto conceitual, a intencionalidade de produzir o resultado não tem maior relevância, sendo importante apenas o nível de representação subjetiva do agente em relação à probabilidade da produção do resultado. Em relação ao aspecto prático, assim como as teorias do consentimento e da indiferença, essa teoria indica o dolo como um elemento interno, uma atitude do agente que deve ser provada.<sup>244</sup>

### 2.4.2.1 Teoria determinista de Von Liszt

<sup>241</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 395.

<sup>242</sup> ROXIN, Claus. Tomo I. *Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 432.

<sup>243</sup> VIANA, Eduardo. *Op cit.* p. 123.

<sup>244</sup> SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoria para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 229.

Von Liszt optou pelo determinismo, considerando que o conceito de culpabilidade era absolutamente independente da hipótese de livre arbítrio. O dolo é, portanto, segundo a teoria determinista, a consciência do agente de que sua conduta lesiona ou coloca em perigo interesses juridicamente protegidos, é a representação do resultado. O caráter antissocial do agente se manifestava no fato de que o agente teria agido, ainda que tivesse conhecimento da significação antissocial da sua conduta.<sup>245</sup>

#### 2.4.2.2 As teorias da representação

Em oposição às teorias da vontade, ou às teorias com enfoque psicológico-volitivo, também chamadas de teorias da disposição de ânimo, surgem as teorias da representação, primeiro com Schröder e depois especialmente com Schmidhäuser, que buscam delimitar o dolo com base em momentos intelectivos.<sup>246</sup>

Esse grupo de teorias se apoia na concepção de que a mera representação da possibilidade do resultado já deveria ser suficiente para convencer o agente de desistir de sua conduta e que a confiança na não ocorrência do resultado expressa a negação da possibilidade de sua ocorrência.<sup>247</sup> Nesse sentido, dolo é revelado pela previsão do resultado de uma ação, tornando-se necessário indicar o parâmetro para identificar que o agente teve representação da realização do tipo suficiente para a imputação de conduta dolosa.

Essa resposta foi inicialmente fornecida por Frank, segundo o qual *“o dolo pode ser reconhecido quando o autor representou o resultado como certo ou altamente provável ou, na hipótese de dolo eventual, quando o agente representou o resultado como possível”*.<sup>248</sup>

Adotando-se essa estrutura básica, a teoria tem duas principais variantes, quais sejam a teoria da possibilidade e a teoria da probabilidade.

A teoria da possibilidade tem como seus precursores Schröder e Schmidhäuser e afirma que o dolo é verificado pela representação do agente de que sua conduta tornaria possível a produção do resultado típico, de modo que toda a culpa é inconsciente. A representação do agente de que sua conduta provoca a concreta possibilidade de lesão a bens

---

<sup>245</sup> *Ibid.* p. 230.

<sup>246</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 433

<sup>247</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. 433.

<sup>248</sup> FRANK *apud* VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 196.

juridicamente tutelados torna indiferente a relação de sua atitude volitiva psíquica com o resultado tido como possível.

Schröder afirma que *“Toda a imprudência é imprudência inconsciente”*<sup>249</sup> e Schmidhäuser sustenta que não se pode falar de uma consciência imprudente, sendo necessário distinguir *“dolo e imprudência totalmente como conhecimento e desconhecimento”*.<sup>250</sup> Os casos práticos acabam fragilizando essa negação da imprudência consciente, posto que é bastante ordinário que o agente tenha o conhecimento acerca da possibilidade de ocorrência do resultado, mas não conte seriamente com a sua ocorrência.

De toda sorte, Schröder entende que, para o dolo eventual, basta a representação de verdadeira possibilidade de ocorrência do resultado, ao passo que a confiança na não produção do resultado não gera a genuína representação do resultado e, portanto, afasta a imputação dolosa.<sup>251</sup>

Já para Schmidhäuser, o dolo é opção consciente pela conduta ilícita, de forma que tal opção é verificada com o conhecimento seguro do resultado, bem como nos casos de conhecimento inseguro, desde que o agente tenha conhecimento da concreta possibilidade de realização do perigo. O autor entende ainda que, se o sujeito tem a confiança de que o resultado típico não se produzirá, ele atua sem conhecimento da periculosidade concreta necessária para configuração do dolo.<sup>252</sup>

Por outro lado, tem-se a segunda vertente das teorias da representação, denominada teoria da probabilidade, a qual, em comparação com a teoria da possibilidade, indica maior exigência do elemento cognitivo. A teoria da probabilidade pode ser dividida em teoria da probabilidade subjetiva e teoria da probabilidade subjetiva-objetiva.

A teoria da probabilidade subjetiva, que tem Mayer como seu principal expoente, indica que o julgador não tem condições de julgar o plano interior do acusado, devendo os elementos subjetivos estarem formulados de modo a permitir que sejam deduzidos do contexto fático apresentado. Para Mayer, *“o dolo é a vontade consciente de realizar o tipo penal; esse significa o completo domínio da vontade sobre o fato. Mais precisamente, o dolo é a decisão de realização do tipo posta em prática”*.<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> SCHRÖDER *apud* ROXIN. *Op. cit.* 1997. p. 433.

<sup>250</sup> SCHMIDHÄUSER *apud* ROXIN. *Op. cit.* 1997. p. 433.

<sup>251</sup> SCHRÖDER *apud* VIANA. *Op. cit.* p. 202.

<sup>252</sup> SCHMIDHÄUSER *apud* VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 209.

<sup>253</sup> MAYER *apud* VIANA. *Op.cit.* p. 214.

A diferença entre dolo e culpa é, segundo o autor, quantitativa e pode ser identificada pelo grau de domínio do agente sobre o fato. Esse modelo de dolo quantitativo é baseado, então, no grau da valoração da probabilidade da realização do fato típico. Não basta a simples constatação de vontade consciente, é necessário o suficiente domínio da vontade, relacionando-se o referido domínio de vontade com a probabilidade: “*Probabilidade significa mais que mera possibilidade e menos que probabilidade predominante*”,<sup>254</sup> de modo que é irrelevante a forma pela qual o agente procedeu a essa conclusão e o grau objetivo dessa probabilidade.

A respeito dessa teoria, são pertinentes as críticas apontadas por Juarez Tavares no tocante à ausência de delimitação clara entre dolo e culpa e de que a probabilidade de lesão de um bem jurídico é mero indício de que o agente assume o risco de produzi-lo.<sup>255</sup> Já Ingerborg Puppe alerta sobre a inviabilidade prática de aplicação da teoria: “*Sequer objetivamente se mostra possível determinar a probabilidade estatística de ocorrência de determinado dano criada pelo comportamento do autor*”.<sup>256</sup>

A vertente chamada de teoria da probabilidade subjetiva apresentada por Sauer também parte das premissas de que o agente raramente agirá dentro dos limites da certeza, devendo ser o dolo ligado à probabilidade, e de que o dolo exige conhecimento. No entanto, entende que o conhecimento não tem apenas um grau de intensidade e essa variação permite escalonar as espécies de dolo.<sup>257</sup>

A substancial diferença da teoria em questão para a proposição de Mayer é seu afastamento do marco subjetivo da probabilidade. Abre-se a possibilidade de considerar a probabilidade objetiva para a valoração do dolo, de modo que, nas hipóteses em que há remota probabilidade de ocorrência do resultado, a conduta não será considerada dolosa, independentemente da posição interna do agente.<sup>258</sup> Isso fica claro ao se considerar que “*segundo uma teoria para a qual o dolo é conhecimento e não vontade, o propósito não pode ter nenhuma eficácia autônoma no sentido de fundamentar o dolo*”.<sup>259</sup>

Uma das principais objeções às teorias da probabilidade clássicas, que já são praticamente desacreditadas na doutrina mais recente, é a respeito da ausência de

<sup>254</sup> MAYER *apud* ROXIN, Claus. Tomo I. *Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 435.

<sup>255</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 348

<sup>256</sup> PUPPE, Ingerborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. introd. e notas Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004. p. 117.

<sup>257</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 221.

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> PUPPE, Ingerborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. introd. e notas Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004. p. 68.

apontamento de diferença qualitativa formalmente unívoca da distinção entre dolo e culpa.<sup>260</sup> Não se tem um parâmetro claro para distinguir dolo e culpa, tampouco se esclarece como o agente deveria obter o conhecimento acerca desse parâmetro.

#### 2.4.2.3 Teoria finalista de Welzel

Conforme já brevemente pontuado, Welzel construiu um tipo subjetivo que indicava o dolo com duas dimensões: a vontade de realizar a conduta típica e a vontade capaz de realizar o tipo penal; é, portanto, consciência do feito e resolução do feito.<sup>261</sup> A conduta culposa, de outra banda, é aquela em que a vontade de ação não se dirige ao resultado típico que foi realizado.

Para o autor, o dolo tem, assim, um aspecto intelectual, que compreende o conhecimento atual das circunstancias objetivas, e um volitivo, que é a vontade incondicionada de realizar a conduta típica. O conhecimento exigido por Welzel não é o conhecimento potencial do agente a respeito das circunstâncias típicas, ele deve ter esse conhecimento no momento da conduta. Já a vontade incondicionada indica que o agente contemple a possibilidade de alterar o estado das coisas.<sup>262</sup>

O dolo como vontade de realização do tipo não abarca tudo aquilo que o agente, ao realizar a conduta, entende que está dentro das suas possibilidades de influência. Propõe-se, dessa forma, uma distinção entre fim, meios e resultados concomitantes. A vontade é dirigida ao fim proposto e aos meios de ações escolhidos para a realização desse fim.

Em sentido contrário, os resultados concomitantes são admitidos apenas de forma secundária e mediata na vontade, na medida que o agente os reconheça. Se o agente compreende como praticamente certa a produção do resultado concomitante ao empregar os meios necessários ao fim querido, a vontade abarca também esse resultado e estar-se-á diante do dolo direto de segundo grau. Caso o agente entenda que os resultados concomitantes não são necessários ao fim e aos meios elegidos, deve-se verificar se ele conta com sua produção ou acredita que eles não acontecerão. Quando acredita que os resultados concomitantes não

---

<sup>260</sup> *Ibid.* p. 69.

<sup>261</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11<sup>a</sup> ed. 4<sup>a</sup> ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p. 111.

<sup>262</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11<sup>a</sup> ed. 4<sup>a</sup> ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p. 112

necessários serão produzidos, tem-se o dolo eventual. Quando confia justamente que os resultados possíveis não serão produzidos, não há dolo.<sup>263</sup>

O limite da confiança do agente é o momento em que se identifica a produção do perigo, caso em que somente pode ter a expectativa, mas não a confiança de que o resultado não será produzido. No ponto, deve-se recordar as críticas a Welzel em razão de uma suposta incoerência ao expor uma postura próxima à da teoria da representação em sua teoria final da ação.

#### 2.4.2.4 Teoria modificada da representação de Armin Kaufmann

A teoria de Armin Kaufmann pode ser compreendida como uma versão recente das clássicas teorias da probabilidade. O autor partiu das premissas da teoria da ação finalista e definiu o dolo como um caso particular da “*vontade de realização final*”.<sup>264</sup>

Ao analisar o problema dos casos em que a vontade do agente foi dirigida a tentar evitar o resultado acessório tido como possível, Kaufmann entendeu que a vontade de evitação exclui a aceitação de uma vontade de produção, de modo a excluir a imputação dolosa.<sup>265</sup> Essa vontade de evitação deve ser exteriorizada, não se trata meramente do querer do agente, é necessário que ele empregue os meios ao seu alcance para evitar o resultado.

Segunda essa percepção, o agente atuaria com dolo eventual quando, diante da representação da possibilidade do resultado, não corrija sua eleição dos meios, isto é, não faça o que está ao seu alcance para evitar o resultado. Entretanto, o dolo eventual estará excluído se o agente acreditar equivocadamente que empregou os meios ao seu alcance para evitar a lesão ao bem jurídico.<sup>266</sup>

Roxin critica essa teoria na medida em que acredita que ela fornece apenas um indício – refutável – de que o agente não age com dolo, posto que, por um lado, a negligência humana frequentemente tende a confiar na sorte sem aplicar medidas de precaução e, por outro lado,

---

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 235.

<sup>265</sup> SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 235.

<sup>266</sup> TENCA, Adrián M. *Dolo eventual*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2022.

os esforços para evitação não são suficientes para excluir o dolo quando nem o próprio agente confia na sua eficácia.<sup>267</sup>

### 2.4.3 Teorias com enfoque normativo-volitivo

Há atualmente uma tendência na doutrina penal de, progressivamente, se afastar do enfoque psicológico e conceber o dolo como um elemento normativo que deve ser imputado ao agente, abandonando seu aspecto ontológico, não obstante a exigência do dolo e da culpa para motivar a persecução penal seja uma garantia do cidadão frente ao poder punitivo. Díez Ripollés, defensor da teoria psicológica, considera que a normativização do Direito Penal é um fenômeno irrenunciável.<sup>268</sup>

Dentre as teorias que seguem essa tendência de normativização do Direito Penal e, conseqüentemente, dos elementos subjetivos, apoiadas no marco de uma concepção funcionalista dos fins do Direito Penal, as teorias com enfoque normativo-volitivo afirmam o dolo a partir do estabelecimento de um critério para imputar ao agente o conhecimento e a vontade de realizar o tipo penal, abandonando a tentativa de se provar a ocorrência dos elementos que compõe o dolo.<sup>269</sup>

Em seu âmbito conceitual, essas teorias compreendem a conduta dolosa como aquela composta pelo conhecimento e pela vontade. No entanto, em seu aspecto prático, o dolo é tido como um juízo normativo de atribuição de responsabilidade constatado mediante indicadores externos da conduta do agente delitivo. Para o juízo normativo da imputação, valora-se o plano cognitivo da conduta dolosa, mas também o elemento volitivo do dolo, representado pela decisão contrária ao Direito.

#### 2.4.3.1 As teorias de Claus Roxin

---

<sup>267</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 437.

<sup>268</sup> RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2014. p. 285.

<sup>269</sup> SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 2343.

A concepção dos elementos subjetivos de Roxin amolda-se ao sistema funcionalista por ele proposto. Uma vez que o Direito Penal tem como função garantir a convivência pacífica na sociedade e o faz por meio da proteção a bens jurídicos especialmente relevantes, o conceito de dolo deve se situar no ponto de desacordo entre a conduta realizada e a função do Direito Penal.<sup>270</sup>

A partir da conexão entre a teoria do injusto e a teoria da pena, o dolo deve ser capaz de fundamentar a diferença de tratamento que há entre o dolo e a culpa. Roxin entendeu, inicialmente, que a decisão é o conceito apto a resolver a questão e concluiu que o dolo representa a realização do plano do autor, de modo que o dolo eventual é uma decisão pela possível lesão do bem jurídico, enquanto na culpa há apenas a temeridade. De acordo com essa posição, na *“realização de um plano baseado na decisão calculada pela possível lesão do bem jurídico que está justificado a diferença de sanção entre o dolo eventual e a culpa consciente”*.<sup>271</sup>

A relação da realização do plano do agente com o resultado típico é a essência da sua concepção de dolo. Tendo em conta que o dolo eventual subsiste quando o agente decide direta e incondicionalmente pela possível lesão de bem jurídico, Roxin teve que precisar como seria possível a identificação de tal decisão, momento no qual o autor passa a adotar concepções normativistas em sua denominada segunda fase.

O segundo posicionamento de Claus Roxin, para identificar o momento de tomada de decisão do agente, assume um rompimento com sua fase anterior e emprega parâmetros normativos para responder ao questionamento. Em seu tratado, o autor afirma que a decisão do agente, da mesma forma que os demais conceitos jurídicos, não pode ser valorada apenas como fenômeno psíquico, devendo ser levados em conta parâmetros normativos.

Para Roxin, a realização do plano constitui a essência do dolo, logo *“um resultado há de ser considerado dolosamente produzido quando e porque corresponde com o plano do sujeito em uma valoração objetiva”*.<sup>272</sup>

O autor indica que o dolo dirigido à realização de um tipo pertence à parte subjetiva do tipo, adotando a tripartição das formas de dolo: a intenção ou propósito (correspondente ao dolo direto de primeiro grau), o dolo direto (correspondente ao dolo direto de segundo grau) e o dolo eventual. Os resultados conscientemente causados e desejados serão intencionais, mesmo que a produção do resultado não seja segura ou não esteja no âmbito da finalidade

<sup>270</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 135.

<sup>271</sup> *Ibid.* p. 137.

<sup>272</sup> ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 417.

última do agente, englobando os casos de intenção e os casos em que a realização da conduta seja meio para outros fins. De outro lado, os resultados indesejados, mas cuja ocorrência tinha sido considerada como segura, serão produzidos com dolo eventual.<sup>273</sup> Os casos de alta probabilidade equivalem, nessa visão, à segurança da ocorrência do resultado.

Para proceder à diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, Roxin entende o dolo eventual como uma decisão sobre a possível lesão de bens jurídicos. A identificação de tal decisão do agente demanda uma interpretação de seu comportamento como aceitação do resultado (não realizar medidas de evitação do resultado, aproximando-se de Kaufmann), ou como levar a sério a realização do risco (na mesma linha do estudo de Stratenwerth). A conduta será dolosa quando o agente decidiu indubitavelmente contra o bem jurídico. Por sua vez, a conduta culposa será imputada ao agente que não confiava na ocorrência do resultado e não decidiu por causar lesão ou perigo de lesão ao bem, desde que não seja possível deduzir, a partir de indicadores, que ele era indiferente ao resultado (aproximando-se de Engisch).<sup>274</sup>

A conclusão de Roxin é, então, de que a decisão pela possibilidade de lesão ao bem jurídico pertence ao mundo psíquico do agente. No entanto, essa decisão só poderá ser demonstrada a partir de indicadores externos, sendo os três mais importantes (i) o conhecimento do perigo do próprio comportamento; (ii) o autor ter considerado a possibilidade de a vítima, por si mesma, escapar do perigo; e (iii) a ausência de motivo para a aprovação do resultado.

Posteriormente, Roxin reafirmou seu normativismo volitivo, indicando *que “a partir de um ponto de vista normativo e político-criminal uma estrutura ontológica resulta ser, da mesma forma que a ação final, em parte relevante, em parte irrelevante, e em parte necessita ser complementada por outros dados empíricos”*.<sup>275</sup>

Tais indicadores não são definitivos e devem ser valoradas todas as circunstâncias fáticas em conjunto. Apesar de seus esforços, ainda se mantém um conceito de decisão relativamente vago, bem como são indicadas pela doutrina inconsistências práticas decorrentes dos indicadores propostos.<sup>276</sup>

#### 2.4.3.2 Teoria dos indicadores de Hassemer

<sup>273</sup> *Ibid.* p. 419.

<sup>274</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 140.

<sup>275</sup> ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible 1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hamurabi, 2013. p. 490.

<sup>276</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 145.

Hassemer compreende que o dolo e a culpa não são apenas fenômenos descritivos, mas também normativos. Ele define dolo como uma decisão e, em relação aos seus elementos, adota uma concepção volitiva, sustentando que não basta o agente ter conhecimento do perigo, ele tem de aceitá-lo, admiti-lo ou utilizá-lo como fundamento da sua ação.<sup>277</sup>

A conduta dolosa, dentro dessa concepção, não lesiona apenas o bem jurídico, mas também a norma jurídica. Essa proposta de teoria volitiva-normativa opera uma dedução lógica da decisão interna a partir dos elementos externos. Para deduzir a decisão interna são utilizados indicadores que se desenvolvem a partir de dados que devem cumprir as condições da observabilidade, plenitude e relevância dispositiva.

Ademais, consigna que os indicadores estão em três níveis, que conduzem a uma imputação subjetiva: o perigo, a representação do perigo a nível cognitivo e a decisão a favor de realizar o perigo reconhecido a nível volitivo.<sup>278</sup> Os indicadores por eles exemplificados não são gerais, devem ser fixados em caso. De modo geral, sua teoria enfrenta críticas similares às opostas à segunda posição de Claus Roxin.

#### **2.4.4 Teorias com enfoque normativo-cognitivo**

As teorias com enfoque normativo-cognitivo limitam-se a elaborar critérios de atribuição de conhecimento para conceituar o dolo. Entendem que o elemento volitivo do dolo é menos relevante do que o elemento cognitivo, logo, caso um agente realize uma conduta tendo o conhecimento acerca de sua ocorrência e de suas circunstâncias, não pode ele sustentar que não quis realizar o resultado. Segundo essa concepção, havendo elementos suficientes para se afirmar o conhecimento, torna-se irrelevante imputar uma determinada vontade ou intencionalidade.<sup>279</sup>

Em seu nível prático, o dolo mostra-se como juízo normativo de imputação concretizado a partir de indicadores externos da conduta do agente, o qual está vinculado à missão do Direito Penal proposta pela concepção funcionalista.

---

<sup>277</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. p. 276.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 249.

#### 2.4.4.1 Teoria de Silva Sánchez

Considerando que o Estado social e democrático de Direito indica à pena uma função preventiva e que as normas penais são imperativos dirigidos a motivar os cidadãos a não realizarem condutas delitivas,<sup>280</sup> Silva Sánchez defende uma teoria do dolo pura do conhecimento. Para ele, não é necessária a valoração dos elementos volitivos para a imputação de um delito doloso, basta empregar o elemento cognitivo.

O autor compreende que um ato é penalmente antijurídico em razão do perigo objetivo que a conduta provoca a um bem jurídico. Esse perigo deve ser observado *ex ante* por uma terceira pessoa, valendo-se dos conhecimentos e possibilidades do agente. O dolo consiste, segundo esse posicionamento, em conhecer e querer os elementos do tipo, na medida em que constituem o injusto típico, de forma que “*o objeto do dolo tem de ser basicamente o risco contido e determinável ex ante na conduta do sujeito*”.<sup>281</sup> Silva Sánchez conclui que a imputação de um delito consumado exige, nos crimes de resultado, além de uma relação de causalidade, uma relação de risco, de configuração essencialmente normativa.<sup>282</sup>

Em suma, identifica que o dolo deve abarcar os riscos ao bem jurídico e que, portanto, “*A punição por um delito doloso consumado exige que se produza um resultado e que esse resultado represente precisamente a realização de um risco abarcado pelo dolo*”.<sup>283</sup> A voluntariedade é elemento da ação e é constatada tanto nos tipos dolosos quanto culposos. A diferença entre dolo e culpa é que o autor tem o conhecimento típico da conduta que realiza voluntariamente.<sup>284</sup>

Para dotar esse conceito de um conteúdo elaborado normativamente, compreende o injusto objetivo como concreto pressuposto da imputação objetiva do resultado. Assim, deve ser analisada a previsibilidade objetiva *ex ante* para constatar a possibilidade da imputação dolosa.

---

<sup>280</sup> SANCHEZ, Jesús-María Silva. *Consideraciones sobre la teoria del delito*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 148.

<sup>281</sup> *Ibid.* p. 150.

<sup>282</sup> SANCHEZ, Jesús-María Silva. *Consideraciones sobre la teoria del delito*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 148.

<sup>283</sup> *Ibid.* p. 154.

<sup>284</sup> SANCHEZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoria para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 254.

#### 2.4.4.2 Teoria de Puppe

Ingeborg Puppe entende que o único caminho que resta para a compreensão do dolo considerando a criação consciente de um perigo como suficiente – afastando-se da teoria da vontade e retirando o poder do agente de decidir sobre a relevância da consciência do perigo – é proceder a uma distinção qualitativa entre perigo doloso e perigo culposos.<sup>285</sup>

A partir desse enfoque normativo, entende que se deve levar em consideração a confiança do autor nos casos em que não se interprete seu comportamento como expressão máxima de que o resultado deve ou pode ocorrer. Emprega-se um sentido normativo à vontade, ou seja, o sentido de imputação à vontade. Nesse sentido, conclui que “*O comportamento do autor será, portanto, expressão da máxima de que a lesão deve ser ou pode ser, se uma pessoa que age e pensa racionalmente só pudesse ter agido da mesma forma, caso ela efetivamente quisesse ou aprovasse o resultado*”.<sup>286</sup>

A autora indica que o método proposto se trata de uma regra prática genérica do agir dirigido a fins. O perigo será fundamento do dolo, quando ele representar um método idôneo para a provocação do resultado. Pouco importa a situação pessoal do agente ou suas possibilidades de agir.

No entanto, Puppe reconhece que há casos em que o propósito do agente possui papel decisivo, por determinar o comportamento perigoso do autor. A autora exemplifica que, quando um atirador qualificado dispara de uma média distância com uma arma de precisão, o perigo é doloso pela constatação de que o agente visa uma parte do corpo da vítima que pode provocar sua morte.

Esclarece-se, por fim, que a teoria em questão não se orienta por índices de probabilidade, mas sim por um “*reportório de método fundados na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos*”<sup>287</sup> e que a maioria dos casos concretos poderá ser resolvida de modo unívoco por esse critério, o que se mostra suficiente para a autora.

No Brasil, Eduardo Viana buscou criar uma tese em sintonia com a apresentada por Puppe, a qual, segundo ele, poderia ser aplicada à realidade brasileira. O autor descreve que o dolo pode ser fundamentado exclusivamente com base no elemento cognitivo, em razão de

<sup>285</sup> PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. introd. e notas Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004. p. 79

<sup>286</sup> PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. introd. e notas Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004. p. 82.

<sup>287</sup> PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. introd. e notas Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004. p. 84.

que a representação do perigo permitiria ao agente exercer o controle sobre seu corpo, dominando seus atos.<sup>288</sup>

Viana entende que a dominabilidade da conduta, a decisão pelo incremento do risco e ainda o caráter preventivo da pena são justificáveis sem levar em consideração o sentimento do autor em relação do resultado típico. Nesse sentido, conclui que a diferença entre dolo e culpa é a mesma diferença entre representação e não representação.<sup>289</sup>

Relata, ademais, que a identificação da qualidade do perigo criado pelo agente é fundamental, de modo que a qualidade do risco doloso pode ser reconhecida a partir da inferencialidade capaz de demonstrar o compromisso cognitivo do agente com a realização do perigo representado. O autor sintetiza suas conclusões em três pilares:

(...) primeiro, o dolo é representação do perigo juridicamente desaprovado de realização de um tipo penal; segundo, a substância dessa representação é determinada recorrendo-se à natureza mesma do perigo e à sua intensidade, terceiro, a partir da valoração de uma série de critérios objetivos será possível atribuir ao indivíduo a realização dolosa”.<sup>290</sup>

A partir da sua tese, a qual considera que conduz à racionalização do exercício do poder punitivo, entende que o conceito clássico de dolo como conhecer e querer é uma proposta conceitual platônica, de forma que deve ser abandonado o elemento volitivo do dolo. Só existe, dentro da categoria proposta, a representação e a não representação, que equivalem ao dolo e à culpa, sendo desnecessárias outras adjetivações como dolo eventual. Defende que sua concepção não se trata de uma presunção do dolo, mas sim “*de determinar quem deve ser o competente para decidir sobre a relevância jurídico-penal de um perigo*”.<sup>291</sup>

#### 2.4.5 Teorias alternativas ao sistema

Ao final da apresentação das teorias do dolo, mostra-se importante mencionar aquelas teorias que se distanciam das clássicas doutrinas. Tem-se, por um lado, as teorias que sustentam a impossibilidade de distinção entre dolo eventual e imprudência, tal como Molina Fernández, hipótese defendida por Juarez Tavares em relação à imputação de conduta

<sup>288</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 294.

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 294.

<sup>291</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 366.

omissiva,<sup>292</sup> o que será analisado no próximo capítulo e, por outro, as teorias que questionam o sistema do delito, que é o caso das teorias de Kindhäuser e Porciúncula, as quais se busca sintetizar nesse momento.

Urs Kindhäuser entende que a tradicional distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo pode levar a duas confusões de categorias. A primeira é a errônea perspectiva de que o tipo objetivo levaria a uma avaliação objetiva, enquanto o tipo subjetivo geraria uma avaliação subjetiva. O autor conclui a imputação do tipo subjetivo também é avaliada mediante regras objetivas. Dá-se o exemplo de que os pressupostos da conduta dolosa estão estabelecidos na definição objetiva do conceito de dolo. Desse modo, *“um autor atua dolosamente se age, em relação com as circunstâncias fáticas relevantes, com o grau de conhecimento que exige a definição de dolo que deve ser aplicada”*.<sup>293</sup> A segunda conclusão é que a distinção entre tipo objetivo e subjetivo pode ser tida como esclarecedora, mas irrelevante, uma vez que o tipo contém todos os elementos que determinam se um comportamento e suas consequências podem ser valorados como um injusto penal.

Ao defender a interdependência e a ligação da tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade, Kindhäuser afirma que o tipo objetivo designa o objeto da conduta, enquanto o dolo e a culpa, por outro lado, designam os fundamentos da imputação de responsabilidade jurídico-penal.<sup>294</sup> O professor explica que o filtro da imputação objetiva à capacidade de ação mostra-se supérfluo se é mais ampla do que a imputação subjetiva. Por outro lado, se resulta mais estreito, não é possível descartar os resultados contraproducentes.

Propõe-se, então, a supressão da imputação objetiva e indica-se um injusto da ação no qual a imputação dolosa é definida como um juízo de conhecimentos do agente, suas capacidades físicas e as conexões nomológicas, de acordo com critérios objetivos que demonstrem que a conduta do agente se apresenta como uso defeituoso de sua capacidade individual. A culpa, por sua vez, seria o uso deficitário da concreta capacidade intelectual de evitação do agente valorada como descuido, a partir de critérios objetivos.<sup>295</sup>

Já Porciúncula entende que o dualismo cartesiano se mantém vigente na dogmática penal, uma vez que foi adotado pelo finalismo, não obstante as tentativas neokantistas de superá-lo.<sup>296</sup> Compreende que a separação considerada artificial entre tipo objetivo e tipo

<sup>292</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 394.

<sup>293</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2011. p. 107.

<sup>294</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2011. p. 109

<sup>295</sup> *Ibid.* p. 109.

<sup>296</sup> *Ibid.* p. 102

subjetivo gera graves problemas.<sup>297</sup> O autor brasileiro propõe a superação desse dualismo, concebendo o tipo como unidade, o chamado tipo intersubjetivo, e indica que o princípio da diminuição do risco de Roxin é inútil e acaba funcionando de forma contraproducente, devendo ser abandonado.

Para tanto, adota-se a teoria de Wittgenstein a respeito de a dimensão interna necessitar de critérios externos e entende que o emprego de uma tese discursiva no Direito Penal, como a Habermas, é capaz de superar o dualismo cartesiano. Assim, deve-se adotar uma concepção cognitiva do dolo, abandonando a concepção tripartida e desenvolvendo uma teoria da prova de dolo anticartesiana, a qual deduz o dolo do comportamento do autor, com base no contexto social constitutivo do significado da conduta. Sugere, então, que o conhecimento exigido no dolo não é uma entidade psicológica real existente no âmbito interno do autor, mas sim um componente de um sentido exteriorizado. Veja-se a conclusão de sua obra:

Exteriorizar o interno significa perceber que os elementos subjetivos constituem momento da ação, ou seja, componentes de um sentido exteriorizado. Exteriorizar o interno significa advertir que o critério para a atribuição dos elementos subjetivos é o comportamento humano no fluxo da vida. Mas também significa notar que não é, realmente, o tipo objetivo, como mundo externo, ou o critério do que se encontra no tipo subjetivo, como âmbito interno ou esfera da consciência do sujeito, mas sim que a bipartição não existe. O tipo é uma unidade, é um tipo intersubjetivo.<sup>298</sup>

No presente momento, exemplifica-se com essas duas teorias as propostas que buscam reformular o sistema da teoria do delito e, a partir disso, criar novas posições sobre o dolo. O que se observa é uma tendência na doutrina de fundamentar o dolo, cada vez mais, em critérios objetivos e exteriores, observando-se ainda um protagonismo do elemento cognitivo do dolo. Esses pontos mostram-se especialmente relevantes na imputação de delitos omissivos impróprios, os quais estão sedimentados na infração de um dever de agir.

---

<sup>297</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo objetivo y lo subjetivo em el tipo penal: hacia la exteriorización de lo interno*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014. p. 311.

<sup>298</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo objetivo y lo subjetivo em el tipo penal: hacia la exteriorización de lo interno*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014. p. 317.

### **3 OS LIMITES DA IMPUTAÇÃO DE DOLO NOS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

Como detalhado no último capítulo, é possível observar a expansão de correntes doutrinárias no sentido da normativização da acepção de dolo, bem como de teorias que concedem ao elemento cognitivo importância elevada – senão absoluta –, em detrimento do elemento volitivo.

As teorias com enfoque psicológico-volitivos, que compreendem a existência do dolo a partir da constatação de uma conduta intencional que objetiva o resultado típico, bem como as teorias com enfoque psicológico-cognitivo, as quais já relativizam a importância da intencionalidade ao substituí-la pelo nível de representação subjetiva do agente em relação ao resultado, foram sendo mais recentemente refutadas por teorias normativas.

Enquanto as teorias com enfoque normativo-volitivo afirmam o dolo a partir do estabelecimento de critérios para imputar ao agente o conhecimento e a vontade de realizar o tipo penal, as teorias com enfoque normativo-cognitivo limitam-se a elaborar critérios de atribuição de conhecimento para conceituar o dolo.

No entanto, a partir da previsão literal do Art. 18, I, e do Art. 20, CP, mostra-se inviável, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, pretender superar a necessidade da existência do elemento volitivo para se reconhecer o dolo da conduta. Tendo em vista que o Código Penal afirma que o dolo ocorre quando o agente quis o resultado ou

assumiu o risco de produzi-lo, trata-se de uma exigência legal a comprovação também acerca do elemento volitivo.

O mero conhecimento das circunstâncias fáticas e da probabilidade de ocorrência do resultado lesivo não são suficientes, nos termos da legislação, para imputar uma conduta dolosa a um agente, sem que fique comprovado que o resultado foi intencionalmente provocado ou que, ao menos, assumiu-se o risco de sua produção. Não se desconhece as dificuldades de comprovação do elemento volitivo, no entanto, até mesmo pela função dogmática garantista que deve ser adotada e pelas exigências constitucionais de preservação da legalidade, não se pode adotar uma teoria de delito que justifique o alargamento da imputação do agente em prol de supostas dificuldades práticas de produção probatória, especialmente quando esse alargamento estiver justificado na negação da lei expressa.

A problemática envolvendo a imputação do dolo se torna ainda mais sensível em relação à omissão. Nos crimes comissivos, o dolo, independentemente da teoria que se adote a respeito da sua acepção, deve orientar-se à realização da ação típica. Já nos delitos omissivos impróprios, o dolo está ligado aos elementos típicos da omissão, notadamente a decisão acerca da inatividade, sua relação de causalidade com o resultado perigoso e o dever de agir.

Ao se considerar os crimes omissivos impróprios cometidos por dirigentes de empresas e por líderes estatais, a questão ganha complexidade. A respeito da responsabilidade de dirigentes empresariais, Estellita indica que, sob o ponto de vista individual, *“a integração de uma pessoa a uma organização (a empresa) pode ter efeitos crimínógenos devido às dinâmicas de grupo e às técnicas de neutralização típicas desse âmbito”*.<sup>299</sup> A afetação de bens jurídicos coletivos causada por essa criminalidade impossibilita a identificação de uma vítima direta, o que pode ter o efeito de “desumanizar” as consequências do ato, tornando o agente menos suscetível de reflexão quanto à contenção de seus atos.

Da mesma forma, as técnicas de organização de empresas possibilitam que o resultado seja alcançado a partir de uma série de ações e omissões, as quais isoladamente não poderiam fornecer ao omitente elementos suficientes para compreender o caráter injusto do seu comportamento.<sup>300</sup> Além desses pontos, tem-se que a divisão de funções, a fragmentação, a canalização e a filtragem de informações representam dificuldades, muitas vezes insuperáveis, para que o omitente consiga tomar uma decisão munido das informações necessárias para orientar sua atuação.

---

<sup>299</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 71

<sup>300</sup> *Ibid.*

Tais observações adequadas às empresas podem, com a devida adaptação, ser percebidas também no âmbito da atividade pública. Parece, assim, que mesmo o elemento cognitivo é de difícil comprovação nessas estruturas, merecendo uma análise mais detida.

Da mesma forma como ocorre em relação à comissão, são diversas as propostas no tocante à adaptação dos elementos do dolo na omissão imprópria, especialmente considerando que, em geral, a ligação entre a controversa vontade do sujeito e o resultado perigoso é mais distante e de mais difícil constatação na omissão do que na comissão.

### **3.1 Propostas de superação da concepção de dolo tradicional na omissão imprópria**

Parte da doutrina refuta a possibilidade de direcionamento final da vontade na omissão. Autores finalistas representativos pontuam que não é adequado se imaginar, na omissão, um direcionamento do curso causal sustentado pela vontade final do omitente.

Segundo Kaufmann, é inconcebível uma vontade de realização dirigida à inatividade.<sup>301</sup> O autor afirma que os interesses político-criminais forçariam os delitos de omissão imprópria a romper com a doutrina tradicional do dolo, uma vez que considerar que todo o erro a respeito do que deve ser feito para cumprir com o dever de garante deva beneficiar o omitente pode acabar gerando um privilégio insustentável daquele que é indiferente ao resultado, como já advertia Schmidt.<sup>302</sup>

Assim, entende que, na omissão imprópria, o elemento subjetivo envolve o conhecimento da situação típica – ou seja, a representação acerca da possibilidade de lesão ao bem jurídico e das circunstâncias fundamentadoras da posição de garante – e a cognoscibilidade da via de salvação. Presentes o conhecimento da situação típica e a cognoscibilidade da via de salvação, o autor admite a imputação de um delito omissivo quase-doloso. Não é importante o fato de o omitente ter tomado uma decisão de se omitir, mas sim que o garante capaz de ação tenha adotado – e posto em prática –, ou não, uma decisão de atuar para evitar o resultado.<sup>303</sup>

Welzel, por sua vez, entende que, nos delitos omissivos impróprios, a autoria tem que se fundar independentemente, junto com a conduta típica, por características especiais do autor, de modo que a não evitação de um resultado típico por parte de uma determinada

---

<sup>301</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 313.

<sup>302</sup> *Ibid.* p. 314.

<sup>303</sup> *Ibid.* p. 315.

pessoa que detém esse poder é que converte o omitente em autor.<sup>304</sup> Seguindo a proposição de Kaufmann, sustenta que a conversão de delitos comissivos em lesões de dever de garante cria novas normas mandamentais, as quais dogmaticamente se situam de forma independente junto às correspondentes normas proibitivas, sendo conectados pelo mesmo bem jurídico protegido e o mesmo marco penal.<sup>305</sup>

Partindo dessa concepção, o autor entende que o tipo omissivo impróprio engloba a situação típica, ou seja, a produção de uma lesão ou o perigo de lesão de um bem jurídico, a não execução de uma ação com tendência a evitar o resultado e o poder final do ato.<sup>306</sup>

O dolo, em sua concepção tradicional, é substituído pelo chamado poder final do ato, que é a capacidade para evitar o resultado. A capacidade de evitação do resultado dirigida finalmente pressupõe o conhecimento da situação típica, a possibilidade de reconhecer os meios adequados para evitar o resultado e a possibilidade real-física de evitá-lo.<sup>307</sup>

Percebe-se, portanto, que o elemento volitivo se torna indiferente nos casos de omissão imprópria, levando-se em conta tão somente o conhecimento a respeito da situação típica e a cognoscibilidade dos meios de salvação.

Essa concepção não responde às situações em que o elemento volitivo do dolo surge no momento da omissão e altera a conduta. É possível, por exemplo, que um sujeito crie culposamente um risco não permitido e, no momento em que percebe o risco criado e a possibilidade de realizar o salvamento, resolva se omitir, pois quer que o resultado ocorra. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que, dirigindo de forma descuidada, atropela um transeunte; no entanto, ao verificar que atropelou um desafeto, decide se omitir do salvamento, não obstante tenha possibilidade de fazê-lo, por querer que o resultado morte ocorra.

Tais proposições, como já adiantado, além de serem insuficientes para a resolução de casos em que a vontade do agente transforma uma conduta inicialmente culposa em dolosa, confrontam a previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro acerca da imprescindibilidade do elemento volitivo do dolo.

---

<sup>304</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11ª ed. 4ª ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p. 308.

<sup>305</sup> KAUFMANN, Armin. *Op. cit.* p. 311.

<sup>306</sup> *Ibid.* p. 313.

<sup>307</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 313.

### 3.2 Propostas de reconhecimento do dolo na omissão com a mesma estrutura dos delitos comissivos

Por outro lado, encontram-se os autores que sustentam a possibilidade de reconhecimento do dolo na omissão com a mesma estrutura básica do dolo na comissão, levando em consideração algumas particularidades, especialmente em relação à situação fática que cria os deveres de garante.

Nesse sentido se posiciona Roxin, que indica que o dolo deve ser compreendido nos delitos omissivos da mesma forma que nos delitos comissivos. Contrapondo-se à doutrina finalista, que concebe o dolo no sentido de um controle do curso causal, o que não pode ser constatado na omissão, e tendo em perspectiva que o legislador parte da possibilidade da existência de delitos omissivos dolosos, conclui que não há sentido em determinar um conceito de dolo que seja aplicável apenas aos delitos comissivos. Sustenta, assim, que a concepção de dolo deve ser modificada, segundo os dados normativos, que valem também para a comissão, de uma forma correspondente à estrutura ôntica da omissão.<sup>308</sup>

Essa proposta sustenta que a omissão também pode se apresentar como a realização de um plano em suas três manifestações, de intenção, de dolo direto e de dolo eventual:

O omitente atua, segundo isso, intencionalmente quando a finalidade de sua inatividade consiste em permitir que se produza o resultado típico. Atua com dolo direto quando certamente não quer a produção do resultado – a ele, por exemplo, o sucesso do resultado é indiferente –, mas reconhece que permanecendo inativo o resultado será produzido com segurança. Finalmente, atua com dolo eventual quando reconhece que, como consequência de sua não intervenção, é certo que possivelmente se produza o resultado típico e certamente não se pretende esse desenrolar, mas leva em consideração essa possibilidade e se conforma com sua eventual produção.<sup>309</sup>

O dolo eventual, assim como nos delitos comissivos, é considerado como a tomada de decisão a favor de uma possível lesão do bem jurídico. O autor entende, ainda, que dolo deve recair sobre todos os elementos do tipo, logo, no caso dos delitos omissivos impróprios, deve-se conhecer todas as circunstâncias que fundamentam a imputação do resultado, bem como todas as circunstâncias que fundamentam sua posição de garante e a correspondência da sua omissão em relação à correlacionada atuação comissiva. Em relação à exatidão a respeito dos meios de salvação que o omitente deva ter, entende que, caso não veja nenhuma possibilidade

---

<sup>308</sup> ROXIN, Claus. *Tomo II. Fundamentos. Estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, 1997. p. 816.

<sup>309</sup> *Ibid.*

salvação, o omitente não pode ser responsabilizado por dolo, restando, na maioria dos casos, a possibilidade de imputação culposa.<sup>310</sup>

Zaffaroni afirma que a essência pré-típica da omissão é a conduta efetivamente realizada, que é a ação final realizada. Na situação típica, essa finalidade da ação está proibida, uma vez que não representa a finalidade devida, o que também ocorre em relação à omissão culposa. Desse modo, o autor pontua que a forma para distinguir a omissão culposa da dolosa é a verificação de que, na omissão dolosa, o sujeito realiza a ação diferente da ordenada precisamente porque representa a causalidade que provocará o resultado.<sup>311</sup> Isto é, sabe que deve deixar ocorrer a representada causalidade para que ocorra o resultado e sabe que deve realizar a ação diversa para não interferir no curso causal, dirigindo, desse modo, a causalidade ao resultado.

Nesses termos, conclui que, tanto na ação, quanto na omissão, o dolo diz respeito a uma futura causalidade imaginada. Logo, não se poderia prescindir do elemento final no dolo típico da omissão, já que o conhecimento também está presente na culpa.<sup>312</sup> Ao contrário de Welzel e Kaufmann, não trata de uma finalidade potencial, mas de uma conduta real e efetiva que o sujeito põe em prática para não realizar a ação devida e, com isso, deixar prosseguir a causalidade produtora do resultado.

Wessels, por outro lado, pontua que a concepção de dolo como conhecimento e vontade da realização do tipo, adequada para a comissão, tem que ser adaptada para a omissão, uma vez que não existiria vontade de realização do resultado. A omissão dolosa consiste tão somente na decisão entre a inatividade e uma atuação possível, de forma que, nos delitos de omissão imprópria, “*o objeto do dolo é o conjunto de elementos que satisfazem o tipo objetivo, incluindo as circunstâncias que fundamentam a posição de garante*”.<sup>313</sup> O dolo é, assim, a vontade de permanecer inativo com o conhecimento dos elementos típicos objetivos e com a consciência da possibilidade de evitação do resultado, bastando-se a existência de dolo eventual.

Schünemann, por sua vez, entende que o dolo nos omissivos impróprios envolve o conhecimento a respeito do domínio do omitente sobre o fundamento do resultado. O omitente tem que levar em conta as circunstâncias que fundam o dever de garante, bem como a possibilidade de evitar o resultado, tendo consciência do seu domínio sobre o

---

<sup>310</sup> *Ibid.* p. 817.

<sup>311</sup> *Ibid.*

<sup>312</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p.

<sup>313</sup> SCHÜNEMMAN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 517.

acontecimento. Schünemann não se opõe à possibilidade do cometimento de um delito de intenção por omissão, sua teoria apenas requer que o exercício do domínio tenha lugar com vistas a uma finalidade.<sup>314</sup>

No Brasil, ao tratar especificamente da ingerência, mas elaborando concepção que pode ser estendida para as demais formas de posição de garante, Pierpaolo Bottini compreende que sua forma dolosa pressupõe a ciência da situação fática e de um elemento volitivo consistente na vontade de omitir e contribuir para o resultado.<sup>315</sup> Assim, compreende que “*o dolo, tanto na comissão como na omissão, é um elemento subjetivo, de forma que sempre será composto pela atitude interna do sujeito, seja a vontade, seja o conhecimento, seja a composição de ambos, sempre referida aos elementos típicos*”.<sup>316</sup>

O domínio do foco de perigo e o dever de salvamento devem integrar a imputação objetiva, de modo que integra o dolo somente o posicionamento de querer ou assumir o risco do resultado conhecendo as circunstâncias fáticas. A omissão dolosa é, portanto, uma tomada de postura diante de uma situação que permite a responsabilização penal.<sup>317</sup>

Segundo o autor, o dolo deve abranger a consciência a respeito dos elementos fáticos do risco não permitido, da capacidade individual de agir, da possibilidade de ocorrência do resultado e da vontade ou assunção do risco da ocorrência do resultado em decorrência da omissão. De acordo com essa percepção, entende que o dolo na omissão tem os mesmos contornos da comissão e que os problemas de diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual são os mesmos enfrentados nos crimes omissivos, de forma que não seria razoável o afastamento do dolo eventual na omissão.<sup>318</sup>

Heloísa Estellita recorda que a exigência do dolo nos delitos omissivos não é meramente doutrinária ou jurisprudencial, mas uma exigência legal no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, admite a possibilidade de reconhecimento de dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual, de modo que o último ocorre quando o omitente reconhece como possível a ocorrência do resultado como consequência de sua inatividade e conforma-se com o resultado, apesar de não o desejar diretamente, decidindo-se pela possível ofensa ao bem jurídico tutelado.<sup>319</sup>

---

<sup>314</sup> *Ibid.* p. 427.

<sup>315</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 246.

<sup>316</sup> *Ibid.* p. 248

<sup>317</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 248.

<sup>318</sup> *Ibid.* p. 249.

<sup>319</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 286.

A autora alerta, por outro lado, que é evidente que todas as circunstâncias do tipo objetivo omissivo impróprio devem ser objeto do conhecimento do omitente, o que pode dificultar a responsabilização no âmbito empresarial, tendo em vista a já mencionada fragmentação, segmentação, canalização e filtragem da informação comuns nesse setor.<sup>320</sup>

### **3.3 A impossibilidade de reconhecimento do dolo eventual nos delitos omissivos segundo Juarez Tavares**

Juarez Tavares compreende que, nos delitos omissivos, *“o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado e sua ação era, pois, necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza”*.<sup>321</sup> Nesse sentido, a mera consciência a respeito da situação que gera o dever de agir ou de sua possibilidade de realizar a ação devida não são suficientes para reconhecer o dolo. É necessário, segundo o autor, demonstrar que o omitente tomou a decisão sobre a não execução da ação possível e necessária.<sup>322</sup>

Nos delitos omissivos impróprios, o omitente deve, ainda, conhecer as circunstâncias fáticas da situação típica e os elementos fáticos que fundamentam sua posição de garante. Assim, o omitente deve integrar em sua representação a ocorrência do resultado perigoso, a conduta necessária a evitar esse resultado, a possibilidade de sua atuação e a consequente inevitabilidade do resultado e a subsistência de uma relação de proteção do bem jurídico.

A partir dessas considerações, conclui que, tendo em vista que o dolo deve englobar a relação entre a ação devida necessária e o resultado provável nos limites da certeza, não se pode admitir o dolo eventual. Como o sujeito tem que levar em consideração, para tomar sua decisão pela inatividade, a probabilidade do resultado nos limites da certeza e a necessidade de sua atuação, só pode ser constatado o dolo direito.

Nos delitos comissivos, ao contrário, é possível que o agente conheça as circunstâncias fáticas e assumo o risco da produção do resultado, admitindo-se o dolo eventual.<sup>323</sup> Pode-se acolher que o agente tenha o resultado como provável, mas atue, porque a ocorrência do

---

<sup>320</sup> *Ibid.* p. 287.

<sup>321</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 393.

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> *Ibid.* p. 394.

resultado lhe é indiferente, sendo desnecessária a consciência da certeza do resultado ou de que deve deixar de atuar para que ele não ocorra.<sup>324</sup>

Por outro lado, nos delitos omissivos, o autor entende que não existe controle sobre o evento, mas apenas o juízo de que o resultado ocorrerá com probabilidade nos limites da certeza caso deixe de atuar. Para que haja com dolo, deve incorporar na sua representação que o evento ocorrerá e que sua atuação é necessária, não bastando deixar o resultado ao acaso.<sup>325</sup> Dessa forma, conclui:

Se tiver dúvida acerca do salvamento, atuará com culpa e não mais com dolo. O mesmo vale para os delitos omissivos impróprios: se o sujeito, na condição de garantidor, não impede o resultado, porque pouco se importa com sua ocorrência, isso não é suficiente para caracterizar o dolo. (...) Se o sujeito tem que relacionar o resultado, quase como certo, não o deixa ao acaso, porque sabe que ele está muito próximo de se realizar.<sup>326</sup>

A respeito da representação acerca dos pressupostos da posição de garante, estabelece que: *i)* o omitente deve apenas conhecer a relação fática que fundamenta o dever de agir; *ii)* nos casos de assunção de responsabilidade, deve ter o conhecimento da assunção; *iii)* nos casos de criação do risco anterior, deve ter conhecimento que sua atuação era contrária ao dever e, conseqüentemente, arriscada.<sup>327</sup>

Ademais, esclarece que o erro, desde que inevitável, quanto a esses pressupostos fáticos, inclusive sobre a posição de garantidor, é erro de tipo e exclui o dolo, da mesma forma que nos delitos comissivos. Caso o erro seja evitável, imputa-se a conduta culposa, caso esteja prevista em lei.

### **3.4 Conclusão a respeito da aplicabilidade das teorias do dolo aos delitos omissivos impróprios**

Concorda-se com as teorias indicativas de que o dolo na omissão deverá ser reconhecido com a mesma estrutura da comissão, respeitadas as particularidades pertinentes, não obstante sejam formas de conduta ontologicamente distintas. Conforme exhaustivamente exposto quando da análise da imprescindibilidade da previsão da cláusula de equiparação da

---

<sup>324</sup> *Ibid.* p. 395.

<sup>325</sup> *Ibid.* p. 396.

<sup>326</sup> *Ibid.*

<sup>327</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 397.

omissão à comissão no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio de legalidade deve ser sempre respeitado na formulação da teoria do delito. A legislação deve ser clara e restritiva e a interpretação acerca das possibilidades admitidas pela literalidade da norma deve ser a interpretação mais restritiva da punibilidade.<sup>328</sup>

Partindo desse pressuposto, resta evidente que, uma vez que o Código Penal brasileiro, em seu art. 18, I, é claro ao prever que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, não é possível outra conclusão senão a de que o dolo deve ser composto, tanto na omissão, quanto na comissão, por um elemento volitivo e um elemento cognitivo.

São consideráveis os esforços doutrinários das teorias que reduzem a importância e até mesmo desconsideram o elemento volitivo em detrimento do elemento cognitivo, bem como não é possível negar as dificuldades probatórias enfrentadas para afirmar a existência da vontade do sujeito. No entanto, tratando-se de um sistema jurídico baseado na codificação e tendo como sentido e objetivo político o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, não se pode adotar qualquer formulação teórica que negue a redação expressa da lei.

Nesse sentido, as teorias da representação e as teorias com enfoque normativo-cognitivo, tal como a teoria de Puppe, adaptada à realidade brasileira pela teoria de Viana, bem como as citadas teorias alternativas ao sistema, tal como a teoria de Porciúncula, a princípio, não cumprem o papel garantista limitador que se busca na teoria do delito.

Nesse sentido, conclui-se que o dolo é constituído, no ordenamento jurídico brasileiro, por imperativo legal, de um elemento volitivo e de um elemento cognitivo. O elemento cognitivo, também por exigência legal prevista no Art. 20, CP, deve abranger todos os elementos objetivos do tipo legal.

Como visto, em relação aos crimes omissivos impróprios, os pressupostos do tipo objetivo predominantemente atribuídos pela doutrina para a imputação do resultado ao omitente garantidor são: (i) a situação típica; (ii) a omissão de uma ação exigida para evitar o resultado; (iii) a possibilidade de agir; (iv) a causalidade; (v) a imputação objetiva; (vi) a posição de garantidor.<sup>329</sup>

É importante ter em perspectiva que o marco inicial da situação típica que gera o dever de agir do garantidor em concreto é determinado pelo início da tentativa na omissão, com a

---

<sup>328</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2021. p. 108.

<sup>329</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 77.

configuração de perigo direto ao bem tutelado penalmente. Antes disso, quaisquer omissões do garantidor não possuem relevância penal, de modo que os elementos típicos devem ser considerados nesse marco temporal.<sup>330</sup>

Constatados os referidos elementos típicos objetivos, nos limites apresentados no Capítulo 1, com a correta comprovação acerca da fundamentação legal e material do papel de garantidor, bem como de que a conduta devida e omitida teria efetivamente evitado o resultado perigoso ao bem jurídico, com probabilidade nos limites da certeza, faz-se necessário, inicialmente, que o omitente tenha tomado conhecimento de todos esses elementos no momento da omissão.

O conhecimento acerca dos elementos típicos objetivos é imprescindível para que o omitente possa orientar sua conduta, conformando-se ou não com a norma. Logo, o desconhecimento de quaisquer desses elementos é um erro de tipo e exclui o dolo, podendo ser imputada a conduta culposa, caso o erro seja evitável e haja a previsão da modalidade culposa da conduta, nos termos do Art. 20, CP.

Aqui trata-se do conhecimento acerca das circunstâncias fáticas que compõe a tipicidade. O omitente tem que ter conhecimento dos elementos fáticos que fundamentam seu dever de agir, sendo irrelevante seu conhecimento acerca da norma que prescreve tal dever, tendo em vista que o erro de proibição não exclui o dolo. Nesse sentido, um pai deve ter o conhecimento de que a criança que está se afogando é seu filho, não outra criança com a qual não possui qualquer vinculação, para que seja possível a imputação dolosa em relação à omissão do salvamento. É desnecessário, por outro lado, que o pai tenha conhecimento da norma legal que prescreve seu dever de agir.

A já mencionada exigência de Juarez Tavares a respeito da representação acerca dos pressupostos da posição de garante é adequada, no sentido de que: *i)* o omitente deve apenas conhecer a relação fática que fundamenta o dever de agir; *ii)* nos casos de assunção de responsabilidade, deve ter o conhecimento da assunção; *iii)* nos casos de criação do risco anterior, deve ter conhecimento que sua atuação era contrária ao dever e, consequentemente, arriscada.<sup>331</sup>

Vale ressaltar que o conhecimento é necessário também quando subsiste a delegação de tarefas e funções. Nesses casos, o delegante tem deveres de seleção, instrução, organização e intervenção em relação ao âmbito da delegação. No entanto, é aplicado o princípio da confiança, de forma que os delegados devem intervir apenas diante de sinais que tornem

---

<sup>330</sup> *Ibid.* p. 296.

<sup>331</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 397.

injustificada tal confiança.<sup>332</sup> Caso o delegante exerça os mencionados deveres e não tome conhecimento de motivos para revogar a confiança conferida, não pode ser cogitada a atuação dolosa por falta do elemento cognitivo.

Nos casos em que a falta de conhecimento advenha da falta de cuidado, pode-se cogitar a imputação culposa, caso seja prevista em lei. Por serem escassas as hipóteses de imputação culposa, especialmente no ambiente empresarial, nota-se com frequência a tentativa insubsistente de importar a doutrina da cegueira deliberada desenvolvida inicialmente nos Estado Unidos, pretendendo-se superar o claro óbice do elemento cognitivo do dolo expresso no art. 20, CP.<sup>333</sup>

Uma vez comprovada a existência dos elementos objetivos típicos e comprovado que o omitente tenha conhecimento a respeito de todos esses elementos, parece correta a compreensão do elemento volitivo na omissão como vontade de omitir e contribuir para o resultado,<sup>334</sup> ou ainda a decisão acerca da inação.<sup>335</sup>

O dolo nos delitos omissivos impróprios é, portanto, o conhecimento dos elementos objetivos típicos, inclusive dos pressupostos fáticos que fundamentam sua posição de garante, e a decisão motivada pela vontade de se omitir e contribuir com o resultado lesivo ao bem jurídico.

A discussão acerca do que consiste a vontade nos delitos omissivos impróprios pode ser considerada parecida com a discussão no âmbito da comissão. Desde que se admita a possibilidade de dolo eventual, isto é, que possa ser imputado ao emitente o crime omissivo impróprio em razão de uma decisão pela inatividade quando se tenha conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado – não se exigindo, como faz Juarez Tavares, o conhecimento de que o resultado se dará com probabilidade nos limites da certeza – as teorias do dolo com enfoque psicológico-volitivo, normativo-volitivo e psicológico-cognitivo podem fornecer critérios complementares para a comprovação e, especialmente, refutação dessa vontade.

Nessa hipótese, caso fique comprovado que o agente se conformou ou assumiu o risco da produção do resultado (teoria do consentimento), ou que ele recebe com indiferença esse resultado (teoria da indiferença), restaria comprovado o elemento volitivo.

---

<sup>332</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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. 170.

<sup>333</sup> *Ibid.* p. 298.

<sup>334</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 246.

<sup>335</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 393.

Por outro lado, caso ficasse comprovado que o omitente confiou na não ocorrência do resultado (teoria da representação), ou que foi exprimida a vontade de evitação (teoria da representação de Kaufmann), estaria excluído o elemento volitivo. Da mesma forma, havendo indicadores externos de que o omitente não se conformou com o resultado (teorias dos indicadores), excluir-se-ia o elemento volitivo.

Caso não se admita o dolo eventual nos delitos omissivos impróprios, como faz Juarez Tavares, qualquer incerteza acerca da ocorrência do resultado já é suficiente para excluir a imputação dolosa, restando tão somente a possibilidade de imputação culposa, caso haja a previsão legal dessa modalidade. Esse posicionamento parece atender à função restritiva e garantista da dogmática penal.

### **3.5 A importância da definição de dolo nos delitos omissivos impróprios a partir de casos emblemáticos no Brasil**

O enfrentamento da questão do dolo nos crimes omissivos impróprios pelo Tribunais Superiores no Brasil ainda é bastante escasso, mas alguns casos emblemáticos podem demonstrar a importância do tema para a realidade nacional e as tendências das Cortes quanto à resolução do tema.

O caso brasileiro mais emblemático do presente século é provavelmente o caso da Boate Kiss, no qual 242 pessoas foram mortas,<sup>336</sup> em 27 de janeiro de 2013, e até a presente data não há um julgamento definitivo a respeito da responsabilização dos dirigentes do estabelecimento em que ocorreu a fatalidade. A repercussão do caso foi tamanha que o Congresso Nacional, em decorrência desse acontecimento, aprovou a Lei 13.425/2017,<sup>337</sup> também conhecida como Lei Kiss, a qual unifica regras para estados e municípios, definindo competências e responsabilidades sobre a segurança em casas de espetáculos.

O evento ocorreu em uma casa noturna no Estado do Rio Grande do Sul quando uma banda musical se apresentava e um de seus integrantes disparou um artefato pirotécnico, atingindo o teto do local, o que iniciou um incêndio que se alastrou rapidamente, causando a

<sup>336</sup> G1. *Boate Kiss: tragédia completa 10 anos; relembre incêndio e veja lista de vítimas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/01/27/boate-kiss-tragedia-completa-10-anos-relembre-incendio-e-veja-lista-de-vitimas.ghtml>>. Publicado em 27/01/2013. Acesso em 12/02/2023.

<sup>337</sup> BRASIL. *Lei nº 13.425, de 30 de março de 2017*. Estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público; altera as Leis nºs 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113425.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113425.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

morte de 242 pessoas e deixando mais de 600 feridos. Segundo informações do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), os empresários e sócios da Boate Kiss, o vocalista da banda que se apresentava e um produtor musical foram denunciados por homicídio simples consumado por 242 vezes e por homicídio simples tentado por 636 vezes. Os réus foram condenados pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, no entanto, a decisão foi anulada quando do julgamento do recurso de apelação dos acusados, de forma que se encontra pendente de novo julgamento.<sup>338</sup>

Não obstante o caso ainda não tenha sido definitivamente resolvido pelo Poder Judiciário brasileiro, algumas decisões dos Tribunais Superiores acerca da possibilidade do reconhecimento do dolo eventual no homicídio por omissão são relevantes.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.790.039, interposto pelo Ministério Público e pelos réus, contra a decisão do TJRS que manteve parcialmente a pronúncia dos réus, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou pela primeira vez de forma mais detida a acusação no caso em comento. Do extrato da denúncia referenciado no acórdão proferido no REsp n. 1.790.039, nota-se que o Ministério Público afirma que os réus assumiram o risco da produção das mortes porque não tinham controle sobre o risco criado:

Os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO AUGUSTO assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate, revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal, a saber: (...).<sup>339</sup>

Apesar de não se falar expressamente em omissão, é evidente que a responsabilidade de pelo menos parte dos réus nesse caso – notadamente os sócios da casa de festas – só pode ter se dado por omissão, ao deixarem de agir para garantir a permanência do risco dentro dos limites permitidos. Não por outro motivo, o extrato do acórdão do TJRS que julgou o Recurso em Sentido Estrito, transcrito no acórdão do Recurso Especial, reconhece a possibilidade da responsabilidade também por omissões:

8. Tipicidade subjetiva. Dolo eventual. Suporte fático que, no conjunto da obra, na pluralidade de consciências e vontades materializadas em ações e omissões, no plano geral do evento como apresentado, torna plausível a estrutura típica que vem de nortear o contraditório deste processo, não sendo possível descartar, a priori, que os réus tenham assumido o risco de produzir os resultados descritos na denúncia.

<sup>338</sup> TJRS. *Caso Boate Kiss*. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=91354>>. Publicado em 03/08/2022. Acesso em 12/02/2023.

<sup>339</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.790.039/RS*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Brasília, 18 de junho de 2019. DJe de 2 de agosto de 2019.

9. Dolo eventual que pode ser evidenciado na conduta dos réus Elissandro e Mauro, que teriam concorrido para o crime supostamente implantando a espuma altamente inflamável e tóxica, contratando o show que sabiam incluir fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança e equipe de funcionários sem treinamento obrigatório.<sup>340</sup>

Ao analisar o mérito recurso, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da indiferença para caracterizar o dolo, afirmando-se, por outro lado, que *“somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do agente”*.<sup>341</sup>

O acórdão pontuou, então, a possibilidade de atuação com dolo eventual, porque os réus produziram um incremento considerável do risco do resultado morte, concluindo no seguinte sentido:

7. Ademais, a afirmada ganância dos acusados – a utilização, no revestimento interno do estabelecimento, de espuma inadequada e altamente tóxica e inflamável, a ausência de investimento em segurança contra incêndio, a busca de lucro com a superlotação do estabelecimento, a aquisição de fogos de artifícios mais baratos que somente seriam indicados para ambientes externos – e a ocorrência de fogo e asfixia no fatídico evento foram sopesadas, no conjunto dos fatos, para configurar a tipicidade subjetiva e classificar a conduta dos agentes como movida por dolo eventual, de maneira que, se chamadas novamente em desfavor dos réus para qualificar os crimes, causariam o vedado bis in idem.<sup>342</sup>

Pelos pontos trazidos, o STJ parece ter privilegiado o entendimento segundo o qual o dolo na omissão é uma opção pela inatividade conhecendo a situação fática e o risco do resultado. Para isso, analisou-se documentação que indicaria essa tomada de posição dos réus.

Mais recentemente, no contexto dos atos antidemocráticos ocorridos em 8 de janeiro de 2023, foram determinadas pelo Supremo Tribunal Federal medidas cautelares contra o Governador do Distrito Federal, o Secretário de Segurança do Distrito Federal e outras autoridades públicas, bem como foi instaurado inquérito contra essas pessoas para investigar a responsabilidade por crimes omissivos impróprios.

Em decisão datada do mesmo dia dos atos, o Ministro Alexandre de Moraes, determinou, entre outras medidas, a imposição de medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, prevista no art. 319, VI, CPP, afastando o Governador do Distrito Federal.

---

<sup>340</sup> *Ibid.* p. 32.

<sup>341</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.790.039/RS*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Brasília, 18 de junho de 2019. DJe de 2 de agosto de 2019. p. 97.

<sup>342</sup> *Ibid.*

Ainda que a decisão tenha se dado anteriormente à investigação mais aprofundada, o que mudar a interpretação dos fatos, nota-se que o ato decisório considera expressamente o reconhecimento do dolo na omissão atribuída ao Governador:

(...) só não foi mais acintoso do que a conduta dolosamente omissiva do Governador do DF, IBANEIS ROCHA, que não só deu declarações públicas defendendo uma falsa “livre manifestação política em Brasília” – mesmo sabedor por todas as redes que ataques as Instituições e seus membros seriam realizados – como também ignorou todos os apelos das autoridades para a realização de um plano de segurança semelhante aos realizados nos últimos dois anos em 7 de setembro, em especial, com a proibição de ingresso na esplanada dos Ministérios pelos criminosos terroristas; tendo liberado o amplo acesso.<sup>343</sup>

Por seis vezes, a decisão, que foi posteriormente referendada pelo Plenário do STF, fala na possibilidade de omissão dolosa. No entanto, ao se observar os motivos que ensejam essa interpretação, tratam-se de circunstâncias relacionadas ao elemento cognitivo do dolo, como o conhecimento a respeito do risco de ocorrência do resultado. É evidente que a investigação ainda vai avançar e a interpretação acerca desses elementos poderá ser modificada, bem como não se busca no presente momento discutir a existência ou não dos elementos típicos objetivos, mas é possível identificar a relevância conferida pela decisão ao elemento cognitivo do dolo, em detrimento do elemento volitivo.

Verifica-se, ainda, que a decisão pontua a existência de graves falhas na atuação dos órgãos de segurança:

Diversos e fortíssimos indícios apontam graves falhas na atuação dos órgãos de segurança pública do Distrito Federal, pelos quais é o responsável direto o Governador do Distrito Federal, IBANEIS ROCHA, dentre os quais é possível listar, até o momento, os seguintes fatos principais: (...).<sup>344</sup>

Tal ponto poderia indicar, em tese, a infração a normas de cuidados, entretanto, em momento algum da decisão cogitou-se a configuração de um crime omissivo culposos. Com base nessas observações, pode-se cogitar uma tendência à adoção de uma imputação do dolo baseada na constatação da existência de conhecimento por parte do omitente.

É importante esclarecer que a responsabilidade penal de um superior hierárquico pela atuação dos órgãos de segurança não pode ser considerada como objetiva. A falha, ainda que dolosa, na atuação de certos órgãos de segurança não pode ser imputada ao superior, supondo-se uma posição de garante, sem que exista a comprovação de que tal sujeito tenha falhado nas

<sup>343</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.879*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DECISA7710Afastagovernadoreoutrasmedidas2.pdf>>. Publicado em: 8 de jan. de 2023. Acesso em 12 de fev. de 2023.

<sup>344</sup> *Ibid.* p. 7.

medidas e vigilância e intervenção possíveis e exigidas. Isso parece óbvio, por exemplo, ao se considerar que os superiores hierárquicos não respondem por homicídio por omissão quando agentes de segurança praticam verdadeiros massacres nas comunidades periféricas.

Comprovada a situação típica e os demais elementos objetivos do tipo penal, é que poder-se-ia cogitar a responsabilização do superior hierárquico, desde que igualmente presentes os elementos subjetivos. No caso do dolo, sustenta-se, como visto, a necessidade de ser comprovado o conhecimento, bem como a vontade de se omitir e contribuir com o resultado.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Penal 470, o Caso Mensalão, já havia enfrentado o tema na omissão. Naquele processo, julgou-se a atuação dos responsáveis pelo “*Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e pelas áreas de compliance, contabilidade, jurídica, operacional, comercial e tecnológica da instituição financeira*”.<sup>345</sup> O STF entendeu que a adulteração dos relatórios de *compliance* foi determinante para a condenação dos dirigentes do Banco Rural pelo crime de gestão fraudulenta, de forma que o acusado Vinícius Samarane foi condenado por gestão fraudulenta exatamente em razão de ter determinado a alteração dos referidos relatórios, entendimento que também foi aplicado para efeitos de condenação pelo crime de lavagem de dinheiro.

Apesar de o voto condutor inicialmente afirmar que a participação do acusado seria menos relevante, o Ministro Relator referiu-se a uma “omissão dolosa”, deixando claro que a condenação se deu por omissão imprópria. Sobre o ponto, importante o seguinte extrato:

Como se vê, tanto SAMARANE, quanto AYANNA também eram, em última análise, responsáveis pela verificação da conformidade ou não das operações de crédito em questão com as normas aplicáveis à espécie, especialmente as do Banco Central. Dessa forma, para que o grupo criminoso obtivesse sucesso, era necessária, dentro da divisão de tarefas verificada entre os réus, a omissão dolosa de AYANNA e SAMARANE no exercício de suas obrigações.<sup>346</sup>

Essa perspectiva que se logrou vencedora propõe então uma atuação dolosa em razão do consentimento com as práticas fraudulentas. Interessante verificar o posicionamento do Ministro Revisor daquele caso, Ministro Ricardo Lewandowski, acerca do elemento volitivo do dolo:

Eu apenas quero dizer a Vossa Excelência, com todo o respeito - e Vossa Excelência deu um voto que me parece primoroso, como sempre -, que, na dúvida, e eu fiquei na dúvida com relação à responsabilidade deste réu Vinícius Samarane, sobretudo no que diz respeito a sua intenção subjetiva, ao dolo específico de cometer fraude.

<sup>345</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de dez. de 2012. DJe de 22 de abr. de 2013.

<sup>346</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de dez. de 2012. DJe de 22 de abr. de 2013. p. 58 do voto do Ministro Relator.

Que ele ocupado tinha eventualmente um cargo, antes de 2004, com potencial de produzir algum documento que pudesse orientar a diretoria, quanto a isso, não há dúvida nenhuma.<sup>347</sup>

O Ministro Ayres Britto, por outro lado, afirmou que o acusado agiu com deliberada omissão, “*na medida em que esse acusado conhecia as operações ilícitas e tinha a obrigação legal e estatutária de impedir a ocorrência do resultado*”,<sup>348</sup> o que demonstra uma opção pela compreensão do dolo como representação. Observa-se que a questão da exigência do elemento volitivo do dolo não restou suficientemente resolvida e as divergências expostas são sintomáticas dos tratamentos desiguais conferidos pela jurisprudência nacional.

As decisões de órgãos colegiados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal brevemente recordadas demonstram que a questão a respeito dos elementos do dolo nos crimes omissivos impróprios ainda é bastante incipiente e não uniformizada, mas parece ser um tema que será cada vez mais enfrentado pelo Poder Judiciário, com a expansão da responsabilização por normas de dever, especialmente em relação a dirigentes empresariais e agentes públicos.

### **3.6 O papel do dolo da crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos impróprios**

Como visto quando da introdução e do primeiro capítulo, inobstante os esforços da doutrina garantista, tem-se observado, especialmente com as novas perspectivas sociais, políticas e econômicas neoliberalistas, a expansão do Direito Penal, de forma ampla, e dos delitos omissivos impróprios.

Nesse contexto, aumenta-se a incidência legislativa e alargam-se os critérios de imputação dos crimes omissivos impróprios, buscando-se inclusive fornecer uma resposta à criminalidade no âmbito de empresas e instituições públicas.

De acordo com a exemplificação fornecida pela breve análise dos casos emblemáticos acima, fica claro que, por um lado, os Tribunais Superiores têm enfrentado, cada vez mais, a necessidade de se imputar condutas omissivas a dirigentes empresariais e agentes estatais em situação de comando, com o claro caráter de preocupação em fornecer uma resposta estatal com aparência de efetividade à sociedade. Por outro, tem-se que a jurisprudência ainda não

---

<sup>347</sup> *Ibid.* p. 2 dos Debates.

<sup>348</sup> *Ibid.*

encontra critérios claros e uníssonos para afirmar os elementos de imputação, em especial o dolo.

Nesse contexto de expansão legislativa e insegurança jurisprudencial, situa-se a mencionada crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos apontada por Juarez Tavares.<sup>349</sup> A partir dos problemas apresentados em relação à imputação do dolo nos delitos omissivos impróprios, sobretudo em relação às tentativas de superação da necessidade do elemento volitivo para seu reconhecimento, conclui-se que o dolo tem exercido um papel de relevância no agravamento na citada crise.

Quanto à crise de validade, pode-se observar que subsiste a crise dos delitos omissivos impróprios, agravada pelas questões atinentes ao dolo, em razão primordialmente de que a *“interpretação acerca de como se deva proceder quanto à aplicação da norma em relação ao fato se tenha desvinculado de sua primitiva estrutura”*.<sup>350</sup>

Da mesma forma, constata-se que subsiste a crise de legitimidade, tendo em vista que esta se dá *“quando se constataste que um determinado instituto já não estaria apto a servir de suporte ou de proteção aos seus direitos fundamentais”*,<sup>351</sup> o que é verificado em relação à imputação do dolo na omissão impropria.

As dificuldades apresentadas em face da recorrente desconsideração doutrinária e jurisprudencial quanto ao elemento volitivo do dolo, a qual propõe o dolo como uma representação a partir de critérios primordialmente normativos, amplificam a impossibilidade de interpretação adequada da aplicação das normas do Código Penal relativas ao dolo. Da mesma forma, tal proposta, ao negar o princípio da legalidade e o sistema jurídico como um todo, amplia demasiadamente a responsabilização, deixando de fornecer critérios claros aos indivíduos para orientarem suas condutas e, assim, a imputação dolosa dos crimes omissivos impróprios passa a não estar apta a resguardar os direitos fundamentais.

Essa situação é agravada em relação aos delitos omissivos impróprios, uma vez que a vontade do omitente não se dirige à colocação em movimento do curso causal, mas sim à inatividade e à contribuição para o resultado. O liame entre vontade e resultado já é mais distante na omissão do que na comissão, de forma que deixar de exigí-lo, para privilegiar apenas o conhecimento, como propõe as últimas teorias do dolo analisadas, além de violar frontalmente a garantia constitucional da legalidade, impossibilita o fornecimento ao indivíduo de critérios restritos e claros para orientar sua conduta, causando uma

---

<sup>349</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 28.

<sup>350</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 28.

<sup>351</sup> *Ibid.* p. 30.

demasiadamente ampla responsabilização penal, deixando de resguardar as garantias fundamentais do indivíduo e expandindo o poder punitivo estatal.

Pelas especificidades da sociedade brasileira, em que a possibilidade de orientação da conduta a partir dos parâmetros fornecidos pelas normas penais é extremamente desigual, a relativização de tais parâmetros para além do limite legal é ainda mais problemática.

A princípio, poder-se-ia cogitar que a questão dos delitos omissivos impróprios afetaria tão somente classes privilegiadas, considerando-se as dificuldades complementares pertinentes aos dirigentes empresariais e aos agentes estatais em posição de comando. No entanto, basta verificar os exemplos comumente fornecidos pela doutrina para confirmar que a omissão imprópria se dirige, em grande parte, às pessoas que, em regra, encontram-se em situação de vulnerabilidade. Apenas para recordar, cita-se funcionárias domésticas encarregadas de cuidados com vulneráveis, enfermeiras e fornecedores de serviços em situação informal.

A partir dessas colocações, conclui-se pela temerária contribuição do dolo na crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos impróprios, uma vez que a interpretação que vem sendo cogitada pela doutrina e pela jurisprudência acerca da desnecessidade do elemento volitivo para imputação dolosa viola o princípio constitucional da legalidade, não fornece critérios claros e restritivos para o indivíduo orientar sua conduta e, por fim, não restringe a intervenção punitiva estatal, tampouco está apta a resguardar direitos fundamentais ou a fortalecer o Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, pretendeu-se analisar a relação da imputação subjetiva a título de dolo com os crimes omissivos impróprios. Inicialmente, indicou-se a expansão do Direito Penal e dos delitos omissivos, ponderando-se acerca de seus pressupostos e consequências.

Apontou-se o surgimento da sociedade de risco, com novos interesses, novos riscos e a nova delinquência da globalização como o contexto no qual essa expansão foi posta em movimento. Ademais, assentou-se que a superação dos postulados hegelianos e da influência do positivismo penal, com alteração dos rumos da política criminal, no sentido de resguardar os fins da produção industrial, e a consequente normatização da responsabilidade pelo resultado favoreceram a expansão dos delitos vinculados a violações de proibições e deveres, tal como a omissão imprópria. No ponto, considerou-se que a mais expressiva expansão dos delitos omissivos ocorreu no século passado, com instituição do Estado social, sua posterior falência e a globalização, com a incorporação dos pressupostos neoliberais ao Direito Penal.

A partir dessas constatações, observou-se a conclusão de Juarez Tavares pela subsistência de uma crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos, a qual é também uma crise dogmática da própria teoria do delito. Adotando-se esses pressupostos, buscou-se analisar o papel do dolo na referida crise, especialmente em relação aos delitos omissivos impróprios.

Para tanto, estudou-se, no primeiro capítulo, as particularidades referentes à estrutura da responsabilização por omissão. Inicialmente, ponderou-se que a omissão relevante ao Direito Penal brasileiro é violação de um dever previsto em uma norma mandamental, a qual deve ser sempre submetida à crítica quanto sua validade e legitimidade, e deve sua vinculação ser analisada em relação às circunstâncias específicas do omitente no caso concreto.

Definiu-se que a omissão imprópria – para além da diferenciação básica e por vezes insuficiente de ordem normativa, que indica que os delitos omissivos impróprios são aqueles em não há a previsão expressa de uma conduta omissiva no tipo penal, exigindo-se o respeito à cláusula geral de equiparação presente na Parte Geral – possui duas características essenciais, quais sejam estar referenciada a uma norma proibitiva e mandamental e se condicionar às qualidades específicas do sujeito, em razão da sua posição de garantidor.

Ponderou-se que a lei penal deve ser suficientemente clara e restritiva para que os cidadãos possam conhecer os limites do ilícito, de modo a formular juízos a respeito das suas condutas e seus efeitos, concedendo-se, portanto, segurança para que o indivíduo possa conformar seus atos de acordo com a norma, motivo pelo qual, no ordenamento jurídico brasileiro, a imputação dos delitos omissivos impróprios não pode prescindir de uma cláusula de equiparação suficientemente clara.

Em seguida, identificou-se que, em relação à omissão imprópria, os pressupostos do tipo objetivo predominantemente atribuídos pela doutrina para a imputação do resultado ao omitente garantidor são: (i) a situação típica; (ii) a omissão de uma ação exigida para evitar o resultado; (iii) a possibilidade de agir; (iv) a causalidade; (v) a imputação objetiva; (vi) a posição de garantidor. A tipicidade é complementada pelo elemento subjetivo, o qual foi examinado nos capítulos seguintes.

Ainda quanto aos delitos omissivos impróprios, foi possível observar que há diversas propostas a respeito da fundamentação material para equiparação da omissão à ação para fins de responsabilização penal. Pode-se dividi-las em dois grupos: a) do domínio ou controle sobre os fundamentos do resultado, da forma inicialmente proposta por Schünemann; e b) das competências organizativas e institucionais, inicialmente proposta por Jakobs e adotada no Brasil por Bottini, com as diferenças pontuadas quando da análise de sua obra.

No entanto, adotou-se a conclusão de Heloisa Estellita, no sentido de que o critério das competências, de base normativa, carece de clareza e pode conduzir a uma indevida amplitude das posições de garante na sociedade cada vez mais regulada. Por outro lado, o critério do domínio sobre o fundamento do resultado, desde que respeitados os critérios normativos, oferece respostas mais claras, sendo necessário, em qualquer hipótese, a assunção fática pelo sujeito com o dever de agir para conter os riscos ou de atuar na proteção do bem jurídico tutelado.

No capítulo segundo, passou-se a analisar os elementos que compõe o dolo e as teorias pertinentes. Comtemplou-se que o Código Penal brasileiro, em seu art. 18, I, é claro ao prever que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Apesar da duplicidade de componentes prevista em lei, constatou-se que a doutrina tem buscado normativizar e relativizar a necessidade de comprovação do elemento volitivo.

A chamadas teorias da vontade fazem parte do grupo de enfoque psicológico-volitivo e sustentam que o elemento volitivo dirigido ao resultado é o que diferencia o dolo da culpa. A mais notável das teorias da vontade é a chamada teoria do consentimento e se baseia na vinculação emocional do agente com o resultado. Já as teorias com enfoque psicológico-cognitivo compreendem o dolo como a comprovação da efetiva existência do elemento cognitivo na conduta dolosa. No tocante ao aspecto conceitual, a intencionalidade de produzir o resultado não tem maior relevância, sendo importante apenas o nível de representação subjetiva do agente em relação à probabilidade da produção do resultado.

Destacou-se que há atualmente uma tendência na doutrina penal de, progressivamente, se afastar do enfoque psicológico e conceber o dolo como um elemento normativo que deve ser imputado ao agente, abandonando seu aspecto ontológico. Dentre as teorias que seguem essa tendência de normativização dos elementos subjetivos, apoiadas no marco de uma concepção funcionalista dos fins do Direito Penal, as teorias com enfoque normativo-volitivo afirmam o dolo a partir do estabelecimento de critério para imputar ao agente o conhecimento e a vontade de realizar o tipo penal, abandonando a tentativa de se provar a ocorrência dos elementos que compõe o dolo. Por outro lado, as teorias com enfoque normativo-cognitivo limitam-se a elaborar critérios de atribuição de conhecimento para conceituar o dolo. Em seu nível conceitual, entendem que o elemento volitivo do dolo é menos relevante do que o elemento cognitivo.

No capítulo terceiro, pretendeu-se verificar a aplicabilidade de tais teorias relativas ao dolo aos delitos omissivos impróprios. Assim, constatou-se que parte da doutrina entende pela impossibilidade da transposição do dolo comissivo à omissão, enquanto outra parte entende que a teoria do dolo deve ser a mesma, respeitando-se as particularidades da omissão. Concluiu-se que a segunda corrente parece estar correta.

Ponderou-se, então, que são notáveis os esforços doutrinários das teorias que reduzem a importância e até mesmo desconsideram o elemento volitivo em detrimento do elemento cognitivo, bem como não é possível negar as dificuldades probatórias enfrentadas para afirmar a existência da vontade do sujeito. No entanto, tratando-se de um sistema jurídico baseado na codificação e tendo como sentido e objetivo político o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, não se pode adotar qualquer formulação teórica que negue a redação expressa da lei.

Nesse sentido, verificou-se que as teorias da representação e as teorias com enfoque normativo-cognitivo, tal como a teoria de Puppe, adaptada à realidade brasileira pela teoria de Viana, bem como as citadas teorias alternativas ao sistema, como a teoria de Porciúncula, a princípio, não cumprem o papel garantista limitador que se busca na teoria do delito.

Feitas essas considerações, a conclusão do presente trabalho foi de que o dolo é constituído, no ordenamento jurídico brasileiro, por imperativo legal, de um elemento volitivo e de um elemento cognitivo. O elemento cognitivo, também por exigência legal prevista no Art. 20, CP, deve abranger todos os elementos objetivos do tipo legal, os quais já foram delimitados em relação à omissão imprópria.

Constatada a presença dos elementos típicos objetivos, com a correta constatação acerca da fundamentação legal e material do papel de garantidor, bem como de que a conduta devida e omitida teria efetivamente evitado o resultado perigoso ao bem jurídico, com probabilidade nos limites da certeza, demonstrou-se que se faz necessário, inicialmente, que o omitente possa ter tomado conhecimento de todos esses elementos no momento da omissão.

Uma vez comprovada a existência dos elementos objetivos típicos e comprovado que o omitente tenha conhecimento a respeito de todos esses elementos, entendeu-se como correta a compreensão do elemento volitivo na omissão como a decisão motivada pela vontade de se omitir e contribuir para o resultado, ou ainda a decisão acerca da inação. Depreendeu-se que o dolo nos delitos omissivos impróprios é, portanto, o conhecimento dos elementos objetivos típicos, inclusive dos pressupostos fáticos que fundamentam sua posição de garante, e a decisão motivada pela vontade de se omitir e contribuir com o resultado lesivo ao bem jurídico.

Desde que se admita a possibilidade de dolo eventual, isto é, que possa ser imputado ao omitente o crime omissivo impróprio em razão de uma decisão pela inatividade quando se tenha conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado, as teorias do dolo com enfoque psicológico-volitivo, normativo-volitivo e psicológico-cognitivo podem fornecer critérios complementares para a comprovação e, especialmente, refutação dessa vontade. Caso não se admita o dolo eventual nos delitos omissivos impróprios, como faz Juarez Tavares, qualquer incerteza acerca da ocorrência já é suficiente para excluir a imputação dolosa, restando tão somente a possibilidade de imputação culposa, caso haja a previsão legal dessa modalidade.

De acordo com a exemplificação fornecida pela análise de casos judiciais emblemáticos, ficou claro que, por um lado, os Tribunais Superiores brasileiros têm enfrentado, cada vez mais, a necessidade de se imputar condutas omissivas a dirigentes

empresariais e agentes estatais em situação de comando, com o claro caráter de preocupação em fornecer uma resposta estatal aparentemente efetiva à sociedade. Por outro, restou evidente que a jurisprudência ainda não encontra critérios claros para afirmar os elementos de imputação, em especial o dolo.

A partir dos problemas apresentados em relação à imputação do dolo na omissão imprópria, sobretudo em relação às tentativas de superação da necessidade do elemento volitivo para seu reconhecimento, compreendeu-se que o dolo tem exercido um papel de relevância no agravamento da analisada crise de validade e legitimidade dos delitos omissivos.

Assim sendo, concluiu-se pela temerária contribuição do dolo na referida crise, uma vez que a interpretação que vem sendo cogitada pela doutrina e pela jurisprudência acerca da desnecessidade do elemento volitivo para imputação dolosa viola o princípio constitucional da legalidade, não fornece critérios claros e restritos para o indivíduo orientar sua conduta e, por fim, não restringe a intervenção punitiva estatal, tampouco está apta a resguardar direitos fundamentais ou fortalecer o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. 2ª ed. trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier, 2014.

BLYTH, Mark. *Austeridade. A história de uma ideia perigosa*. Trad. Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.425, de 30 de março de 2017. Estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público; altera as Leis nºs 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113425.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113425.htm). Acesso em: 25 de fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.790.039/RS*. Relator: Ministro Rogerio Schietti. Brasília, 18 de junho de 2019. DJe de 2 de agosto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.879*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DECISA7710Afastagovernadoreoutrasmedidas2.pdf>. Publicado em: 8 de jan. de 2023. Acesso em 12 de fev. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de dez. de 2012. DJe de 22 de abr. de 2013.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes 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.

FERRAJOLI, Luigi. *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Cord. Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal. Volume I*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GINZBURG, Carlo. *Clues, Myths and the Historical Method*. Trad. John e Anne C. Tedeschi. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico, 2014.

JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2018.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KINDHÄUSER, Urs. *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2011.

MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. *Direito Penal Volume I. Introdução e Parte Geral*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo, Editora Saraiva, 1979.

PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, 1994.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. trad. introd. e notas Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*.

RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2014.

ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible 1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hamurabi, 2013.

ROXIN, Claus. *Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Tomo II. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. revista e ampliada. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003.

SANCHÉZ-MÁLAGA, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SCHÜNNEMMAN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González e Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. *Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial*. Revista de Direito Internacional do UniCEUB, Volume 13, N. 1. Brasília, 2016.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. O crime. *Crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5ª ed. rev. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TENCA, Adrián M. *Dolo eventual*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Austre, 2022.

THEODORO, Mário. *A sociedade desigual. Racismo e branquitude na formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. 11ª ed. 4ª ed. em espanhol. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014. p.105.

WESSELS, Johannes. *Derecho penal y su estructura*. 46ª ed. Trad. Raúl Pariona Arana. Instituto Pacífico, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro Alagia. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 11ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011.