



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Matheus Borges Kauss Vellasco

Crimes omissivos impróprios e dolo eventual

Rio de Janeiro

2023

Matheus Borges Kauss Vellasco

Crimes omissivos impróprios e dolo eventual

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: Direito Penal.

Orientador: José Danilo Tavares Lobato

Rio de Janeiro
2023

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

V438	Velasco, Matheus Borges Kauss Crimes omissivos impróprios e dolo eventual / Matheus Borges Kauss Velasco. - 2023. 201 f. Orientador: Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 1. Causalidade (Direito) - Teses. 2. Delito – Teses. 3. Consentimento (Direito) – Teses. I. Lobato, José Danilo Tavares. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título. CDU 343.3/.7
------	---

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

Matheus Borges Kauss Vellasco

Crimes omissivos impróprios e dolo eventual

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: Direito Penal.

Aprovado em: 3 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato (Orientador)
Universidade Gama Filho

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos
Universidade de Coimbra

Rio de Janeiro
2023

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao destino - com seus tantos nomes e facetas - sempre tão generoso comigo. Dedico ao destino pois muitas vezes me levou para onde eu não queria, apenas para mostrar que eu não conhecia o meu querer; dedico ao destino, principalmente, por colocar no meu caminho os caminhos para onde eu quero ir.

Ao destino, que me brindou com pais (e uma família) excepcionais, com amigos leais e com o amor de uma grande mulher para ser vivido em toda a sua plenitude (além dos amores caninos).

Ao destino, que me brindou com uma sede intensa de conhecimento, com uma profissão apaixonante e com vocações a serem descobertas.

Ao destino, que desde cedo me brinda com prosa e poesia envolventes.

Ao destino, pelos incontáveis brindes que proporei em nome de todas as coisas boas com as quais o destino me brindou.

*“Quanto a mim, o que me mantém vivo é o risco iminente da paixão e seus coadjuvantes,
amor, ódio, gozo, misericórdia.*

(...)

*Pois o belo muda, o saber muda, a inteligência muda, a medida muda.
Mas o desejo é inalterável.”*

Rubem Fonseca.

AGRADECIMENTOS

Pai, Mãe, Kaká e Gabi: agradeço não por esse ou aquele momento, mas pelo pilar que vocês são para mim. Angelina, Angélica, Andressa; Gabi, Luiza e Tata, vocês também fazem parte disso.

Agradeço, também, a cada um que contribuiu com amor ao longo destes anos de mestrado. Não só o amor-amor, mas o amor-cuidado, o amor-atenção, o amor-paciência, o amor-companheirismo e o amor-sorriso. Saibam que vocês, mesmo sem estarem nomeados, estão contemplados pela dedicatória e pelos agradecimentos deste trabalho.

Agradeço, agora, àqueles que diretamente participaram destes anos de UERJ. Ao meu orientador, prof. Danilo Lobato, pelo canal de diálogo permanentemente aberto desde o primeiro dia de mestrado, bem como pela efetiva orientação ao longo dos semestres. Ao prof. Christiano Fragoso, não só pelas valiosas contribuições na banca de qualificação, mas especialmente por me confiar a disciplina de Direito Penal IV, bem como a eletiva sobre a Lei Maria da Penha, e aconselhar-me sempre que necessário. Ao prof. Marcelo Ruivo, em razão de cada apontamento para melhoria do trabalho e por toda a disponibilidade em vir ao Rio de Janeiro para compor a banca.

Agradeço aos alunos na UERJ por tornarem a experiência da docência estimulante, agradável e extremamente enriquecedora. Sem medo do clichê, espero que o aprendizado de vocês comigo tenha sido tão produtivo como foi o meu com vocês.

Agradeço aos colegas – funcionários, estagiários e advogados – do escritório Paulo Freitas Ribeiro Advogados Associados, o que faço especialmente na pessoa do amigo Vitor Buzelin, permanente contribuinte da minha formação acadêmica e profissional.

Agradeço a Faustino García, pelo apoio em toda a pesquisa bibliográfica que fez nascer o meu despretensioso projeto de mestrado. Agradeço a Thula Pires, primeira e eterna inspiração acadêmica. Agradeço a Arya, pela companhia de distinta qualidade nos momentos de escrita. Agradeço a Andrea, cuja habilidade de associação e interpretação me impressiona e ensina a cada terça-feira.

Agradeço, enfim, à Universidade Estadual do Rio de Janeiro - é curioso pensar nas peças que o destino prega. Agradeço por fazer parte de uma Universidade de excelência e por ter sido tão bem acolhido. Agradeço ainda mais pelos momentos que estão por vir.

Something happens. Or else, something does not happen. A body moves. Or else, it does not move. And if it moves, something begins to happen. And even if it does not move, something begins to happen.

Paul Auster – White Spaces

RESUMO

VELLASCO, Matheus Borges Kauss. *Crimes omissivos impróprios e dolo eventual*. 2023. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2023.

A omissão imprópria é, sem dúvidas, um tema tortuoso no Direito Penal, tal como o são os aspectos atinentes à imputação subjetiva, especialmente quando se trata da tentativa de definir o conceito de dolo eventual. Este trabalho busca investigar uma interseção entre esses dois temas, qual seja, a compatibilidade ou não da responsabilização penal a título de dolo eventual nos delitos omissivos impróprios. O caminho percorrido se inicia com a distinção entre os crimes omissivos próprios e impróprios, posteriormente avançando para a discussão acerca dos fundamentos jurídicos que justificam a equiparação típica entre um comportamento comissivo e um comportamento omissivo em relação ao resultado. Em momento posterior, abordam-se os pressupostos de tipicidade objetiva da omissão imprópria. São analisados os requisitos de fundamentação material da posição de garantidor, os contornos jurídicos da situação típica de risco e a necessidade de delimitação da ação omitida, investigando-se, ainda, as questões acerca da causalidade e da imputação objetiva na omissão imprópria, notadamente no que tange ao confronto entre as teorias da evitabilidade e da diminuição dos riscos. Uma vez estabelecidas todas as premissas concernentes à omissão imprópria, o trabalho se debruça sobre um estudo das teorias do dolo, perpassando pelas correntes atualmente dominantes, de cariz volitivo, para posteriormente adentrar no estudo das teorias cognitivas. Parte-se dessa análise para chegar aos pontos de tensão entre as teorias, expondo-se as principais críticas a elas dirigidas, bem como analisando possíveis incompatibilidades com o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, a partir de todo o produto teórico oriundo da exposição feita ao longo do trabalho, chega-se ao capítulo dedicado à conclusão da dissertação. São expostas as possíveis respostas sobre a compatibilidade ou não da omissão imprópria com o dolo eventual, o que se faz considerando não só as teorias dominantes acerca dos elementos de imputação subjetiva e objetiva, mas também as minoritárias, a fim de que se alcance o maior rendimento dogmático possível nesta investigação.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Dolo eventual. Causalidade na omissão.

ABSTRACT

VELLASCO, Matheus Borges Kauss. *Improper omission crimes and dolus eventualis*. 2023. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2023.

The improper omission is undoubtedly a tortuous subject in Criminal Law, as are the aspects related to subjective imputation, especially when trying to define the concept of eventual intention. This paper seeks to investigate the intersection between these two topics, that is, the compatibility or not of criminal liability for the eventual intention in crimes of improper omissions. The path to be followed begins with the distinction between proper and improper omissive crimes, later moving on to discuss the legal foundations that justify the typical equivalence between commissive and omissive behavior. Subsequently, the assumptions of the objective typicality of improper omission are addressed. The requirements for material grounds of the guarantor position are analyzed, as well as the legal contours of the typical risk situation and the need to delimit the omitted action. The discussions on causality and objective imputation in the case of improper omission are further investigated, notably with regard to the confrontation between the theories of avoidability and risk reduction. Once all the premises concerning improper omission have been established, the study focuses on the study of malice, going through the currently dominant theories, of a volitional nature, to subsequently enter into the study of the cognitive approaches. It departs from this analysis to reach the points of tension between the theories, exposing the main criticisms directed at the volitional theories and the possible incompatibilities of the cognitive approaches with the Brazilian legal system. Finally, from all the theoretical products derived from the exposure made throughout the work, we arrive at the chapter dedicated to the conclusion of the dissertation. In summary, the possible answers on the compatibility or not of improper omission with eventual intention are exposed, which is done considering not only the dominant theories on the elements of subjective and objective imputation but also the minority theories, in order to achieve the greatest possible dogmatic yield in this investigation.

Keywords: Improper omission. *Dolus eventualis*. Causality in omission.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	PREMISSAS DOGMÁTICAS DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO	16
1.1	Distinção entre normas proibitivas e mandamentais	17
1.2	Distinção entre delitos omissivos próprios e impróprios	19
1.2.1	<u>Considerações e tomada de posição quanto à forma de distinção</u>	22
1.3	Os possíveis fundamentos para a equiparação do desvalor conferido aos delitos omissivos impróprios e aos delitos comissivos	27
1.3.1	<u>Vias de construção dogmática</u>	28
1.3.2	<u>Críticas às vias dogmáticas</u>	30
1.3.3	<u>Conclusão intermediária: a inviabilidade dogmática da “comissão por omissão”</u>	33
1.4	Os fundamentos da equiparação à luz de Kaufmann e Schünemann	34
1.4.1	<u>O Art. 13, § 2.º do Código Penal como substrato formal da equiparação</u>	35
1.4.2	<u>O domínio sobre o fundamento do resultado como substrato material da equiparação</u>	36
1.5	Premissas dogmáticas estabelecidas	40
2	PRESSUPOSTOS DE TIPICIDADE OBJETIVA DO TIPO OMISSIVO IMPRÓPRIO	42
2.1	A posição de garantidor	42
2.1.1	<u>A Teoria das Funções como precursora do fundamento material da posição de garantidor</u>	44
2.1.2	<u>A Teoria do Domínio como substrato material da posição de garantidor</u>	48
2.1.3	<u>As posições de garantidor previstas no Código Penal brasileiro</u>	55
2.1.3.1	O garantidor em virtude de obrigações impostas por lei.....	56
2.1.3.2	O garantidor por assunção.....	57
2.1.3.3	O garantidor por ingerência.....	61
2.2	Omissão da específica conduta ordenada apesar da capacidade de realizá-la	64

2.3	Causalidade e imputação objetiva	72
2.3.1	<u>Teoria da Evitabilidade</u>	79
2.3.2	<u>Teoria da diminuição do risco</u>	83
2.3.3	<u>Tomada de posição</u>	87
2.3.4	<u>Causalidade x Imputação Objetiva: uma distinção necessária</u>	93
2.3.5	<u>Premissas dogmáticas estabelecidas</u>	98
2.4	Situação típica de risco	98
3	TEORIAS DO DOLO	103
3.1	Linhas iniciais: delimitação da pesquisa sobre o dolo neste trabalho	103
3.2	Teorias de corte volitivo	104
3.2.1	<u>O papel da vontade nas teorias volitivas</u>	108
3.2.2	<u>O dolo direto de primeiro grau</u>	108
3.2.3	<u>O dolo direto de segundo grau</u>	109
3.2.4	<u>O dolo eventual</u>	114
3.2.4.1	Teorias do consentimento (ou assunção aprovadora do risco).....	116
3.2.4.2	Teoria do risco levado a sério (ou teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo)	118
3.2.4.3	Teoria da indiferença.....	119
3.2.4.4	A teoria da decisão pela lesão do bem jurídico.....	120
3.2.4.5	Teoria da Vontade de Evitação.....	122
3.2.5	<u>Críticas de parte da doutrina às teorias volitivas</u>	124
3.3	Teorias de corte cognitivo	127
3.3.1	<u>Pontos de partida para o dolo fundado na concepção cognitiva</u>	127
3.3.2	<u>Teorias da representação</u>	129
3.3.2.1	Teoria(s) da Possibilidade.....	129
3.3.2.2	Teoria(s) da Probabilidade.....	131
3.3.2.2.1	A probabilidade subjetiva.....	132
3.3.3	<u>Teorias do Perigo</u>	133
3.3.3.1	Teoria do perigo doloso.....	133
3.3.4	<u>Teoria da Inferência do Dolo</u>	135
3.3.4.1	Primeiro critério: Periculosidade objetiva conduta do agente.....	138

3.3.4.2	Segundo critério: Gravidade do perigo determinado pela vulnerabilidade concreta da vítima.....	138
3.3.4.3	Terceiro critério: Marca dominante da conduta.....	140
3.3.4.4	Quarto critério: Contexto de realização da conduta.....	140
3.3.5	<u>Incompatibilidade das teorias cognitivas com o ordenamento jurídico brasileiro?</u>	141
3.3.5.1	A estruturação do Código Penal de 1940 a partir de uma concepção volitiva do dolo.....	143
3.3.5.2	Primeira possível incompatibilidade: crimes de perigo concreto versus tentativa de crimes de dano.....	146
3.3.5.3	Outras possíveis incompatibilidades: o conceito de tentativa atrelado à vontade e a diferença valorativa entre querer e representar contida no artigo 29, § 2.º, do Código Penal.....	156
3.4	Conclusão intermediária	157
4	EXAME DE COMPATIBILIDADE ENTRE OMISSÃO IMPRÓPRIA E DOLO EVENTUAL	162
4.1	Do objeto do dolo na omissão imprópria	162
4.2	Exame de compatibilidade do dolo eventual com a omissão imprópria à luz da teoria da evitabilidade	164
4.2.1	<u>Teoria do consentimento x teoria da evitabilidade</u>	164
4.2.2	<u>Outras teorias volitivas x teoria da evitabilidade</u>	169
4.2.3	<u>Teoria da possibilidade de Horst Schröder x teoria da evitabilidade</u>	170
4.2.4	<u>Teoria da possibilidade de Eberhard Schmidhäuser x teoria da evitabilidade</u>	170
4.2.5	<u>Teoria da probabilidade subjetiva x teoria da evitabilidade</u>	171
4.2.6	<u>Teoria da probabilidade subjetiva-objetiva x teoria da evitabilidade</u>	171
4.2.7	<u>Teorias do perigo doloso e da inferencialidade x teoria da evitabilidade</u>	172
4.3	Exame de compatibilidade do dolo eventual com a omissão imprópria à luz da teoria da diminuição dos riscos	172
4.3.1	<u>Teoria do consentimento x teoria da diminuição dos riscos</u>	172
4.3.2	<u>Outras teorias volitivas x teoria da diminuição dos riscos</u>	175
4.3.3	<u>Teoria da possibilidade de Horst Schröder x teoria da diminuição dos riscos</u>	175
4.3.4	<u>Teoria da possibilidade de Eberhard Schmidhäuser x teoria da diminuição dos riscos</u>	176

4.3.5	<u>Teoria da probabilidade subjetiva x teoria da diminuição dos riscos</u>	176
4.3.6	<u>Teoria da probabilidade subjetiva-objetiva x teoria da diminuição dos riscos</u>	177
4.3.7	<u>Teorias do perigo doloso e da inferencialidade x teoria da diminuição dos</u> <u>riscos</u>	177
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	179
	REFERÊNCIAS	180
	APÊNDICE	194

INTRODUÇÃO

Há certas temáticas no Direito Penal que suscitam sofisticados questionamentos, muitos dos quais, apesar de intensos aportes teóricos, aparentam estar distantes de um consenso. Este trabalho pretende aprofundar-se especificamente quanto a um destes temas: a omissão imprópria, instituto cujo objetivo político-criminal é justificar a equiparação típica entre um comportamento omissivo e um comportamento comissivo, quando em tese houver, entre ambos, uma identidade de desvalor.¹

Fazendo breve contextualização histórica, observa-se que até o século XIX os Códigos Penais² raramente mencionavam delitos omissivos e, mesmo quando o faziam, tal menção se dava na Parte Especial. Ao passo que na Inglaterra e na França a dogmática penal, à época, pouco avançava nesse sentido, na Espanha, e especialmente na Alemanha, ocorreram alguns progressos dignos de menção.³

Inicialmente, coloca-se em evidência a teoria de Feuerbach, autor do Código Penal Bávaro de 1813 e primeiro responsável pela formulação da tese que atribui a indivíduos específicos um dever especial de agir. Segundo o autor, leis extrapenais, públicas ou privadas, converteriam em responsável por um resultado o indivíduo que, não obstante sua obrigação especial de evitá-lo, omite a ação devida.⁴

Gradativamente percebeu-se uma mudança na estrutura do delito omissivo: substituiu-se a perspectiva de que a omissão violaria um direito subjetivo, como defendia Feuerbach, e passou-se a compreendê-la a partir do resultado produzido. É nesse contexto

¹ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 2006. p. 251. Destacam Nilo Batista *et al.* que “[...] exige-se na omissão imprópria uma afetação do bem jurídico que seja equivalente à afetação na tipicidade ativa (comissiva)” (BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 3. reimp., 2018. v. 2. tomo I. p. 355). Bacigalupo assevera que a tarefa dogmática no âmbito da omissão imprópria é estabelecer em quais condições a não evitação de um resultado previsto em um tipo proibitivo pode ser punível da mesma forma que a sua realização ativa (BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 175).

² No ponto, ressalta-se que o *Codex Juris Bavaciri Criminalis* de 1751, a *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768 e o *Allgemeines Landrecht* para os Estudos Prussianos de 1794 já previam a possibilidade de se praticarem delitos de maneira omissiva (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 32).

³ SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. In: VALDÉS, Carlos García *et al* (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1609-1630. p. 1610.

⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. In. Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 1997. *Anais [...]*. ADPCP, v. L. 1997, p. 13-19.

que começa o que Juarez Tavares intitulou de uma “*verdadeira ascensão dos delitos omissivos impróprios*”, com a previsão de delitos omissivos nos Códigos Penais da Áustria, de 1852, (§§ 87 e 139) e da Prússia, de 1830, (§ 263), bem como com a dedicação de alguns autores ao tema, destacando-se Luden, Krug e Glaser.⁵

Já no que se refere à fundamentação desse dever especial de ação, até os anos 30 do século XX o entendimento predominante na Alemanha era no sentido de que somente um dever jurídico poderia embasá-lo, ideia que era sustentada especialmente com base no princípio da legalidade. Ocorre que, em dado momento, sob o argumento de que o Direito Penal deveria se “libertar” da influência civilista, doutrina e jurisprudência alemãs passaram a admitir uma assunção fática da posição de garantidor, não só consubstanciada em um dever legal, mas também, por exemplo, em um dever moral e/ou social⁶. Por fim, é Nagler quem sacramenta a inserção desse dever especial de ação como um novo elemento do tipo, introduzindo, assim, a figura do *garantidor* na tipificação da omissão imprópria⁷.

Ultrapassada essa breve contextualização histórica, o fato é que as controvérsias e a complexidade desse assunto são reconhecidas tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira⁸. A importância de estudá-lo, contudo, não remete apenas a uma necessidade de preencher lacunas dogmático-teóricas. Ao revés, em um momento de crescente preocupação com a criminalidade empresarial⁹ – que guarda estreita relação com comportamentos omissivos – vê-se como necessários maiores estudo e o desenvolvimento da dogmática afeta aos delitos omissivos impróprios.

⁵ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 32.

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. In: *Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales*, 1997. *Anais [...]*. ADPCP, v. L. 1997. p. 5-118. p. 16.

⁷ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 259.

⁸ Asseverando a complexidade do estudo da omissão imprópria: GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 7; TAVARES, op. cit., p. 29; MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, Forense, n. 33, p. 5-29, jan./jun. 1982. p. 9; BOTTINI, *Da omissão imprópria por ingerência*, 2020. p. 132.

⁹ Ressaltando a importância do conceito de criminalidade empresarial para o Direito Penal: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988. Crónicas extranjeras p. 529-558. tomo XLI. p. 531.

É que, como se sabe, a criminalidade empresarial é marcada por problemas de imputação jurídico-penal específicos, especialmente provocados pelas arrojadas estruturas de delegação de funções¹⁰, as quais, por sua vez, estabelecem uma considerável “distância” entre a pessoa que mecanicamente pratica um delito e o seu efetivo responsável, gerando tensões com o sistema clássico da teoria do delito¹¹. Assim, coloca-se a complexa questão sobre quais seriam os pressupostos necessários para a responsabilização penal daquele que, malgrado não tenha executado uma ação, deva ser responsabilizado pelo resultado tido como típico e decorrente do seu comportamento.¹²

No Brasil, casos como o do rompimento da barragem de rejeitos de Brumadinho-MG, ocorrido em 2019; o da boate Kiss, no ano de 2013, relacionado ao incêndio ocorrido em uma casa de shows; e o “caso Samarco”, pertinente ao rompimento da barragem de rejeitos do Fundão-MG, que se deu em 2015, são exemplos de notórios casos nos quais houve acusações pela prática de delitos omissivos impróprios. Na literatura estrangeira tampouco faltam exemplos de casos emblemáticos, tais como o do “spray de couro” (*Lederspray*)¹³ e do desabamento de um ginásio de esportes de inverno¹⁴, rotineiramente citados pela doutrina.

Não se está a tratar aqui, portanto, de uma figura de exceção na dogmática ou na jurisprudência. Como bem adverte Armin Kaufmann, os tipos omissivos não constituem um setor reduzido de delitos, na medida em que se preveem diversos crimes que, muito embora

¹⁰ Tratando sobre a caracterização da criminalidade empresarial e algumas das problemáticas por ela abrangidas: CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, p. 41-74, 2009. p. 42; CARDOSO, Anna Paulina Corteletti Pereira. A imputação de autoria nos crimes cometidos em estruturas empresariais. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 3, n. 10, p. 13-37, abr./jun. 2022. p. 8. No mesmo sentido, a opinião de Pierpaolo Bottini: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 131-132. A temática da omissão imprópria também se apresenta relevante no estudo das questões afetas ao crime organizado, como se vê em CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. A omissão de informações dos sujeitos obrigados na lavagem de dinheiro: considerações de imputação objetiva e subjetiva. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 2, p. 81-120, abr./jun. 2020. p. 7 e seguintes.

¹¹ RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016. p. 72 e ss.

¹² SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988. Crónicas extranjerías. p. 529-558. tomo XLI. p. 531.

¹³ BGHSt 37, p. 106 e ss, apud GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução: Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 15.

¹⁴ BGH, NJW 2010, p. 1087 e ss., apud GRECO, op. cit., p. 16.

a princípio sejam realizáveis mediante um comportamento comissivo, igualmente podem se verificar mediante um comportamento omissivo¹⁵.

É a partir destes aspectos – intenso debate doutrinário, incremento substancial de relevância com o crescimento do Direito Penal Econômico e grande repercussão prática na solução de casos concretos – que se vislumbra como oportuno um aprofundamento no estudo da omissão imprópria.

O caminho a ser percorrido na primeira parte deste trabalho consistiu em, inicialmente, estabelecer premissas dogmáticas relacionadas ao tema, notadamente no que tange à distinção entre o tipo omissivo próprio e o impróprio, bem como deste último com o tipo comissivo, ressaltando, para tanto, a correlação normativa de cada um deles (normas mandamentais e proibitivas, respectivamente). Ainda nessa senda, foram investigados os motivos pelos quais se busca justificar a equiparação penal da não evitação de um determinado resultado à sua causação por meio de uma ação.

No capítulo seguinte, o leitor se depara com um estudo sobre os pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio, elencados de acordo com a proposição de Heloisa Estellita, quais sejam: “(a) a situação típica; (b) a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento; (c) a causalidade; (d) a imputação objetiva, e, finalmente, (e), a posição de garantidor”.¹⁶ Conferiu-se especial atenção às questões afetas à causalidade, precipuamente por se tratar de um ponto nodal para os resultados da investigação.

No terceiro capítulo, fez-se uma análise das teorias do dolo – especialmente as teorias volitivas e cognitivas – e, na parte final, sobre a viabilidade jurídica de se proceder a uma acusação por crime omissivo impróprio com dolo eventual. Como principal ponto de conclusão, é apresentada uma resposta quanto à (in)viabilidade jurídica da imputação de um delito omissivo impróprio a título de dolo eventual, o que é feito precipuamente a partir das diferentes teorias atinentes à causalidade e, evidentemente, ao dolo.

¹⁵ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 21.

¹⁶ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 78. Esquematização semelhante oferece Roxin, elencando-os da seguinte forma: situação típica; não realização da ação requerida; capacidade individual de ação; imputabilidade objetiva do resultado e posição de garantidor e correspondência. ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1. edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña (director). Buenos Aires: Thomson Reuters, Civitas, 2014. tomo II. p. 815. Como o leitor verá, optou-se por tratar a causalidade e a imputação objetiva no mesmo tópico.

1 PREMISSAS DOGMÁTICAS DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO

O ordenamento jurídico se apresenta como uma força configuradora da vida social, comunicando-se com cada indivíduo por meio das normas que estabelece, de modo a exigir o cumprimento de determinados deveres, os quais, evidentemente, devem ser alcançáveis pelo destinatário da norma levando em conta a sua capacidade de ação¹⁷.

Especificamente em relação ao Direito Penal, muito embora haja extensas discussões acerca das teorias¹⁸ que devem orientar a criminalização de comportamentos, filiamo-nos à concepção que confere à teoria dos bens jurídicos¹⁹ esse papel norteador, como critério de criminalização²⁰. Sendo assim, caberá ao Direito Penal regular os comportamentos²¹ que, em tese, podem lesionar (ou configurar ameaça de lesão, caso se trate de crimes de perigo) bens

¹⁷ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 40.

¹⁸ Sobre outras teorias que concorrem com a teoria do bem jurídico, pode-se destacar a que define o crime como uma lesão a um direito, limitando as sanções penais às ofensas a direito subjetivo da vítima; a teoria dos delitos de comportamento, segundo a qual o direito penal deve sancionar apenas violações a representações de valor e de comportamento da sociedade; e, por fim, a teoria da estabilização normativa, que busca tutelar a integridade das normas sociais. (NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal. Tradução: Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 520). Ainda, em crítica à teoria dos bens jurídicos, Marcelo Ruy destaca o pensamento de Schaffstein, que defendia a constituição de um “direito penal do modo de pensar” ou de um “direito penal dos deveres”, atrelando a sanção penal, portanto, a modos de pensar reprováveis ou a violações de deveres. De modo geral, a teoria do bem jurídico encontrou forte oposição no pensamento nacional-socialista, que buscava a sua substituição especialmente em nome de uma pretensa proteção de valores culturais (RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 131, p. 223-247, maio 2017. p. 244, p. 233 e 242-243. A título de complemento, pode-se mencionar que os delitos omissivos possuem estreita relação com os estados totalitários, haja vista que nesse modelo estatal há considerável ingerência do Estado na vida privada do cidadão, exigindo-lhe o cumprimento de deveres (VIDAL, Hélios Simões. Ainda e sempre o nexa causal. *Revista dos Tribunais*, v. 860, p. 485-509, jun. 2007. p. 491).

¹⁹ Reportamo-nos, aqui, à concepção de Juarez Tavares, para quem o “[...] bem jurídico é um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 119).

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: Parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 15.

²¹ O conceito de comportamento abrange tanto a conduta ativa como a omissiva, interessando ao Direito Penal aquelas quando forem praticadas em oposição a um comando legal (NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1. p. 95). Conduta, portanto, é gênero, do qual ação e omissão são espécies. (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexa Causal*. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004. p. 13).

jurídicos²². Essa regulação é feita por meio de normas, destacando-se aqui as normas *proibitivas* e as *mandamentais*²³.

1.1 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS PROIBITIVAS E MANDAMENTAIS

As normas proibitivas são aquelas que exigem uma *omissão* do seu destinatário, ou seja, emanam um comando de proibição da prática de uma conduta. Exemplificando: do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, com vistas à proteção do bem jurídico “vida”, extrai-se a *proibição* de matar alguém, ou seja, a conduta comissiva “matar” deve ser omitida pelos destinatários da norma²⁴.

Já as normas mandamentais, ao revés, impõem ao indivíduo uma obrigação positiva, um *agir*, um comando de ação²⁵, interferindo de maneira mais incisiva no âmbito de liberdade do destinatário da norma²⁶, na medida em que lhe impõe um dever ativo, não mais uma mera abstenção. Utilizando-se o mesmo artigo 121 como exemplo, há hipóteses nas quais, com a devida complementação formal e material, se pode extrair da norma um dever de ação, oponível a determinadas pessoas. Isto é, pode-se extrair um comando que impõe a prática de uma ação específica destinada a salvaguardar o bem jurídico “vida”.

Sendo assim, compartilhando o posicionamento de Engisch²⁷, não é a redação legal que irá definir o caráter da norma, mas sim o seu conteúdo. É dizer que a norma é proibitiva quando ordena que o sujeito se omita, possuindo, portanto, um conteúdo *negativo*.

²² Everardo da Cunha Luna enxergava na obrigação de agir que emana dos tipos penais omissivos uma forma de concretização da atividade de proteção dos bens jurídicos desempenhada pelo Direito Penal. (LUNA, Everardo da Cunha. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 48-59, jan./jun. 1982. p. 58).

²³ Como assevera Juarez Cirino, o Direito Penal se vale de duas técnicas para desempenhar o papel de proteção dos bens jurídicos: proíbe ações lesivas e ordena ações protetoras (SANTOS, *Manual de direito penal: Parte geral*, 2012. p. 201).

²⁴ BRASIL. *Código penal*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. p. 47.

²⁵ SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. 1. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2022., p. 381.

²⁶ KIERSZENBAUM, Mariano. RUSCONI, Maximiliano. *Elementos de la parte general del derecho penal*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 167.

²⁷ ENGISCH (SCHMIDT, MokrimBiol, 1939, p. 423, apud KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 25).

De outro norte, é mandamental a norma que exige do indivíduo a prática de uma ação cujo conteúdo será *positivo*. Assim, se distinguem esses dois tipos de norma de acordo com seu respectivo objeto²⁸.

Observa-se, então, que o tipo²⁹ penal oriundo de uma norma proibitiva incidirá na hipótese de prática da ação proibida, ao passo que o tipo penal extraído da norma mandamental incidirá na hipótese de não realização da ação exigida³⁰. Ou seja, quando se fala da violação de uma norma mandamental, não se trata de mera inatividade ou abstenção. O simples “não agir”, dissociado de um dever de ação, não representa essa violação; omitir significa negar uma atuação em uma determinada direção, negar uma ação concreta³¹. A propósito, é didática a lição de Von Liszt ao apontar que “Omissão é, em geral, o não empreendimento de uma ação determinada e *esperada*. Omitir é verbo transitivo: não

²⁸ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 25. Essa distinção já é conhecida da doutrina brasileira há tempos: SILVA, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado, vol. I, pp. 12-13; SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Brasília, DF: senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003. p. 33. Em sentido semelhante: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal – parte geral: lições fundamentais*. 7. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 456. Há, todavia, entendimento segundo o qual os delitos omissivos impróprios representariam a transgressão de uma lei proibitiva mediante uma lei preceptiva. Por exemplo: NARDIELLO, Angel Gabriel. *Derecho penal*. Parte general. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2015. p. 141.

²⁹ Sobre o conceito de tipo utilizado neste trabalho: “[...] el tipo es una figura conceptual que describe el comportamiento humano no debido” (KAUFMANN, op. cit., p. 35).

³⁰ KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 25-26.

³¹ Idem, ibidem, p. 45-46. Também nesse sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La delimitación entre delitos de acción y delitos de omisión. In: ARAVENA, Claudia Cárdenas; NIEDMANN, Jorge Ferdman (org.). *El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*. Santiago: Thomson Reuters, 2016. p. 266; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro n. 33, p. 41-47, jan./jun., 1982. p. 44; SANTOS, *Manual de Direito penal: Parte geral*, 2012. p. 190; GRECO, Curso de Direito Penal, p. 346; COSTA JÚNIOR, Heitor. Teorias acerca da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 60-73, jan./jun. 1982. p. 65; PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. *Revista dos Tribunais*, v. 1, n. 872, p. 433-455, 2008. p. 5; KAUFMANN, op. cit., p. 45-46. Nesse sentido, também é a opinião de Enrique Gimbernat Ordeig, para quem “[...] la omisión es siempre transitiva, en el sentido de que lo que se le ordena al sujeto es que *haga algo*, mientras que el reverso de todo delito de acción no es una omisión, sino una mera abstención” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Montevideu, Buenos Aires: B de F, 2021. p. 266, grifos do autor). Na doutrina brasileira, Heleno Fragoso já assinalava que “Omissão não é inércia, não é *não fato*, não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer. Mas sim não fazer *algo*, que o sujeito podia e devia realizar” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro n. 33, p. 41-47, jan./jun., 1982. p. 44, grifos do autor). Também Juarez Cirino assevera que “[...] omitir uma ação não significa, simplesmente, não fazer nada, mas não fazer *algo determinado pelo direito*” (SANTOS, *Manual de direito penal: Parte geral*, 2012. p. 190), tal como pontuam Rogério Greco (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v. 1. p. 346); e Heitor Costa Júnior (op. cit., p. 65). É por causa disso que a omissão, no âmbito do Direito Penal, não é concebida apenas sob um enfoque ôntico, mas também axiológico, na medida em que o “não agir” tem sempre uma vinculação com um dever específico de ação (TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 125-157, jul./set. 1996. p. 5.

significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma coisa*, e, na verdade, o que era esperado”³².

Enfim, a violação de normas *proibitivas* ocorrerá na hipótese da prática de delitos *comissivos*, ao passo que a ofensa às normas mandamentais se dará mediante a realização de crimes *omissivos*. Interessa especificamente a este trabalho esse último grupo, bipartido pela classificação de crimes omissivos próprios e impróprios.

1.2 DISTINÇÃO ENTRE DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

Os delitos omissivos são divididos em dois grupos: os omissivos próprios e os impróprios. Malgrado essa distinção seja consagrada na doutrina e date de meados do século XIX, a definição do critério utilizado para a separação dos dois grupos é controversa³³. Pierpaolo Bottini sintetizou com objetividade as principais correntes que tratam sobre o tema, abaixo expostas.

Para alguns autores³⁴, o resultado do delito deve ser o parâmetro para a distinção entre as duas categorias. Em síntese, a omissão própria se amoldaria às hipóteses nas quais o tipo penal descreve delitos de mera conduta, caracterizando-se, então, por uma desobediência a um comando legal sem a causação de um resultado naturalístico. Já a omissão imprópria, ao, contrário, estaria atrelada a crimes de resultado, exigindo que o bem jurídico tutelado pela norma seja efetivamente lesionado³⁵.

³² VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. e com.: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. Tomo 1. p. 208. Igualmente: NARDIELLO, Angel Gabriel. *Derecho penal. Parte general*, 2015. p. 145-147; MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*, 1958. p. 121.

³³ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 250.

³⁴ Incluem-se nesse rol, segundo Pierpaolo Bottini: Merkel, Binding, Maurach e Luzón Peña (BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 52). Na doutrina brasileira, Juarez Cirino defende posição similar (SANTOS, Manual de Direito Penal, 2012. p. 192. Também nesse sentido: BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2018. p. 319. Na mesma linha, parece seguir Luiz Régis Prado (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 258). Esse posicionamento já era percebido na obra de Alcides Munhoz Netto (MUNHOZ NETTO, *Os crimes omissivos no Brasil*, 1982. p. 5).

³⁵ BOTTINI, op. cit., 2018. p. 52.

Uma segunda corrente, defendida por Kaufmann³⁶, utiliza como parâmetro a existência ou não de previsão legal expressa em relação à conduta típica. Nesse passo, constituirão crimes omissivos próprios os comportamentos omissivos que estiverem expressamente descritos nos artigos de lei, por exemplo, o crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal brasileiro. Na via contrária, quando a tipificação do comportamento omissivo não estiver expressa na lei³⁷, serão consideradas omissões impróprias³⁸.

Há uma terceira via no sentido de que a diferenciação estaria relacionada ao tipo da norma violada. Tratando-se de uma norma proibitiva, a omissão correspondente seria imprópria; tratando-se de norma mandamental, a omissão seria própria³⁹. Na doutrina brasileira, Tobias Barreto já utilizava critério semelhante, operando a distinção a depender da natureza proibitiva ou preceptiva da norma⁴⁰.

Schünemann, por sua vez, transfere o debate para as estruturas lógico-objetivas da omissão, indicando um critério ontológico para a diferenciação, que é feita, assim, em um plano pré-jurídico. Para o autor, no que tange às omissões impróprias, sustenta-se que essas já estariam previstas na descrição típica dos delitos de resultado, ou seja, seriam abrangidas pelo texto legal da Parte Especial, e, portanto, equiparáveis à ação⁴¹. Bottini exemplifica o conceito de Schünemann da seguinte forma: “[...] a descrição típica do homicídio – *matar alguém* – comportaria o ato comissivo e o omissivo, tanto daquele que atira em outrem como da mãe que deixa de alimentar seu filho”⁴². Sob outro prisma, serão próprias as omissões cuja descrição típica não abranja um comportamento comissivo, como se dá, por exemplo, na omissão de socorro, em que a conduta omissiva está explicitamente prevista.

³⁶ Segundo o autor, “[...] sólo cabe calificar de impropia esta infracción del mandato de garante en la medida en que no está tipificada por la ley y su concepción y delimitación sigue siendo, así, político-criminalmente difícil y problemática desde la perspectiva del principio de legalidad” (KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 319). No mesmo sentido: GRECO, *Curso de direito penal*, 2008. pp. 348-349; BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito, p. 175; VACADÍEZ, Diego Mauricio Montoya. Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos. *Revista Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia v. 34, n. 97, p. 85-112, jul./dic. 2013. p. 105.

³⁷ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 284.

³⁸ BOTTINI, op. cit., 2018. p. 54.

³⁹ BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 54. Essa via, segundo Bottini, é sustentada por Nagler (NAGLER, Johannes. *Die problematik der begehung durch unterlassung*. Berlin: Der Gerichtsaal, 1938. v. 111, apud KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 258).

⁴⁰ BARRETO, Tobias. *Delictos por omissão*, 1926. p. 214.

⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 55. Como se verá adiante, para o autor alemão essa equiparação dependerá, necessariamente, de que haja um domínio sobre o fundamento do resultado.

⁴² BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 55.

Dessa forma, ao menos quanto aos crimes de resultado, Schünemann prescinde de qualquer complementação para que omissão imprópria e comissão sejam equiparadas⁴³.

Roxin também trilha um caminho que opera a distinção a partir da possibilidade de equiparação entre a omissão e a ação, contudo, diferentemente do critério ontológico de Schünemann, vale-se de um critério normativo para a diferenciação⁴⁴. Caso o legislador preveja, na Parte Geral ou na Parte Especial, a equiparação de uma ação à omissão, considerar-se-á essa omissão como imprópria⁴⁵. Não havendo essa equiparação, tratar-se-á de omissão própria.⁴⁶

Outra via, defendida por prestigiados autores⁴⁷, sugere que a distinção seja feita com base na existência ou não de um dever de garantidor⁴⁸. Havendo tal dever, a omissão será imprópria; caso contrário, será própria. Assim, a distinção se fundamentaria na possibilidade de se exigir o cumprimento do dever de maneira *erga omnes* – omissão própria – ou de exigi-lo apenas de determinados indivíduos, em virtude da sua qualidade de garantidores – omissão imprópria⁴⁹.

Por fim, destacam-se as teorias que, além de reconhecerem a omissão imprópria, destringem as omissões próprias em duas categorias, as chamadas “concepções tripartites”. Welzel⁵⁰, partindo da premissa de que as omissões próprias são aquelas expressamente descritas pela lei, as divide em omissões de mera conduta e omissões que demandam a ocorrência de um resultado naturalístico como pressuposto de tipicidade. Ainda, classifica as omissões impróprias como aquelas equiparáveis à ação e sem tipificação legal explícita⁵¹.

⁴³ BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 55.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Especiales Formas de aparición del delito*. Traducción de la 1.ª edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña (director). Buenos Aires: Thomson Reuters – Civitas, 2014. Tomo II. p. 759.

⁴⁵ Mais uma vez nos valem do exemplo de Bottini para ilustrar a teoria: “Assim, se usarmos o ordenamento brasileiro, serão omissões impróprias tanto aquelas omissões previstas no § 2.º do art. 13 do Código Penal como aquelas que aparecem ao lado de tipos comissivos, em um mesmo grau de reprovabilidade, como o ato de *omitir informação* às autoridades fazendárias, que, nos termos do art. 1.º da Lei 8.137/90, aparece ao lado do ato de *prestar declaração falsa* ao mesmo destinatário” (BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 56).

⁴⁶ BOTTINI, *Crimes de Omissão Imprópria*, 2018. p. 56.

⁴⁷ Segundo Bottini, Cerezo Mir, Puig, Nilo Batista e Von Liszt, dentre outros, estão entre os defensores dessa linha. (BOTTINI, op. cit., p. 57).

⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 44, p. 34-62, jul./set. 2003. p. 12.; NARDIELLO, Angel Gabriel. *Derecho penal. Parte general*, p. 163.

⁴⁹ BOTTINI, op. cit., p. 57.

⁵⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Tradução da 11. ed. Alemã. Santiago Chile: Jurídica de Chile, 1976. p. 279.

⁵¹ BOTTINI, op. cit., p. 59.

Jakobs⁵² segue no mesmo rumo, defendendo uma bipartição entre omissões próprias de garante – descritas na parte Especial com o requisito de que o autor possua uma qualidade especial, tal como no caso do art. 269⁵³ do Código Penal brasileiro – e omissões próprias não equivalentes à comissão, que se distinguem da primeira tão somente pela desnecessidade de que o autor ostente uma condição especial. Já a omissão imprópria é compreendida como a que pode ser equiparada à ação mediante um dispositivo legal⁵⁴.

Indica-se, por último, o posicionamento de Silva Sánchez, que se vale do fundamento normativo da ação esperada para operar a distinção em apreço. Para o autor, conforme apontado por Bottini, a omissão própria decorreria de uma ideia de solidariedade entre componentes da mesma sociedade, ao passo que, na omissão imprópria, o dever de agir seria fundado no dever de garantia⁵⁵.

Assim, o autor conceitua as omissões em uma escala de gravidade: (i) as menos graves seriam as omissões *puras gerais*, oponíveis *erga omnes* e fundadas em um dever de solidariedade; (ii) as de gravidade intermediária seriam as *omissões puras de garante*, alicerçadas em uma base funcional, mas, ainda que realizáveis por um grupo restrito de agentes, não equiparáveis à ação; (iii) as de gravidade superior seriam as *omissões impróprias*, nas quais seria imputável o resultado lesivo, em virtude da posição de garantia, de sorte que aqui haveria uma equiparação com a ação para fins de desvalor do resultado.

1.2.1 Considerações e tomada de posição quanto à forma de distinção

Apresenta-se mais acertada a posição defendida por Kaufmann. Ao se ocupar da distinção entre omissão própria e imprópria em sua investigação sobre os delitos omissivos, Kaufmann inicialmente coloca a seguinte questão: há critérios dogmáticos capazes de operar essa distinção?⁵⁶

A primeira hipótese testada para responder a essa indagação diz respeito à tentativa de diferenciá-los mediante a análise do objeto do comando normativo dirigido ao

⁵² JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corregida. Traducción: Joaquin Cuello Contreras. Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997, p. 944-945; 951.

⁵³ Art. 269 – Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (BRASIL. *Código penal*, 2017. p. 103).

⁵⁴ BOTTINI, op. cit., p. 60.

⁵⁵ BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, p. 60.

⁵⁶ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 282 e ss.

destinatário da norma. Para essa análise indaga-se, especificamente, o seguinte: trata-se de um dever de *atividade* ou de *evitação do resultado*?

Como visto, caminha nesse sentido a teoria defendida por diversos autores nacionais e estrangeiros, segundo a qual os delitos omissivos próprios são de mera conduta, ao passo que os impróprios se caracterizam por um comando de evitação do resultado. Ocorre que, como bem colocado por Kaufmann⁵⁷, há hipóteses de delitos omissivos próprios em que o dever do agente será a evitação do resultado⁵⁸. Nesse sentido, não há como estabelecer uma correlação necessária entre delitos de mera conduta e omissão própria, tampouco entre delitos de resultado e omissão imprópria⁵⁹. Assim, a primeira hipótese aventada é negada.

A segunda hipótese ventilada por Armin Kaufmann desemboca na seguinte indagação: poderia a posição de garantidor desempenhar esta função de delimitação dogmática?

Para respondê-la, inicialmente se estabelece a premissa de que a singularidade dogmática dos deveres do garantidor consiste em uma *posição especial* desse agente, da qual decorre a sua relação de garantia com o bem jurídico. Muito embora essa posição especial do agente seja um elemento comum a todos os delitos omissivos impróprios, fato é que ela também se verifica em alguns delitos omissivos próprios, de modo que também aqui cairia por terra um critério diferenciador.⁶⁰

Veja-se, por exemplo, o tipo penal insculpido no art. 269 do Código de Penal, tido como omissivo próprio (ou omissivo puro) pela doutrina nacional⁶¹. Nota-se que o legislador

⁵⁷ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 219.

⁵⁸ Essa posição é compartilhada por Bottini, que bem assinala o fato de existir, na Parte Especial – com independência de recurso a qualquer cláusula geral –, tipos omissivos aos quais se atribui um resultado, como alguns dos crimes contra a ordem tributária, por exemplo, aqueles previstos no art. 1.º da Lei n.º 8.137/90. O autor ainda acrescenta uma segunda crítica, aduzindo que os critérios de separação entre os delitos de resultado e de mera conduta encontram-se cada vez mais nebulosos, notadamente em virtude de parte da doutrina conceber nos crimes de perigo a possibilidade de externalização de um resultado, consubstanciado na periculosidade gerada pela conduta (BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 53). Estellita também indica que, a priori, não vislumbra impedimento para que delitos de mera atividade possam ser praticados por omissão imprópria (ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 239).

⁵⁹ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 282. Também nesse sentido: ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, 2014. p. 761; BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 3. reimp. 2018. v. 2. tomo I. p. 356.

⁶⁰ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 282-283.

⁶¹ Posicionam-se nesse sentido: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. tomo II, arts. 11-27. p. 103; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*. 6. ed. Rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense. 1988. v. II. p. 217; PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, 2014, p. 1170; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código*

restringiu o sujeito ativo desse delito apenas aos médicos, que possuem um dever especial de ação, qual seja, o de denunciar à autoridade pública qualquer doença que seja de notificação compulsória. Quer dizer, há aqui um delito omissivo que depende de uma qualidade especial do agente e que, não obstante, é um delito omissivo próprio.

Pode-se operar esse mesmo raciocínio em relação ao delito previsto no art. 241-A, § 2.º, do ECA⁶².

Desta feita, há razões suficientes para acompanhar Armin Kaufmann no sentido de que não há na estrutura dogmática um critério de diferenciação sólido entre omissão própria e imprópria.

Tal critério, para Kaufmann, estaria relacionado ao que se extrai da redação legal em relação à tipicidade da conduta. Segundo o autor, tratará de um crime omissivo próprio a norma cuja redação legal, *per se*, revele um tipo penal “completo”. Por outro lado, verifica-se o delito omissivo impróprio quando o dispositivo de lei não tipificar, por si próprio, a conduta delitiva.⁶³ Na doutrina brasileira, Bottini apresenta posicionamento semelhante, alegando que “[...] na *omissão própria*, a conduta omissiva punível está expressamente prevista na Parte Especial do Código Penal. Na *omissão imprópria*, o tipo penal *não comporta* literalmente uma conduta omissiva”⁶⁴.

Esse posicionamento, cotejado com a concepção de Kaufmann sobre o conteúdo de normas mandamentais e proibitivas, apresenta, ao menos no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, vantagens em relação à teoria apresentada por Schünemann.

penal comentado. 22. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 756; e DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 949.

⁶² BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. p. 101-102, apud BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 58.

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1 o deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

⁶³ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 283-284.

⁶⁴ BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 61, grifos do autor.

Segundo a teoria da distinção ontológica apresentada pelo autor⁶⁵, para a realização do tipo omissivo impróprio bastaria a descrição do delito na Parte Especial, desde que preenchidos alguns requisitos que a equiparassem à ação, notadamente o domínio sobre o fundamento do resultado. Sucede que tal concepção viola o princípio da legalidade, pois reconhece, sem necessidade de complementação formal, a tipificação de comportamentos omissivos a partir de um texto legal que descreve a proibição de comportamentos inequivocamente ativos, remando na direção contrária da redação legislativa.

Tratando-se, por exemplo, do artigo 121 do Código Penal brasileiro, que define como crime “matar alguém”, a interpretação gramatical do texto, por si só, não permite a conclusão de que uma *omissão* seja equivalente à *ação positiva* de matar alguém⁶⁶. Reforça-se esse argumento também sob uma perspectiva normativa, na medida em que, analisando-se apenas esse dispositivo legal, somente se depreende a existência de uma norma proibitiva que, segundo a concepção adotada acima, será sempre correlata a um delito comissivo. Por tais motivos é que se considera a teoria de Kaufmann mais vantajosa, uma vez que soluciona esse problema ao reconhecer que o tipo omissivo impróprio não está expressamente previsto em lei, o que, *a contrario sensu*, revela a necessidade de uma complementação legal.

Noutro giro, a teoria oferecida por Nagler tampouco apresenta melhor rendimento⁶⁷. Ao utilizar a natureza da norma – se mandamental ou proibitiva – para realizar a diferenciação entre omissão própria e imprópria, o autor se vale de premissa equivocada.

⁶⁵ Bottini também apresenta críticas a essa teoria. Para ele, o critério de equiparação fornecido por Schünemann – domínio do fundamento do resultado – também pode ser vislumbrado nos crimes omissivos próprios. O autor ainda elenca a crítica feita por Silva Sánchez, no sentido de que a teoria de Schünemann ficaria refém da definição dos critérios de equiparação suscitados pelo autor (BOTTINI, op. cit., 2018. p. 55-56).

⁶⁶ Faz-se a ressalva aqui quanto ao posicionamento de alguns autores, como Bottini, que entendem que na hipótese de ingerência não haveria necessidade de uma complementação legal para a tipificação da conduta. (BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 116, grifos do autor).

⁶⁷ NAGLER, Johannes. *Die problematik der begehung durch unterlassung*, 1938, apud KAUFMANN *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 268.

O fato de a omissão imprópria derivar de um tipo penal cuja redação, a princípio, trata de um comando de proibição, não altera o fato de que o conteúdo da norma permanece sendo mandamental, uma vez que estipula ao sujeito a prática de uma determinada ação para salvaguardar o bem jurídico com o qual possui uma obrigação especial.⁶⁸

Já em relação à teoria de Silva Sánchez, nos filiamos à crítica feita por Bottini no sentido de que “[...] a distinção entre omissões *próprias* e *impróprias* não abriga qualquer referência à *reprovabilidade* de cada inatividade”, sendo certo, ainda, que haveria uma incompatibilidade com tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, alguns dos já mencionados crimes contra a ordem tributária⁶⁹, que preveem tipos omissivos próprios com igual reprovabilidade àquela dispensada aos tipos comissivos.⁷⁰

Em relação à teoria do critério normativo desenvolvida por Roxin, enxerga-se um ponto de divergência. É que, muito embora compartilhemos da premissa de que o critério utilizado para a distinção deva ser normativo, não se acompanha o entendimento de que tal equiparação possa ocorrer na própria redação do dispositivo legal inserido na Parte Especial. Isto porque, se há uma previsão legal que *per se* satisfaz a descrição típica da conduta, essa omissão será *própria*, não *imprópria*.

Por fim, no que se refere às concepções tripartites defendidas por Welzel e Jakobs, verificam-se muitas premissas em comum com a teoria de Kaufmann, notadamente por também reconhecerem na tipificação expressa o critério angular para diferenciar a omissão própria (prevista expressamente) da omissão imprópria (sem previsão expressa). Todavia, muito embora não se observem fundamentos equivocados na bipartição dos delitos omissivos próprios, acredita-se que essa divisão vai além do necessário para que se possa fazer uma diferenciação escoreta com a omissão imprópria. Assim, tendo em vista que se trata de um assunto que já traz consigo tantos pontos nebulosos, considera-se que a solução de Kaufmann apresenta o maior ganho dogmático.

Dessa forma, adere-se ao entendimento de que o critério precípua de diferenciação entre os crimes omissivos próprios e impróprios diz respeito à tipificação expressa (ou não)

⁶⁸ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 355. No mesmo sentido: PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, 2014. p. 257; KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 25). Em sentido contrário, Galdino Siqueira, malgrado aponte que os crimes comissivos “[...] consistem na violação de normas proibitivas ou que vedam certos atos ou a produção de certos resultados; os omissivos na violação de normas imperativas a ou que impõem um determinado modo de proceder”, assevera que “Os crimes por omissão impropriamente ditos (*delita per omissionem commissam*) consistem na violação de um preceito proibitivo de certo resultado e se dão quando esse resultado é produzido em razão da inação de quem estava juridicamente obrigado a impedi-lo” (SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Konfino, 1947. Tomo I. p. 293).

⁶⁹ Por exemplo: *Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990*, art. 1.º e incisos (BRASIL, 1990).

⁷⁰ BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 61.

da omissão. Caso esteja explicitamente tipificada pelo dispositivo legal, a omissão será própria; de outro modo, será imprópria quando a adequação típica somente se realizar a partir de uma complementação.

1.3 OS POSSÍVEIS FUNDAMENTOS PARA A EQUIPARAÇÃO DO DESVALOR CONFERIDO AOS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E AOS DELITOS COMISSIVOS

Talvez cause algum estranhamento ao leitor que tenham sido investigados aspectos pertinentes apenas aos crimes omissivos (próprios e impróprios), em momento anterior a uma análise que envolveria uma comparação com crimes comissivos. A princípio, poderia fazer maior sentido a separação entre os dois grandes grupos (ação versus omissão) para, na sequência, explorar-se o grupo menor (omissão própria versus imprópria).

Todavia, esse possível estranhamento poderá ser desfeito utilizando-se justamente a conclusão a que se chegou no item anterior: viu-se que as condutas atinentes aos crimes omissivos próprios estão expressamente previstas nas suas respectivas disposições legais, havendo, assim, adequação típica imediata⁷¹. Já em relação aos omissivos impróprios, depende-se de uma complementação para que seja feita a adequação típica.

Essa complementação é que possibilitará, sob um aspecto legal, a equiparação dos crimes omissivos impróprios aos crimes comissivos, ou seja, conferirá legitimidade à aplicação do mesmo marco penal a ambos os comportamentos. Como na omissão própria tal complementação não é exigida, a partir de agora o interesse da investigação incide somente nos eventuais caminhos que podem levar a uma equiparação da resposta penal conferida às omissões de evitação do resultado (impróprias) àquela conferida aos seus correspondentes crimes comissivos.

⁷¹ BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 61.

1.3.1 Vias de Construção Dogmática

Há importantes vias de construção dogmática que buscam embasar a equiparação fundamentando-se na ideia de que o delito omissivo impróprio *realiza* o tipo de um delito comissivo. Trata-se, assim, de intentos de cunho dogmático destinados a solucionar a questão da equiparação por meio de uma *adequação* (e não propriamente de uma complementação) de elementos da teoria do delito, ou, ainda, pelo acréscimo de um novo elemento do tipo. Armin Kaufmann distingue estas vias em três.⁷²

A *primeira* delas almeja abarcar a omissão imprópria no tipo comissivo por meio da ampliação dos elementos gerais de tipicidade do crime comissivo, demonstrando que ou o conceito causal ou o conceito de ação se aplicam de maneira idêntica em ambos os casos (omissão imprópria e comissão). Entre os partidários do primeiro grupo (causal) estão – segundo Armin Kaufmann⁷³ –, Krug⁷⁴, Glaser⁷⁵ e Merkel⁷⁶, os quais defendem a equiparação a partir da estrutura da relação causal, fundamentando seu raciocínio na causalidade da ação precedente. Para os autores, a violação de um dever de ação seria dispensável para a configuração do delito omissivo impróprio, concluindo-se que, nessa modalidade, não haveria a violação de uma norma mandamental, mas sim de uma norma proibitiva.

Ocorre que foi constatada a inviabilidade dessas teorias, uma que vez que se consolidou a posição de que a causalidade na omissão imprópria residiria precisamente na ausência da prática do dever de evitação do resultado, utilizando-se a o *princípio da expectativa* como precípuo embasamento desse conceito. Em linhas gerais, os defensores dessa ideia entendiam que à omissão só seria conferida relevância jurídica se o Direito exigisse uma ação impedidora de um determinado resultado.⁷⁷

Hellmuth Mayer e Von Liszt, segundo Armin Kaufmann⁷⁸, deslocam o debate para o conceito de ação. Para o primeiro, se o “agir” demanda um “empenho volitivo hostil ao Direito”, a omissão (imprópria) também deveria ser concebida como uma forma de ação nas hipóteses em que “*requer a mesma medida de energia volitiva hostil ao Direito*” se

⁷² KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 252.

⁷³ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 254.

⁷⁴ GLASER, *Abhandlungen*, p.21 ss, apud KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 254.

⁷⁵ Idem, ibidem, p. 293 ss; pp. 379 ss, apud KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 254.

⁷⁶ SCHMIDT, E., *Lehrbuch*, p. 113 ss, apud KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 254.

⁷⁷ KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 253-254.

⁷⁸ MAYER, *Strafrecht*, p.113 apud KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 255; VON LISZT, *Strafrecht*, p. 114, apud KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 255.

comparada ao “agir”. Já o autor austríaco, não obstante também coloque em pé de igualdade o movimento corporal causal e a omissão causal (essa última como uma forma autônoma de ação delitiva), diferencia-se de Mayer, pois incorpora ao conceito o dever de impedir o resultado. Para Von Liszt, então, somente sealaria de equivalência entre não impedimento e causação de um resultado quando esse estivesse fundamentado em um dever jurídico de evitação.⁷⁹

A *segunda* via elencada por Kaufmann transfere o ponto de discussão para a antijuridicidade do delito comissivo. Seus defensores⁸⁰ se dividem em dois subgrupos. O primeiro deles parte da premissa de que toda omissão de uma ação que teria evitado um resultado típico realiza um tipo comissivo, todavia – e aqui está o diferencial proposto – somente haveria antijuridicidade na omissão nas hipóteses em que existisse um dever jurídico especial de evitação do resultado. Ou seja, enquanto a *ação* típica *não* seria antijurídica apenas nos casos justificantes (ex. legítima defesa, estado de necessidade etc.) a *omissão* típica (imprópria) *somente* seria antijurídica se acompanhada de um dever especial de ação. Nesse caso, segundo M. E. Mayer, citado por Kaufmann⁸¹, regra e exceção se invertem no âmbito dos delitos omissivos impróprios.

O segundo subgrupo, que possui como expoentes Sauer e Kissin, aborda a questão de maneira consideravelmente semelhante, mas com uma diferença bem delimitada: comporta-se de maneira antijurídica aquele que causa um resultado típico mediante uma ação ou omite uma ação possível que evitaria um resultado típico; mas, quanto à omissão, apenas será *materialmente* antijurídica caso se possa, com a violação de um dever jurídico específico e em consonância com os princípios da teoria do injusto material, equipará-la a uma ação.⁸²

Por fim, chega-se a uma *terceira* via, capitaneada por Nagler, que perquire a solução da equiparação partindo de uma análise do tipo. Se, por um lado, o autor também parte da premissa de que é necessária a existência de um dever especial de ação para que a omissão equivalha à ação, diferentemente da primeira via mencionada, não há, para Nagler⁸³, a necessidade de adequação dos conceitos de ação ou causalidade. O critério utilizado para

⁷⁹ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 255-256.

⁸⁰ Partidários do primeiro grupo, segundo elencados por Kaufmann: Beling, Mayer, Dohna, Grunhut, Hippel, Kohlrausch, Nowakowski, Rittler, Roeder e Wegner.

⁸¹ M. E. Mayer, *Der allgemeine teil*, p. 10 y 52, 1923, apud KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 257.

⁸² KAUFMANN, op. cit., 2006, p. 257.

⁸³ NAGLER, Johannes. *Die problematik der begehung durch unterlassung*, 1938, p. 62, apud KAUFMANN op. cit., 2006. p. 258.

descartar as omissões não equivalentes à ação seria, na verdade, o acréscimo de um novo elemento típico ao delito omissivo impróprio, qual seja, a posição de garante⁸⁴.

Ressalta-se que a teoria do autor não fora embasada na existência de um dispositivo legal (como há em nosso ordenamento, atualmente, o art. 13, § 2.º do Código Penal), mas sim fundamentada em uma interpretação extensiva da lei penal. Para Nagler, se em algumas hipóteses o legislador expressamente equiparou a omissão à comissão, em todas as outras em que não o fez poder-se-ia extrair a posição de garantidor como um elemento implícito do tipo penal com base no critério interpretativo extensivo proposto.

1.3.2 Críticas às vias dogmáticas

As soluções apresentadas, embora bem fundamentadas pelas premissas que elegem, almejam um resultado que se mostra não só dogmaticamente, mas ontologicamente inviável. Não parece possível a construção dogmática do delito omissivo impróprio de maneira absolutamente comum ao delito comissivo. Esta é a posição de Kaufmann – com a qual concordamos –, que critica os três grupos acima mencionados.

Em relação à “solução do tipo” desenvolvida por Nagler, a crítica se mostra surpreendentemente simples. É o próprio Nagler quem reconhece que há a necessidade de se acrescentar à omissão imprópria um elemento típico *novo* (posição de garantidor), completamente estranho ao tipo comissivo. Estabelecida essa premissa, nota-se que os requisitos de tipicidade do delito omissivo *sempre* serão distintos daqueles necessários à adequação típica do comportamento comissivo.⁸⁵

Kaufmann ilustra a incompatibilidade da “solução do tipo” da seguinte forma: imagine-se um tipo penal que tenha “*a*”, “*b*” e “*c*” como pressupostos de tipicidade, sendo certo que esse último, referente à causalidade, subdivide-se em *c*¹ (causalidade comissiva) e *c*² (causalidade omissiva). Em relação ao comportamento comissivo, verificar-se-á a tipicidade quando preenchidos, portanto, os elementos *a*, *b* e *c*¹. Já no que concerne ao comportamento omissivo, para além de *a*, *b* e *c*², é imprescindível o acréscimo de um elemento *g* (posição de garantidor), para que a conduta seja típica. Ou seja, a adequação

⁸⁴ Na doutrina brasileira, parece aderir a esse critério Juarez Cirino dos Santos. SANTOS, *Manual de direito penal*: Parte geral, 2012. p. 201.

⁸⁵ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 258-259.

típica dos comportamentos observará, necessariamente, distintos pressupostos de tipicidade; por conseguinte, só podem realizar tipos distintos⁸⁶.

Mas Nagler se apoia, ainda, em outro argumento. Para o autor, a “razão interna” de equiparação do comportamento comissivo e omissivo (impróprio) funda-se na ideia de que esse último, em contraposição à omissão própria, violaria uma norma *proibitiva*⁸⁷. O comando da norma, nesse raciocínio, seria o seguinte: “não cause, por omissão de um comportamento exigível *x*, um determinado resultado”. Proibir-se-ia, assim, a omissão de uma determinada ação.⁸⁸

Sucedendo que a proibição de omitir uma determinada ação é um comando para que se *pratique* essa mesma ação! Se, como sustentado no tópico 1.1 deste capítulo, o critério diferenciador das normas proibitivas e mandamentais é exatamente o comando que dirigem aos seus destinatários, não há como conceber, sob artifício linguístico algum, que a norma que “proíbe” uma omissão seja proibitiva⁸⁹. Como resultado das críticas de Kaufmann, de fato se apresenta inviável que a omissão imprópria realize um tipo comissivo, de sorte que sua adequação típica será devidamente feita em um tipo *sui generis*, distinto do comissivo⁹⁰.

Antes de passar à análise da próxima teoria, ressalta-se que a divergência à “solução do tipo” apresentada por Nagler restringe-se ao fato de o autor utilizar a figura de garantidor como forma de equiparar *dogmaticamente* os comportamentos comissivos e omissivos, com o que não se concorda. Todavia, não há divergência quanto à assertiva de que a posição de garantidor constitui um elemento objetivo do tipo omissivo impróprio.

Prosseguindo, em relação às teorias que buscam na antijuridicidade o critério de diferenciação, faz-se uma crítica similar àquela dirigida à teoria de Nagler. Se, por um lado, não se exige o acréscimo de um pressuposto de tipicidade para o tipo omissivo impróprio, por outro, nota-se que esse permanece destacado do tipo comissivo. Isso porque, ao criar uma antijuridicidade “especial” (como visto, atrelada ao dever de garantidor) para o tipo

⁸⁶ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 262-263. Kaufmann assenta sua conclusão da seguinte forma: “La posición de garante no es un elemento implícito del tipo del delito comisivo [sino un requisito del tipo del delito de omisión (impropia)]. Pero entonces la omisión impropia no realiza el tipo del delito comisivo, sino otro tipo distinto, precisamente del delito de omisión impropia (Idem, ibidem, p. 263).

⁸⁷ Na doutrina brasileira, há posicionamento minoritário no sentido de que a norma violada nos delitos omissivos impróprios é proibitiva (BUSATO, Paulo Cesar. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 131-166, abr./jun. 2019. p. 149).

⁸⁸ Idem, ibidem p. 265.

⁸⁹ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 265.

⁹⁰ No mesmo sentido: BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, *Direito penal brasileiro – Teoria do delito*, 2018. p. 357.

omissivo impróprio, já se opera, *previamente*, uma distinção em relação ao grupo de casos nos quais se exigirá essa antijuridicidade específica. Dessa forma, malgrado se desloque o critério diferenciador para a antijuridicidade, fato é que, antes mesmo de se chegar à sua análise, dever-se-á distinguir os tipos omissivos impróprios dos comissivos para identificar as hipóteses em que se exigirá a antijuridicidade especial ou não⁹¹.

Ademais, também se dirige uma crítica de cunho mais amplo a essas soluções, qual seja, a de que a análise da antijuridicidade de um comportamento típico deve ter como parâmetro o ordenamento jurídico em sua integralidade. Nas teorias em questão, todavia, pretende-se elaborar uma antijuridicidade específica para os casos de omissão imprópria⁹². Dessa forma, tal como se deu em relação à “solução do tipo”, converge-se com o entendimento de Kaufmann, no sentido de que as teorias da antijuridicidade tampouco comprovam que a omissão imprópria realiza o mesmo tipo do delito comissivo.

Por fim, se chega às soluções da causalidade e da ação. De antemão, percebe-se que essas soluções possuem uma vantagem inicial em relação às do tipo e da antijuridicidade, na medida em que suas premissas, de fato, conduzem à conclusão esperada – de que o tipo omissivo impróprio efetivamente se amolda ao tipo comissivo. Contudo, essas mesmas premissas se revelam dogmaticamente vulneráveis, de modo que, apesar dessa vantagem inicial, as teorias em apreço não resistem às críticas que lhes são dirigidas⁹³.

Em relação às soluções da causalidade defendidas por Krug, Glaser e Merkel, inicialmente se nota um estreitamento das hipóteses de delitos omissivos impróprios, uma vez que essas teorias pressupõem que a causalidade *sempre* dependerá da ação precedente. Assim, o equívoco da teoria já reside nesse ponto, dado que só se falará de omissão imprópria nas hipóteses em que houver um comportamento comissivo no curso causal⁹⁴.

A respeito da solução apresentada por Mayer, viu-se que o autor propõe uma adequação do conceito de ação, notadamente no sentido de que o comportamento omissivo será considerado juridicamente comissivo quando a inatividade do agente requerer a mesma medida de energia volitiva contrária ao Direito que a conduta ativa. O parâmetro utilizado para avaliar essa energia volitiva hostil ao Direito não se relaciona individualmente com o agente, mas se dá com referência a “qualquer outra pessoa decente em seu lugar”.⁹⁵

⁹¹ KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 271.

⁹² Idem, ibidem, p. 270.

⁹³ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 275.

⁹⁴ Idem, ibidem.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 277.

De antemão, entende-se esse parâmetro criticável em virtude do alto grau de subjetividade que demanda para sua aplicação, já que é amplamente dependente de um juízo de valor. No entanto, a crítica que se entende mais precisa para essa concepção é a de Kaufmann⁹⁶, expondo que o critério de Mayer já parte da premissa de que somente um agir se subsume diretamente a um tipo comissivo, ao passo que a omissão, para fazê-lo, depende de um *pressuposto adicional* (mesma energia volitiva contrária ao Direito que a conduta ativa) exclusivamente elaborado para alcançar o tipo comissivo. Sendo assim, assemelhando-se às críticas dirigidas às soluções do tipo e da antijuridicidade, aqui também se conclui que, uma vez que o tipo omissivo impróprio somente se realiza com a presença de um pressuposto de tipicidade *específico e estranho* ao tipo comissivo, com esse não pode se confundir.

1.3.3 Conclusão intermediária: A inviabilidade dogmática da “comissão por omissão”

A análise das teorias supramencionadas demonstra, portanto, a inviabilidade de se proceder a uma equiparação dogmática entre o tipo omissivo impróprio e o tipo comissivo. Nas palavras de Kaufmann, “*no hay posibilidad alguna de construir la omisión impropia como típica, antijurídica y reprochable en el sentido del delito comisivo*”⁹⁷. Na doutrina brasileira, Alcides Munhoz Netto também advertia ser impossível submeter, dogmaticamente, os delitos omissivos impróprios às regras dos delitos comissivos⁹⁸. Por conseguinte, muito embora haja diversos autores que utilizem o termo “*comissão por omissão*” como sinônimo de omissão imprópria, entende-se que a expressão é equivocada, dado que, conforme defendido no tópico anterior, a omissão imprópria não se ajusta ao delito comissivo, mas, ao revés, reside em um tipo próprio, *sui generis*.

Não se pretende tratar, todavia, de uma questão (exclusivamente) terminológica, mas sim de investigar outras possíveis formas de equiparação. É que, concluindo-se pela insuficiência das vias dogmáticas, nos resta buscar, sob outras perspectivas, justificativas idôneas para que se confira a um comportamento omissivo o mesmo desvalor que se confere a um comportamento comissivo quando ambos derem ensejo a um mesmo resultado.

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 277-278.

⁹⁷ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 279, grifos do autor.

⁹⁸ MUNHOZ NETTO, *Os crimes omissivos no Brasil*, 1982. p. 18. Não obstante isso, o autor também os nomeava como “delitos comissivos por omissão”.

1.4. OS FUNDAMENTOS DA EQUIPARAÇÃO À LUZ DE KAUFMANN E SCHÜNEMANN

Desde a primeira revolução industrial, com os adventos da máquina a vapor e das locomotivas, instrumentos automatizados vêm ocupando cada vez mais um espaço maior no cotidiano da sociedade, havendo, para citar um dentre vários possíveis exemplos de todo esse avanço, veículos terrestres, aéreos e marinhos que detêm a capacidade de se movimentarem de maneira remota, inclusive via “piloto automático”.

Essa evidente mudança na forma de existência do ser humano obviamente repercute no Direito Penal, que passa a ocupar-se não apenas das ações diretamente ocasionadas pelo movimento corporal, mas também daquelas praticadas por meio de instrumentos automatizados. Assim é que, em um acidente de carro, por exemplo, torna-se mais adequada a eventual responsabilização penal de um indivíduo em virtude do seu domínio sobre o automóvel do que a partir de qualquer outro fundamento.⁹⁹

Uma das hipóteses de responsabilização penal de um indivíduo sem que tenha contribuído com um movimento corporal para a causação de um determinado resultado é a dos crimes omissivos impróprios. Essa categoria possibilita o castigo de uma não evitação de um resultado, por aquele que detinha um dever especial de fazê-lo, com o marco penal, a priori, correspondente àquele imposto ao indivíduo que ocasiona o mesmo resultado em razão de um comportamento ativo.

Trata-se de um objetivo de “*política jurídica*” que encontra, com base na relação “[...] valorativa entre a proibição de lesionar um bem jurídico e uma determinação de proteger o bem jurídico de lesões”¹⁰⁰, um ponto comum¹⁰¹, qual seja, o objeto de proteção de norma – o bem jurídico. É com base nesse objetivo de proteção do bem jurídico, então, que surge uma tarefa *axiológica* de determinar quando será, em tese, cabível a equiparação típica entre omitir a evitação de um resultado e a sua causação mediante um ato executório¹⁰².

Tal tarefa, contudo, não pode se limitar a juízos meramente valorativos. Se a orientação político-criminal é no sentido de que determinadas omissões poderão ser punidas

⁹⁹ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 296.

¹⁰⁰ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 268.

¹⁰¹ Ainda segundo o autor, “*Lo común del objeto de protección constituye, pues, el enlace axiológico entre la prohibición de obrar y el correlativo deber de garante*” (KAUFMANN, *ibidem*). No mesmo sentido: BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, *Direito penal brasileiro*, 2018, p. 358-360.

¹⁰² KAUFMANN, *op. cit.*, p. 283.

com o mesmo marco penal destinado a comissões quando derem ensejo a um mesmo resultado, esse será o *ponto de partida*, mas, sob pena de violar flagrantemente o princípio da legalidade, jamais poderá ser o ponto de chegada. Outrossim, não se pretende aqui investigar a viabilidade de uma solução *global* para a questão, mas, restringindo a análise do estudo ao ordenamento jurídico brasileiro e aos crimes *materiais*, chegar a um critério de equiparação típica aplicável e convergente com as normas constitucionais, penais e processuais penais brasileiras.

1.4.1 O Art. 13, § 2.º do Código Penal como substrato formal da equiparação

Dispõe o artigo 13, § 2.º do Código Penal brasileiro que a omissão “*será penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*”¹⁰³, atribuindo-se, na sequência, o dever de ação a três grupos de indivíduos: (a) aqueles que tenham por lei uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) tenham assumido a responsabilidade de impedir o resultado; ou (c) tenham criado o risco de ocorrência do resultado mediante um comportamento anterior. Trata-se, aqui, das hipóteses em que será caracterizada, *ao menos sob um aspecto formal*, a figura do garantidor.

Como brevemente adiantado, a posição de garantidor, cujas nuances serão exploradas no tópico específico¹⁰⁴, representa um dos pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio, de modo que, caso não seja caracterizada, a conduta será atípica. Sendo assim, vê-se que esse dispositivo legal exerce um papel *limitador*, restringindo a eventual tipicidade de comportamentos omissivos não previstos expressamente em lei às hipóteses previstas no art. 13, § 2.º do Código Penal brasileiro.

Não obstante esse efeito restritivo, também se observa um papel *viabilizador* da tipicidade. É que, como visto, a adequação típica da omissão imprópria somente se dá a partir de uma complementação. Esse papel, sob um aspecto *formal*, é preenchido pelo art. 13, § 2.º do Código Penal, que elenca as hipóteses legais nas quais a omissão poderá ganhar relevância penal. O dispositivo legal não abrange os comportamentos omissivos expressamente previstos na Parte Especial; ou seja, não alcança os tipos omissivos próprios, os quais, conforme foi exposto, não dependem de complementação para a verificação da sua tipicidade.

¹⁰³ BRASIL. *Código penal*, 2017. p. 13 (grifos nossos).

¹⁰⁴ Tópico 2.1.

Sobre esse aspecto, é importante fazer uma ressalva. Muito embora se perceba a grande relevância conferida à posição de garantidor, não se considera que o legislador brasileiro tenha aderido à “solução do tipo” proposta por Nagler, de sorte que tampouco se pode falar, a partir do dispositivo legal em questão, de comissão por omissão. A nosso ver, o Código Penal não caminhou para uma aproximação dogmática entre comissão e omissão imprópria, mas apenas tornou possível a equiparação da sua relevância penal. Ou seja, conferiu às hipóteses previstas no art. 13, § 2.º, um *desvalor do comportamento*¹⁰⁵ igual ao que se dispensa ao comportamento comissivo correlato. Assim, sob o ponto de vista *formal*, trata-se da concretização do objetivo de política-criminal almejado com a omissão imprópria, qual seja, determinar os casos em que a não evitação de um resultado, *axiologicamente*, será penalmente equiparável à sua execução ativa.

1.4.2 O domínio sobre o fundamento do resultado como substrato material da equiparação

Malgrado a posição de garantidor seja essencial à construção do tipo omissivo impróprio, sua presença, apenas sob um aspecto formal, não se mostra suficiente para que se equipare o desvalor da não evitação do resultado àquele conferido à sua causação por meio de uma conduta ativa¹⁰⁶. Satisfazer-se tão somente com a subsunção do caso concreto a alguma das alíneas do art. 13, § 2.º significaria prescindir de um substrato *material* que justificasse a equiparação típica entre ação e omissão, o que viola frontalmente os princípios da igualdade e proporcionalidade, posto que poderá conduzir a uma ampliação desmedida da responsabilização penal.

A bem da verdade, considerando que se busca um aspecto que justifique – ou chegue o mais próximo disso possível – a imposição de um mesmo marco penal a comportamentos distintos, para atender aos referidos princípios deve-se encontrar um fundamento comum entre tais comportamentos (ou, mais especificamente, um fundamento comum ao *desvalor* atribuído aos dois comportamentos). Neste ponto, mais uma vez é oportuno retomar a distinção feita por Luís Greco, que vincula o desvalor do comportamento ao “*caráter proibido ou permitido de uma forma de agir*” e o desvalor do resultado “*às consequências*

¹⁰⁵ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução: Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 20-21.

¹⁰⁶ Tratando sobre a possibilidade de uma *omissão irrelevante*, ainda que haja um vínculo normativo do garantidor e do bem jurídico (BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, *Direito penal brasileiro – Teoria do delito*, 2018, p. 358-360).

do comportamento considerado proibido”¹⁰⁷. Nesse passo, o caminho que mais se aproxima de uma solução exitosa é o de Schünemann, o qual, rememora-se, restringe-se aos crimes materiais.

Ao tratar sobre o tema, o autor estabelece a necessidade de se buscar uma “*diretriz material de equiparação*”, o que propõe fazer a partir do desenvolvimento de condições lógico-objetivas. Nessa perspectiva, estabelecendo a premissa de que somente se deve punir¹⁰⁸ a omissão “*igual à comissão*”, assevera que “*sólo son esenciales para la punibilidad aquellos elementos de la omisión que la caracterizan como igual a la comisión*”¹⁰⁹. Todavia, depois desse primeiro passo, mais uma vez se chega a uma encruzilhada. Como encontrar um fundamento comum em comportamentos que se mostram naturalisticamente quase antagônicos¹¹⁰?

A investigação envereda da seguinte maneira: inicialmente, coloca-se a indagação sobre como se imputa ao autor um resultado decorrente de uma ação. A resposta a essa ~~pergunta~~ questão, para Schünemann, está atrelada a uma outra pergunta: qual é o enlace existente entre a imputação de um curso causal a alguém e o movimento corporal que desencadeou esse curso causal? Mais especificamente: *o que fundamenta essa imputação?* A resposta é que esse enlace é constituído pelo *domínio absoluto da pessoa sobre o seu corpo*¹¹¹.

Tanto é assim que, se, de um lado, imputa-se o delito de homicídio àquele que, consciente de seus movimentos e podendo agir de forma diversa, mata uma pessoa com um tiro na cabeça sem qualquer causa excludente de ilicitude, por outro, exclui-se a culpabilidade daquele que pratica a mesma conduta sob coação irresistível¹¹². O que diferencia esses casos é precisamente a circunstância do domínio da pessoa sobre o seu próprio corpo, e, em última análise, o domínio que possui sobre o elemento essencial (ação de atirar em alguém) causador do resultado (morte).

¹⁰⁷ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 21.

¹⁰⁸ Excetuando-se, evidentemente, os casos de omissão própria.

¹⁰⁹ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 278.

¹¹⁰ Sobre o tema, Busato busca um fundamento de equiparação a partir da equivalência de sentido da causação do tipo. O posicionamento do autor é fundado especialmente no caráter comunicativo das normas (BUSATO, Paulo César. *Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação*, 2019. p. 152).

¹¹¹ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 281.

¹¹² Art. 22 do Código Penal Brasileiro: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem” (BRASIL, *Código penal*, 2017. p. 16).

Constrói-se, assim, o seguinte raciocínio: (a) o movimento corporal que desencadeia um curso causal é o fundamento imediato do resultado derivado desse curso causal; (b) o domínio sobre esse movimento corporal (ou, como intitulado pelo autor, “*dominio del centro personal*”) é o fundamento imediato do movimento corporal; logo (c) o domínio sobre o movimento corporal é o fundamento *mediato* do resultado. Assim, chega-se a um princípio geral de imputação: atribui-se o resultado àquele que exerce um *domínio sobre o fundamento*¹¹³ do resultado¹¹⁴. No caso dos delitos omissivos impróprios, esse domínio poderá ocorrer tanto em relação a uma fase essencial do curso causal quanto em relação ao desamparo da vítima, o que, como se verá adiante¹¹⁵, será preponderante na delimitação dos deveres exigíveis do garantidor.¹¹⁶

Como exemplo da primeira hipótese, imagine-se que um empregado de uma empresa possui a incumbência de supervisionar o funcionamento de uma máquina, devendo desativá-la na hipótese de a sua temperatura ultrapassar o limite de segurança, sob o risco de causar uma explosão. Se a máquina atingir uma temperatura acima do limite e mesmo assim o empregado, em condições de agir, não a desativar, sobrevindo uma explosão e um consequente incêndio exatamente em virtude da alta temperatura da máquina, é inequívoco o fato de que o empregado em questão exercia um domínio sobre uma fase essencial do curso causal, e, logo, sobre o fundamento do resultado¹¹⁷. No que tange à hipótese de domínio sobre o desamparo da vítima, reporta-se aqui ao clássico exemplo da mãe que não alimenta

¹¹³ Schünemann classifica como fundamento do resultado “[...] un elemento *efectivamente* esencial para el concreto curso causal; no basta a tal efecto una mera vinculación ideal. Motivo del resultado es, pues, la índole de los objetos imprescindibles para el curso causal conducente al resultado, esto es, la base física requerida por el nexo causal conducente al resultado” (SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 288, grifos do autor). Também é importante destacar o fato de que, para o autor, esse domínio deve ser *atual*, ou seja, simultâneo ao momento em que ocorre a omissão, de modo que, “[...] en todas las omisiones posteriores a la pérdida del dominio sobre la cosa, por éticamente reprobables que sean, nunca se presenta la *igualdad* a la acción, la única determinante” (Idem, ibidem, p. 299).

¹¹⁴ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 282. Também em SCHÜNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría*, p. 21 e ss. A título de complemento, ressalta-se que, em outra obra, o autor alemão assevera que, em relação à coautoria, não há qualquer motivo para que não se reconheça a possibilidade de que o domínio seja exercido de maneira conjunta por duas ou mais pessoas (SCHÜNEMANN, Bernd. *Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Derecho PUCP*, n. 81, p. 93-112, dic./mayo 2018. p. 106).

¹¹⁵ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 287.

¹¹⁶ Na doutrina brasileira, Everardo da Cunha Luna já parecia atentar ao domínio como parte essencial dos delitos omissivos impróprios. LUNA, *O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão*, 1982. p. 53-55.

¹¹⁷ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 297.

seu filho recém-nascido e o deixa falecer, dispensando maiores considerações pela clareza do exemplo em questão.

Isso posto, conclui-se que a teoria de Schünemann é a que mais se aproxima da finalidade a qual se propôs, na medida em que, de fato, encontra um elemento comum e essencial à estrutura da omissão imprópria e da comissão no intuito de fundamentar a equiparação típica das duas modalidades¹¹⁸. Mais do que isso: o faz sem a criação ou alargamento conceitual desmedido de pressupostos de tipicidade já existentes. Por fim, reconhece-se que sua proposta possui o mérito de justificar a equiparação por meio de um substrato *material*, privilegiando os princípios da proporcionalidade e da igualdade, na medida em que busca limitar a responsabilização penal aos casos em que a omissão, efetivamente, possuiria desvalor, em tese, equiparável ao da comissão.

Não obstante todo o mérito da teoria desenvolvida pelo autor alemão, a qual, convém repetir, é a que soa mais acertada, não estamos seguros quanto à conclusão de que, efetivamente, exista uma circunstância que permita afirmar a possibilidade de plena equiparação típica entre condutas comissivas e omissivas. É que, se, de um lado, o critério do domínio exsurge como uma alternativa dogmaticamente embasada, por outro lado, há que se indagar se é possível sustentar a existência de um domínio verdadeiramente equiparável entre os casos nos quais o indivíduo está *ativamente* provocando um curso causal criminoso e os casos em que o *resultado* do curso causal está, em tese, sobre o seu hipotético domínio.

Se o conceito de domínio final do fato apresenta tensões nas hipóteses de crimes comissivos, muito mais tensões hão de ocorrer quando se trata do domínio sobre o fundamento de um resultado inserido em um contexto de delito omissivo. Com efeito, sob uma perspectiva deontológica, o comportamento ativo pertence de maneira muito mais intensa ao indivíduo do que o comportamento omissivo.

É evidente que, com isso, não se pretende deslegitimar justamente o raciocínio que se acabou de eleger como o mais acertado para fins de equiparação típica. O que se alega é que essa equiparação nem sempre ocorre de maneira plena, pois o domínio daquele que age ativamente, ao menos em abstrato, revela-se mais intenso se comparado ao do indivíduo omitente.

Por esse motivo, então, é que se apresenta razoável a elaboração, *lege lata*, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma cláusula geral de diminuição de pena nas hipóteses

¹¹⁸ Filiando-se a essa solução, aparentemente, Heloisa Estellita, para quem este critério oferece “[...] respostas mais claras tanto para a pergunta sobre a legitimidade da igualdade da resposta penal, como para aquela relativa à necessária conexão entre desvalor da ação e desvalor do resultado” (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 94.

de delitos omissivos impróprios, à semelhança do ordenamento jurídico alemão. Outrossim, pelos mesmos motivos e de *lege ferenda*, considera-se possível e recomendável a aplicação da atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal brasileiro, aos casos de crimes omissivos impróprios. O desenvolvimento dessa ideia, contudo, extrapola o escopo deste trabalho e será feito em outro momento.

1.5 PREMISSAS DOGMÁTICAS ESTABELECIDAS

O ordenamento jurídico configura a vida social por meio de normas, exigindo o cumprimento de determinados deveres a cada membro da sociedade. A exigibilidade desses deveres está condicionada à capacidade de ação do destinatário da norma. No âmbito criminal, as normas podem ser de natureza proibitiva ou mandamental. O critério que marca a diferenciação do tipo de norma é o seu conteúdo, notadamente em relação ao tipo do dever exigido do seu destinatário. Caso o comando se refira à *omissão* de um comportamento, a norma será *proibitiva*, sendo violada, assim, quando alguém praticar a *ação* cuja omissão foi determinada pela norma. Já a norma mandamental é caracterizada por um comando de *ação*, de modo que a sua violação ocorrerá quando o indivíduo *omitir* a ação exigida pela norma¹¹⁹.

Quanto às formas de omissão penalmente relevantes, faz-se a distinção entre a omissão própria e a imprópria, sendo certo que há uma gama de teorias com diferentes propostas de critérios para a diferenciação entre uma e outra. Dentre todas, é mais acertada a proposta de Kaufmann, que defende um critério fundado na previsão legal da conduta. Caso haja uma previsão expressa da conduta omissiva, tratar-se-á de omissão própria; caso contrário – ou seja, caso haja a necessidade de complementação para que se faça a adequação típica –, tratar-se-á de omissão imprópria. A utilidade dessa distinção reside, portanto, em definir quais omissões terão uma adequação típica imediata (omissões próprias) e quais dependerão de complementação para se tornarem típicas (omissões impróprias).¹²⁰

O objetivo político-criminal da omissão imprópria é a equiparação típica entre um comportamento omissivo e um comissivo, que, não obstante a evidente diferença ontológica, são normativamente considerados causadores de um determinado resultado e possuiriam, em

¹¹⁹ Tópico 1.1.

¹²⁰ Tópico 1.2.

tese, um mesmo desvalor comportamental. Os fundamentos para a realização dessa comparação, contudo, são controversos¹²¹.

Especificamente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o ponto de partida dessa equiparação se dá com o art. 13, § 2.º, do Código Penal¹²², que elenca as hipóteses nas quais, em virtude de um especial dever de agir (dever de garantidor), as omissões serão penalmente relevantes – trata-se do substrato *formal* da equiparação. Já no que concerne ao fundamento *material*, viu-se que a teoria mais adequada é aquela desenvolvida por Schünemann, que, concebendo o *domínio sobre o fundamento do resultado* como um critério comum e essencial às estruturas comissivas e omissivas, o eleva a um requisito essencial para a equiparação típica. Assim, refutam-se as teorias que pretendem, a partir de um caminho dogmático, conceber a omissão imprópria dentro do tipo comissivo, rechaçando-se, assim, o termo “comissão por omissão”. A vantagem de se adotar a exigência desse duplo substrato – formal e material – reside em privilegiar os princípios da proporcionalidade, legalidade e igualdade¹²³.

¹²¹ Tópico 1.3.

¹²² BRASIL. *Código penal*, 2017. p. 14.

¹²³ Tópico 1.4.

2 PRESSUPOSTOS DE TIPICIDADE OBJETIVA DO TIPO OMISSIVO IMPRÓPRIO

Em abstrato, as normas vigem indistintamente para os indivíduos da sociedade, logo, devem ser observadas por todos. No caso das normas mandamentais, que impõem ao indivíduo a execução de um determinado dever, a realização da ação mandada pelo Direito, ainda em abstrato, sempre lhe é exigível. Ocorre que, no caso concreto, não mais se fala desse dever de ação abstrato, mas sim do dever de agir daquela pessoa naquele momento¹²⁴, que consiste na prática de uma ação “X”.¹²⁵

Tratando-se de omissão imprópria, será exigido um dever especial a uma determinada pessoa (garantidora), que, possuindo capacidade para tanto, deverá adimplir esse dever, sob pena de ser penalmente responsabilizada pelo resultado (ou tentativa, quando cabível) caso esse possua um nexo causal com a ação omitida.

Pois bem. Desses dois parágrafos podem ser extraídas todas as perguntas que moverão o desenvolvimento deste capítulo. A partir de que momento surge o dever *concreto* de ação? Como se delimita esse dever? O que confere a alguém a qualidade de garantidor? O que determina a capacidade de ação? Como se afere o nexo de causalidade com o resultado? Com base em quais requisitos se atribui esse resultado ao omitente?

As respostas para essas perguntas são encontradas nos *pressupostos de tipicidade objetiva* do tipo omissivo impróprio.

2.1 A POSIÇÃO DE GARANTIDOR

A posição de garantidor constitui um aspecto essencial à verificação de um delito omissivo impróprio, fazendo parte do seu tipo objetivo como um elemento independente e imprescindível. Em síntese, trata-se de posição atribuída ao indivíduo, que possui um dever

¹²⁴ Ou seja, se a norma mandamental contida no art. 135 do Código Penal brasileiro impõe, *erga omnes*, um dever de abstrato de solidariedade e assistência; em um caso concreto de um atropelamento, por exemplo, haverá um dever específico de, naquele momento, ligar para um serviço de emergência ou, se possível, prestar os primeiros socorros necessários.

¹²⁵ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 33.

especial de ação para evitar a ocorrência de um determinado resultado¹²⁶. Sucede que, dessa singela assertiva, surgem alguns questionamentos complexos. Quais são as fontes desses deveres? A quem devem ser atribuídos? Por quais motivos? Qual a sua extensão – ou seja, a partir de que momento e até que ponto esses deveres são exigíveis? Tais deveres podem ser delegados? Quais os efeitos desta delegação?

Essas perguntas nortearam diversos outros estudos dogmáticos, sendo certo que, com a evolução do Direito Penal Econômico e a crescente descentralização de funções em estruturas empresariais complexas, as respostas para tais indagações se tornam tanto mais complexas quanto necessárias para atender às necessidades político-criminais modernas.

Inicialmente, como mencionado na introdução deste trabalho, um dos principais expoentes das teorias relacionadas à omissão imprópria foi Feuerbach, responsável pela sistematização dos deveres especiais de impedir o resultado. Para o autor, as fontes desses deveres seriam a *lei* ou o *contrato*, ambos imporiam a determinados agentes uma especial obrigação de evitar um resultado típico, sob pena de violar um direito *subjetivo*.¹²⁷ Uma concepção similar foi acolhida entre os positivistas¹²⁸, que acresceram às fontes do dever especial de ação também uma ação precedente que tornasse antijurídica uma inatividade posterior, incluindo-se em seu conceito de omissão imprópria a “ação esperada” como parâmetro para aferição da causalidade.¹²⁹ Entre os neokantistas, destacando-se Mezger, entendia-se indispensável a demonstração de que o agente detinha um vínculo especial com o bem jurídico a ser protegido, suficiente para que se gerasse uma expectativa de realização de uma conduta direcionada à afetação desse bem jurídico.¹³⁰

Enxerga-se na concepção de Mezger¹³¹ uma tentativa, ainda que incipiente, de buscar um *substrato material* para a exigência desse dever especial de ação, na medida em que o autor almeja estabelecer um conceito que leve em consideração um aspecto empírico, qual seja, o da relação fático-jurídica entre o agente e o bem jurídico que deve ser protegido.

¹²⁶ CORREIA, Eduardo. Direito criminal. Colaboração de Figueiredo Dias. 1ª Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 301.

¹²⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 314.

¹²⁸ Dentre os quais, segundo Juarez Tavares, Von Liszt (TAVARES, op. cit., p. 314).

¹²⁹ TAVARES, op. cit., p. 314.

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 315.

¹³¹ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Pellegrini Impresores. 1958.

Nada obstante, fato é que as três concepções até então apresentadas ainda se apresentavam predominantemente formais¹³². Foi apenas com a “solução do tipo” desenvolvida por Nagler¹³³, a qual inseriu a figura de garantidor como elemento do tipo objetivo da omissão imprópria, que se abriu caminho para que definitivamente se justificasse o dever especial de ação para evitação de um resultado com base em critérios materiais.¹³⁴

Estabelecido esse ponto de apoio, legislação, doutrina e jurisprudência passaram a se debruçar sobre as hipóteses nas quais, sob o ponto de vista *formal*, poder-se-ia exigir de alguém esse dever especial de ação. Ademais, passou-se a empreender esforços para identificar quais fundamentos *materiais* seriam aptos a validar esse vínculo formal aprioristicamente estabelecido. Neste trabalho apenas serão tratados os aspectos legais atinentes ao ordenamento jurídico brasileiro. Antes disso, entretanto, é importante analisar algumas das teorias que contribuíram para a busca de um substrato material para a posição de garantidor.

2.1.1 A Teoria das Funções como precursora do fundamento material da posição de garantidor

Dentre os esforços destinados à investigação de um substrato material para a posição de garantidor, é inegável a importância da “*teoria das funções*”, desenvolvida por Armin Kaufmann. Sem embargo de alguns pontos aos quais são dirigidas algumas críticas, a teoria representa a principal base da divisão funcional majoritariamente acolhida pela doutrina atualmente, isto é, a dos garantidores de proteção e vigilância.

Ao desenvolver sua teoria, Kaufmann parte da premissa de que, em virtude da “*relação de especial proximidade*”¹³⁵ do garantidor com o bem jurídico tutelado¹³⁶, impõe-se ao sujeito uma obrigação de salvaguardá-lo. A especificação desse dever pode se dar

¹³² Juares Tavares entende que as três teorias em questão, na verdade, se apresentavam de modo “inteiramente formal” (TAVARES, op. cit., p. 315). Todavia, pelo motivo exposto no texto, entende-se que a teoria de Mezger, ainda que de maneira tímida, já tinha contornos materiais (MEZGER, *Derecho penal*: parte general, 1958).

¹³³ Já tratada no primeiro capítulo deste trabalho.

¹³⁴ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 315.

¹³⁵ Como se vê, há resquícios da teoria de Mezger no posicionamento defendido por Kaufmann.

¹³⁶ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 283. Também nesse sentido, a título de exemplo, tratando sobre a temática no Direito Penal colombiano e argentino, respectivamente: CARDONA, Alejandro Aponte. Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, p. 287-319, jan./fev. 2013, p. 4; BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 177.

partindo-se de dois caminhos: o primeiro deles diz respeito à necessidade de proteção do bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem; o segundo se refere ao controle de determinadas fontes de perigo, que deverão ser supervisionadas independentemente de quais bens jurídicos ameacem¹³⁷. Para Kaufmann, seriam comumente correlatas ao primeiro grupo de garantidores as fontes de dever atreladas a um preceito jurídico ou à assunção fática de deveres contratuais. No que tange ao segundo grupo, predominariam as hipóteses de ingerência ou as de confiança especial.¹³⁸

É mormente a partir da ideia de Kaufmann que surgem as atuais divisões funcionais entre garantidores de *proteção e vigilância*¹³⁹. Ao primeiro grupo justifica-se a necessidade de ação – para além da relação de proximidade entre garantidor e bem jurídico – em virtude da impossibilidade de que o terceiro proteja seus próprios bens jurídicos (por exemplo, na relação entre pais e filhos), o que se dá por causa da incapacidade ou ausência de condições para que assegurem seus bens jurídicos de maneira autônoma.¹⁴⁰ Nesse grupo incluem-se alguns subcasos, por exemplo, (i) o das relações entre pais e filhos bebês, nas quais os primeiros dominam o desamparo dos segundos; (ii) das relações fundadas pelas comunidades de vida, originadas pela confiança na prática de cuidados recíprocos, como no caso de um guia de turismo em uma expedição arriscada ou de dois cônjuges; (iii) dos funcionários públicos em relação ao Estado e/ou aos cidadãos, como no caso de bombeiros ou salva-vidas¹⁴¹.

Nota-se como marca comum desses subcasos a relação de confiança e/ou dependência entre o agente garantidor e a possível vítima. Nesse sentido, especialmente quando se tratar de duas pessoas autorresponsáveis, a precisa identificação dos bens jurídicos permeados pela relação de confiança e/ou dependência é de suma importância. Isto porque somente estes bens jurídicos farão parte da relação de garantidor, de sorte que

¹³⁷ KAUFMANN, op. cit., 2006. p. 289-290.

¹³⁸ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 290.

¹³⁹ A título de exemplo, destacam-se alguns autores que se valem dessa bipartição: PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006. p. 318; CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 246 e ss.; ROXIN, Imme; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, n. 112, p. 61-76, 2015. p. 63; PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. *Revista dos Tribunais*, v. 1, n. 872, p. 433-455, 2008. p. 8; BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, 2020. p. 177 e ss.

¹⁴⁰ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 316.

¹⁴¹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 98. Também fornecendo o exemplo do guia turístico, com algumas adaptações: LOPES, Fábio Motta. *Aspectos polêmicos dos crimes omissivos*; LOPES, Fábio Motta. Aspectos polêmicos dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, n. 75, p. 9-38, nov./dez. 2008. p. 4.

eventual ameaça de lesão a bem jurídico diverso não ensejará nenhum dever de ação específico; tampouco serão passíveis de proteção especial os bens jurídicos sujeitos à autonomia individual do sujeito autorresponsável. Com efeito, o parâmetro que indicará o que está ou não afeto aos deveres especiais de agir é a influência da *confiança* e/ou *dependência* da vítima no agente garantidor.¹⁴²

Assim, se a possível vítima, confiando na proteção do agente do garantidor, se submete a uma situação de perigo à qual não se submeteria sem que confiasse na tal proteção, os bens jurídicos ameaçados por *essa situação* de perigo deverão ser protegidos. O mesmo ocorre nos casos em que o indivíduo assume para si a adoção de medidas de proteção diante de uma situação de desamparo, fazendo com que a vítima deixe de agir por confiar e aguardar a ação do agente que se torna garantidor.¹⁴³ Sem embargo, como se especificará no tópico seguinte, nos casos de assunção do dever de proteção será necessário que o agente garantidor o faça *expressamente*.¹⁴⁴

Ao segundo grupo, o dever é fundamentado no fato de que, ao manejar fontes produtoras de perigo, o agente deve se responsabilizar por mantê-las dentro de um limite de segurança que impeça a lesão de bens jurídicos alheios.¹⁴⁵ Aqui, independentemente de se adotar ou não os critérios desenvolvidos por Jakobs para a omissão imprópria, reside um fundamento muito próximo do sinalagma “*liberdade de comportamento x responsabilidade pelas consequências*” trabalhado pelo autor alemão¹⁴⁶.

Isso porque a posição de garantidor será caracterizada a partir de uma ponderação entre a autonomia individual do agente e a necessidade de que as esferas alheias sejam respeitadas. Àquele que, fazendo uso da sua liberdade individual, cria ou incrementa riscos capazes de atingir bens jurídicos alheios, será oponível um dever de ação destinado a evitar os possíveis resultados lesivos que advenham da fonte de risco sob sua administração.¹⁴⁷

Dentre os subcasos desse segundo grupo, destacam-se: o garantidor (i) responsável por coisas perigosas (por ex., uma barragem de rejeitos ou uma planta industrial); o (ii) responsável por pessoas perigosas, autorresponsáveis ou não (ex., médicos de uma clínica

¹⁴² ESTELLITA, op. cit., p. 98.

¹⁴³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 98.

¹⁴⁴ TAVARES, *Teoria dos Crimes omissivos*, 2018. p. 327.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, p. 316.

¹⁴⁶ Em síntese, a ideia proposta por Jakobs é a de que o sujeito que pretende usufruir da sua liberdade de organização deve, em contrapartida, ser responsável pelas consequências dessa auto-organização (JAKOBS, Gunther. Acción y omisión en derecho penal. Traducción: Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera. In: *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 23. Colombia, 2000. p. 11

¹⁴⁷ ESTELLITA, op. cit. 2017. p.100.

psiquiátrica em relação aos seus pacientes e o policial penal em relação às pessoas recolhidas no estabelecimento penitenciário); e o (iii) responsável em virtude de um atuar antijurídico¹⁴⁸ precedente, o chamado garantidor “por ingerência”.

Como se vê, a classificação funcional proposta por Kaufmann representou, de fato, um passo de suma relevância à fundamentação material da posição de garantidor. Todavia, reportando às palavras de Schünemann, o raciocínio de Kaufmann “[...] é comparável à forma como procedeu o arqueólogo Howard Carter, que, bastante próximo à tumba de Tut-ench-Amun, virou-se no sentido contrário e continuou a escavar em outros lugares do deserto egípcio”¹⁴⁹.

Malgrado o brilhantismo da intitulada Teoria das Funções, Kaufmann não aprofundou a investigação em relação à questão da fundamentação material, concluindo que a problemática da equiparação, dali em diante, seria afeta à Parte Especial do Código Penal.¹⁵⁰ Por tais motivos, além de Schünemann, autores como Bottini¹⁵¹ e Estellita¹⁵², apesar de concordarem quanto à importância da teoria de Kaufmann, reconhecem nela a falta de um fundamento material para a posição de garantidor.

Para a linha seguida neste trabalho, a teoria que melhor se propõe a realizar essa fundamentação é a *teoria do domínio*, desenvolvida por Schünemann, cujos contornos principais foram delineados no capítulo anterior. Agora, far-se-á uma análise mais minuciosa das peculiaridades que estão ao seu entorno, notadamente para que se possa aferir a partir de que momento – e até quando – pode-se considerar que um indivíduo figura como garantidor.

¹⁴⁸ Como se verá adiante, para a Teoria do Domínio, adotada neste trabalho, a ingerência não constitui fundamento idôneo para a equiparação típica entre omissão e comissão. Também merece menção o fato de que há autores, como Jakobs, que consideram a antijuridicidade do atuar prévio prescindível à caracterização da ingerência, o que também será visto adiante, em tópico próprio.

¹⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 169. (A primeira vez tem que ser completa)

¹⁵⁰ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 293.

¹⁵¹ Para Bottini, falta à teoria de Kaufmann uma definição mais precisa do dever de garantidor e dos seus contornos jurídicos (BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 81).

¹⁵² Para Estellita, a teoria de Kaufmann é falha ao não indicar os fundamentos que embasam as posições de garantidor (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 104).

2.1.2 A Teoria do Domínio como substrato material da posição de garantidor

Viu-se que a Teoria do Domínio propõe, como fundamento material da equiparação¹⁵³ entre os crimes comissivos e omissivos impróprios, o domínio que o agente possui sobre o fundamento do resultado. Esse domínio pode ocorrer tanto em relação a uma *causa essencial* do resultado quanto ao *desamparo da vítima*. O intuito deste tópico não está em aprofundar as justificativas da utilização dessa teoria como diretriz superior para a equiparação entre comissão e omissão, mas sim balizar até que ponto a existência desse domínio é apta à caracterização da posição de garantidor.

De antemão, é importante demarcar que o domínio deve ser *atual* e *efetivo*¹⁵⁴, descartando-se um eventual *domínio potencial* como substrato material. Fundamenta-se esta assertiva a partir da premissa de que somente este domínio – *atual* e *efetivo* – pode ser normativamente equiparável ao domínio inerente à conduta comissiva.¹⁵⁵ A relevância prática dessa ideia pode ser demonstrada com um exemplo relacionado a um dever de controle de uma determinada fonte de perigo. Partindo do pressuposto de que o sujeito deve gerir seu âmbito de domínio próprio de modo a não representar perigo a outrem, Schünemann assevera que o domínio sobre uma fonte de perigo gera apenas deveres de *asseguramento* e não de *proteção*.¹⁵⁶

Ilustrando: o dono de um cachorro feroz que omite o seu controle e permite que o cão ataque um transeunte, em princípio poderá ser responsabilizado pelo resultado a título de omissão imprópria, haja vista que a lesão ao bem jurídico alheio se deu em virtude da concretização de um risco que estava sob o seu domínio atual. Todavia, para a teoria do domínio, eventual omissão de socorro posterior ao ataque do cachorro já não se configuraria como a infração de um dever de garante, na medida em que o dono do cão não exerceria domínio algum sobre o desamparo da vítima. Nesse caso, por mais moralmente reprovável que seja a omissão em socorrer a vítima do ataque, já não se pode, segundo Schünemann,

¹⁵³ É importante destacar que a equiparação não se dá propriamente entre ação (como conceito não normativo) e omissão imprópria (conceito amplamente normativo, como já se viu), mas sim entre essa última e a *conduta comissiva (comissão)*, essa sim como conceito normativo (SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 325).

¹⁵⁴ Compartilhando das premissas da teoria do domínio do fato e igualmente salientando que o domínio deve ser atual: MESA, María José Rodríguez. Os delitos de omissão imprópria como delitos especiais e de domínio positivo do fato. Repercussões em matéria de autoria e participação. *Revista eletrônica de direito penal & política criminal*, UFRGS, Porto Alegre, v. 3, n. 1/2, p. 83-104, 2015. p. 87.

¹⁵⁵ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 293.

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 338, grifos do autor.

equipará-la à comissão, visto que não haveria um domínio *real* sobre o evento, mas apenas *potencial*.¹⁵⁷

A valer esse raciocínio, a prática de uma ação precedente criadora de risco não seria, *per se*, suficiente para criação de uma posição de garantia, ou seja, descartar-se-ia a posição de garantidor por ingerência. Sob um aspecto político-criminal, a ideia se mostra correta.

A uma, pois, rememorando a premissa previamente estabelecida de que a posição de garantidor é oriunda de uma estreita relação do agente com o bem jurídico, a prática de uma ação precedente criadora de um risco não é suficiente para a construção desse laço, uma vez que não há um vínculo de proteção pelo parentesco (como há entre pais e filhos recém-nascidos, por exemplo), tampouco fundado em relações de comunidade ou na assunção. Também não se exerce um domínio sobre o desamparo da vítima que seja apto a ensejar um dever legal de agir cuja omissão seja equiparável à comissão, mas, quando muito, apenas um dever geral de solidariedade, oponível a qualquer pessoa¹⁵⁸.

A duas, pois, como bem apontado por Schünemann, reconhecer a omissão imprópria nesses casos significaria reconhecer como suficiente para a equiparação típica um domínio *potencial* do resultado¹⁵⁹. Sucede que, trilhando esse caminho, surge uma discrepância com os critérios utilizados para os delitos comissivos, pois, quando se trata desta modalidade, nem sequer se cogita a utilização desse domínio potencial.

Dessa forma, para se manter fiel à premissa de que é necessário um ponto de apoio comum entre omissão e ação para que se proceda à equiparação típica, considera-se dogmaticamente inadequada a utilização de um aspecto que seja aplicável somente à omissão imprópria – e não à comissão – como fundamento justificante da equiparação.

No entanto, essa objeção, ao menos em relação ao direito brasileiro, faz-se de *lege ferenda*, pois que a ingerência é expressamente prevista como hipótese de constituição da

¹⁵⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁸ Retomando o exemplo do cachorro feroz: qualquer transeunte que se deparasse com a pessoa ferida poderia agir para socorrê-la, ainda que por meio de mera ligação telefônica para uma ambulância. A omissão desse dever, a nosso ver, em nada difere da omissão do dono do cão, que, caso não prestasse socorro, poderia ser responsabilizado por um delito omissivo *próprio*. Isso, evidentemente, não exclui a imputação a título de omissão imprópria em virtude da violação ao dever de controle da fonte perigosa, essa sim sob domínio efetivo do garantidor. É dizer, possível lesão corporal sofrida pela vítima poderia ser imputada ao dono do cão, na modalidade omissiva imprópria; todavia, se a falta de um atendimento médico posterior vier a dar causa ao agravamento da lesão, esse resultado já não poderia ser imputado a título de omissão imprópria. Quando muito, possível omissão de socorro (omissão *própria*) ainda seria, em tese, imputável.

¹⁵⁹ Trocando em miúdos: uma situação é reconhecer a responsabilidade penal daquele que, por omissão, permite que a fonte de perigo que estava sob seu controle lesione o bem jurídico alheio – aqui, há uma efetiva relação de domínio; outra situação, sutilmente diferente, é reconhecer a responsabilidade desse mesmo agente caso ele, em um momento posterior à lesão, não tenha agido para mitigar ou reverter a lesão causada – aqui, quando muito, somente haverá um domínio potencial.

posição de garantidor. De qualquer sorte, por não se tratar do intuito deste trabalho, não se aprofundará no debate acerca da assertividade político-criminal da ingerência.

Outro ponto relevante é o da aferição do momento em que se inicia o domínio do agente. Para Schünemann, considerando que, diferentemente do domínio inato que possuímos sobre o nosso corpo, o domínio sobre as coisas é oferecido como uma *possibilidade*, sua aquisição somente ocorrerá à medida que houver um ato de vontade do agente.¹⁶⁰ Essa premissa contém desdobramentos interessantes, especialmente no contexto do direito penal econômico empresarial. De antemão, é intuitiva a conclusão de que essa vontade deve ser acompanhada do conhecimento em relação ao objeto do domínio, sob pena de o ato volitivo ser viciado e, portanto, inválido.

Imagine-se, por exemplo, que uma determinada pessoa foi empossada no cargo de diretora de operações de barragens da empresa *Alfa* em 1.º/1/2022, expressamente aceitando seus encargos por meio da assinatura de um contrato, no qual inclusive foram indicadas as barragens pelas quais seria responsável. Nesse caso hipotético, o exercício do cargo confere à líder da pasta plena responsabilidade e totais possibilidades de intervenção nas barragens em questão, conferindo-lhe, ao menos em tese, o *domínio* sobre as fontes de perigo em questão.

Caso, em 1.º/6/2022, uma das barragens rompa em virtude de um problema ocorrido em 1.º/2/2022, do qual a diretora tomou conhecimento e deliberadamente deixou de agir, esse domínio poderá, em tese, servir como elemento favorável à sua responsabilização penal. Por outro lado, se ocorrer o rompimento de uma barragem cuja existência não fora informada à atual diretora, não há que se falar, em princípio, em domínio algum sobre aquela fonte de perigo, porquanto não se pode dominar algo que se desconhece – uma conclusão diversa certamente incorreria em uma tentativa de responsabilização penal objetiva¹⁶¹.

Ainda, quaisquer fontes de perigo sob controle da empresa que não estivessem abrangidas na pasta assumida pela diretora tampouco estariam sob seu domínio, considerando que o seu ato de vontade foi dirigido à assunção das responsabilidades inerentes a uma diretoria específica, limitando-se, assim, às fontes de perigo que lhe seriam

¹⁶⁰ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 341.

¹⁶¹ Advertindo sobre a possibilidade de vulneração aos princípios da culpabilidade e da responsabilidade penal subjetiva em hipóteses semelhantes: RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016. p. 73.

correlatas. É dizer: o objeto do domínio não pode exceder o conteúdo abrangido pelo ato voluntário de assunção das responsabilidades.

Desse mesmo exemplo pode-se indicar mais um aspecto importante quanto à verificação do domínio: o que realmente interessa é a aquisição *material* do domínio, ou seja, que no plano fático o agente detenha a efetiva custódia do bem jurídico desamparado, não bastando a mera existência de um negócio jurídico que lhe atribua deveres formais.¹⁶²

Assim, ainda no nosso caso hipotético, se uma barragem rompesse uma hora depois de assinado o contrato, certamente não se poderia falar em domínio da recém-empossada diretora sobre o fundamento daquele resultado, haja vista que, apesar da validade do contrato então assinado, ela não exercia, *materialmente*, um domínio sobre a fonte de perigo.¹⁶³

Essa temática é de suma relevância ao direito penal empresarial. Gracia Martín¹⁶⁴, por exemplo, trabalha os conceitos de “status” e “função” para diferenciar o cargo formalmente ocupado (status) e o trabalho concretamente desempenhado (função). O proveito dogmático dessa distinção é verificável em todos aqueles casos nos quais a administração “de direito” não corresponde à administração de “fato”¹⁶⁵, isto é, naquelas hipóteses em que a posição *formal* de um sujeito na sociedade não coincide com o conteúdo *material* do trabalho por ele desempenhado e, por conseguinte, não reflete de maneira escoreta as suas responsabilidades na empresa. Consoante a teoria do domínio, a responsabilização penal não poderá se ancorar unicamente na posição formal (status) ostentada pelo dirigente de uma empresa, devendo ter como fundamento o conteúdo material (função) dos deveres desempenhados na estrutura empresarial.

Esses dois requisitos se mostram bem justificados sob um prisma político-criminal. Como na omissão imprópria faz-se uma exigência especial de realização de uma ação a um determinado grupo de indivíduos, é razoável que somente àqueles que voluntariamente assumiram essa posição de garantia seja oponível tal exigência, sob pena de violação à isonomia que deve ser empregada pelo ordenamento jurídico no tratamento dos cidadãos.

¹⁶² SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 346. No mesmo sentido: ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 88.

¹⁶³ Aqui, mais uma vez, poderíamos nos reportar ao clássico exemplo da babá, na variante em que tem seu contrato rompido durante o período de trabalho. Muito embora a relação contratual se encerre, a babá ainda exerce, sob um ponto de vista material, um efetivo domínio material sobre o desamparo do bebê, de modo que não deixa de ser garantidora pelo mero encerramento do negócio jurídico.

¹⁶⁴ MARTÍN, Luis Gracia. *El actuar en lugar de otro en derecho penal*. Teoría General y dogmática. 2. ed. rev. amp. e atual. Buenos Aires, Euros Editores S. R. L, 2021. p. 140.

¹⁶⁵ MARTÍN, Victor Gómez. *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales – el caso del “compliance officer”*. 1. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2021. p. 37 e ss.

Ainda, a necessidade de aquisição material do domínio é importante para que não se repitam os já objetadados defeitos da teoria dos deveres formais¹⁶⁶, bem como para que se evitem tentativas de responsabilização penal objetiva, isto é, para que se previnam as inadmissíveis imputações criminosas a pessoas tão somente em virtude do seu status de diretor ou acionista de uma determinada empresa, por exemplo.

Prosseguindo, para além da imprescindibilidade de um domínio efetivo e voluntariamente adquirido, Schünemann aponta a *atualidade* do domínio como ponto essencial, de sorte que as omissões ocorridas depois da perda do domínio não serão aptas a fundamentar uma imputação a título de omissão imprópria.¹⁶⁷ Contudo, o autor alemão não descarta a possibilidade de se imputar um resultado àquele que omitir a manutenção do domínio, o que pode ocorrer tanto por meio de um abandono voluntário do domínio quanto pela sua perda involuntária¹⁶⁸.

Retomando o exemplo do cão feroz, caso o seu dono, durante um passeio, o deixe correr livremente por uma praia lotada, até perdê-lo de vista, sobrevindo um ataque do cão a um banhista em um momento no qual o dono nem sequer poderia intervir, ainda assim haveria a possibilidade de responsabilização por omissão, levando-se em conta que o dono voluntariamente permitiu que o cachorro saísse da sua esfera de domínio, omitindo, assim, o controle daquela fonte de perigo.

Quanto à hipótese de perda involuntária do domínio, imagine-se que agora o dono não deixou o cão correr livremente, mas, por um descuido, o cachorro conseguiu soltar-se da coleira e, na sequência, atacou um banhista. Tal como na primeira variação, o dono não exercia mais domínio sobre o cão, que já estava livre, mas ainda assim haverá a possibilidade de responsabilização por omissão, haja vista que a perda involuntária do domínio ainda pode ser classificada como culposa.

¹⁶⁶ Como bem aponta Estellita, a teoria dos deveres formais, especialmente em razão da falta de um critério material que legitimasse a resposta penal, foi abandonada pela doutrina (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 82-83). Marcelo Ruivo traz importante contribuição sobre o tema, apontando que não existe dever penalmente relevante dissociado da proteção de um bem jurídico penalmente relevante (RUIVO, *Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo*, 2017. p. 244). No mesmo sentido: MESA, *Os delitos de omissão imprópria como delitos especiais e de domínio positivo do fato. Repercussões em matéria de autoria e participação*, 2015. p. 86. Não se descarta, todavia, da importância que os deveres extrapenais podem ter para delimitar o alcance do dever exigível do garantidor. Camargo, por exemplo, trabalha a valia desses deveres na análise de imputação objetiva dos delitos de lavagem de dinheiro (CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. A omissão de informações dos sujeitos obrigados na lavagem de dinheiro: considerações de imputação objetiva e subjetiva. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 2, p. 81-120, abr./jun. 2020. p. 11).

¹⁶⁷ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 346.

¹⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 347.

Dessa forma, tem-se como regra para a responsabilização penal a imprescindibilidade de que o agente estivesse, no momento da conduta tida como delitiva, seguramente exercendo o domínio sobre a fonte de perigo ou o desamparo da vítima. Todavia, admite-se como exceção a essa regra uma punição com fundamento na omissão, dolosa ou culposa, de manutenção do domínio.

Por fim, não se poderia deixar de mencionar a temática da delegação de funções¹⁶⁹, que se situa de maneira intermediária entre a aquisição de domínio pelo delegado e a perda (ao menos parte) do domínio por parte do delegante. O fenômeno da delegação ganha notável relevância na medida em que as grandes empresas passam a conduzir suas atividades por meio de complexas e extensas cadeias de produção e organização¹⁷⁰.

Em relação ao tema em análise, merecem destaque dois efeitos da delegação: a *multiplicação* das posições de garantidor e a alteração qualitativa dos deveres que lhe são exigíveis¹⁷¹. Em síntese, um primeiro garantidor (“delegante”), responsável por uma ou mais atividades, incumbirá uma terceira pessoa (“delegado”) de desempenhá-las, de maneira total ou parcial¹⁷².

Sucedendo essa delegação, apesar de inaugurar uma nova posição de garante para aquele que recebe a delegação (chamado de “delegado” ou “garantidor secundário”), não é suficiente para descaracterizar a posição de garantia, que continuará existindo, mas agora

¹⁶⁹ Apontam-se como requisitos essenciais para uma delegação de função legítima: que o delegante e o delegado disponham e assumam, respectivamente, a obrigação de agir; que o delegante proceda a uma seleção adequada do delegado, e que a esse seja concretamente relegado domínio sobre o objeto da obrigação, somando-se, por fim, a possibilidade de que se trate de obrigação legalmente delegável (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: MARTÍN NIETO Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 200-218. p. 206). Heloisa Estellita acrescenta que também surgem deveres de instrução e organização por parte do delegante, que consistem no fornecimento das informações precisas acerca da tarefa a ser desempenhada, bem como das condições materiais e organizacionais (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 156-157).

¹⁷⁰ Para Eduardo Demetrio Crespo, no que tange à ideia de divisão do trabalho, a delegação de funções tornou-se um aspecto de necessidade à organização das empresas complexas (CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, p. 41-74, 2009. p. 56). Também destacando a importância da delegação de funções para a funcionalidade da empresa: LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., p. 200; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: MARTÍN NIETO Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 219-247.

¹⁷¹ ESTELLITA, op. cit., p. 61-62.

¹⁷² Há, então, uma transformação das esferas de responsabilidade individual tanto do delegante como do delegado. (MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, 2015. p. 742; MARTÍN, *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales*, 2021. p. 64.

com um conteúdo diverso do inicial¹⁷³. O garantidor originário passará a ter, preponderantemente, um dever de vigilância e/ou supervisão em relação ao garantidor secundário, devendo observar especialmente se as atividades delegadas estão sendo corretamente cumpridas¹⁷⁴. Àquele que recebeu a delegação, por sua vez, normalmente serão exigidas as atividades executórias necessárias à conservação do bem jurídico – diz-se “normalmente” pois, em estruturas complexas, pode ser que as atividades executórias sejam delegadas em cadeia¹⁷⁵.

Ressalta-se, todavia, que há uma diferença entre a mera execução de ordens e uma efetiva delegação de funções. O ponto de divergência reside no fato de que na execução de ordens não há transferência de âmbitos de competência, não havendo que se falar, portanto, na constituição de uma nova posição de garantidor ou na exoneração parcial do garantidor primário¹⁷⁶.

O reconhecimento de tais efeitos da delegação de funções, especificamente o da multiplicação de garantidores, mostra-se coerente com a teoria do domínio. Isso porque, muito embora o delegante deixe de exercer certas atividades, a proteção do bem jurídico e/ou supervisão de uma fonte de perigo seguirá na sua esfera de competência, tendo em vista que detém poder direto de alterar e/ou revogar a delegação, bem como, caso queira, de atuar

¹⁷³ No que se refere aos efeitos da delegação, tratando sobre a constituição de uma nova posição de garantia sem que, todavia, exclua-se a posição de garantidor do delegante originário: MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 744; REBOUÇAS, Sérgio. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *Revista dos Tribunais*, v. 143, p. 45-86, 2018, p. 5; ESTELLITA, op. cit., p. 154; LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., p. 204; VACADÍEZ, Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos, 2013. p. 108. Batista e Zaffaroni parecem se posicionar de maneira divergente, defendendo que “[...] a menos que a transferência recaia em pessoa evidentemente inabilitada para resguardar o bem jurídico, o garantidor original perde essa qualificação tão logo o novo garantidor assuma de fato sua posição” (BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018. v. 2. tomo I. p. 360).

¹⁷⁴ CRESPO, *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, 2009. p. 57. Heloisa Estellita esmiuça os deveres remanescentes aos delegantes, apontando que consistirão em deveres de seleção, instrução, organização, supervisão e intervenção (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 154).

¹⁷⁵ Imagine-se uma estrutura empresarial que tenha uma organização com múltiplas camadas hierárquicas. O diretor de uma determinada área pode estabelecer que um gerente se encarregue da manutenção da rede de energia de toda uma cidade; esse gerente, por sua vez, poderá ter supervisores em diversos bairros, cabendo a eles (supervisores) verificar se as equipes de campo estão executando de maneira correta o trabalho que lhes é confiado. Há de se ressaltar, como bem faz Lascuraín Sánchez, que a delegação não pode descaracterizar por completo a posição de garantidor do delegante, isto é, ainda que os deveres de supervisão também possam ser parcialmente delegados, não se pode, na prática, eximir o delegante da sua posição de garantidor (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais*, 2019. p. 205).

¹⁷⁶ REBOUÇAS, *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*, 2018. p. 4. Também trabalhando a diferenciação entre os conceitos de delegação de funções e mero encargo de execuções: MONTANER FERNÁNDEZ, *El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones*, 2015. p. 746.

diretamente sobre o bem jurídico. Por outro lado, o garantidor secundário igualmente passa a exercer uma custódia sobre o bem jurídico, já que assume para si as atividades que lhe foram delegadas, atraindo à sua esfera de competência a proteção ou a vigilância inicialmente incumbida ao garantidor originário. Trata-se, aqui, do conceito de cotitularidade da custódia¹⁷⁷.

Enfim, a Teoria do Domínio, sob um aspecto empírico e material, parece satisfazer tanto as necessidades político-criminais quanto as dificuldades dogmáticas que permeiam o delito omissivo impróprio. Não obstante, há de se advertir que, independentemente da assertividade dessa teoria, não se vislumbra nela – e em nenhuma outra – uma autossuficiência para que se punam omissões e comissões com o mesmo marco penal.

É necessário, como já defendido ao longo deste trabalho, que haja uma complementação legal que permita a construção típica do delito omissivo impróprio, sob pena de franca violação ao princípio da legalidade. Nesse passo, aderiu-se ao posicionamento de Juarez Tavares no sentido de que “[...] *se a dependência empírica do resultado não estiver ainda complementada por uma norma legal, não haverá garantidor*”¹⁷⁸, ou seja, ainda que haja domínio, não haverá omissão imprópria se não houver um dispositivo legal que permita a equiparação típica. Assim, é acertada a conclusão de Tavares quando aduz que “[...] *a posição de garantidor não é, assim, uma consequência direta de um processo de domínio, mas o processo final de um conjunto de elementos empíricos e normativos*”¹⁷⁹.

2.1.3 As posições de garantidor previstas no Código Penal brasileiro

No Código Penal Brasileiro, a autorização legal para eventual responsabilização penal por omissão imprópria é feita por meio do art. 13, § 2.^o¹⁸⁰, que disciplina as seguintes hipóteses para a caracterização da posição de garantia: quando o agente detiver um dever de agir (i) em decorrência de lei que lhe imponha obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) oriundo de uma assunção de responsabilidade no impedimento de um resultado; ou (iii)

¹⁷⁷ REBOUÇAS, *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*, 2018. p. 7.

¹⁷⁸ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 161, grifos nossos. Artur Gueiros se posiciona de maneira semelhante, defendendo a conjugação de critérios formais e materiais para a imputação objetiva na omissão (SOUZA, *A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais*, 2019. p. 225).

¹⁷⁹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 161, grifos nossos.

¹⁸⁰ BRASIL. *Código penal*, 2017. p. 14.

em virtude da prática de uma ação antecedente que criou o risco da ocorrência de um resultado típico¹⁸¹.

2.1.3.1 O garantidor em virtude de obrigações impostas por lei

A primeira hipótese legal de configuração da posição de garantidor refere-se à imposição de um dever especial de ação em virtude de uma obrigação prevista em lei. De antemão, pontua-se que a “lei” mencionada é aquela oriunda de um devido processo legislativo, não se admitindo uma interpretação extensiva a decretos, regulamentos, resoluções e instruções normativas, por exemplo¹⁸². No mais, somente as obrigações de cuidado, proteção ou vigilância serão objeto do dever de garantia.

Juarez Tavares destaca alguns subcasos dessa modalidade de garantia, quais sejam: (i) dever de vigilância sobre os subordinados; (ii) relação entre ascendentes e descendentes; e (iii) relação entre cônjuges.

Quanto à primeira modalidade, é fácil pensar em exemplos que se refiram às atividades empresariais, incluindo aqueles em que há delegação de funções, nos quais, como visto acima, remanesçam com o delegante deveres de vigilância em relação aos delegados, especialmente para fiscalizar a execução da tarefa delegada. Ademais, pode-se acrescentar a esse grupo o dever de vigilância em relação a outras pessoas que, mesmo não sendo subordinadas, incluem-se na relação de garantia em virtude de algum déficit de autonomia ou responsabilidade, tais como os médicos psiquiátricos com seus pacientes inimputáveis e os carcereiros em relação aos detentos que estão sob sua responsabilidade.¹⁸³

A respeito da segunda modalidade, inicialmente se pontua que não será qualquer relação de parentesco em linha reta que culminará em uma posição de garantia, devendo-se sempre aferir as condições fáticas para verificar se haverá um dever especial ou não – nestes casos, a melhor adequação legal da posição de garantidor será feita por meio da alínea “b”, atinente à assunção¹⁸⁴. A exceção fica por conta da relação entre pais e filhos, que, a teor das regras constantes do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da

¹⁸¹ Trata-se, aqui, da hipótese de ingerência, a qual, como visto, possui incompatibilidades com a teoria do Domínio defendida neste trabalho.

¹⁸² TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 320.

¹⁸³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 101.

¹⁸⁴ Na jurisprudência brasileira: HC 603.195/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 6/10/2020, DJe 16/10/2020.

posição social que os pais ostentam perante os filhos¹⁸⁵, constituirá um dever de garantia, que se encerra quando os filhos saem, definitivamente¹⁸⁶, do âmbito de proteção dos pais.¹⁸⁷

Já no que se refere à relação entre cônjuges, sabe-se que o Código Civil lhes impõe um dever de assistência recíproca, figurando como fundamento de garantia a relação de confiança¹⁸⁸ entre um cônjuge e outro. Aqui, igualmente se pode vislumbrar um fundamento relacionado à assunção de uma responsabilidade em virtude de comunidades de pessoas (ou de vida)¹⁸⁹, caso em que a alínea “b” conterà a hipótese mais adequada de constituição da posição de garantia.

2.1.3.2 O garantidor por assunção

Também neste tópico foi utilizado um recorte metodológico feito por Juarez Tavares, que divide essa modalidade de garantia em três: assunção (i) pelo contrato; (ii) pela promessa; e (iii) assunção de responsabilidade.¹⁹⁰

Inicialmente, pontua-se que a assunção da responsabilidade por meio do contrato não está sujeita às formalidades do Código Civil no que toca à legalidade ou não do instrumento contratual. Assim é que poderá haver a constituição ou manutenção da posição de garantidor, ainda que o contrato seja celebrado por pessoa absolutamente incapaz ou caso o contrato seja rescindido. Como exemplo, mais uma vez recorre-se ao hipotético caso da babá que se compromete a cuidar de um bebê: a posição de garantia se verificará ainda que ela seja absolutamente incapaz no momento de celebração do contrato, tal como é certo que não há exoneração da posição de garantidor pela mera rescisão do contrato, pois, caso ela ainda exerça domínio sobre o desamparo do bebê logo depois da rescisão, continua obrigada aos deveres de ação pertinentes.¹⁹¹

¹⁸⁵ TAVARES, op. cit., p. 322-324.

¹⁸⁶ Diz-se definitivamente pois o dever de proteção dos pais para com seus filhos remanescerá ainda que estejam fisicamente distantes, por exemplo. O encerramento da posição de garantidor não diz respeito a esta proximidade física, mas sim ao momento em que os filhos se tornam independentes e autorresponsáveis, cessando, assim, a relação de dependência e o domínio dos pais perante o seu agora inexistente desamparo.

¹⁸⁷ ESTELLITA, op. cit., p. 97.

¹⁸⁸ TAVARES, op. cit., p. 324.

¹⁸⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 98.

¹⁹⁰ TAVARES, *Teoria dos Crimes omissivos*, 2018. p. 324.

¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 325. Igualmente: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004. p. 176.

Além disso, pontua-se que nem toda obrigação contratual necessariamente constituirá uma posição de garantidor¹⁹², tendo em vista que eventualmente haverá disposições contratuais que não serão suficientes para delinear o estreito vínculo necessário à imposição de um dever especial de ação¹⁹³. Por conseguinte, nem toda violação contratual corresponderá à violação de um dever especial de ação para fins penais. Como exemplo, cita-se Juarez Tavares quando aponta que caso um médico se obrigue a realizar um determinado tratamento com um paciente e, de última hora, repasse esse tratamento a outro médico que o assuma, não poderá responder penalmente pelas lesões resultantes das ações ou omissões do seu colega.¹⁹⁴ Esse exemplo é acertado sob o prisma da teoria do domínio. Ora, apesar de o primeiro médico ter celebrado um contrato e contraído uma obrigação, não se concretizou uma relação de confiança e/ou proximidade em relação ao paciente e sua saúde, tampouco de domínio em relação a bem jurídico algum, sendo lícito concluir que o contrato, até então, não gerou nenhuma repercussão material¹⁹⁵, mas apenas formal. Nessa senda, a teor do que vem sendo defendido neste trabalho, não poderá haver uma posição de garantidor sem que haja esse substrato material.

Sendo assim – e aqui se adentra na temática da *promessa* como modalidade de assunção – não parece possível, em regra, uma responsabilização penal por omissão imprópria apenas em virtude de uma promessa que não possua relevantes¹⁹⁶ efeitos materiais no caso concreto, sob pena de se admitir a existência de uma posição de garantia sem que

¹⁹² Isto é, a mera violação de um dever formal não é suficiente, *per se*, para fundamentar uma responsabilização penal (RIOS; CASTRO, A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada, 2016. p. 87).

¹⁹³ Batista; Zaffaroni *et al.* se posicionam no sentido de que o contrato somente servirá como fonte do dever de ação do garantidor quando a confiança extraída da relação contratual representar uma obrigação especial de cuidado, proteção ou vigilância (BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, 2. p. 362).

¹⁹⁴ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 326.

¹⁹⁵ Diferente seria, evidentemente, caso o médico já tivesse iniciado o tratamento e abandonasse o paciente, por exemplo.

¹⁹⁶ Vislumram-se possibilidades de exceção nas hipóteses em que a promessa exercer influência de tal monta no curso causal que justifique uma relação estreita entre o desamparo da vítima ou o controle de uma fonte de perigo e o garantidor. Imagine-se o caso de um médico especialista em transplantes de coração, único profissional dessa especialidade em determinado hospital, que se compromete a atuar na operação de um paciente. Depois de preparado do paciente e iniciado o procedimento do transplante, tudo feito com a confiança de que o médico especialista atuaria no momento-chave, ele desiste e vai embora do hospital, frustrando a operação e causando danos à saúde do paciente, que posteriormente o levam a óbito. Nesse caso, parece estar justificada a posição de confiança entre vítima e médico, bem como a relação de domínio sobre o desamparo do paciente, de modo que, em caráter excepcional, poder-se-ia vislumbrar uma posição de garantidor com base em uma promessa de atuação.

houvesse um efetivo domínio sobre o desamparo da vítima ou sobre o fundamento do resultado¹⁹⁷.

Enfim, chega-se às formas “livres” de assunção de responsabilidade, ou seja, aquelas que independem da celebração de um contrato. Mais uma vez, recorre-se ao recorte metodológico de Juarez Tavares, que divide essa modalidade nos seguintes subcasos: assunção em decorrência de uma vida comunitária; da prática conjunta de certas atividades; do exercício profissional; de decisão unilateral ou de uma função ou serviço público.¹⁹⁸

Em relação aos dois primeiros subcasos, que tratam, respectivamente, sobre a “convivência íntima de determinadas pessoas” e do “exercício comum de certas atividades”, nota-se que possuem a marca comum de serem baseados em uma confiança recíproca. As relações familiares seriam exemplos de assunção em decorrência de vida comunitária, enquanto a realização conjunta de uma expedição de alpinismo ilustraria o segundo grupo mencionado.¹⁹⁹ Sucede que tais relações, por si só, não são suficientes para a constituição de uma posição de garantidor, que somente incidirá nas situações em que houver uma assunção fática²⁰⁰ ou expressa da responsabilidade sobre o desamparo da vítima ou sobre o fundamento do resultado.²⁰¹ Como já pontuado, é essencial que a aquisição do domínio se produza apoiada em um ato volitivo nesse sentido²⁰², sendo certo que, sob pena de se conferir uma interpretação indevidamente extensiva aos casos concretos, deve-se exigir uma manifestação inequívoca de assunção para caracterizar a posição de garantia.

¹⁹⁷ Schünemann aponta que a jurisprudência alemã é dividida nesses casos (SCHÜNEMANN, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 389). Segundo Juarez Tavares, os autores Kuhl e Rudolphi defendem a possibilidade de responsabilização nesses casos, com base na ideia de que, a partir da promessa, a vítima ou os garantidores originários teria criado uma relação de confiança com a pessoa promitente, deixando, assim, de empregar os meios de proteção ao seu alcance (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 326). Essa corrente, apesar de apresentar um argumento coerente (atinente à relação de confiança) soa inadequada, notadamente por conferir contornos penais a ilícitos cíveis. Ilustrando: no caso de uma babá que promete chegar às 21h e não cumpre com o seu horário, caso os pais deixem os filhos sozinhos antes do horário determinado e não aguardem a chegada da babá, nos parece que possível responsabilidade penal por fatos decorrentes do desamparo das crianças somente poderá ser atribuída aos pais, que *efetivamente* exerciam um domínio antes de sair de casa. Já em relação à babá, a relação de confiança pretensamente criada com a promessa de comparecimento não é suficiente para desonerar os pais da sua posição de garantidor e tampouco de integrá-la em tal posição, uma vez que não haveria uma efetiva aquisição de domínio na situação. Assim, não há nada que a vincule às crianças além de um mero contrato, de sorte que não se vislumbra a possibilidade de uma responsabilização penal pelo descumprimento cível.

¹⁹⁸ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 326.

¹⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 328.

²⁰⁰ No mesmo sentido é o entendimento de ESTELLITA, para quem a posição de garantidor pressupõe que haja uma afetação fática e real na esfera de responsabilidade do agente (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 103).

²⁰¹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 329.

²⁰² SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009. p. 338.

No que se refere à assunção realizada mediante o exercício profissional, suscita interessantes questionamentos a figura do médico plantonista. Para Juarez Tavares, com base no fundamento da confiança mútua, pode-se considerar que o médico plantonista faticamente assume uma obrigação de atender aos pacientes que o procurarem, considerando-se exigível o dever de tratamento dos pacientes desde o momento em que se assume o plantão.²⁰³

Para Schünemann, todavia, admitir essa posição consistiria no primeiro passo de um caminho que levaria a uma caracterização genérica da posição de garantidor dos médicos, que seria equivocadamente fundada em uma “*obligación de curar*”. O argumento trazido pelo autor alemão, em síntese, perpassa pela diferenciação entre uma obrigação assumida com o *público* e a obrigação assumida *individualmente* com um determinado paciente. É que, enquanto não for praticado um ato de confiança entre médico e paciente, capaz de individualizar essa relação a ponto de constituir uma posição de garantia, não será exigível do plantonista um dever que transcenda os deveres gerais de socorro e solidariedade.²⁰⁴ Segue a mesma linha a opinião de Estellita²⁰⁵, para quem a assunção de responsabilidade só poderá configurar uma posição de garantidor quando o agente *faticamente* atrair para si a responsabilidade de atuação, não bastando, assim, a assunção sob uma perspectiva formal.

Parecem mais acertadas as opiniões de Schünemann e Estellita. Admitir a posição de garantia do médico plantonista de maneira abstrata em relação a todos os seus *potenciais* pacientes não é apta a satisfazer a necessidade de um vínculo estreito entre o garantidor e o bem jurídico. Ademais, enquanto o médico plantonista nem sequer tiver contato com o seu paciente, não se enxerga possível a configuração de um domínio sobre o desamparo da possível vítima, posto que não há nenhum ato do médico que atraia sua responsabilidade em relação àquele paciente em específico. Em outras palavras, quer-se dizer que a obrigação genérica de atendimento do médico plantonista – ou, dizendo de outra forma, uma obrigação *formal* – não possui o condão de caracterizar uma relação de garantia individual com a vida de cada um dos potenciais pacientes.

Mostra-se importante demarcar esse ponto, pois, se caso for aceita a posição de garantia do médico plantonista, ainda que não tenha sido praticado nenhum ato que crie uma mínima relação de confiança e proximidade com o paciente, parece haver a aceitação de

²⁰³ TAVARES, op. cit., p. 329-330.

²⁰⁴ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 403.

²⁰⁵ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 103.

uma posição de garantia que prescindia de um efetivo domínio do garantidor, o que, segundo se defende neste trabalho, é inadequado.

Prosseguindo, chegando ao quarto subcaso, pontua-se que a decisão de assumir um dever de garantidor pode se dar de maneira unilateral, ou seja, sem anuência da potencial vítima; outrossim, essa assunção unilateral é marcada por uma delimitação ainda mais específica do dever de garantia, aplicando-se somente à específica proteção à qual se comprometeu o garante.²⁰⁶

Por último, são abordadas as hipóteses de garantia em virtude do exercício de funções ou serviços públicos. Muito embora os servidores públicos possuam obrigações legais de, nos limites das suas atribuições, servir à população, entende-se que o dever de garantidor que lhes é oponível não se origina apenas da lei, mas também e principalmente pelo efetivo exercício da sua função²⁰⁷ ou de seu papel social²⁰⁸. Ilustrando: para além do que dispõe o artigo 301²⁰⁹ do Código de Processo Penal brasileiro, são inerentes ao exercício da função policial, dentre outras, as atividades de proteção às pessoas que estejam em necessidade (que estejam sendo roubadas, por exemplo), de modo que, ao exercer a profissão, o policial assume o dever de intervir nessa situação. Para aqueles que entendem que ele possui um dever especial de agir nestes casos, a sua omissão poderá implicar uma responsabilização penal por roubo, na modalidade omissiva imprópria, por exemplo²¹⁰.

2.1.3.3 O garantidor por ingerência

Chega-se, enfim, à última hipótese de omissão penalmente relevante da Parte Geral do Código Penal brasileiro. Como visto, a teoria do domínio, tida como norteadora deste trabalho, não se revela compatível com a figura da ingerência. Todavia, considerando sua

²⁰⁶ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 330.

²⁰⁷ Ibidem, ibidem.

²⁰⁸ ESTELLITA, op. cit., p. 99.

²⁰⁹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (BRASIL, *Código de processo penal*, 2017. p. 77).

²¹⁰ A título de complemento, referencia-se texto da doutrina colombiana que trata do tema da omissão imprópria na hierarquia militar: CARDONA, *Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudência*, 2013, p. 6 e ss. Marcelo Sancinetti também traz exemplos sobre omissões de policiais na doutrina argentina: SANCINETTI, Marcelo A. *Casos de derecho penal – Parte general*. 3. ed. 2. reimp. Buenos Aires, Hammurabi, 2020. p. 112.

expressa previsão legal e utilização jurisprudencial, não se pode deixar de dedicar alguns parágrafos ao tema²¹¹.

Além das já mencionadas críticas feitas de Schünemann à ingerência, Juarez Tavares²¹², tal como Nilo Batista e Zaffaroni²¹³, também apontam algumas impropriedades do instituto, indicando a existência de pressupostos limitadores do seu alcance, almejando evitar uma indevida ampliação de responsabilização penal por omissão.

Como se pode conferir, o texto legal indica que haverá um dever de agir quando o agente “*com seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado*”. O primeiro questionamento que exsurge diz respeito à natureza desse comportamento anterior. De um lado, há autores²¹⁴ que defendem a necessidade de que o atuar prévio seja *contrário ao Direito*, enquanto há outros²¹⁵ que prescindem dessa exigência.

A primeira corrente se mostra mais acertada. Considerando que ao garantidor se exige um dever de ação *especial*, bem como que na ingerência a aquisição do domínio não perpassa necessariamente por uma manifestação volitiva do agente, não soa razoável impor a um cidadão o ônus de garantidor de um determinado bem jurídico sem que ele tenha praticado uma conduta contrária ao Direito. É dizer, como pode o Estado dar um passo em direção à responsabilização penal de alguém sem que esse alguém tenha agido de maneira contrária ao ordenamento?²¹⁶

²¹¹ Para maior aprofundamento, o leitor poderá localizar na obra de Pierpaolo Bottini consistentes fundamentações acerca da omissão imprópria decorrente da ingerência (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 131-151, set. 2020; BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, 2018. p. 143 e ss.).

²¹² TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 333.

²¹³ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 364-365.

²¹⁴ BATISTA *et al.* op. cit. p. 365; TAVARES, op. cit., 2018. p. 335. Segundo Imme Roxin, essa é a posição majoritária na Alemanha (ROXIN *et al.* *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*, 2015. p. 66).

²¹⁵ Fundado no sinalagma “liberdade de organizar/responsabilidade pelas consequências”, Jakobs entende que, havendo a introdução de uma forma socialmente inadequada no mundo por meio de um comportamento precedente, caberá ao responsável restabelecer a configuração adequada, o que deve ser feito independentemente de a ação precedente ter sido antijurídica ou não. Para o autor, reduz-se em demasia o âmbito de aplicação da ingerência caso se opere essa restrição, de sorte que o sinalagma “liberdade de organizar/responsabilidade pelas consequências” deverá abranger todas as formas de comportamento que acarretem o incremento de riscos, entre os quais o autor inclui o que denomina de “*riesgo especial*”. A título de exemplo, Jakobs indica que a condução de um automóvel se amolda a um *risco especial*, o qual ensejará uma correlata responsabilidade de praticar deveres de salvamento que se façam necessários em decorrência da concretização desse risco especial. Conclui o autor que a regra dos riscos especiais é mais acertada que a do comportamento precedente antijurídico (JAKOBS, *Acción y omisión*, 2000, p. 16-18).

²¹⁶ Ainda em relação aos argumentos favoráveis à necessidade de que o atuar precedente seja antijurídico, Estellita faz a seguinte compilação de posicionamentos: “Sob o ponto de vista político-criminal, argumenta-se que haverá uma demasiada ampliação da responsabilidade por omissão imprópria. Sob o ponto de vista da necessidade, argumenta-se que, para um atuar precedente lícito, já há o tipo penal de omissão de socorro, sendo, pois, excessiva e desnecessária a responsabilidade por ingerência. Sob o ponto de vista dogmático, argumenta-se que, apesar da criação de um risco, sendo ele permitido, não pode

Aplica-se às hipóteses de ações autorizadas por causas de justificação o mesmo raciocínio, de modo que tais ações tampouco poderão ser consideradas como fontes de um dever de garantidor²¹⁷.

A segunda questão que se coloca diz respeito à causalidade e à necessidade de limitação. Como bem colocam Zaffaroni e Nilo Batista²¹⁸ e também Juarez Tavares²¹⁹, ainda que o risco criado pelo pretense garantidor seja adequado à produção de um resultado proibido, dever-se-á excluir a imputação, caso a concretização do risco tenha ocorrido, por si só, a partir de um curso causal superveniente relativamente independente da conduta arriscada inicial.

A terceira questão que se traz diz respeito à limitação que ocorre em virtude da autorresponsabilidade²²⁰ da possível vítima. É dizer: ainda que haja um atuar precedente antijurídico, não haverá imputação, caso a conduta necessária para evitação do resultado esteja integralmente circunscrita na esfera de ação da vítima²²¹.

Em resumo, tais limitações tornam a ingerência mais palatável a um Direito Penal que se propõe a ser fragmentário e subsidiário.

implicar criação de uma posição de garantidor. [...] Sob o ponto de vista da equivalência entre ação e omissão, estariam sendo comparadas condutas diferentes, pois não se pode identificar um atuar precedente lícito com um ilícito. Finalmente, quanto à posição da vítima, no atuar precedente lícito não há uma relação de dependência entre vítima e autor, já que ela nunca deve partir do pressuposto que o autor agiria contrariamente às normas, e, assim, não se estabelece uma relação de dependência nesses casos” (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 102). Em sentido semelhante, Cardoso aponta que não se poderá falar em ingerência em hipóteses nas quais a ação prévia esteja dentro de um risco permitido (CARDOSO, Anna Paulina Corteletti Pereira. A imputação de autoria nos crimes cometidos em estruturas empresariais. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 3, n. 10, p. 13-37, abr./jun. 2022. p. 10).

²¹⁷ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 341. O autor, contudo, traz uma diferenciação relevante para as hipóteses de justificação: “Quando as causas de justificação se fundam, porém, no princípio da ponderação de interesses, como no estado de necessidade, deve-se proceder a uma diferenciação: se o estado de necessidade for defensivo (quando o perigo tenha provindo da própria vítima ou por sua culpa), a situação está próxima daquela da legítima defesa, e o agressor não é garantidor dos bens daquele que sofre os efeitos da ação, devendo responder apenas por omissão de socorro, caso não lhe preste assistência, se possível fazê-lo; se o estado de necessidade for agressivo (quando o perigo decorra de fatos naturais ou quando a vítima não o tenha provocado de modo contrário ao dever), a justificação se orienta pelo interesse de maior valor, que tanto pode ser de quem atua quanto de quem sofre a ação necessária, e o agente tem o dever de garantir, depois, mediante uma atividade, que os bens jurídicos da vítima não se exponham a maior lesão do que aquela que decorra da própria ação necessária. [...] Por outro lado, mesmo em se tratando de estado de necessidade defensivo, uma vez afastado o perigo para o agente, mas sua ação ainda continue a violar um bem jurídico da vítima, cria-se para aquele uma posição de garantidor no sentido de atuar para impedir que esse bem continue sendo agredido”.

²¹⁸ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018. v. 2. tomo I. p. 365.

²¹⁹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 334.

²²⁰ Como aponta Juarez Tavares, trata-se de princípio “[...] próprio do Estado de Direito, não paternalista, que confere à pessoa o atributo de cidadania e dignidade (art. 1.º, II e IV, CF)” (TAVARES, op. cit., p. 340).

²²¹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. 340.

2.2 OMISSÃO DA ESPECÍFICA CONDUTA ORDENADA APESAR DA CAPACIDADE DE REALIZÁ-LA

Esse pressuposto de tipicidade pode ser dissecado em dois requisitos: a necessidade da precisa identificação da conduta omitida; e a aferição de que o garantidor teria a capacidade de realizá-la.²²²

Viu-se no capítulo inicial que a conduta omissiva não representa um mero “não fazer”, mas, ao revés, diz respeito à não adoção de uma específica conduta que, no caso concreto, deveria ter sido praticada, a fim de resguardar o bem jurídico objeto da relação de garantidor. Ou seja, constrói-se uma relação entre a conduta omitida pelo garantidor²²³ e o resultado típico, de sorte que a investigação de outros pressupostos de tipicidade da omissão imprópria invariavelmente dependerá de uma análise perfunctória dessa inatividade²²⁴.

Prosseguindo, a delimitação desse dever de agir será inicialmente realizada a partir do tipo penal que, em tese, amolda-se à situação em concreto. Assim, como bem exemplifica Estellita, “[...] se se trata de um crime ambiental de poluição, o agente tem de agir para evitar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”²²⁵, dentre outros exemplos.

Em um segundo momento, os contornos fáticos da situação típica de risco servirão para definir com clareza a conduta que deveria ser adotada²²⁶. Aprofundando-se no exemplo

²²² SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. In: VALDÉS, Carlos García et al (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1609-1630. p. 1614.

²²³ Diferentemente do que ocorre na conduta comissiva, na qual se afere o nexo de causalidade entre o movimento ativo e o resultado produzido, o parâmetro utilizado na conduta omissiva é o da conduta que deveria ter sido praticada. SIQUEIRA, Galdino. Tratado de direito penal. Parte geral, p. 293. Esta questão será abordada com mais detalhes no tópico seguinte.

²²⁴ Como aponta Juarez Tavares, o ponto forte do processo de comunicação operado pela norma mandamental “[...] reside na relação entre a inatividade do sujeito e a lesão do bem jurídico”, asseverando, ainda, que a inatividade deverá relacionar-se não só com o dever de agir, mas com todos os “[...] demais atributos e situações que lhe confiram uma qualidade de ser objeto de um juízo de valor, pelo qual se possa decidir que o cumprimento do dever evitaria aquela lesão” (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 335, grifos nossos).

²²⁵ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 252.

²²⁶ Especificamente no que toca à delimitação da conduta exigida no âmbito empresarial, trabalha-se o conceito de “gestão material”, segundo o qual se apuram as atribuições e funções dos membros da estrutura empresarial a partir dos papéis *materialmente* adquiridos. Complementa-se, ainda, que a mera atribuição formal de um dever não pode fundamentar automaticamente uma responsabilidade penal (RIOS; CASTRO, *A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada*, 2016. p. 76; 87).

do crime de poluição²²⁷: o gerente de obras de um empreendimento próximo a um rio deverá adotar as precauções necessárias para que não sejam despejados resíduos poluentes no curso fluvial (dever geral de vigilância sobre a fonte de perigo); como desdobramento dessa obrigação, ao se deparar com um funcionário subordinado em vias de iniciar o descarte de entulho no rio (situação típica de risco), exsurge o dever de ação *concreto* de interromper a conduta do funcionário e direcionar o entulho para o local adequado²²⁸.

Caso o gerente não interviesse no curso causal, eventual imputação criminal que lhe fosse dirigida deveria indicar, com precisão, qual foi a conduta que deixou de ser realizada, não bastando a mera indicação da sua figura de garantidor ou do seu dever geral de vigilância para a caracterização de um crime omissivo impróprio.

Diante disso, é intuitivo que não se pode prescindir de uma identificação precisa da conduta que seria exigível do garantidor, sob pena de se expandir a responsabilização penal por omissão imprópria para imputações genéricas e até mesmo objetivas. Ora, se não se identifica a ação esperada em um determinado caso concreto, como será aferida a capacidade de ação? Mais: como se procederá a um exame de causalidade²²⁹, a fim de verificar a possibilidade de evitação do resultado caso o comportamento²³⁰ exigível fosse praticado?

Essa exigência de precisa identificação da conduta também é justificada se vislumbrada por uma perspectiva de fins criminais. Não soaria razoável que se punisse alguém pela omissão da prática de uma determinada ação caso esta ação não pudesse ser identificada no caso concreto.

Ilustrando: imagine-se o engenheiro responsável por uma obra, em uma situação na qual estão preenchidos os requisitos para que ele esteja na posição de garantidor de vigilância daquela fonte de perigo. Em um determinado dia, ocorre um terremoto,

²²⁷ Art. 54 da Lei n.º 9.605/98 (BRASIL, 1998).

²²⁸ Sobre esse exemplo, é oportuno mencionar o posicionamento de Gimbernát Ordeig a respeito da necessidade de se restringir a eventual responsabilidade de um diretor de empresa por omissão imprópria apenas aos casos em que o resultado não impedido precisamente derivou de um foco de perigo relacionado à empresa, de modo que, a contrario sensu, não se pode punir o dirigente por não evitar fatos alheios ao seu âmbito de atuação. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa. In: Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 2001. *Anais* [...]. ADPCP, v. LIV, 2001. p. 1-22. p. 18-19). O posicionamento parece adequado aos postulados da teoria da imputação objetiva, bem como aos da teoria do domínio. De fato, punir o dirigente por conta de um resultado fora do seu âmbito de atuação e, portanto, fora da sua esfera de domínio, foge ao próprio fundamento que permite equiparar a conduta ativa à omissiva, conforme explicado no tópico 1.4 e seguintes deste trabalho.

²²⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 253.

²³⁰ Acrescenta-se que, na hipótese de serem vários os comportamentos exigíveis do agente garantidor, todos eles deverão ser identificados (ESTELLITA, op. cit., p. 253).

imprevisível, que derruba a estrutura construída, causando o óbito de dezenas pessoas que ali trabalhavam.

Ainda que não haja dúvidas sobre a caracterização da posição de garantidor, o caso concreto aponta para a inexistência de uma possível conduta apta a evitar o resultado. Logo, seria juridicamente inviável delimitar a conduta²³¹ omitida pelo engenheiro naquela situação, sendo certo que não se pode recorrer ao abstrato dever especial de ação imposto ao garantidor para atribuir-lhe uma responsabilização nesse caso. Ou seja, a identificação da ação esperada deve ser feita com base nos contornos fáticos do caso, não bastando para a responsabilização penal a mera indicação do dever abstrato de garantia.

Para além disso, a não identificação da conduta exigível também repercute em questões de matéria processual penal. Se, como preconiza o artigo 41²³² do Código de Processo Penal, a denúncia deverá expor o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, eventual inicial acusatória que não descrever a ação que deveria ter sido praticada pelo agente garantidor deve ser declarada inepta²³³, na medida em que a ação exigida constitui parte imprescindível do tipo penal omissivo impróprio. Note-se que não se trata de questão meramente formal. Ao contrário, há um relevante prejuízo no exercício dos direitos constitucionalmente garantidos ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que, sem a descrição da ação que deveria ter sido praticada, a defesa é basicamente impossível produzir provas a respeito de eventual impossibilidade de prática da ação omitida, ou, ainda, da ausência de causalidade jurídica entre a omissão e o resultado.

Já a questão atinente à *capacidade de ação* ou *possibilidade de agir* mostra-se um pouco mais profunda. Inicialmente, vê-se que a exigência dessa capacidade de ação é expressamente prevista no artigo 13, § 2.º do Código Penal brasileiro²³⁴, levando-se em conta que o dispositivo legal indica que a omissão será relevante quando o agente “devia e *podia*” agir para evitar o resultado.

²³¹ Como se pode intuir, a responsabilização penal também se tornaria inviável em virtude da ausência de capacidade de ação no caso concreto, já que não haveria nenhuma conduta ao alcance do garantidor que pudesse evitar o terremoto e/ou as suas consequências, uma vez que se tratou de evento natural e imprevisível.

²³² “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas” (BRASIL, *Código de processo penal*, 2017. p. 19-20).

²³³ Nesse sentido, na jurisprudência brasileira: RHC n. 39.627/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 30/4/2014; RHC n. 81.451/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe de 31/8/2017.

²³⁴ BRASIL, *Código penal*, 2017. p. 14.

Assim, há um consenso de que o ordenamento jurídico não pode obrigar que alguém desempenhe uma conduta aquém da sua capacidade²³⁵.

De antemão, é importante estabelecer a premissa de que a análise da capacidade de ação deverá ser feita a partir das capacidades individuais do agente²³⁶, considerando as circunstâncias concretas do caso, não havendo que se falar, portanto, em um parâmetro genérico de aferição da capacidade.

O primeiro aspecto dessas capacidades individuais colocado em análise é o *intelectual*. Para Kaufmann, se o agente não detém conhecimento da existência de uma situação de perigo que ative o seu dever de garantidor – ou seja, da situação típica de risco – tampouco terá capacidade de ação, porquanto, sem esse conhecimento, nem sequer há condições de se originar uma vontade de ação.²³⁷

Roxin, por sua vez, apresenta posicionamento divergente, aduzindo que o desconhecimento da situação típica não influencia a existência ou não da omissão, mas tão somente repercute na imputação subjetiva²³⁸. Dessa forma, a ausência de conhecimento pode excluir o elemento subjetivo doloso, subsistindo, todavia, a possibilidade de se imputar a omissão a título de culpa²³⁹.

Sobre essa divergência, nas hipóteses em que o sujeito não tiver conhecimento sobre a existência do perigo, entende-se que o critério a ser utilizado para a aferição da capacidade de ação deve ser o da cognoscibilidade²⁴⁰ das circunstâncias fáticas da situação típica de

²³⁵ TAVARES, *Teoria dos Crimes omissivos*, 2018. p. 351. No mesmo sentido: KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 48; SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2018. p. 363. Marcelo Ruivo assevera, ainda, que, sob o prisma da eficácia jurídica, a exigência jurídica de algo que não pode ser cumprido é absolutamente sem sentido. Essa assertiva se fundamenta a partir da ideia de que, se a conduta é impossível ao sujeito, não haverá liberdade de escolha para a observância ou não do dever exigido, tornando-o, portanto, um dever inócuo, irrelevante (RUIVO, Marcelo Almeida. *Tratamento médico e conflito de deveres de salvamento: ciências criminais e covid-19*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 179-181). Kindhäuser analisa a questão da capacidade de ação sob a lente do princípio da culpabilidade, apontando que deriva deste princípio a assertiva de que o sujeito somente pode ser responsabilizado no âmbito criminal quando, enquanto cidadão fiel ao Direito, poderia e deveria ter evitado o comportamento delitivo. KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. *Anais [...]*. ADPCP, v. LIX, 2006. p. 63.

²³⁶ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 247.

²³⁷ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 57. Também exigindo o conhecimento da situação típica: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. v. 2. p. 561.

²³⁸ No mesmo sentido: PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 109.

²³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1. edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña (director). Buenos Aires: Thomson Reuters, Civitas, 2014. tomo II. p. 757.

²⁴⁰ Compartilhamos, aqui, do critério que Kaufmann utiliza em relação ao conhecimento do objeto da ação, explicado nas páginas seguintes.

risco. Quer dizer: se ao agente garantidor fosse *possível* e *exigível* (por exemplo, com o atendimento de deveres objetivos de cuidado) ter conhecimento da situação típica de risco, entendemos que, mesmo sem ter alcançado o efetivo conhecimento, trata-se de sujeito com capacidade de ação²⁴¹. A imputação a título de dolo, todavia, estaria sumariamente descartada, restando apenas a análise da possibilidade de uma imputação culposa.

Prosseguindo, também não haverá capacidade de ação quando, apesar de conhecer a situação típica, o agente não ostentar o conhecimento necessário para materializar a ação. Ilustrando: um pai passeia com seu filho recém-nascido quando, subitamente, o bebê começa a passar mal, apresentando dificuldades para respirar. Caso o pai seja leigo em procedimentos médicos e não possa auxiliar seu filho com cuidados tecnicamente sofisticados, lhe será exigível apenas que providencie um atendimento médico o mais rápido possível para a criança; por outro lado, caso o próprio pai seja médico e possua as habilidades para fornecer um tratamento emergencial imediato ao bebê, essa conduta, em tese, lhe será exigível.

Esse exemplo e suas variações permitem a conclusão de que, mesmo em situações nas quais os deveres abstratos de ação do garantidor (nesse caso, dever de salvaguarda da vida do filho recém-nascido) sejam idênticos, os contornos fáticos da situação típica de risco e a capacidade de ação do garantidor influenciarão diretamente a definição da ação exigível de cada um. Isto também se justifica pelo fato de que a norma não emana uma ordem de comando ou proibição relacionada a um *evento*, mas sim a um comportamento²⁴²; no caso hipotético acima mencionado, por exemplo, o comando normativo dirigido ao pai não é “mantenha o seu filho vivo”, mas sim “pratique a ação possível e necessária para salvá-lo”.

Continuando, no que tange às especificidades do aspecto intelectual da capacidade de ação, Kaufmann o divide em duas bases: uma base *cognitiva*, relacionada ao objeto da ação; e outra base *cognoscível*, atinente às vias de realização da ação. A primeira somente é

²⁴¹ Aprofundando: nos casos em que a ciência da situação típica de risco pode ser alcançada pelo sujeito a partir de uma ação que lhe é exigível, é lícito concluir que está dentro da sua capacidade de ação a possibilidade de tomar conhecimento sobre o perigo que ativa o seu dever de agir. A circunstância “tomar conhecimento”, nessa hipótese, torna-se apenas uma etapa – plenamente realizável – que deve ser percorrida pelo sujeito, a fim de realizar a ação mandada. Não se mostra plausível descartar a capacidade de ação de um pai que leva o seu filho pequeno à praia, o deixa brincando no mar e decide tomar uma cerveja com amigos no quiosque ao lado, momento no qual o filho se afoga. É evidente que o conhecimento da situação típica de risco está ao alcance do pai – inclusive, espera-se que o pai exerça certa vigilância sobre a criança. E se é assim, a ação de salvamento exigida no caso concreto também está ao seu alcance, pois se trata de ação que efetivamente lhe era possível. Por outro lado, se o filho vai à praia com o irmão mais velho e, fora da vista do seu irmão, afoga-se no mar, não se poderia atribuir capacidade de ação ao pai que, no mesmo quiosque ao lado, nem sequer tinha conhecimento de que o filho estava na praia. Não se tratava de situação cognoscível ao pai, isto é, não era algo que efetivamente se poderia saber no caso concreto.

²⁴² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004. p. 23.

verificada quando o sujeito concretamente ostentar o conhecimento necessário quanto ao *objeto* da sua atividade²⁴³, ou seja, quando souber o que deve fazer.

Ilustrando com um exemplo parecido: um turista passeia com seu filho recém-nascido quando, subitamente, o bebê começa a passar mal, apresentando dificuldades para respirar. O pai, que não possui conhecimentos sofisticados de primeiros socorros, deve procurar o auxílio médico em local mais próximo. Sem conhecer a existência do “hospital A”, muito próximo de onde estava, o pai leva seu filho ao “hospital B”, um pouco mais afastado; ocorre que, em virtude do tempo excessivo para chegar no hospital e dar início ao tratamento, o bebê sofre sequelas irreversíveis. Nesse caso, adotando-se a linha de Kaufmann, conclui-se que careceria ao pai um elemento intelectual: como desconhecia a proximidade do “hospital A”, não havia capacidade de ação para levar seu filho até lá.

Gallas, por outro lado, posiciona-se de maneira menos exigente para o preenchimento da capacidade de ação. Para o autor, o agente poderá ser considerado capaz de agir quando, apesar de não conhecer o objeto da ação, tiver a possibilidade de representar a ação prescrita com a devida aplicação das suas faculdades psíquicas²⁴⁴ – isto é, entende-se que o objeto da ação seja meramente *cognoscível* ao agente. Assim, no exemplo acima, caso o pai conhecesse a localização do “hospital A”, ainda que não se lembrasse dela de imediato, poder-se-ia considerá-lo capaz de ação a partir do conceito de Gallas, na medida em que o pai poderia ter se dado conta da maior proximidade do “hospital A”.

Já no que se refere aos elementos intelectuais atinentes às vias de realização da ação prescrita, Kaufmann prescinde de que os meios necessários para a realização da conduta prescrita sejam factualmente percebidos pelo agente garantidor, bastando que lhes sejam *cognoscíveis*, ou seja, alcançáveis por meio das suas faculdades psíquicas²⁴⁵. Diante disso, o autor conclui que será capaz de ação aquele que conta com a possibilidade de realizar a ação ou que com ela pode contar.²⁴⁶ É dizer, em relação às vias de realização, a capacidade poderá ser efetiva ou potencial.

Mais uma vez ilustrando: ainda no exemplo do pai que precisa providenciar atendimento médico ao seu filho, caso o pai conhecesse a existência do “hospital A” e não soubesse exatamente o caminho a ser percorrido, ainda assim seria capaz de ação caso houvesse meios (por exemplo, a utilização de um GPS ou um mapa) disponíveis para o

²⁴³ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 60.

²⁴⁴ GALLAS apud KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 61.

²⁴⁵ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 62.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*.

auxiliar no percurso até a unidade médica. Perceba-se que a diferença para a primeira variação é que, nessa última hipótese, o objeto da ação já está previamente delimitado – levar o filho ao “hospital A” –, faltando ao pai apenas o conhecimento²⁴⁷ imediato necessário quanto aos meios de consecução do objetivo estabelecido.

Para além de todo o aspecto intelectual, parte da doutrina expande a análise para a intitulada *capacidade normativa de agir*²⁴⁸ ou *possibilidade jurídica de agir*²⁴⁹.

Enquanto a *possibilidade física*²⁵⁰ de agir (ou *capacidade físico-real*²⁵¹) se restringe às habilidades manuais do agente, limitando sua abrangência à verificação dos meios físicos necessários para a consecução da ação exigível²⁵², a capacidade normativa de agir inclui na análise da possibilidade de ação as questões atinentes às normas jurídicas, penais ou extrapenais, aplicáveis ao caso.²⁵³

A análise dessa capacidade normativa se mostra especialmente relevante em âmbitos regulados, como as empresas, dado que a divisão hierárquica e a delegação de funções em pessoas jurídicas de organização complexa podem funcionar como verdadeiros limitadores do poder de ação dos seus diretores e conselheiros, por exemplo²⁵⁴. Nesse sentido, em casos nos quais um determinado executivo de uma empresa, garantidor em relação a alguma fonte de perigo manejada no bojo da atividade empresarial, tome conhecimento da iminente prática de um crime e possua a capacidade físico-real de intervir, essa ação não lhe seria exigível caso fosse vedada, por exemplo, por disposições estatutárias.²⁵⁵

A questão que se coloca é saber se essa inexigibilidade da conduta pode ser valorada como falta de capacidade de ação ou deve ser considerada em outra etapa dogmática.

Para Tavares, a capacidade normativa de agir integra o conceito de capacidade de ação. O autor fundamenta seu posicionamento apontando que a omissão penalmente relevante é concebida fundamentada em uma lente normativa – porquanto vinculada a um dever de ação juridicamente exigível – de sorte que a capacidade de ação não poderia ser

²⁴⁷ As hipóteses de desconhecimento deliberado do meio para a consecução da ação serão tratadas nos tópicos dedicados à análise da imputação subjetiva.

²⁴⁸ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 353.

²⁴⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 246.

²⁵⁰ TAVARES, op. cit., p. 353.

²⁵¹ ESTELLITA, op. cit., p. 246.

²⁵² KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 55.

²⁵³ ESTELLITA, op. cit., p. 249.

²⁵⁴ Idem, ibidem, p. 248.

²⁵⁵ Sintetiza-se essa ideia com a seguinte assertiva: “[...] a ordem jurídica não pode lhe vedar uma conduta em um ramo do direito e, em outro, dele a exigir sob a ameaça de sanção penal” (ESTELLITA, op. cit., p. 249, grifos nossos).

tomada a partir de um aspecto exclusivamente empírico, devendo abranger igualmente um aspecto normativo.²⁵⁶ Nesse passo, na análise da capacidade de ação, além dos aspectos físicos e intelectuais atinentes ao caso concreto, não se poderia prescindir de um exame acerca das questões jurídicas que possivelmente se relacionariam com o caso.

Roxin, no entanto, apresenta opinião contrária, aduzindo categoricamente que “[...] *tampoco es un caso de incapacidad de acción la imposibilidad jurídica*”²⁵⁷. Para o autor alemão, a capacidade de ação segue intacta, ocorrendo, a bem da verdade, a exclusão do dever de evitação do resultado, em virtude da inviabilidade jurídica de se obrigar alguém a atuar de forma antijurídica.

Apesar de ambas as opiniões chegarem a um resultado prático similar, é a opinião de Roxin, nesse caso, que soa mais acertada. Muito embora se reconheça que o conceito de omissão é concebido de maneira normativa, não parece adequado incluir no conceito de incapacidade de ação as hipóteses de comportamento antijurídico. Ora, a prática de atos antijurídicos está, em tese, ao alcance da capacidade de todos; a mera vedação legal ou contratual de um determinado comportamento não impossibilita que o indivíduo aja em um caso concreto. É dizer: a proibição jurídica de um ato não reduz a capacidade física ou intelectual de ação, funcionando, ao revés, tão somente como um meio de desincentivo moral daquela conduta.

Dessa forma, nos termos propostos por Roxin, entende-se que a solução mais adequada aos casos de impossibilidade jurídica da ação prescrita é a de se considerar excluído o dever de praticar a ação antijurídica, suprimindo-se a tipicidade da omissão sob esse fundamento²⁵⁸.

Por fim, vê-se que a identificação da ação prescrita que constituirá o núcleo do injusto omissivo impróprio é um requisito imprescindível ao processo de imputação, porque sem ela não será possível aferir a eventual capacidade de ação do agente, a qual, igualmente, também se mostra como um pressuposto de tipicidade.

²⁵⁶ TAVARES, op. cit., p. 353-354.

²⁵⁷ ROXIN, *Derecho penal – Parte general*. Especiales formas de aparición del delito, 2014. tomo II. p. 757.

²⁵⁸ Ressalva-se a possibilidade de que, no caso concreto, além da ação antijurídica fosse cabível ao sujeito a prática de outra ação juridicamente válida para a evitação do resultado. Nestas hipóteses, *a priori*, subsistiria o dever de agir.

2.3 CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O crime é composto por uma conduta voluntária e um resultado jurídico. Entre ambos, deve existir uma relação de causa e efeito, um elo que os conecte²⁵⁹. A conduta é o primeiro termo dessa relação, apresentando-se como elemento causante; o resultado jurídico é um segundo componente, que se apresenta como o que é causado. O nexo causal, enfim, é o termo que une antecedente e consequente, os conectando por meio de uma relação de causa e consequência²⁶⁰. Assim, uma vez constatado um resultado jurídico penalmente relevante, o problema da causalidade surge na aferição da existência de uma relação de causa e efeito deste resultado com o comportamento anterior do suposto autor²⁶¹.

Como bem sintetizado por Nelson Hungria e Heleno Fragoso, se os eventos fossem causados por uma única exclusiva ação ou omissão, não haveria maiores problemas na aferição da causalidade. A grande dificuldade está em analisar a cadeia fática prévia ao resultado e identificar, sob uma perspectiva jurídica, qual ação ou omissão teria relevância suficiente para ser reputada como causa de um determinado evento²⁶². Ao longo do tempo, foram desenvolvidas diversas teorias²⁶³, sendo certo que o Código Penal brasileiro, em seu art. 13, *caput*²⁶⁴, adotou²⁶⁵ a teoria da equivalência dos antecedentes causais, igualmente conhecida como teoria da *conditio sine qua non*. Atribuída a Von Buri²⁶⁶, essa teoria se caracteriza por considerar que qualquer condição do evento seja elevada ao status de causa, tratando de maneira equivalente “[...] a mera ocasião (i.e., as circunstâncias cénicas

²⁵⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004. p. 11.

²⁶⁰ Idem, *ibidem*, p.11.

²⁶¹ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II, p.57.

²⁶² Idem, *ibidem*, p.57.

²⁶³ Nelson Hungria e Heleno Fragoso destacam as seguintes teorias como as de maior prestígio: Teoria da equivalência dos antecedentes causais; teoria da causalidade adequada; teoria da eficiência; teoria da causa decisiva; teoria do equilíbrio; teoria da condição insubstituível; teoria do movimento atual; teoria da causa humana exclusiva; teoria da causa relevante para o Direito Penal; teoria da causa típica; teoria da tipicidade condicional; e, por fim, teoria da condição perigosa (HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. pp. 57-58).

²⁶⁴ “Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, *Código penal*, 2017. p. 14).

²⁶⁵ NORONHA, *Direito penal*, 1986. p. 117. HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II, p. 60.

²⁶⁶ Nelson Hungria aponta que a teoria remonta a Stuart Mill, mas que foi Von Buri o responsável pela formulação da teoria no campo penal. HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II, p. 62.

necessárias para a ocorrência do evento) e a causa do evento (i.e., o conjunto das condições suficientes segundo uma certa legalidade universal)”²⁶⁷.

Com efeito, a principal fórmula de aferição da causalidade que se extrai dessa teoria é de cariz contrafático, podendo-se depreender dois enunciados do seu conteúdo: um positivo, segundo o qual “[...] uma conduta é uma condição contingentemente necessária do processo causal total quando sem a conduta o evento em questão não se teria verificado”; e um negativo²⁶⁸, no sentido de que “[...] uma conduta não é causal quando sem ela o evento ter-se-ia igualmente verificado”.²⁶⁹

Partindo-se dessa premissa, evidentemente salta aos olhos o problema do *regresso ao infinito*²⁷⁰, uma vez que *qualquer* circunstância da cadeia fática prévia ao resultado poderia ser tida como causal. Tal aspecto, que ensejaria evidente expansão do poder punitivo, foi restringido recorrendo-se ao dolo como limitador da causalidade²⁷¹. Neste ponto, há uma distinção entre o que Nelson Hungria intitulou como causalidade objetiva e causalidade subjetiva, referindo-se a primeira à causalidade *física* e a segunda, atinente aos aspectos psíquicos do agente²⁷².

²⁶⁷ MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 172-173.

²⁶⁸ Sousa Mendes, embora elenque as duas fórmulas supramencionadas, entende que a fórmula negativa careceria de lógica e coerência, reportando-se ao posicionamento de Spendel no sentido de que a fórmula negativa só seria válida caso fosse enunciada da seguinte maneira: “[...] se o evento se verificar sem a ação, então a ação possivelmente (provavelmente) não é causal” (MENDES, *Causalidade complexa e prova penal*, 2019. p. 182). Também se verifica esta crítica na obra de Paulo José da Costa Jr. O autor ainda vai além, também criticando a fórmula positiva, apontando que, muito embora a fórmula não possa ser considerada “errada”, possui âmbito de aplicação restrito, abrangendo apenas os casos possíveis de existência de nexos causal. Ao final, aponta-se, a nosso ver com assertividade, o fato de que a teoria se mostra insuficiente para uma série de casos, apresentando argumentos que o fazem eleger a teoria da causalidade adequada preferível. (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, pp. 109-104). Para a dita teoria, constitui causa do evento a condição que é necessária e adequada à sua produção. Sem nos aprofundarmos nos componentes que tornam uma conduta adequada ou não à produção de um resultado, fato é que, como o próprio Paulo José da Costa Jr. parece reconhecer, o acréscimo do termo “*adequada*” desnaturaliza a teoria enquanto uma teoria causal, haja vista que inclui um componente de análise valorativa do comportamento. Este componente parece estar melhor alocado em uma análise de imputação objetiva, devendo, portanto, ser analisado em momento posterior ao da constatação da causalidade.

²⁶⁹ Idem, *ibidem*, 182.

²⁷⁰ Interessante é a observação feita na obra de Costa e Silva ao tratar sobre a questão do regresso ao infinito: “Já alguém espiritualmente asseverou que, com uma noção de tamanha amplitude, se faria assentar no banco dos réus o próprio Deus” (SILVA, Antonio José da Costa e. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 1., p. 6).

²⁷¹ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018. v. 2. tomo I. p. 177

²⁷² HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. p. 62.

O legislador brasileiro ainda inseriu um outro aspecto limitador da causalidade no § 1.º do art. 13, versando este dispositivo legal sobre as hipóteses de interrupção da causalidade. Trata-se da exclusão das causas supervenientes que são relativamente independentes da conduta utilizada como paradigma do curso causal²⁷³.

O clássico exemplo dessa hipótese é o do agente que fere com uma facada seu desafeto em uma briga, o qual é socorrido em um hospital para tratamento das suas feridas. Sucedendo que o hospital é alvo de um incêndio e o paciente vem a óbito exclusivamente por causa dos ferimentos causados pelas chamas. Por um lado, é evidente que a vítima somente estava no hospital em virtude do ataque sofrido; por outro, é inviável considerar a facada como causa do óbito. Isto porque houve uma interrupção do curso causal gerado pela causa primitiva (facada), sendo certo que o óbito ocorreu a partir de um curso causal superveniente e dissociado do primeiro, qual seja, o incêndio.

A inserção deste §1º impõe a seguinte observação: malgrado o legislador, no *caput* do art. 13, tenha se filiado à teoria da *conditio sine qua non*, parece ter feito uma espécie de concessão à teoria da causalidade adequada²⁷⁴, formulando uma exceção²⁷⁵ à teoria acolhida no *caput*. Ao reconhecer que, por força do art. 13, §1º²⁷⁶, o resultado do incêndio mencionado no exemplo acima não seria imputável, o legislador parece acolher parte da *ratio* da teoria da causalidade adequada, pois, muito embora o ataque a facas constitua uma condição *sine qua non* da presença da vítima no hospital, não se estabelece uma relação de causalidade entre o ataque e o óbito, desprezando-se, assim, uma condição necessária, mas inadequada à produção do resultado.

²⁷³ NORONHA, *Direito penal*, 1986. p. 119.

²⁷⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, pp. 137-138. Nelson Hungria, apesar de reconhecer que o parágrafo representa uma exceção à regra do *caput*, aponta, todavia, que não há uma orientação pela teoria da adequação, mas sim um temperamento da teoria da equivalência. (HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. p. 66). Nos parece mais acertado o posicionamento de Paulo José da Costa Jr., até porque, como bem ressalta o autor, não é necessário que se esteja engessado à ideia de adoção absoluta de uma ou outra teoria no Código, mostrando-se mais importante a compreensão de quais diretrizes, referentes a cada teoria, foram incorporadas pela legislação.

²⁷⁵ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. p.64.

²⁷⁶ A respeito da redação do dispositivo legal em comento, aliás, é oportuno tecer a seguinte crítica, acompanhando a opinião de Paulo José da Costa Jr.: parece ter andado mal o legislador ao indicar que o resultado não será imputado quando a causa relativamente independente o produziu *por si só*. Se se trata de causa que *por si só* produziu o resultado, há uma causa *absolutamente* independente, a qual, por força do próprio *caput*, não poderia ser imputada. Tratando-se de causa *relativamente* independente, soa mais adequada uma interpretação legal que exclua a imputação quando a condição superveniente não estiver diretamente incluída na cadeia causal dos fatos anteriores. (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, pp. 137-140). Assim, para a exclusão da causalidade, rebaixa-se a exigência de que a causa relativamente independente tenha produzido “*por si só*” o resultado, admitindo-se que concorram, junto a ela, condições que se apresentem como secundárias ao curso causal que efetivamente desembocou no resultado.

Se a discussão acerca da aferição da causalidade nos crimes comissivos é intensa, quando se trata de delitos omissivos as arestas afiam-se ainda mais. A primeira das divergências diz respeito à própria *possibilidade* de se reputar uma omissão como autenticamente causal a algum resultado, dado o inicial contrassenso lógico de que algo possa se originar de um não fazer²⁷⁷.

Luís Greco, em posicionamento minoritário²⁷⁸, apresenta um argumento em favor dessa possibilidade. A divergência do autor com a doutrina majoritária reside na inclusão de *condições negativas* como elementos causais, o que o leva à conclusão de que omissões também podem ser causais²⁷⁹.

Ilustra-se isso da seguinte forma: no caso de um pai que, inerte, assiste a seu filho se afogar, mesmo podendo agir para salvá-lo, não há dúvidas quanto à causalidade jurídica da omissão para com o resultado. Nesse exemplo, Greco aponta que “[...] o que mata não é apenas que os pulmões da vítima se encham de água, e sim que neles não entre mais oxigênio, ou seja, a falta de algo”. Apoiado nessa premissa, o autor conclui que, se é possível admitir que a falta de algo (*in casu*, de oxigênio) pode causar uma morte, seria igualmente possível admitir que a falta de uma ação de salvamento também pode matar²⁸⁰.

Se, apesar de interessante, o argumento pode não trazer grandes repercussões para a temática – tendo em vista que, como o próprio autor reconhece, a realização do tipo penal de homicídio por omissão é inquestionável –, revela-se de alguma valia ao trazer outra linha argumentativa em favor da verificação da causalidade na omissão.

Quanto à corrente majoritária, aplica-se uma fórmula adaptada da teoria da *conditio sine qua non*. O entendimento é de que há, entre omissão e resultado, um nexó lógico²⁸¹,

²⁷⁷ Na doutrina brasileira, a perspectiva de uma causalidade naturalística da omissão foi majoritariamente descartada, entre meados de 1960 e 1970, em detrimento de uma causalidade normativa (MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*, 1982. p. 7).

²⁷⁸ Apesar de ser um grupo atualmente minoritário, há de se destacar que, no início do século passado, a doutrina brasileira possuía nomes de prestígio – Costa e Silva, Tobias Barreto, Frederico Marques –, dentre outros, que reconheciam uma causalidade naturalística na omissão (FRAGOSO, *Crimes omissivos no direito brasileiro*, 1982. p. 42-43). Na doutrina estrangeira, segundo mencionado por Roxin, autores como Engisch, Puppe e Hilgendorf compartilham desse posicionamento (ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Especiales Formas de aparición del delito. tomo II. 2014. p. 767).

²⁷⁹ Costa Júnior trata dessa teoria em sua obra sobre o nexó causal, refutando-a, todavia, em razão do argumento de que a relação causal demanda uma transformação de energias, o que não ocorre na omissão. (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, p. 152).

²⁸⁰ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 19.

²⁸¹ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. p.65.

normativo²⁸² ou de não impedimento²⁸³. Malgrado haja variação terminológica, em resumo quer-se apontar a causalidade a partir da seguinte fórmula: apresenta-se como condição causal de um resultado a não realização de uma determinada ação que teria evitado o resultado tido como típico²⁸⁴.

Ao invés de se considerar que a omissão efetivamente *causa* o resultado, constrói-se o raciocínio de que o omitente *não impede* (ou, melhor ainda, não age para impedir) o desenvolvimento de uma causa que desembocará no resultado²⁸⁵. Como existe uma norma que inaugurou a obrigação jurídica de agir para impedimento do resultado, a omissão em relação a esta obrigação passa a ser uma condição juridicamente relevante para o resultado. Com isso, desloca-se para o centro de análise da causalidade omissiva não uma mera inatividade, mas sim a ação *concreta* esperada do agente em razão da norma jurídica que o transforma em garantidor²⁸⁶.

Sobre o tema, Juarez Tavares propõe o conceito de *causalidade funcional*. Para o autor, o exame de causalidade deve incluir os limites da atividade mandada, o sentido da ação devida e os contornos fáticos do caso concreto. Dessa forma, somente haverá

²⁸² PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 220.

²⁸³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 205.

²⁸⁴ Nesse sentido, além dos autores citados nas três notas de rodapé anteriores: BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 177. Na literatura estrangeira, reconhecem a dominância da teoria da evitabilidade GIMBERNAT ORDEIG, para quem “[...] en lo que existe amplio acuerdo es en afirmar que el resultado únicamente se le puede imputar al omitente cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. In: Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 2013. *Anais* [...]. ADPCP, v. LXVI, 2000. p. 33-132. p. 48, grifos nossos); e GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Comisión por omisión. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Memento práctico*. Penal económico y de la empresa. 1. ed. Madrid: Ediciones Francis y Taylor, 2012. p. 58.

²⁸⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, p. 159. Paulo José da Costa Júnior, ao desenvolver esta ideia, ainda traz a seguinte contribuição: “O causar é conceitualmente diverso do não impedir. Como, entretanto, o legislador não fala a linguagem da crítica do conhecimento, e sim aquela da vida prática, pode promover a omissão à categoria causal”. Trata-se de importante contribuição doutrinária pois, de um lado, não se abandona o rigor científico do que o autor considera como causa – um princípio ativo do efeito, que, por ser ativo, não se coadunaria com a omissão –, mas, de outro norte, também encontra um caminho que seja compatível com o disposto no art. 13 *caput* do Código Penal, o qual dispõe sobre a omissão como possível causa de um resultado. Assim, o autor não considera que a omissão efetivamente cause o resultado, mas equipara a sua causação ao fato de que, ao não agir para impedir o resultado, o omitente “permite” que a causa opere no caso concreto; ou seja, apesar de não “causar” o resultado, a omissão poderia condicioná-lo, sendo certo que esta condição, como dito, é elevada ao conceito de causa pelo legislador (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, p. 162). Esta ideia soa correta e converge com as concepções aqui trabalhadas, especialmente quando se pensa na relação da omissão com o resultado a partir de um nexo de evitabilidade, trazendo a ação omitida para o centro da análise do nexo causal e examinando a sua possibilidade ou não de evitação do resultado. Este ponto será aprofundado no tópico subsequente.

²⁸⁶ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 367. No mesmo sentido caminha Kaufmann, para quem, todavia, existe apenas uma causalidade potencial (KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 79).

causalidade quando, considerando a realidade empírica do caso, o conteúdo da norma mandamental – especialmente a determinação da ação devida – for apto a orientar a conduta do agente garantidor diante da situação típica.²⁸⁷ Em linha semelhante já seguia Heitor Costa Júnior, para quem a omissão penalmente relevante sempre dependeria de uma norma jurídica que prescrevesse uma ação e, ainda, de um substrato natural, oriundo da ação não cumprida.²⁸⁸ Também Paulo José da Costa Júnior aponta que a omissão só ganha relevo quando o *non facere* está acompanhado de uma norma, a qual dispõe sobre o dever de agir, ou seja, o componente naturalístico (*non facere*) apenas torna-se uma *omissão* quando conjugado com o componente normativo (norma que impõe o dever de agir)²⁸⁹.

Analisando as concepções dos três autores²⁹⁰, malgrado haja algumas diferenças na construção das suas ideias, é possível extrair uma premissa importante - e, a nosso ver, correta - para o raciocínio que ora se propõe: a omissão é necessariamente dotada de um conteúdo naturalístico e um conteúdo normativo. A face naturalística ancora-se no fato de que, ao não agir em um específico sentido, permite-se que uma determinada causa opere sem interferência, isto é, permite-se que uma condição necessária para o resultado se verifique²⁹¹. Este não agir, entretanto, só ganha relevância jurídica quando houver uma norma que obrigue o sujeito a atuar, residindo aqui a face normativa²⁹².

²⁸⁷ O autor ilustra seu argumento a partir do clássico exemplo em que um pai está com seus filhos em um prédio em chamas, deparando-se com a possibilidade de jogá-los pela janela na esperança de que seus vizinhos o salvem ou aguardar o socorro do Corpo de bombeiros. Neste caso não há nitidez nos contornos da ação devida, ou seja, apesar da inequívoca condição de garante, ao pai não está claro qual das ações efetivamente poderia salvaguardar a vida dos seus filhos. Sendo assim, segundo Tavares, não se poderia afirmar uma relação de causalidade entre quaisquer dessas possíveis condutas com o potencial resultado, a morte das crianças (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 367-369). Essa forma de conceber a omissão já era percebida na obra de Aníbal Bruno, que trabalhava os elementos normativo e naturalista da omissão em conjunto (BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral: Introdução – Norma Penal – Fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 1. p. 297-298), bem como na de Paulo José da Costa Jr., que conjugava o “não fazer” enquanto parte integrante do mundo fenomênico e “dever-ser” (*quod debetur*) enquanto elemento fixado pela norma; somente com essa conjugação com a norma é que “*se confere vida e realidade à omissão*”. (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 45-48).

²⁸⁸ COSTA JÚNIOR, *Teorias acerca da omissão*, 1982 p. 71.

²⁸⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, p. 157.

²⁹⁰ No mesmo caminho também seguia Alcides Munhoz Netto. (MUNHOZ NETTO, *Os crimes omissivos no Brasil*, 1982. pp. 16 e seguintes).

²⁹¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, pp. 159-160.

²⁹² Ao analisar um caso concreto, novamente se depara com as faces naturalística e normativa para balizamento da ação devida. Quando do exame de um comportamento omissivo, somente os contornos fáticos da situação típica de risco poderão definir qual era a ação específica e determinada que seria exigível do garantidor naquele cenário – aqui está o elemento empírico da análise. No entanto, é apenas sob a lente normativa que se poderá delinear os contornos jurídicos da ação mandada, isto é, quais tipos de ações podem ser exigidas daquele agente garantidor naquele caso concreto. Ilustrando: um médico que se depara com um paciente que está tendo uma parada cardíaca em um hospital, certamente terá um desfibrilador à sua disposição, e, salvo alguma condição excepcional, tem a obrigação de usá-lo na tentativa de reanimar seu paciente. Por outro lado, em um atendimento emergencial a um passageiro dentro de um avião, um médico poderia, no máximo, tentar manobras de reanimação mecânicas. Obviamente, ao médico do segundo exemplo não seria exigível a conduta de utilizar um desfibrilador, pois, analisando os contornos do

Ainda acerca dessa intrínseca relação entre o conceito de causalidade e a ação esperada, Kaufmann desenvolve o conceito de *causalidade potencial*²⁹³, no qual se delimita com clareza que o *omitente* em si não é causal para o resultado²⁹⁴, mas sim o seu “não agir” em relação à ação que lhe é mandada. Segundo o autor, no que tange ao agente garantidor só poderá haver uma relação de causalidade potencial, verificada quando o indivíduo tenha capacidade de ação para produzir ou impedir um determinado resultado. Em outras palavras: quando o agente tiver a possibilidade de agir na direção de um determinado fim.²⁹⁵

Já a relação de causalidade propriamente dita terá como parâmetro única e exclusivamente a ação omitida, a não modificação da realidade. É somente esse elemento que, quando retirado ou inserido no curso causal hipotético, poderá afetar o resultado típico. Aqui, o autor desenvolve o seguinte raciocínio: suprimindo mentalmente a negação da ação, a teor do princípio *duplex negativo est affirmatio*, inclui-se no curso causal a ação esperada. Se nesse exercício hipotético o resultado típico for evitado, haverá causalidade.²⁹⁶

Por outro lado, ao suprimir-se mentalmente o sujeito do curso causal, nada ocorrerá. Isto porque, ao contrário do que ocorre nos delitos comissivos, nos quais o omitente obviamente está relacionado ao curso causal a partir do momento em que modifica a realidade empírica, nos delitos omissivos a sua supressão é inócua, pois não há alteração em relação à inatividade.²⁹⁷

Levando em conta todas as concepções ora mencionadas, se considera seguro admitir a premissa de que *a análise de causalidade jurídica entre a omissão e o resultado está centrada na inatividade do agente em relação à realização da ação devida*. Isto é, a causalidade deve ter como objeto de exame a ação mandada, que não é genérica ou abstrata, mas está intrinsecamente conectada ao que efetivamente deveria ter sido feito pelo

caso concreto, vê-se que esta ação não lhe seria exigível. Retomando o primeiro exemplo, agora para abordar a questão dos limites jurídicos impostos pela norma, não há dúvidas de que o médico possui, em relação ao paciente, uma relação de garantia com a sua vida; no entanto, os contornos jurídicos dessa relação remetem a um dever de tratamento médico, de sorte que, na hipótese de um assassino invadir o hospital para atirar no paciente, não seria exigível do médico uma ação de salvamento. Isto porque o conteúdo da norma mandamental que lhe é dirigida não abrange este tipo de atuação, diferentemente do que ocorreria, por exemplo, com um policial que estivesse de plantão para garantir a segurança do paciente.

²⁹³ Bacigalupo também compartilha desse conceito, afirmando que essa problemática está afeta às questões de imputação objetiva. O autor propõe a seguinte fórmula de imputação: se a ação omitida teria reduzido *consideravelmente* o perigo que se concretizou no resultado, pode se considerar que a ação omitida teria evitado o resultado (BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, 2020. p. 177).

²⁹⁴ No mesmo sentido: SÁNCHEZ, James Reátegui. *La omisión impropia en el derecho penal*. 1. ed. Córdoba: Ediciones Lerner, 2017. p. 489.

²⁹⁵ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 79-84.

²⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 78.

²⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 78.

garantidor no caso concreto. Os contornos dessa ação mandada, por sua vez, são delineados pelo conteúdo da norma mandamental e pelas nuances fáticas da situação típica de risco, de modo que os componentes normativo e empírico são imprescindíveis à análise da causalidade jurídica omissiva. Por essa razão é que se concorda com os posicionamentos de que a inatividade só se torna omissão quando jungida a uma norma que determina um fazer²⁹⁸.

*Será juridicamente causal, então, a ausência daquela determinada ação, objeto da norma mandamental, que, quando praticada, evitaria o resultado*²⁹⁹.

Essa assertiva, como será visto adiante, é de suma importância na verificação das possibilidades de imputação subjetiva do delito omissivo impróprio, porquanto, sendo um pressuposto de tipicidade objetiva, a causalidade, na forma ora descrita, deverá estar integrada ao campo intelectual do dolo do agente³⁰⁰.

Pois bem. Muito embora a doutrina, quase à unanimidade, convirja em relação ao conteúdo do enunciado acima, a partir dele surgem dois caminhos que, aparentemente, representam a maior divergência em relação à causalidade e à imputação objetiva na omissão atualmente³⁰¹. Surge, aqui, a contraposição entre as teorias da *evitabilidade* e da *diminuição dos riscos*³⁰². A controvérsia entre ambas reside na disputa que há sobre qual deve ser o grau de probabilidade da evitação do resultado com a prática da ação omitida.

2.3.1 Teoria da Evitabilidade

Foram traçados, previamente, os contornos da teoria da *conditio sine qua non*, acolhida pelo Código Penal brasileiro. Quando se aplica essa teoria aos crimes comissivos, o

²⁹⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004, p. 157.

²⁹⁹ A título de esclarecimento, ressalta-se que, propositalmente, não se acrescentou ao enunciado qualquer juízo probabilístico quanto à chance de evitação do resultado, justamente por ser esse o objeto de disputa entre as teorias da evitabilidade e da diminuição dos riscos, analisadas adiante. Ademais, o posicionamento aqui defendido, explicitado nos tópicos seguintes, é que esta análise probabilística pertence ao momento de exame da imputação objetiva do resultado.

³⁰⁰ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 396.

³⁰¹ Malgrado a disputa entre as teorias da evitabilidade e da diminuição dos riscos comumente seja abordada no âmbito de discussões sobre causalidade da omissão imprópria, nos parece que as duas teorias disputam, na realidade, critérios de imputação objetiva do resultado. Ao final do tópico 2.3.5 o leitor encontrará a opinião defendida neste trabalho a respeito do tema, a qual se assemelha aos critérios defendidos por Luís Greco, delineados no tópico 2.3.4.

³⁰² Como exemplo, trata-se de contraposição feita nas seguintes obras da doutrina brasileira: GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 20 e ss.; ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 257; COSTA, Victor Rodrigues da Silva. Causalidade ou imputação objetiva? Novamente sobre a controvérsia em torno dos crimes omissivos impróprios. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 26, n. 309, p. 15-16, ago. 2018. p. 15-16.

operador do Direito sempre terá um ponto de apoio naturalístico³⁰³ para examinar a relação de causalidade entre uma ação e um determinado resultado. Por outro lado, no que tange aos delitos omissivos, este apoio naturalístico não se perfaz entre a mera inação e o resultado³⁰⁴. Tudo o que se refere à possibilidade de evitação do resultado por meio da prática da ação esperada é hipotético, levando o intérprete a trabalhar com um juízo de *probabilidade*.

Ora, é evidente que não se poderia exigir um juízo de *certeza*³⁰⁵ – entendido como uma probabilidade de 100% de chance de evitação do resultado pela ação esperada do garantidor – uma vez que isso, sob uma perspectiva prático-probatória, basicamente tornaria inviável a constatação do elo causal entre qualquer comportamento omissivo e um determinado resultado.

Considerando este aspecto, a alternativa encontrada e majoritariamente³⁰⁶ defendida pela doutrina é a seguinte: considerar-se-á o comportamento omissivo causal em relação a

³⁰³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 256.

³⁰⁴ Idem, ibidem. Como explicado no tópico anterior, utiliza-se a ação esperada do agente garantidor como o objeto de análise do exame de evitabilidade do resultado.

³⁰⁵ Enrique Gimbernat expõe que, como nos delitos omissivos trata-se de uma conexão causal não real, não há que se falar em juízo de certeza, mas apenas de probabilidade (GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, 2000. p. 33-132. p. 50). Na mesma linha, segue Luzón Peña, que classifica a exigência do juízo de certeza como inadequada (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Omisión impropia o comisión por omisión*. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 51-207, 2017. p. 83.

³⁰⁶ Na doutrina brasileira podem ser destacados como adeptos da teoria da evitabilidade: MUNHOZ NETTO, *Os crimes omissivos no Brasil*, 1982. p. 12; TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 368; FRAGOSO, *Crimes omissivos no Direito brasileiro*, 1982. p. 45; RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 170, p. 191-219, 2020. p. 211; JAPIASSÚ; SOUZA, *Curso de Direito Penal*, 2011. p. 207. Defensores da teoria na doutrina estrangeira: MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*, 1958. p. 122; ROJAS, Luis. “Delitos de omisión entre libertad y solidaridad”. *Polít. crim.* v. 13, n. 26, dic. 2018, p. 723 e 732; LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación, 2017. p. 73 e ss.; CARDONA, Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia, 2013, p. 6; SANCINETTI, Marcelo. *Casos de Derecho Penal – parte general*, 2020. p. 108; FRISTER, Helmut. *Derecho penal – parte general*. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires, Hammurabi, 2016. p. 434 e ss. Reconhecendo a predominância da teoria da evitabilidade: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo. In: Anuário de Derecho Penal Y Ciencias Penales, *Anais [...]*. ADPCP, v. LXVIII, 2015. p. 26, mas apontando, todavia, casos nos quais a jurisprudência alemã se conformou com um juízo de probabilidade “mais ou menos elevada”; CONDE; ARÁN, *Derecho penal*, 2010. p. 244; ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Especiales Formas de aparición del delito, 2014. tomo II. p. 772. Também no âmbito da jurisprudência brasileira a teoria da evitabilidade se apresenta como predominante, muito embora haja uma variação terminológica entre “alto grau de probabilidade” e “certo grau de probabilidade” no que tange à efetividade da ação omitida para evitação do resultado. (RHC n. 39.627/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 30/4/2014 – Informativo n.º 538 do Superior Tribunal de Justiça; REsp n. 1.438.363/ES, relator Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 20/5/2014, DJe de 23/5/2014; RHC n. 120.187/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 5/4/2021; RHC 35.883/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013)

um resultado quando a ação esperada, caso praticada, pudesse evitar o resultado com probabilidade em *limites próximos à certeza*³⁰⁷. Sendo assim, para os partidários dessa teoria, a omissão quanto a uma hipotética ação que tão só *diminuiria os riscos* da ocorrência de um resultado ou apenas criasse mera chance de salvamento do bem jurídico, não seria causal em relação ao resultado.

Contra essa teoria são dirigidas críticas de cunho político-criminal³⁰⁸. Argumenta-se que, caso aplicada a teoria da evitabilidade, isentar-se-ia de pena o autor do fato justamente nas hipóteses em que há maior necessidade de proteção. Luís Greco, reportando-se a Stratenwerth, ilustra essa assertiva ao trazer um exemplo hipotético no qual os pais deixam de prover ao seu filho, com problemas de saúde, um tratamento médico adequado. Quanto mais grave o quadro de saúde do filho, mais ele precisaria de atendimento; por outro lado, quanto pior o seu estado médico, menores as chances de sobrevivência na hipótese de cumprimento da ação devida³⁰⁹.

Coloca-se na mesma prateleira dessa crítica aquela relacionada às dificuldades práticas da teoria da evitabilidade, notadamente no que se refere à questão probatória³¹⁰. É que, se, em regra, o ônus probatório atrelado à comprovação de que uma ação hipotética teria evitado um resultado em limites próximos à certeza pode ser elevado, há algumas situações específicas nas quais se encontram dificuldades tidas como insuperáveis³¹¹, notadamente naquelas em que há omissões sucessivas e em casos concernentes ao Direito Penal médico.

Pode-se conceituar os casos de omissão sucessiva como aqueles nos quais a evitação do resultado depende de uma ação posterior àquela determinada ao garantidor, ou seja, da

³⁰⁷ Há, aqui, uma variação terminológica entre expressões que, todavia, guardam o mesmo sentido. Nas palavras de GIMBERNAT ORDEIG, fala-se em “altísima probabilidad”, “una probabilidad de máximo grado”, “probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza” ou em “práctica seguridad” (*La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, 2000. p. 49).

³⁰⁸ Figueiredo Dias, por exemplo, entende que essa teoria é falha sob um aspecto político-criminal de prevenção (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral: Questões fundamentais*. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. tomo I. p. 695).

³⁰⁹ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 24. Fazendo a mesma crítica: PERIN, Andrea. La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico. *Revista Chilena de Derecho*, v. 47, n. 1, p. 211-235, 2020. p. 225.

³¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, 2000. p. 51.

³¹¹ Idem, *ibidem*, p. 60.

posterior intervenção de um terceiro. Aqui, há um robusto óbice para a aferição da causalidade em virtude da indeterminabilidade dos comportamentos humanos.³¹²

Imagine-se um caso no qual um grupo de auditores independentes de uma determinada obra é contratado para prestar serviços de consultoria quanto à segurança do empreendimento, possuindo como funções precípuas a aferição de estabilidade da estrutura e a sugestão de medidas a serem adotadas para sua manutenção. Ainda neste exemplo hipotético, agora imagine-se que esse grupo deixe de avisar aos diretores sobre um fator que pudesse comprometer a segurança da estrutura, fator este que, posteriormente, venha a causar o colapso do empreendimento, com vítimas fatais.

Ora, os auditores não detinham poderes ou autonomia para proceder, eles próprios, à manutenção direta da estrutura. Dentro do seu escopo de atuação seria alcançável, apenas, informar aos diretores sobre a situação, apresentando as sugestões técnicas pertinentes. Ou seja, ainda que tivessem atuado de acordo com seus deveres – isto é, mesmo que tivessem praticado a ação que lhes era exigida na qualidade de garantidores – não seria possível precisar o comportamento dos diretores diante disso. Não se sabe se os diretores acatariam a opinião técnica, se a empresa disponibilizaria os recursos necessários, ou, ainda, se a obra seria realizada a tempo de evitar o colapso.

Vê-se, portanto, que com o acréscimo de uma variável cuja lógica de funcionamento é desconhecida – o comportamento humano – perde-se uma parte essencial da equação que afere a probabilidade no curso causal.³¹³ É dizer, se a evitação do resultado passa a depender de um fator cuja probabilidade de acontecimento não se pode mensurar, como saber se a conduta devida teria eliminado o resultado típico com probabilidades nos limites da certeza?³¹⁴

Com efeito, também há de se reconhecer a possibilidade de que, para além das hipóteses de omissões sucessivas, haverá outros casos nos quais o curso causal hipotético não poderá ser vislumbrado de maneira assertiva com a inserção da conduta exigida do

³¹² Idem, ibidem, p. 52.

³¹³ Idem, ibidem, p. 58.

³¹⁴ Roxin, reportando-se ao posicionamento de Puppe, apresenta uma crítica especificamente em relação a esse ponto, asseverando que a fórmula de probabilidade próxima à certeza não pode ser utilizada na análise de causalidade das omissões de acionar um terceiro capaz de evitar o resultado (ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, p. 253-285, jan./fev. 2013. p. 13). Noutro giro, a respeito das possíveis soluções para essa constelação de casos, Luís Greco menciona - e refuta - as propostas de Roxin, Puppe e Stübinger, apresentando como proposta adequada a utilização do parâmetro de “*comportamento correto como regra de experiência*”, segundo o qual “*pode-se partir da suposição de que os outros teriam se comportado de maneira lícita, a não ser que certos indícios especiais gerem dúvidas a respeito*”. (GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. pp. 76-79)

garantidor. Gimbernat Ordeig³¹⁵ e Luís Greco³¹⁶ trazem exemplos afetos à seara médica, na qual, de fato, em algumas hipóteses, há extrema dificuldade (ou até mesmo impossibilidade) em estimar que uma determinada providência médica teria uma chance de êxito próxima de 100%³¹⁷.

Nesses casos, exsurge a seguinte crítica: se um determinado tratamento tivesse chances de êxito na ordem de 85% para salvar a vida de uma pessoa, seria *político-criminalmente razoável* que um médico não fosse penalmente responsabilizado por se omitir na execução do aludido tratamento tão somente sob o argumento de que haveria 15% de chance do seu insucesso?

Sob uma perspectiva político-criminal, não parece haver argumentos satisfatórios para sustentar a completa isenção de responsabilidade penal nesse caso. A saída encontrada por alguns autores, então, é recorrer à teoria da diminuição do risco.

2.3.2 Teoria da diminuição do risco

Aos partidários³¹⁸ da teoria da diminuição do risco, a mera criação de uma chance de salvamento do bem jurídico é suficiente para permitir a atribuição do resultado ao omitente.

³¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, 2000. p. 60.

³¹⁶ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 22-23.

³¹⁷ As dificuldades de aplicação dessa teoria a casos de erros médicos também são tratadas por Werner Wachsmuth e Hans-Ludwig Schreiber. Os autores tratam de um caso ocorrido na Alemanha na década de 1980, no qual, ao realizar um exame pericial a respeito de um caso de erro médico, um dos peritos responsáveis pela perícia alegou que “[...] el concepto jurídico de la probabilidad lindante con la seguridad no es útil para los médicos, porque en la medicina sólo se da tal probabilidad, si es que se da, en casos sumamente raros”. A posição defendida pelos autores, em suma, é de que a exigência de probabilidade próxima à certeza é inaceitável aos casos médicos (WACHSMUTH, Werner. SCHREIBER, Hans-Ludwig. Seguridad y probabilidad: aspectos jurídicos y médicos. In: SANCINETTI, Marcelo A. (org.). *Causalidad, riesgo e imputación*: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires, Hammurabi, 2016., p. 301.

³¹⁸ Para além de Luís Greco, amplamente citado neste tópico, podem ser destacados como adeptos da teoria da diminuição do risco: DIAS, *Direito penal – parte geral*: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. tomo I. 2004. p. 696; PERIN, La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico, 2020. p. 221 e ss. Os principais defensores dessa teoria, segundo Gimbernat Ordeig, seriam Günter Stratenwerth e Rudolphi (GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios sobre el delito de omisión*, 2021. p. 291). Roxin acrescenta a esse rol autores como Schaffstein e Otto (ROXIN, *Derecho penal – Parte general*. Especiales formas de aparición del delito, 2014. tomo II. p. 773).

Não se exige que a ação mandada pudesse evitar o resultado com probabilidade próxima à certeza, mas apenas que possivelmente o evitasse.

De plano, já se percebe que muitas das dificuldades probatórias dos casos hipotéticos supramencionados seriam superadas com esse novo parâmetro. No caso do médico, é certo que se poderia provar, inclusive com base em elementos de prova técnico-científica, que haveria uma determinada chance de que o paciente fosse curado da enfermidade que o acometia, possibilitando a responsabilização penal. Igualmente em relação ao caso dos auditores independentes, no qual o seu alerta à diretoria da empresa criaria uma oportunidade de ação por parte dos encarregados de determinar a manutenção necessária na obra. Em relação ao exemplo de Stratenwerth, mencionado por Luís Greco, prevenir-se-ia a desproteção do bem jurídico em um momento de crítica vulnerabilidade, possibilitando um resultado político-criminal mais adequado.

Ou seja, em primeira análise, as questões probatórias e de proteção do bem jurídico nos momentos mais críticos estariam superadas pela teoria da diminuição do risco.

Para além disso, Luís Greco traz um argumento que entende como “decisivo” em favor da teoria da diminuição do risco. O autor parte da premissa de que a teoria, sob o aspecto político-criminal, mostra-se razoável enquanto os delitos culposos continuarem a ser predominantemente concebidos como delitos de resultado, considerando, ainda, os argumentos já referenciados no tópico anterior. Essa razoabilidade, segundo argumenta, já constituiria um “fundamento *prima facie* para segui-la”.³¹⁹

Prosseguindo, o autor se propõe a transladar à dogmática essa intuição político-criminal que entende como correta, guiando-se, em sua análise, pelo papel do desvalor do resultado no conceito de injusto. Greco assevera que o resultado é relevante para o conceito de injusto, na medida em que a sua ocorrência confirma o fato de que a norma jurídica não proibiu uma determinada conduta por mero capricho ou para exigir subserviência do cidadão, mas sim porque o comportamento foi entendido como perigoso.³²⁰

Prosseguindo, o autor aduz que, se a conduta devida melhorar as chances de salvamento do bem jurídico, a proibição da sua omissão se confirmará como justificada. Nas suas palavras: “nesses casos a ordem jurídica poderá dizer ao autor: ‘você enxerga, agora, por que eu lhe dirigi essa ordem? Se você a tivesse cumprido, provavelmente isso que ocorreu teria sido evitado’”.³²¹

³¹⁹ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 30.

³²⁰ Idem, *ibidem*, pp. 30-31.

³²¹ Idem, *ibidem*, p. 31.

Enfim, as vantagens apresentadas pela teoria da diminuição do risco seriam as seguintes: (i) ao contrário da teoria da evitabilidade, na teoria da diminuição dos riscos o autor não fica impune quando deixa de proteger o bem jurídico nas hipóteses em que a ação é mais necessária; (ii) à teoria da diminuição dos riscos não se opõem algumas das consideráveis dificuldades probatórias verificadas em relação à teoria da evitabilidade, notadamente nas hipóteses de omissões sucessivas e afetas à seara de Direito Penal médico; (iii) a teoria da diminuição dos riscos embasa-se em uma intuição político-criminal correta, confirmando-se a sua assertividade no plano dogmático na medida em que ratifica, no caso concreto, o desvalor que a ordem jurídica confere ao resultado.

Noutro giro, encontram-se na doutrina duas tradicionais críticas à teoria da diminuição do risco: (i) que transformaria delitos de lesão em delitos de perigo; e que (ii) violaria o princípio do *in dubio pro reo*.³²²

Quanto à primeira, alega-se que o resultado penal não estaria sendo imputado a alguém que efetivamente causou o resultado típico, mas sim àquele que, deixando de agir, colocou em perigo o bem jurídico. Ou seja, em um caso de homicídio – delito de dano por excelência – chegar-se-ia à responsabilização penal não apenas de um médico que se omite em tratar uma enfermidade que certamente curaria seu paciente, mas também do médico que deixou de diminuir os riscos de óbito ao deixar de administrar um tratamento que criaria uma chance de salvamento.³²³

Assim, seria possível que o curso causal desse ensejo ao resultado morte independentemente da intervenção ou não do médico, de modo que à sua omissão poderia ser atribuível apenas a colocação em perigo do paciente, mas não a causação da morte.

No que tange à segunda crítica, alega-se que há uma interpretação desfavorável ao réu em relação à imputabilidade do curso causal, porque preponderaria no caso concreto a possibilidade de salvamento do bem jurídico em detrimento da possibilidade de que a ação não surtisse efeitos. No exemplo do médico, portanto, seria escolhida como preponderante a possibilidade de salvar o paciente para imputar o delito de homicídio, deixando de ser

³²² Mencionando a existência dessas críticas: GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 31. Igualmente: GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, 2000. p. 68; WACHSMUTH; SCHREIBER, *Seguridad y probabilidad: aspectos jurídicos y médicos*, 2016. p. 305. Defendendo a procedência dessas críticas: LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación, 2017. p. 84.

³²³ Segundo Gimbernat Ordeig, posicionam-se nesse sentido: Herzberg, Samson, Wachsmuth e Schreiber, Baumann e Weber, Jakobs, Erb, Freund, Jescheck, Seelmann; e Schönke/Schröder/Stree (GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, 2000. p. 68.

considerada a possibilidade de que o tratamento fosse inócuo e, portanto, não evitasse o resultado típico.

Luís Greco se insurge contra essas duas críticas de maneira incisiva, taxando-as de circulares. Em relação à primeira, o autor indica que “[...] se a inevitabilidade do resultado final, de lesão, pertence ou não à estrutura dos delitos de lesão é justamente o que se está sob disputa”, de sorte que, na sua ótica, seria mera “petição de princípio” utilizar essa premissa para refutar a teoria da diminuição dos riscos.³²⁴

No que se refere à segunda, Greco assevera que, além de igualmente tratar-se de crítica que se vale do seu próprio ponto de partida como argumento (pois integra a inevitabilidade como pressuposto de tipicidade objetiva a ser comprovado no curso do processo), haveria uma confusão de categorias, uma vez que o *in dubio pro reo* é um princípio de natureza jurídico-processual e não deve ser invocado para a resolução de questões afetas ao direito material.³²⁵

Gimbernát Ordeig igualmente se posiciona contra essas críticas, sugerindo haver certa incoerência em que sejam levantadas justamente pelos defensores da teoria da inevitabilidade. Isto porque, diz o autor, ambas as teorias – inevitabilidade e diminuição dos riscos – trabalham com hipóteses de *probabilidade*, de sorte que a única diferenciação que há entre elas é *quantitativa*, não *qualitativa*³²⁶. Assim, as duas críticas – transformação em delitos de perigo e violação do *in dubio pro reo* – também seriam, para o autor, atribuíveis à teoria da inevitabilidade.³²⁷

Por fim, há de se mencionar a posição de Roxin, que apresenta um meio termo entre as duas teorias. Para o autor alemão, a possibilidade de diminuição do risco deve ser verificada tanto sob uma perspectiva *ex ante* quanto *ex post*. Assim, se se constatar que a ação exigida teria, com uma probabilidade próxima à certeza, levado a uma modificação no curso causal que diminuísse o risco de lesão ao bem jurídico, estaria verificada a causalidade e, por conseguinte, seria cabível a imputação do resultado.³²⁸

Essa posição é semelhante à de Stratenwerth, que, criticando a teoria da inevitabilidade, aponta que o resultado poderá ser imputado ao omitente quando se constatar,

³²⁴ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 32.

³²⁵ Idem, *ibidem*.

³²⁶ No mesmo sentido: SÁNCHEZ, *La omisión impropia en el derecho penal*, 2017. p. 492.

³²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, 2000. p. 70.

³²⁸ ROXIN, *Derecho penal – Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, 2014. tomo II, p. 773.

depois da valoração de todas as circunstâncias conhecidas ex post, que a ação omitida teria realmente reduzido o risco de produção do resultado³²⁹.

Em resumo, a posição se mostra como uma versão mais calibrada da teoria da diminuição dos riscos, já que intensifica os parâmetros probatórios relacionados à possível influência da ação omitida no curso causal.

2.3.3 Tomada de posição

Viu-se que são dirigidas robustas críticas à teoria da evitabilidade, especialmente relacionadas ao seu restrito âmbito de aplicação³³⁰ – sejam elas em virtude de dificuldades probatórias, sejam em razão das suas exigências materiais. A bem da verdade, nota-se que é difícil negar que a teoria da evitabilidade, quando aplicada de acordo com seus corolários, abrangerá um número de casos consideravelmente inferior se comparada com a teoria da diminuição dos riscos. Há de se reconhecer que, em alguns desses casos, o cariz restritivo da teoria da evitabilidade poderá levar a conclusões que soem incoerentes sob o aspecto político-criminal. Todavia, essa premissa inicial não nos parece suficiente para que se escolha a segunda teoria em detrimento da primeira. É necessário fazer um exame mais acurado.

O argumento invocado por Greco em favor da teoria da diminuição do risco – no sentido de que, *prima facie*, seria político-criminalmente correta – mostra-se apenas parcialmente verdadeiro. Em alguns casos, de fato, o argumento soa correto: é difícil conceber, sob uma perspectiva político-criminal preocupada com a proteção de bens jurídicos, que poderá ser irrelevante ao Direito Penal o comportamento de um médico que, mesmo com uma chance de êxito de 85%, deixa de administrar um determinado tratamento ao seu paciente, que posteriormente vem a óbito em razão da doença que o acometia. Hipóteses como essa demonstram que realmente há fragilidades na aplicação da teoria da evitabilidade.

Sucede que, por outro lado, se o tratamento tivesse uma chance de êxito de apenas 10%, soa inadequado atribuir ao médico uma responsabilização penal por homicídio. Se

³²⁹ Exemplificando, o autor apronta que: “Esto significa prácticamente que, el que no proporciona tratamiento médico (en contra de lo requerido por los deberes de garantía) a un accidentado, será responsable por la muerte si tal tratamiento hubiera abierto la posibilidad de sobrevivir; pero no si se establece, o por lo menos no se puede excluir, que el socorro médico hubiera arribado demasiado tarde” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – Parte general I: El hecho punible*. Tradução de la 2. edición alemana (1976): Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. p. 304).

³³⁰ Gimbernat Ordeig, por exemplo, aduz que a teoria “[...] no es más que un eslogan que casi nunca se aplica” (GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, 2000. p. 65).

aplicada a teoria da diminuição dos riscos, essa atribuição seria possível, já que, como visto, para essa teoria basta que a ação devida pudesse criar uma chance de salvamento.

Parece-nos, todavia, haver uma intensa desproporcionalidade no tratamento dos fatos. Pensemos em dois grandes grupos de casos:

- Grupo A: (i) a mãe que deixa de alimentar seu filho recém-nascido, que vem a óbito por inanição; (ii) o engenheiro que deixa de fazer um reforço tido como imprescindível para a segurança de uma estrutura, que vem a desabar; (iii) o médico que deixa de administrar um tratamento que teria uma chance de êxito de 90% em seu paciente, que posteriormente vem a óbito;
- Grupo B: (i) o pai que, no caso da defenestração, não arremessa seus filhos pela janela durante o incêndio, sobrevivendo o falecimento das crianças em virtude da fumaça inalada; (ii) o engenheiro que deixa de fazer um reforço que traria maior segurança à estrutura de um empreendimento, que vem a desabar por causa de um terremoto³³¹; (iii) o médico que deixa de administrar um tratamento que teria uma chance de êxito de 10% em seu paciente, que posteriormente vem a óbito em razão da enfermidade que seria objeto do aludido tratamento.

Para os defensores da teoria da diminuição dos riscos, as omissões praticadas nos casos de ambos os grupos seriam causais para os resultados, haja vista que em todos eles as ações exigidas dos garantidores criariam ao menos uma chance de salvamento aos bens jurídicos. Já para os defensores da teoria da evitabilidade, apenas as omissões dos dois primeiros casos do grupo “A” seriam causais.

Se, por um lado, a falta de resposta penal ao terceiro caso do grupo A realmente sugere uma falha político-criminal da teoria da evitabilidade, por outro lado a resolução conferida aos casos do grupo “B” pela teoria da diminuição dos riscos apresenta dois graves problemas.

O primeiro diz respeito à desproporcionalidade na resposta penal. Comparem-se as duas variações dos casos do médico: é razoável que a não administração de um tratamento médico que teria 90% de chance de êxito seja equiparada, sob um ponto de vista causal, à não administração de um tratamento médico que teria 10% de chance de êxito? É dizer: independentemente da probabilidade de sucesso da chance de salvamento que poderia ter

³³¹ Nesse exemplo hipotético, a estrutura apresentaria maior resistência aos efeitos do terremoto, sem que, contudo, houvesse garantia de que seria suficiente para o não desabamento.

sido criada com a prática da ação devida, é coerente que toda omissão que diminua os riscos de um resultado típico seja considerada causal?

A resposta negativa a ambas as perguntas soa mais palatável.

O segundo problema vislumbrado se refere à efetiva relevância da omissão para o curso causal e, por conseguinte, ao resultado típico. Em regra, o delito omissivo impróprio ocorre a partir da não intervenção do garantidor em um curso causal que ocasionará uma lesão ao bem jurídico objeto de garantia. Ainda, exige-se que o garantidor tenha condições de agir para evitar o resultado, sendo certo que, se a ação devida for potencialmente inócua, a responsabilização penal deverá ser descartada.

Há, contudo, casos nos quais a ação devida não se mostre completamente inócua, mas represente, diante das circunstâncias fáticas, uma chance de salvamento mínima. Imagine-se a hipótese em que um paciente chega ao hospital gravemente ferido por projéteis de arma de fogo depois de sofrer uma tentativa de homicídio. O médico responsável pelo paciente, contrariamente à *lex artis*, injustificadamente não o submete à cirurgia de imediato, demorando cerca de 15 (quinze) minutos para fazê-lo. No fim, como apontava o prognóstico inicial, o paciente vem a óbito durante a cirurgia.

É evidente que, a cada minuto de atraso, diminuam-se as chances de êxito da cirurgia, de sorte que a ação exigida – praticar a cirurgia imediatamente – teria aumentado as chances de vida do paciente. Inobstante isso, não se revela razoável atribuir a morte do paciente à omissão do médico, mas sim e tão somente ao atentado sofrido³³². Isto porque a influência do curso causal ativo alheio ao sujeito no resultado é amplamente predominante se comparada à hipotética repercussão que a ação devida teria, considerada a sua baixíssima chance de êxito.

No ponto, são oportunas as críticas que Paulo Sousa Mendes faz à ideia de diminuição do risco no bojo da teoria da imputação objetiva desenvolvida por Roxin. Malgrado o autor português não estivesse tratando especificamente das hipóteses de crimes omissivos quando aduziu que “[...] *nada garante que uma acção aparentemente redutora do risco não venha por fim produzir, comparativamente, uma lesão de igual ou maior gravidade do que aquela para que parecia apontar o risco inicial*”³³³, a mesma lógica

³³² Em exemplo parecido, Werner Wachsmuth e Hans-Ludwig Schreiber asseveram que, em casos de omissão no âmbito da medicina, embasar a responsabilização penal em virtude do encurtamento da vida por um dia não se mostra compatível com a medida da pena (WACHSMUTH; SCHREIBER, *Seguridad y probabilidad: aspectos jurídicos y médicos*, 2016, p. 310).

³³³ MENDES, Paulo de Sousa. Crítica à ideia de diminuição do risco de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 102-118, abr./jun. 1996. p. 111.

aplica-se ao caso aqui trazido. A suposta redução do risco, especialmente de pequena monta, não repercute necessariamente na potencial evitação do resultado ou na sua atenuação.

Quer-se dizer com isso que, nas hipóteses em que as circunstâncias do curso causal conduzam a patamares mínimos as chances de intervenção exitosa do garantidor – ainda que tais chances existam – a imputação do resultado não se mostra político-criminalmente razoável caso o garantidor se omita, na medida em que aquele curso causal é quase integralmente alheio ao agente e a sua possibilidade de salvaguarda do bem jurídico mostra-se diminuta.

Parece haver, ainda, um outro ponto de crítica à teoria da diminuição dos riscos, especialmente relacionado a um dos parâmetros de imputação objetiva, qual seja, a exigência de que o risco proibido, criado ou aumentado, precisamente se concretize no resultado³³⁴.

Ao omitir-se uma ação de salvamento que poderia ao menos diminuir as chances de lesão ao bem jurídico, ocorre, *a contrario sensu*, um aumento do risco de lesão. Não obstante isso, considerando a incerteza acerca do potencial de efetividade que a ação exigida teria – isto é, se haveria ou não condições de evitar a ofensa ao bem jurídico – torna-se igualmente incerto se o risco criado pela omissão concretamente resultou na lesão do bem jurídico ou se, a bem da verdade, o resultado se produziria independentemente da prática da ação omitida.

Essa dúvida, se suscitada em relação a um possível delito comissivo, excluiria a viabilidade de uma imputação por crime consumado, permitindo, quando muito, uma acusação apenas a título de *tentativa*³³⁵.

É verdade que há uma diferença marcante entre as hipóteses de crimes omissivos e comissivos: nestes, é possível chegar a um juízo de *certeza* sobre a concretização ou não de

³³⁴ Trata-se de requisito elencado pela doutrina como um dos três pilares da imputação objetiva. Por todos: RROXIN, *Derecho penal – Parte general*. Especiales formas de aparición del delito, 2014. tomo II, p. 375. Questões mais específicas a respeito da imputação objetiva serão tratadas no tópico subsequente.

³³⁵ Ilustrando: um sujeito desfere três tiros contra o peito de seu desafeto, que, por um milagre, não morre na hora, mas logo é internado para a realização de diversos procedimentos cirúrgicos. No quinto dia de internação, contudo, o hospital é alvo de um incêndio criminoso, no qual a vítima falece em razão da fumaça inalada. Ao sujeito que desferiu os tiros não será imputável o delito de homicídio consumado, mas tão somente a tentativa de homicídio. Não se poderia, nesse particular, exercer um juízo de futurologia acerca das possibilidades de sobrevivência da vítima aos diversos procedimentos cirúrgicos aos quais estava sendo submetida. É dizer: essas chances, se de 10% ou 90%, são indiferentes à consumação do crime; o aspecto realmente importante é o de que a conduta proibida praticada pelo autor do crime não se concretizou no resultado morte, motivo pelo qual, repita-se, somente a tentativa de homicídio lhe poderia ser atribuída.

um resultado em razão de um determinado comportamento³³⁶. Já nas hipóteses de omissão, a certeza nem sempre se verifica, pois o juízo de evitabilidade do resultado sempre é hipotético.

Esta questão, no entanto, abrange igualmente as teorias da evitabilidade e da diminuição dos riscos, uma vez que ambas trabalham com parâmetros de probabilidade. Ou seja, nenhuma delas oferece instrumentos para que se possa afirmar, *com certeza*, se a conduta omitida teria evitado o resultado. Ocorre que, como visto anteriormente, alcançar esta certeza é tarefa impossível, de modo que a imputação objetiva do resultado não pode depender disso.

Logo, o critério de realização do risco proibido em um resultado típico, nos crimes omissivos, não poderá ser subordinado a um juízo de *certeza*³³⁷ de evitação do resultado. Contudo, quanto mais afastado o juízo de *probabilidade de evitação* estiver de um parâmetro de certeza, mais enfraquecido será o juízo de concretização do risco no resultado típico, pois maior será a probabilidade de que o curso causal alheio ao agente pudesse desembocar no resultado independentemente da prática ou não da ação omitida.

Sob esse prisma, a teoria da evitabilidade mostra-se mais harmônica e coerente com os atuais parâmetros de imputação objetiva, pois, apesar de não alcançar o nível de *certeza* quanto à relação causal entre conduta e resultado, proporciona o patamar mais próximo possível desse nível. Com isso, o juízo sobre a concretização do risco (criado pela omissão) no resultado típico é realizado da maneira mais próxima possível daquele praticado nos delitos comissivos, apresentando vantagens especialmente relacionadas aos princípios da proporcionalidade e da igualdade³³⁸.

Feita essa análise, é possível concluir que ambas as teorias – evitabilidade e diminuição dos riscos – possuem inconvenientes político-criminais e dogmáticos em sua

³³⁶ Retomando o exemplo da nota de rodapé anterior, é possível chegar a um juízo de certeza quanto ao fato de que a causa da morte foi, por exemplo, a inalação de fumaça gerada pelo incêndio, descartando-se, inequivocamente, que a *causa mortis* tenha relação juridicamente causal com a conduta criminosa previamente praticada.

³³⁷ A nosso ver, este é um aspecto que corrobora a necessidade de se introduzir, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade ou necessidade de uma causa de diminuição de pena a todos os delitos omissivos impróprios. Ainda, *de lege ferenda*, apresenta-se a ideia de aplicação da atenuante genérica prevista no artigo 66 do Código Penal a todos os casos dessa natureza.

³³⁸ Sobre o tema, como bem destaca Roxin, a imputação do resultado nas hipóteses em que a ação prescrita não haveria mudado o curso dos fatos mostra-se, na verdade, como um castigo pela infração de um dever (ROXIN, *Derecho penal – Parte general*. Especiales formas de aparición del delito, 2014. tomo II, p. 376). A nosso ver, a teoria da diminuição dos riscos pode dar ensejo a diversas punições do gênero, pois se contenta apenas com a mera criação de uma chance de evitação, possibilitando, dessa forma, a punição da omissão de ações que, na prática, não teriam evitado o resultado. Ademais, indo um pouco além do que defende Roxin, entende-se que mesmo uma mudança no curso causal, desassociada de um efetivo potencial de evitação do resultado,

aplicação. Comparando-as, todavia, a teoria da evitabilidade desponta como a melhor opção. É que, se em alguns casos esta teoria pode conduzir a uma impunidade injustificada, a teoria da diminuição dos riscos, em outros casos, leva a punições desproporcionais e desarrazoadas, portanto igualmente injustificáveis; ademais, verificam-se alguns descompassos dogmáticos na sua aplicação. Dessa forma, soa preferível acolher a teoria da evitabilidade, não simplesmente por “punir menos”, mas por representar um critério político-criminal mais acurado³³⁹ e, a nosso ver, mais harmônico com os critérios de dogmática penal atualmente dominantes.

Para além disso, especificamente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, há de se levantar a hipótese de uma possível incompatibilidade da teoria da diminuição dos riscos com o enunciado do artigo 13 do Código Penal. É o que faz, por exemplo, Juarez Tavares³⁴⁰.

Acrescenta-se a esse argumento a opinião de Batista e Zaffaroni, para quem, considerando a teoria da tipicidade conglobante, deve estar inserida no tipo objetivo da omissão imprópria a *dominabilidade* do curso causal, expressada como possibilidade objetiva de domínio do curso causal pelo garantidor, possibilidade essa que não caracteriza pela mera possibilidade de salvaguarda do bem jurídico.³⁴¹

Por fim, ainda que haja dúvidas quanto ao que se sugere agora, acreditamos que alguns dos inconvenientes da teoria da evitabilidade poderiam ser dirimidos, de *lege ferenda*, por meio da aplicação de uma causa de diminuição de pena, análoga àquela prevista no art. 29, §1º, do Código Penal brasileiro, referente à participação de menor importância nos casos em que a ação omitida apenas criaria uma chance de salvamento³⁴².

³³⁹ Opinião semelhante é encontrada na doutrina argentina: Silvestroni reconhece que ambas as teorias possuem pontos de objeção, mas demonstra preocupação que entre as duas se escolha uma que acarrete uma ampliação da punibilidade, aduzindo que uma interpretação constitucional das estruturas sistemáticas impede esse caminho (SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, 2018. p. 374).

³⁴⁰ Nas exatas palavras do autor: “Mas esta teoria esbarra em uma dificuldade, que é a de ajustar seu enunciado ao comando do art. 13 do Código Penal, que não se concentra na diminuição das chances de produção do resultado, mas, sim, na sua produção concreta, como forma de orientação de conduta para o sujeito. Embora o art. 13 do Código Penal trace os elementos de uma orientação objetiva de conduta, para efeitos de sua imputação objetiva no âmbito do respectivo delito, sua fórmula da causalidade interfere também na orientação subjetiva, e, pois, na imputação subjetiva” (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 396).

³⁴¹ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 270.

³⁴² Sobre a relativização das consequências decorrentes da tensão entre as duas teorias, Roxin aduz que o “[...] significado prático del problema se relativiza por la posibilidad de penar por tentativa”, referindo-se, segundo entendemos, à possibilidade de se punir por tentativa naqueles casos nos quais a evitabilidade não puder ser comprovada em limites próximos à certeza (ROXIN, *Derecho penal – Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, 2014. tomo II. p. 770). Também concluindo pela possibilidade de imputação do delito na modalidade tentada quando a probabilidade próxima à certeza não puder ser comprovada:

2.3.4 Causalidade x Imputação Objetiva: uma distinção necessária

As raízes do que hoje se concebe como a teoria da imputação objetiva remontam ao pensamento de Hegel. Ao longo do tempo, autores como Larenz, Honig, Roxin, Jakobs e Frisch desenvolveram, com suas próprias particularidades, teorias de imputação objetiva.³⁴³

Muito embora haja variações, é lícito afirmar que, para a doutrina majoritária³⁴⁴, a função precípua da imputação objetiva na estrutura do tipo é de caráter limitador da punibilidade³⁴⁵, notadamente de restrição do alcance da causalidade³⁴⁶. Assim, desde já nos filiamos às correntes que concebem a teoria da imputação objetiva como aspecto a ser analisado em momento *posterior* ao da causalidade, e não em sua substituição³⁴⁷.

Descarta-se o papel de substituição pois o objeto de análise da imputação objetiva é justamente o substrato fático que foi tido como causal de um determinado resultado. Isto é, primeiro há de se investigar o que, no plano ôntico, levou à causação do resultado (causalidade); somente então, quando já estabelecidos os fatos e as circunstâncias conexos

LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación, 2017. p. 73; SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. 1. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2022. p. 386.

³⁴³ ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. v. 8. p. 42.

³⁴⁴ Vale destacar que, na doutrina brasileira, a aplicação da teoria da imputação objetiva é criticada por Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Em síntese, os autores sustentam a inadequação da análise proposta pela teoria, pois não se leva em conta o elemento subjetivo do agente, o que, por conseguinte, impossibilita que a ação seja compreendida em seu sentido social. Tal aspecto, segundo os autores, colocam a pessoa humana em segundo plano (PRADO, Luiz Régis e CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005. p. 14-15). A posição, que é minoritária, não nos parece a mais correta, já que a análise proposta pelas teorias da imputação objetiva não busca eliminar a posterior análise do elemento subjetivo.

³⁴⁵ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 32. Esta limitação da punibilidade ocorre, precipuamente, por meio do descarte de cursos causais irrelevantes e decorrentes de comportamentos praticados dentro do âmbito do risco permitido na análise de tipicidade KINDHÄUSER, *Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso*, 2006. p. 65).

³⁴⁶ ROCHA, op. cit., p. 71. Também nesse sentido, apontando que causalidade e imputação objetiva são passos sucessivos do exame de subsunção da ação e do resultado ao tipo objetivo, bem como indicando que a diferença entre ambos é funcional – isto é, enquanto a causalidade fundamenta toda imputação, e o instituto da imputação objetiva limita o seu alcance (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. MOURA, Bruno de Oliveira. CAETANO, Matheus Almeida. Algumas considerações sobre a causalidade no Direito Penal. *Ciências Penais*, vol. 12, p. 129-175, jan./jun. 2010. p. 16).

³⁴⁷ Divergem, assim, dos posicionamentos de Harro Otto, Juan Bustos Ramírez e Damásio de Jesus, que, segundo menciona Ronan Rocha, concebem a teoria da imputação objetiva como substituta da causalidade (ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, 2022. p. 67).

ao resultado, procede-se a uma análise *valorativa* desses fatos, na qual será aferido se o fato pode ser objetivamente imputado ao agente ou não.³⁴⁸

Dentre as tantas versões das teorias da imputação objetiva, a sistematização sugerida por Roxin prevalece na doutrina. Para o autor, imputa-se objetivamente o resultado quando presentes três elementos: (i) criação e (ii) realização de um risco não permitido (iii) dentro do alcance do tipo³⁴⁹. Posteriormente, como se sabe, acrescentou-se ao primeiro elemento o incremento de um risco não permitido.

É certo que tais requisitos foram inicialmente idealizados para os crimes comissivos, de modo que sua aplicação aos crimes omissivos nem sempre ocorre de maneira harmônica.

Nesse contexto é que Luís Greco chama a atenção para um possível problema, notadamente o da distinção entre causalidade e imputação objetiva no delito omissivo de resultado, quando se aplica a teoria da diminuição do risco³⁵⁰. Para Greco, de todas as críticas dirigidas à referida teoria, essa é a mais preocupante para os seus defensores. Isso porque nos crimes comissivos os debates sobre causalidade e imputação ocorrem simultaneamente, de sorte que, quando se traslada a questão para os crimes omissivos, a teoria da diminuição dos riscos passaria a atuar como substituta da causalidade, não como limitadora.³⁵¹

A solução defendida pelo autor³⁵², citando posicionamentos similares de Rudolphi, Roxin e Erb, é recorrer a um conceito de causalidade que leve em conta o resultado em sua configuração *concreta*. Nesse sentido, Greco assevera que apenas deverão ser levados em conta para aferição da causalidade os *dados temporais* e a *quantidade/intensidade* do resultado³⁵³. O autor, então, recorre a um exemplo da jurisprudência alemã para ilustrar seu posicionamento: trata-se do caso em que o marido agride sua esposa com alta intensidade, e,

³⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 71.

³⁴⁹ ROXIN, *A teoria da Imputação Objetiva*, 2002. p. 13. Também: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais*, 2019. p. 202.

³⁵⁰ Malgrado o autor restrinja a análise dessa questão apenas à referida teoria, parece-nos que esse possível problema igualmente toca a teoria da evitabilidade.

³⁵¹ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 33-34.

³⁵² Idem, *ibidem*, p. 36-37.

³⁵³ O autor esclarece a sugestão na seguinte passagem: “Recorrerei a exemplos relativos à chamada causalidade psíquica para esclarecer o que acabo de dizer. É inquestionável que quem diz a outrem: ‘não desfira um só soco, e sim cinco’, provocando cinco hematomas no corpo da vítima, é causa de um resultado (provavelmente, de quatro socos e quatro hematomas), ou quem diz a outrem: ‘não desfira um tapa, e sim um soco’, causa a lesão que ao final se produz. Para dar conta disso, não posso contentar-me em individualizar o resultado com base no momento de sua produção, mas tenho de levar em conta também sua quantidade e/ou intensidade. [...] Uma vez que se comece a pensar em delitos contra a integridade física ou principalmente em delitos contra o patrimônio (‘não se aproprie de apenas quinhentos reais, e sim de mil’), a relevância desses fatores se torna evidente (GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 39).

além disso, não a leva ao hospital para tratar dos ferimentos, o que resulta no óbito da vítima em um determinado horário.

Aplicada a solução defendida por Greco, a omissão em conduzir a esposa ao hospital seria causal da sua morte naquele determinado horário (ex., morte da esposa às 17h35min), uma vez que, se fosse iniciado o tratamento, o óbito ao menos teria sido postergado. A análise quanto à efetividade da ação mandada – ou seja, se a ação salvaria a esposa definitivamente (ou criaria uma chance de salvamento) – seria feita em momento posterior, quando do exame da imputação objetiva.³⁵⁴

No ponto, vê-se que esse modelo de causalidade, aplicado pelo autor como ponto de defesa para a teoria da diminuição do risco, poderia ser igualmente aplicado à teoria da evitabilidade. Isto é, no plano da causalidade o operador do Direito se preocuparia apenas com o resultado em sua forma concreta, deixando ao plano da imputação objetiva a aferição quanto à possibilidade de a ação criar uma chance de salvamento (teoria da diminuição do risco) ou evitar o resultado em limites próximos à certeza (teoria da evitabilidade). A solução de Greco definitivamente cumpre seu papel em distinguir a causalidade da imputação objetiva, mostrando-se acertado o deslocamento da análise do potencial êxito da ação omitida ao plano da imputação objetiva.

Não obstante isso, e em que pese a sofisticação do raciocínio, o caminho não se revela o mais correto.

A uma, pois o conceito permite que inúmeras condutas quase (ou totalmente) irrelevantes ao bem jurídico sejam consideradas causais de um resultado, o que ocorre especialmente em virtude da importância conferida pelo autor aos dados temporais na análise da causalidade. Veja-se o seguinte exemplo.

Imagine-se que o motorista de uma ambulância, que conduz em seu veículo uma pessoa que acabara de ser baleada, erra o caminho do hospital, chegando às 18h03min, e não às 18h, como chegaria se fosse pelo caminho certo. Essa pessoa é submetida de imediato à cirurgia, às 18h13min, sendo certo que esse mesmo fato ocorreria três minutos antes, não fosse o erro do motorista. O procedimento cirúrgico ocasiona ao paciente uma parada cardíaca – o que ocorreria independentemente do “atraso” provocado pela ambulância, em virtude da sua condição clínica –, levando-o a óbito às 18h43min. Não fosse o erro no caminho, o óbito ocorreria às 18h40min.

Se aplicada a teoria da causalidade defendida por Greco, o erro do motorista – não levar o paciente da maneira mais rápida possível ao hospital – seria causal para a morte da

³⁵⁴ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018. p. 40.

vítima, o que, acredita-se, demonstra uma indevida extensão da causalidade nos delitos omissivos. É bem verdade que, de todo, no plano da imputação objetiva a responsabilização penal seria sumariamente descartada.

No entanto, conceber esse conceito de causalidade tão amplo a torna quase inócua, pois qualquer ação (exigível, possível e omitida pelo garantidor) que pudesse alterar de alguma maneira os aspectos temporais do resultado seria considerada juridicamente causal.

Como desdobramento dessa primeira razão, chega-se à segunda: o conceito de causalidade proposto por Greco pode mostrar-se, em muitos casos, indiferente à ofensa ao bem jurídico, porquanto considera causais circunstâncias que, na prática, não teriam repercussão minimamente considerável na sua lesão.

No supramencionado caso do motorista de ambulância que erra o caminho do hospital, por exemplo, a omissão em levar o paciente da forma mais célere possível resultou em um acréscimo de três minutos à sua vida, que, de todo modo, cessou durante a cirurgia, tal como ocorreria sem o atraso decorrente do erro no caminho.

Para ilustrar esse ponto, traz-se um exemplo diverso, no qual a omissão *antecipa* uma *inevitável* lesão ao bem jurídico: imagine-se que uma determinada barragem de rejeitos possua fragilidades em sua estrutura, as quais teriam sido informadas aos geotécnicos da empresa para que adotassem as providências cabíveis para sua solução. Os geotécnicos, contudo, se omitem, permitindo que a barragem continue em operação com um fator de segurança abaixo do permitido. Em um determinado dia, ocorrem diversos sismos consecutivos e próximos à área da barragem de rejeitos. A barragem se rompe em momento subsequente ao primeiro sismo.

No exemplo hipotético em tela, a prova técnica é capaz de afirmar que a barragem só se rompeu em momento subsequente ao primeiro sismo pois o fator de segurança estava irregular. Ou seja, o colapso da estrutura, naquele exato horário e daquela exata forma, se deu por causa da omissão dos geotécnicos em adotar as providências necessárias para que se conduzisse a barragem a um patamar seguro.

No entanto, a prova técnica é igualmente capaz de afirmar que, independentemente de qualquer providência adotada pelos geotécnicos, o rompimento da barragem ocorreria pouquíssimos minutos depois em razão da proximidade e magnitude dos sismos seguintes ao primeiro.

Para a teoria defendida por Greco, parece-nos que haveria causalidade entre o comportamento omissivo dos geotécnicos e o resultado (que poderia, em tese, configurar o crime de inundação previsto no art. 254 do Código Penal brasileiro), tendo em vista que tal

omissão foi preponderante para que o resultado ocorresse com aquela intensidade e com aqueles dados temporais, isto é, daquela forma e naquele momento.

Sucedendo que, se o rompimento ocorreria alguns pouquíssimos minutos depois independentemente de tal omissão, será mesmo que se pode considerar o comportamento omissivo dos geotécnicos como *causa* do resultado? Isto é, o fato de um determinado resultado – inevitável – ser ligeiramente posposto em virtude de uma omissão é suficiente para que tal omissão seja dotada de tamanha relevância a ponto de ser tida como causa do evento?

A resposta negativa é mais adequada a ambas as perguntas. A razão é: se se pune o garantidor por um crime omissivo impróprio sob o argumento de que ele deixou de praticar uma determinada ação para evitar um resultado, a relação de causalidade jurídica entre essa ação mandada e o resultado só poderá configurar-se quando constatada uma relação de evitabilidade para com o resultado. Uma mera potencial alteração de dados temporais não pode servir como parâmetro de causalidade, já que tal alteração, *per se*, nem sempre gera repercussão na proteção do bem jurídico.

Isto é, se somente se configura uma relação de garantia quando há uma obrigação especial de vigilância ou proteção para evitar a lesão de um ou mais bens jurídicos, é necessário que a ação omitida pudesse efetivamente contribuir para a proteção do bem jurídico em risco. Se a ação devida somente adiar, por um lapso temporal insignificante³⁵⁵ ao bem jurídico, a ocorrência de um resultado – ou seja, meramente alterar seus dados temporais – sem que disso decorra a possibilidade de evitá-lo ou ao menos minimizá-lo naquela situação³⁵⁶, não haverá causalidade, pois a omissão se torna irrelevante para o acontecimento daquele evento jurídico.

Dessa forma, entende-se que a análise de qualquer relação de causalidade na omissão deverá incluir, necessariamente, a existência de um potencial de evitação do resultado com a prática da conduta omitida. Assim, chega-se à seguinte conclusão: *caso a ação omitida seja*

³⁵⁵ Essa ressalva é importante para trazer coerência ao critério apresentado. Pense-se, por exemplo, que a morte é o único fenômeno certo na vida de todos nós. Assim, a rigor, um tratamento médico apenas adia a morte de uma pessoa que está doente. Para o critério ora apresentado, é evidente que um prolongamento da vida por um lapso temporal significativo já é apto para se considerar que *aquele resultado* morte, *naquela situação*, foi evitado. Seja como for, é evidente que esse critério precisa de maior aprimoramento, especialmente para afinar sua precisão em relação ao que pode ser tratado como significativo em um caso concreto.

³⁵⁶ Retomando o exemplo dos geotécnicos, hipótese distinta seria se, entre um sismo e outro, houvesse um intervalo tal que possibilitasse uma providência emergencial capaz de impedir ou mitigar os efeitos do rompimento. Nesse caso, seria possível verificar uma relação de causalidade, chegando-se à análise da imputação objetiva para verificar o grau de efetividade da ação exigida do garantidor, a fim de aferir a evitabilidade do resultado.

insignificante à salvaguarda do bem jurídico, não se caracteriza um elo causal entre o comportamento omissivo e o resultado.

O grau de probabilidade da evitação deverá ser aferido quando da análise da imputação objetiva e poderá variar a depender da teoria que se acolha (diminuição dos riscos ou evitabilidade)³⁵⁷.

2.3.5 Premissas dogmáticas estabelecidas

Conclui-se este subtópico com as seguintes premissas: a causalidade na omissão será verificada quando a prática da ação devida e omitida tivesse a possibilidade de evitar o resultado, sendo certo que essa possibilidade de evitação não leva em consideração apenas dados ontológicos (de quantidade/intensidade e temporais), mas abrange aspectos normativos, incluindo, assim, uma possibilidade de efetiva evitação do resultado típico.

O grau de probabilidade da evitação do resultado por meio da prática da ação mandada – se apenas *possivelmente* evitaria o resultado ou se o evitaria *em limites próximos à certeza* – deverá ser analisado quando da análise da imputação objetiva (logo em momento posterior à constatação de uma relação de causalidade).

A nosso ver, sob o ponto de vista político-criminal e também sob uma perspectiva dogmática, há razões mais convincentes para se acolher a teoria da evitabilidade em detrimento da teoria da diminuição dos riscos, muito embora se reconheça que ambas apresentam fragilidades. Ainda, ressalta-se que há possíveis incompatibilidades entre o ordenamento jurídico brasileiro e a teoria da diminuição dos riscos.

2.4 SITUAÇÃO TÍPICA DE RISCO

³⁵⁷ Nesse mesmo sentido parece ser o posicionamento de Schrott, para quem, segundo citado por Heloisa Estellita, “[...] as diferenças estruturais entre a causalidade na omissão e na ação impedem que se faça uma mera transposição dos critérios (reais e ontológicos) da primeira para a segunda. Na omissão, âmbito no qual se faz um juízo de atribuição puramente normativo, são desimportantes dados ontológicos relativos ao tempo e lugar, porque do que se trata é de um juízo puramente normativo: saber se o comportamento mandado era significativo, no caso concreto, porque possibilitaria a proteção do bem contra uma ofensa (ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 258).

A situação típica de risco é o fenômeno jurídico que torna exigível que o agente atue para evitar a ocorrência do resultado, ou seja, é o que ativa o seu dever de agir³⁵⁸. A partir da sua verificação, passa-se a exigir que o garantidor pratique uma determinada ação para impedir que o bem jurídico com o qual possui uma relação de garantia seja afetado.

Será constatada a situação típica no momento em que surgir o perigo de ocorrência do resultado típico, perigo esse que se concretizará caso não haja uma interferência³⁵⁹, ou seja, o garantidor, ao se deparar com a situação típica, deverá contar que a sua inércia em relação à ação prescrita ensejará a produção do resultado lesivo ao bem jurídico³⁶⁰. Por esse motivo, trata-se de situação que *exige* a intervenção do agente garantidor³⁶¹, na qual o bem jurídico se encontra em desamparo ou em grave e iminente perigo³⁶².

Há autores que não tratam a situação típica de risco com esse grau de especificidade, aduzindo, de maneira mais genérica, que se trata apenas de uma situação na qual se cria um perigo para o bem jurídico protegido³⁶³. De qualquer sorte, não nos parece que tais autores o fazem por vislumbrar que a situação típica de risco pode ser ocasionada por perigos de pequena monta ao bem jurídico, mas, a bem da verdade, apenas dedicam menos considerações ao tema. Nesse passo, entendemos acertada a conclusão de que o perigo deve ser de tal ordem que exige a intervenção do agente garantidor, sob pena de sobrevir um resultado típico.

³⁵⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 240; SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, 2018. p. 362.

³⁵⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 240; MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*. 7. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 707.

³⁶⁰ “Asimismo, en los delitos de resultado el dolo debe extenderse también a las circunstancias que posibilitan la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico a la acción omisiva y a la posición de garante; es decir, el autor debe contar con el hecho de que su inactividad subsecuente acarreará la producción del perjuicio del bien jurídico” (MAURACH, Reinhart. *Derecho penal – parte general: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Atualizada por Heinz Zipf e Karl Heinz Gössel. Traducción de la 7. edición alemana: Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2. p. 267, grifos nossos). Na mesma linha segue Juarez Tavares, para quem “[...] o momento intelectual do dolo é composto pela consciência quanto à possibilidade do agir, à necessidade da ação e à projeção de que, caso não atue, o resultado ocorrerá com probabilidade nos limites da certeza” (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018, grifos nossos. p. 394).

³⁶¹ ROXIN, *Derecho penal – Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, 2014. tomo II. p. 814.

³⁶² TAVARES, op. cit., p. 354.

³⁶³ Por exemplo: SANTOS, *Manual de direito penal: Parte geral*, 2012, p. 198; BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 352. Na doutrina estrangeira, Roxin, apesar de apontar que “[...] una omisión típica presupone siempre en primer lugar que se haya dado una situación que exige una intervención”, na sequência aduz que “Por regla general, en los delitos de omisión improprios la situación típica consiste, sin embargo, en el solo peligro de producción del resultado” (ROXIN, *Derecho penal – Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, 2014, p. 814, grifos nossos). Jeschek, ao descrever a situação típica em seu Tratado de Direito Penal, tampouco faz menções às especificidades mencionadas (JESCHECK, *Tratado de derecho penal: parte general*, 1993. v. 2. p. 560).

Essa afirmação soa plenamente justificada sob um prisma político-criminal. De antemão, frise-se que é a situação típica que inaugura o dever de ação do garantidor, dever esse que, caso inadimplido, poderá sujeitar o omitente às penas de um crime como se o tivesse praticado ativamente. Também é importante relembrar que não se pune a título de omissão imprópria um inadimplemento *qualquer* de dever, mas tão somente a omissão que, sob um aspecto de valoração típica, é equivalente à comissão.

Nesse passo, sendo a situação típica o gatilho fático que comunica ao garantidor a obrigatoriedade de praticar *aquela* conduta *naquele* cenário, não basta à sua verificação no caso concreto que ocorra uma ameaça diminuta ao bem jurídico³⁶⁴, pois, em tal caso, não será devidamente comunicada ao garantidor a *necessidade*³⁶⁵ da ação. Para além disso, há de se questionar se é político-criminalmente razoável que se puna uma pessoa com a pena cominada à prática ativa de um crime em razão da sua omissão diante de uma situação na qual o bem jurídico não estava em iminente perigo, ou, ainda, se havia outras formas, de fácil alcance, pelas quais a sua integridade poderia ser resguardada, fosse pela própria vítima, fosse por terceiros. Ademais, admitir um conceito genérico da situação típica de risco poderia ampliar inadvertidamente o âmbito da tentativa nos delitos omissivos impróprios.

Algumas hipóteses ilustrativas: é conhecido o exemplo do pai que, mesmo presenciando o afogamento do seu filho em uma piscina e tendo condições para mergulhar e salvá-lo, deliberadamente se mantém inerte, deixando a criança vir a óbito. Não há dúvidas, nesse exemplo, quanto à verificação da situação típica de risco – afogamento da criança –, tampouco da ação exigida em virtude dos contornos do perigo imposto ao bem jurídico: que o pai entrasse na piscina para salvar a criança. Dificilmente se encontrará uma adequação típica diferente de um homicídio na modalidade omissiva imprópria neste caso.

Apresenta-se uma variante: imagine-se que o pai leva o seu filho de 6 anos de idade a um churrasco em um local no qual, sabidamente, há uma piscina com profundidade de 2 m. Entretido com seus amigos (que também levaram os filhos pequenos ao evento) em uma partida de baralho, o pai, depois de ver que as crianças estão brincando, se “esquece” do filho por um longo período de tempo³⁶⁶.

³⁶⁴ A admissão de um perigo *qualquer* para a caracterização da situação típica de risco ainda se depara com óbice nos critérios de imputação objetiva, notadamente em razão da exigência de que a conduta deve exceder o nível do risco permitido.

³⁶⁵ A efetiva *necessidade* de ação nos crimes de omissão imprópria já é constatada desde a obra de Aníbal Bruno (BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Introdução – Norma Penal – Fato punível*. p. 295).

³⁶⁶ Omitimos propositalmente, nesse primeiro momento, a ocorrência ou não de um resultado lesivo ao bem jurídico, pois se trata de dado ainda irrelevante para as indagações colocadas logo a seguir.

As indagações que se colocam, então, são as seguintes: o cenário delineado é suficiente para que se constate uma ameaça iminente à vida do filho? Trata-se de uma situação na qual se exige do pai a prática de ações diretamente destinadas a salvar a vida do filho, cuja omissão resultaria na morte da criança?

A resposta negativa se mostra mais coerente para as perguntas.

Analisando a situação apresentada, pode-se concluir de maneira segura que o pai deveria ter buscado saber onde estava seu filho, bem como que, conhecendo a existência da piscina, deveria ter se cercado dos cuidados necessários para que a criança não caísse na água. Essas eram as condutas esperadas do pai, considerando o risco até então apresentado.

Malgrado não haja dúvidas, portanto, quanto à existência de um perigo e a necessidade de uma ação, soa equivocado aduzir que esse risco seria apto a configurar, nos moldes exigíveis para o tipo objetivo do crime omissivo impróprio, uma situação típica de risco à vida do filho, de sorte que também seria equivocado aduzir que o pai omitiu uma ação de salvamento da sua vida. Não há perigo *iminente* à vida; não está delineada a *imprescindibilidade* da ação para resguardar o bem jurídico; a situação não implica um juízo de que o resultado *precisamente ocorrerá* sem interferência.

Advirta-se, contudo, que isso definitivamente não significa que, no caso de um resultado lesivo, o comportamento seria atípico. Imaginemos que, enfim, o pior ocorre: quando o pai finalmente se dá conta de que não vê o filho há muito tempo, a criança é encontrada na piscina, afogada e morta. Nesse caso, a situação de perigo evoluiu. Se, antes, o quadro fático se limitava ao filho brincar em um local no qual havia uma piscina de 2 m de profundidade sem qualquer supervisão do seu pai, nesta nova variação o filho verdadeiramente caiu na piscina, afogando-se e vindo a óbito.

A situação típica de risco à vida da criança surge no exato momento em que ela cai na piscina (ou, quando menos, no momento em que ela passou a brincar muito perto da água, com um risco claramente delineado de que pudesse cair). Sucede que, em razão de uma postura completamente negligente, o pai não adotou uma postura ativa para prevenir que a criança caísse na piscina, tampouco supervisionou as atividades do seu filho, o que o levou a ignorar completamente a existência da situação típica de risco que – agora sim – exigia a prática de uma ação de salvamento da vida do seu filho.

O desconhecimento da situação típica, no entanto, não é suficiente para a exclusão da tipicidade da conduta³⁶⁷. Neste particular, considerando que o desconhecimento do pai em

³⁶⁷ Como visto no tópico 2.2, muito embora haja autores que considerem imprescindível à capacidade de ação que o sujeito tenha efetivo conhecimento da situação típica de risco, nos filiamos à posição de Roxin no

relação à situação de perigo se deu em razão de uma postura negligente, será possível a imputação de um homicídio culposo, a título de omissão imprópria, na hipótese de preenchimento dos demais elementos pertinentes. A imputação dolosa está descartada pois o pai não representou todas as circunstâncias do tipo objetivo, já que desconhecia a situação de perigo.

Assim, esperamos ter demonstrado que a mera existência de um perigo, *per se*, não caracteriza automaticamente a presença da situação típica de risco exigível para tipificação do crime omissivo impróprio; apenas a verificação de um perigo nos moldes já descritos³⁶⁸ é apta para tanto.

Todavia, apesar da iminência de perigo que deve fazer parte da situação típica de risco, é evidente que a ocorrência do resultado ainda deve ser evitável.³⁶⁹ Por essa razão é que a identificação precisa do momento no qual surgiu a situação típica é essencial não só para a posterior identificação da conduta que deveria ser praticada, mas também para questões afetas à causalidade e à imputação objetiva, pois somente a partir do é que se poderá aferir, no caso concreto, se haveria efetivas condições de o garantidor agir para evitar o resultado típico ou não.³⁷⁰

Com efeito, sob a ótica processual penal, uma acusação pela prática de crime omissivo impróprio que prescindir da exata delimitação do momento no qual surge a situação típica de risco deve ser considerada inepta, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal³⁷¹, posto que deixa de descrever circunstância elementar à tipificação objetiva da conduta, gerando grave prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em um possível processo penal.

sentido de que o eventual desconhecimento poderá apenas influenciar a imputação subjetiva, verificando-se a capacidade de ação no caso concreto, quando a ciência da situação típica de risco fosse alcançável pelo sujeito.

³⁶⁸ Especificamente, no segundo parágrafo deste tópico.

³⁶⁹ MUNHOZ NETTO, *Os crimes omissivos no Brasil*, 1982. p. 19.

³⁷⁰ MARTINELLI; BEM, *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*, 2022. p. 707.

³⁷¹ A título de exemplo, na jurisprudência: RHC n. 39.627/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 30/4/2014 – Informativo n.º 538 do Superior Tribunal de Justiça.

3 TEORIAS DO DOLO³⁷²

3.1 LINHAS INICIAIS: DELIMITAÇÃO DA PESQUISA SOBRE O DOLO NESTE TRABALHO

As investigações acerca da delimitação do conceito de dolo, notadamente no que tange ao seu conteúdo e métodos de prova, constituem parte expressiva e importante dos estudos dedicados ao Direito Penal. Considerando que a produção científica acerca desse tema é demasiada extensa, desde já é importante alertar ao leitor que este trabalho não pretende debruçar-se com alto grau de especificidade sobre toda a discussão jurídica atinente ao dolo.

Interessa-nos, nesse particular, “apenas” avaliar a compatibilidade do dolo eventual com os delitos omissivos impróprios. Para fazê-lo de maneira satisfatória, contudo, mostra-se necessário ultrapassar o estudo do tradicional tratamento conferido ao dolo pelas intituladas teorias volitivas, isto é, aquelas que vislumbram no dolo a imprescindível presença de um elemento volitivo.

Nada obstante essas teorias – independentemente das variações de conteúdo e também terminológicas – sejam dominantes na jurisprudência³⁷³ brasileira, entende-se que, com o recente avanço das teorias cognitivas, não se poderia deixar de analisar as suas propostas e críticas às concepções volitivas.

³⁷² Este capítulo seguirá, preponderantemente, o caminho percorrido por Eduardo Viana em sua obra “*O dolo como compromisso cognitivo*”. O livro foi escolhido como base para este capítulo em razão da sofisticada – e ao mesmo tempo sintética – exposição das principais teorias do dolo desenvolvidas desde o fim do século XIX. Considerando, ainda, que boa parte dos autores mencionados por Eduardo Viana não possuem suas obras traduzidas para português ou espanhol, a escolha da sua obra também foi feita por motivos pragmáticos.

³⁷³ Nota-se que há, na jurisprudência brasileira, uma mescla entre as teorias do consentimento e da indiferença. Destacam-se, a título de exemplo, julgados que aparentam aplicar a teoria do consentimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal: HC 91159, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 2/9/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-02 PP-00281; HC 101698, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 29-11-2011 PUBLIC 30-11-2011. Aplicando a teoria da indiferença: HC 197342 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 12-03-2021 PUBLIC 15-03-2021. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, igualmente há uma variação, sendo certo que há julgados nos quais inclusive se aplicam os termos de ambas as teorias juntos: RHC n. 126.003/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 23/11/2020; REsp n. 1.327.087/DF, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 10/9/2013, DJe de 11/11/2013. Aplicando apenas a teoria do consentimento: REsp n. 1.689.173/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 26/3/2018.

O percurso proposto ao leitor, então, foi construído nas seguintes etapas: serão expostas as bases e variações de algumas das principais teorias volitivas, procedendo-se ao mesmo caminho com as teorias cognitivas. Depois, será feito um balanço intermediário entre ambos os grupos de teorias, para que, aí sim, se chegue ao ponto final deste trabalho: a análise de compatibilidade entre o dolo eventual e a omissão imprópria.

3.2 TEORIAS DE CORTE VOLITIVO

Com o início do século XX³⁷⁴, começam as tentativas de sistematização analítica do delito, despontando, naquele momento, os sistemas causal-naturalista, também denominado de sistema Liszt-Beling, e o finalista, cujo expoente fora Welzel³⁷⁵.

No primeiro, reduzia-se o conceito de ação à mera provocação de uma modificação externa no mundo, sem levar em conta os aspectos mentais do indivíduo no momento de realização da conduta; tratava-se, assim, de um conceito precipuamente causalista e objetivo. Diante dessa concepção do ilícito “como um acontecer avalorado”, a aferição quanto ao dolo ou culpa era relegada à análise da culpabilidade, concebendo-se a conduta dolosa como aquela praticada por um indivíduo que, consciente da ilicitude do comportamento, decide praticar um tipo penal.³⁷⁶

Já no sistema finalista, como o próprio nome sugere, o protagonismo na análise da ação era da finalidade, tida como inerente à conduta humana. A conduta, nesse sistema, obedeceria às seguintes etapas: (i) a representação do fim, (ii) a escolha dos meios e reflexão

³⁷⁴ Por razões já expostas na página anterior, dispensou-se a apresentação de uma efetiva contextualização histórica sobre o dolo; sem embargo, acreditamos pertinente dedicar algumas linhas ao assunto. Há autores que apontam a existência de valoração dos elementos subjetivos já no Código de Hammurabi, bem como na obra de Aristóteles, “Ética a Nicômaco” (CARRILLO, Armando Sánchez Málaga. *Concepto y delimitación del dolo*. Teoría de las condiciones para el conocimiento, Universitat de Barcelona. 2017. 747 f. Tesis (Doctorado de Derecho y Ciencia Política) – Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Barcelona, 2017. p. 201-202. Datam do século XIII algumas obras, como as de São Tomás de Aquino, que já se propunham a distinguir as categorias de dolo, ainda que não o fizessem com a nomenclatura atual. Desde então, o papel da vontade como critério de culpabilidade já era colocado em debate (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 64, p. 222-238, jan./fev. 2007, p. 222-223). Já no Iluminismo, as discussões a respeito da imputação subjetiva tiveram como principais expoentes Feuerbach, defensor de um conceito acentuadamente ancorado em um pensamento volitivo e psicológico, e Hegel, apoiado em uma teoria racional-cognitiva e normativa (MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 78.

³⁷⁵ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 46-47.

³⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 47-49.

sobre os efeitos colaterais desta escolha, bem como (iii) a efetiva prática da conduta, dirigida à consecução do fim previamente representado, com a utilização dos meios eleitos. Assim, ancorando-se na premissa de que toda conduta humana teria finalidade, seria doloso o comportamento deliberadamente dirigido à prática de um delito. Como consequência disso, retira-se da culpabilidade a análise do dolo³⁷⁷, que passa a integrar o próprio conceito de injusto.³⁷⁸

Toda essa evolução, é importante dizer, demonstra a imprescindível necessidade de que somente se puna criminalmente aquele indivíduo que possua um nexó *subjetivo* com o fato. Trata-se, como ensina Nelson Hungria, da materialização do *nulla poena sine culpa*, elevado a “*princípio central do direito penal moderno*”³⁷⁹ e responsável pela inequívoca exclusão da possibilidade de responsabilização penal objetiva³⁸⁰. Dessa forma, sob uma perspectiva político-criminal, é correta a assertiva de que o dolo cumpre uma função redutora do poder punitivo.³⁸¹ Ultrapassada essa breve contextualização, passa-se ao tema central deste tópico.

As teorias de corte volitivo, predominantes na doutrina e jurisprudência brasileiras, são marcadas pelo protagonismo da vontade no conceito de dolo. Considera-se como marca imprescindível ao dolo a existência da vontade do agente em praticar o tipo penal. Soma-se ao elemento volitivo, ainda, um elemento cognitivo, consistente, em síntese, no conhecimento dos elementos objetivos do tipo penal em tela.

³⁷⁷ RUIVO, Marcelo Almeida; WUNDERLICH, Alexandre. Culpa consciente e dolo eventual (Parecer Caso “Boate Kiss”: Santa Maria/RS). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, v. 161, p. 365-390, 2019. p. 371.

³⁷⁸ VIANA, op. cit., 2017. p. 50-55. Como bem destaca Roxin, “[...] *el dolo dirigido a la realización de un tipo (el dolo típico) pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste*) (ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. tomo I. p. 414). Também tratando sobre as mudanças que o finalismo trouxe sobre o conceito de dolo: AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 74, p. 86-132, set./out. 2008. p. 4.

³⁷⁹ HUNGRIA, Nélson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. tomo II. p. 108-109.

³⁸⁰ Vincula-se à consagração do princípio da responsabilidade penal subjetiva a necessidade de proporcionalidade entre a gravidade da pena e o desvalor subjetivo conferido à conduta do agente (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Barcelona: Bosch, 1999. p. 36.)

³⁸¹ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 270.

Assim, malgrado haja algumas variações terminológicas, a doutrina dominante caracteriza o dolo como “*conhecer e querer os elementos objetivos do tipo legal*”³⁸², ou seja, demanda-se a existência concomitante dos elementos cognitivo e volitivo, para que se possa classificar determinada conduta como dolosa³⁸³, destacando-se que o aspecto cognitivo sempre deve ser verificado antes do aspecto volitivo³⁸⁴.

Essa necessidade decorre de um conseqüência lógico, no sentido de que não é possível querer aquilo que não se representa.³⁸⁵ Nessa esteira, a dimensão subjetiva é representada pela relação intelectual (elemento cognitivo) e de vontade (elemento volitivo) do autor com o comportamento e o seu resultado³⁸⁶.

Com efeito, o aspecto cognitivo exigido para a caracterização do dolo consiste em uma efetiva consciência³⁸⁷ acerca dos elementos necessários para dirigir a sua conduta a uma

³⁸² Idem, ibidem, p. 271. Citam-se, na referida obra, diversos autores que convergem nessa conceituação do dolo, tais como Welzel, Jeschek, Gimbernat Ordeig e Stratenwerth. No Brasil, destacam-se, além de Nilo Batista, as lições de Aníbal Bruno, Marcelo Ruivo e Alexandre Wunderlich (BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 60; RUIVO; WUNDERLICH, *Culpa consciente e dolo eventual (parecer caso “Boate Kiss”*: Santa Maria/RS, 2019. p. 373). Por fim, a título de ilustração, vale mencionar que essa estrutura do conceito de dolo já era percebida desde o direito penal romano, que concebia no conceito de *dolus* (ou *sciens dolo*, dentre outros termos equivalentes) uma conjugação entre compreensão e má e intenção, caracterizando a conduta dolosa, portanto, como “fazer algo intencionalmente sabendo de sua maldade”. Remonta ao direito romano, então, a tradicional estrutura de “conhecer e querer” como síntese do conceito de dolo (COSTA, Pedro Jorge. O dolo no direito romano: conceito, prova e suas influências posteriores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 124, p. 37-63, out. 2016., p. 3; 8). Ainda a título de complemento, nota-se que a fórmula “conhecer e querer” é utilizada em diversos outros ordenamentos estrangeiros, tais como o francês, o alemão, o austríaco e o suíço (CLARK, R. S. The mental element in international criminal law: the Rome statute of the international criminal court and the elements of offences. *Criminal Law Forum*, v. 12, n. 3, p. 291-334, 2001. p. 302).

³⁸³ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 57.

³⁸⁴ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, op. cit., p. 273.

³⁸⁵ HUNGRIA; FRAGOSO, op. cit., 1978. v. 1. tomo II. p. 110. No mesmo sentido: BRUNO, op. cit., p. 61. Na doutrina estrangeira: CONDE; ARÁN, *Derecho penal*, 2010, p. 269.

³⁸⁶ RUIVO-WUNDERLICH, *Culpa consciente e dolo eventual (parecer caso “Boate Kiss”*: Santa Maria/RS), p. 370.

³⁸⁷ Embora este capítulo tenha como principal intuito a análise da disputa que há entre a necessidade ou não do elemento volitivo para o conceito de dolo, não se poderia deixar de tecer algumas linhas acerca da disputa que também existe em relação à (im)prescindibilidade do elemento cognitivo. Como bem aponta Wagner Marteleto Filho, a doutrina de Carpzov já afirmava a equivalência normativa entre um desconhecimento irracional e o efetivo conhecimento, em um movimento que podemos intitular, como faz Marteleto Filho, como uma normativização do conceito de dolo também em relação ao elemento cognitivo (MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolus indirectus* ontem e hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 168, p. 69-90, jun. 2020. p. 2). Esse pensamento se comunica com a anglo-saxã *willful blindness doctrine*, oriunda de julgamentos realizados nas cortes inglesas durante o século XIX, bem como amplamente difundida nos Estados Unidos da América, notadamente depois do surgimento do *Model Penal Code*, cujo conteúdo inaugurou a possibilidade de condenações jurídicas ancoradas no fundamento de que o sujeito “tinha a possibilidade, diante de determinada circunstância, de conhecer a conduta criminosa”, fazendo jus, por isso, à condenação (FAYET, Fábio Agne; CARVALHO, Andersson Vieira. Teoria da cegueira deliberada e os limites de responsabilização subjetiva no Direito Penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 163, p. 153-195, jan. 2020. p. 11). Isto é, para a teoria da *willfull blindness* a imputação seria cabível ainda que o sujeito não detivesse um “conhecimento acabado do fato” (PARDINI, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*, 2019. p. 37). Na doutrina atual, esse

finalidade típica³⁸⁸, ou seja, é necessário investigar se o agente dispunha de conhecimento suficiente acerca de todos os elementos objetivos para que pudesse materializar a vontade de realizar um tipo penal.

Ilustrando: ao cozinheiro que prepara uma moqueca com camarão para uma pessoa desconhecida, com severa alergia ao crustáceo, a qual vem a ter uma anafilaxia e quase morre, não se poderá cogitar uma imputação dolosa por tentativa de homicídio, na medida em que lhe falta o conhecimento de uma circunstância fática essencial à verificação do tipo penal.

A bem da verdade, ordinariamente essa resposta se mantém ainda que, de alguma forma, o cozinheiro, em tese, pudesse ter ciência da alergia. Imagine-se que agora estamos tratando de um almoço de família, no qual um pai serve essa mesma moqueca para sua filha e sua nora, sendo certo que, em uma oportunidade longínqua, a filha teria comentado sobre a alergia da sua namorada. Não se pode negar que o pai, de alguma forma, ainda que inconscientemente, tinha conhecimento sobre a alergia, de sorte que poderia, se tivesse refletido sobre isso, lembrar-se da questão. Ainda assim, não se tratava de um conhecimento com o *grau de atualização suficiente*³⁸⁹ a se reconhecer uma finalidade típica, uma vez que sua vontade não poderia ser orientada a partir daquela moldura fática.

Por outro lado, são distintas as situações nas quais, muito embora não haja um conhecimento expressamente representado no momento da conduta, os aspectos necessários

posicionamento parece ser perfilhado por Jakobs, que, ainda segundo Marteleto Filho, defende que nas hipóteses de “desconhecimento por indiferença” não haveria razão para a exclusão do dolo. Sobre o tema, Marteleto Filho parece, em algum grau, concordar com o raciocínio apresentado, notadamente quando aduz que, nas hipóteses de *ignorantia mala* seria possível verificar a hostilidade perante a norma inerente ao atuar doloso; é bem verdade que, todavia, o autor deixa em aberto se esse aspecto seria suficiente, *de lege ferenda*, a legitimar uma imputação dolosa (MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolus indirectus* ontem e hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 168, p. 69-90, p. 3-7, jun. 2020). Luís Greco, acompanhado da doutrina majoritária, se posiciona de maneira contrária, aduzindo que o conhecimento, em sentido psicológico, de fato é um componente essencial do dolo, pois somente o conhecimento gera, no sujeito ativo, um efetivo domínio sobre o que se pretende realizar (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS *et al.* (coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 891). É este o posicionamento que me parece mais correto. Por fim, para além dos argumentos dogmáticos contrários à cegueira deliberada, parece-nos incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro uma imputação dolosa que prescindia do elemento cognitivo, haja vista que o próprio Código Penal, ao regulamentar a figura do erro do tipo, inequivocamente elege o elemento cognitivo como peça essencial à caracterização do dolo. No mesmo sentido: AVELAR, Michael Procopio Ribeiro Alves; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cegueira deliberada: a imputação dolosa sem conhecimento. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 4, p. 109-131, out./dez. 2020, p. 12-14; LOBATO, José Danilo Tavares. Rezende, Thiago Rocha de. A cegueira deliberada e o dolo eventual: uma relação de desarmonia. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 9, p. 217-248, jan./mar. 2022. p. 11.

³⁸⁸ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018. v. 2. tomo I. p. 273.

³⁸⁹ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 274.

à orientação da finalidade típica são inexoravelmente vinculados ao que o agente efetivamente representou³⁹⁰. Nessas hipóteses, entende-se que há uma coconsciência do dolo, ou seja, a ausência de reflexão acerca de um determinado aspecto não impossibilitará a verificação do dolo quando a parcela fática não representada pelo indivíduo for indissociável daquela que fora representada.³⁹¹

Um dos possíveis exemplos sobre a coconsciência diz respeito a uma das hipóteses de estupro de vulnerável: não se exige que o indivíduo, no momento do ato sexual, reflita acerca da idade da vítima, bastando que tenha conhecimento prévio sobre a pouca idade da pessoa vulnerável no momento da conjunção carnal ou ato libidinoso.

Feita essa breve explanação em relação à qualidade do conhecimento nas teorias volitivas, passa-se a analisar o tratamento da *vontade* nesse grupo de teorias, notadamente a sua influência na classificação tripartida do dolo – dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual –, bem como, mais adiante, o papel da vontade na distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

3.2.1 O papel da vontade nas teorias volitivas

As teorias volitivas encontram na vontade do agente a circunstância protagonista para aferição do dolo. É a vontade do indivíduo, portanto, o aspecto essencial para que se possa chegar à conclusão de que sua conduta foi praticada com dolo ou não, sendo essa conclusão positiva quando *a produção do resultado típico* estiver inserida na sua vontade³⁹².

A classificação da conduta, todavia, não se limita à simples constatação ou não de um dolo “geral”. A doutrina majoritária, tomando como parâmetro a *intensidade* e o *objeto* da vontade do indivíduo, bem como o seu conhecimento, adota uma classificação tripartida do dolo, assim segmentada: dolo direto de primeiro grau; dolo direto de segundo grau; e dolo eventual. Desde já, adverte-se ao leitor que os conceitos atinentes ao dolo direto de primeiro e segundo grau serão delineados apenas de forma superficial, notadamente em razão de importar a este trabalho destrinchar em detalhes apenas o conceito de dolo eventual.

³⁹⁰ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 59.

³⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 61.

³⁹² As variações sobre como essa vontade se apresenta – diretamente ou por meio de uma aceitação do resultado, por exemplo – serão abordadas mais adiante.

3.2.2 O dolo direto de primeiro grau

Trata-se do clássico dolo “intencional”, verificado “[...] *quando a vontade do agente abrange a produção do resultado típico como um fim em si mesmo*”³⁹³, ou seja, quando o agente possui a deliberada intenção de praticar uma conduta dirigida a um resultado penalmente previsto. É o caso daquele que, querendo matar seu desafeto, dispara três tiros contra o seu peito – “atira para matar”.

Igualmente, haverá dolo direto quando, apesar de o fim do agente não ser criminoso, o meio elegido para alcançar o aludido fim constitua um ilícito penal. Assim, em casos nos quais o indivíduo realiza “[...] *o tipo penal como plataforma intermédia necessária para alcançar seu propósito principal*”³⁹⁴, considerar-se-á esta conduta intermediária como abrangida pela intenção do autor, e, por conseguinte, uma conduta dolosa.

Noutro giro, há de se destacar que o mero desejo, desacompanhado de uma efetivação, ou seja, de uma materialização da vontade (ou “*vontade de realização*”), não será suficiente à caracterização do dolo.³⁹⁵

No que se refere ao aspecto cognitivo, basta que o indivíduo aja com a suposição de uma possibilidade de concretização do resultado, ainda que se trate de pequena probabilidade.³⁹⁶

3.2.3 O dolo direto de segundo grau

³⁹³ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018. v. 2. tomo I. p. 275. Por todos, destaca-se a concepção elaborada por Aníbal Bruno, para quem “[...] *no dolo direto o agente prevê o resultado como consequência necessária do seu ato e quer que ele ocorra*” (BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 72).

³⁹⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 67. O autor apresenta o seguinte exemplo: “Imagine-se, por exemplo, o filho que tem o propósito de receber imediatamente o seu quinhão decorrente da sucessão hereditária; como o seu pai ainda goza de boa saúde, o filho não vê possibilidade de que isso ocorra em breve espaço de tempo, razão pela qual resolve matá-lo. Nesse caso, fica bastante evidente que a meta final do agente não é a realização do tipo, senão, única e exclusivamente, receber a tão almejada herança”. Na doutrina estrangeira, Roxin aduz que “[...] *intencional es en todos los casos también aquello que se realiza de propósito como medio para ulteriores fines*” (ROXIN, *Derecho penal – parte general. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, 1997. tomo I. p. 419).

³⁹⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 68

³⁹⁶ ROXIN, *Derecho penal – parte general. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, 1997. tomo I. p. 416. Merecem menção, todavia, as hipóteses de crime impossível, seja em razão da absoluta ineficácia do meio, seja pela absoluta impropriedade em objeto. Nesses casos, no ordenamento jurídico brasileiro, exclui-se a própria tipicidade da conduta.

Haverá dolo direto de segundo grau, também chamado de “*dolo de consequências necessárias*” ou “*dolo mediato*”, quando o resultado típico representar uma consequência indissociável do propósito representado e perseguido pelo indivíduo³⁹⁷.

Essa definição nos leva a um ponto de interesse: ainda que estejamos no âmbito das teorias volitivas, esse conceito admite que o dolo abranja consequências que podem ser até mesmo indesejadas pelo indivíduo.

Ilustrando com um exemplo: um cozinheiro irá servir um jantar para um casal por quem nutre sentimentos antagônicos – um dos componentes do casal é odiado pelo cozinheiro, o outro é amado. O cozinheiro decide matar o seu desafeto por meio de envenenamento do jantar que será servido, sabendo, todavia, que o outro componente do casal também comeria a comida e, por conseguinte, morreria. Essa consequência colateral, que é tida como certa (apesar de indesejada, já que ocasionaria a morte de uma pessoa amada) pelo cozinheiro, não é suficiente para fazê-lo desistir de seu propósito homicida. Por fim, o casal come abundantemente a comida servida, vindo a óbito logo a seguir.

Não obstante a morte de um deles tenha sido indesejada, justifica-se a imputação a título de dolo a partir da incorporação do meio de execução do crime à vontade do agente³⁹⁸. Isto é, ainda que a consequência colateral – representada pelo autor como altamente provável e indissociável da consecução do resultado perseguido³⁹⁹ – não estivesse em consonância com seu desejo, a utilização dos meios que levariam àquela consequência foi objeto da sua representação e vontade, considerando-se, por esse motivo, a conduta dolosa.

Como se vê, a depender do caso concreto, haverá uma diminuição de intensidade do elemento volitivo, a qual, contudo, será compensada pela intensificação do elemento cognitivo⁴⁰⁰.

³⁹⁷ MARTINELLI; BEM, *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*, 2022. p. 598; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, p. 142-153, abr./jun. 2002. p. 2. Tratando sobre o dolo direto de segundo grau, ainda que sem esta nomenclatura: BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 72. Na doutrina estrangeira: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 523. Conceito semelhante é trabalhado no artigo 30 do Estatuto de Roma, no qual se dispõe que o indivíduo age com “intent” – elemento subjetivo que nos parece análogo ao dolo direto – não só nas hipóteses em que efetivamente se propõe a causar uma determinada consequência típica, mas também quando tem conhecimento de que a consequência ocorrerá no curso ordinário dos eventos provocados por seu comportamento (BADAR, Mohamed Elewa. The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary from a comparative criminal law perspective. *Criminal Law Forum*, n. 19, p. 473-518, 2008. p. 478; BADAR, Mohamed Elewa. Dolus eventualis and the Rome statute without it? *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 12, n. 3, p. 433-467, 2009. p. 464).

³⁹⁸ BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018. v. 2. tomo I. p. 275.

³⁹⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 72.

⁴⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 72-73.

A princípio, nota-se certa contradição no fato de uma teoria volitiva englobar um conceito de dolo que seja aplicável a casos nos quais o resultado seja contrário ao desejo íntimo do agente. Essa contradição é apontada pelos críticos das teorias volitivas como um “abandono de premissa conceitual”, posto que a vontade, em sentido psicológico, seria substituída por um conceito normativo-atributivo⁴⁰¹.

Parece-nos, no entanto, que essa crítica não é procedente, notadamente pois o mero desagrado do agente em relação ao resultado não é suficiente para descartar o dolo.

Fundamenta-se esse posicionamento na premissa de que, se o agente representa os meios e consequências necessários à consecução dos seus objetivos e decide agir, ou seja, quer agir sabendo o que inevitavelmente causará, esse curso causal e os seus resultados estão abrangidos pela vontade de agir.

⁴⁰¹ SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: Greco, Luís; Lobato, Danilo. *Temas de direito penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 270.

Isto é, o elemento volitivo se faz presente na medida em que o indivíduo quer efetivar um comportamento que necessariamente ensejará um resultado típico, de modo que o seu descontentamento com os meios necessários e as ulteriores consequências que advêm de tais meios não representam uma exclusão do seu querer realizar o tipo penal⁴⁰².

Neste ponto, deve-se aplicar lógica semelhante àquela utilizada para descartar o dolo direito de primeiro grau em hipóteses nas quais o agente apenas *deseja* um determinado resultado, deixando de materializar esse desejo⁴⁰³. É que, se é certo que falta uma vontade de realização ao indivíduo que apenas presenteia seu desafeto com uma passagem aérea e torce para que ocorra um acidente⁴⁰⁴, no dolo direto de segundo grau igualmente falta uma “materialização” do desejo de não dar causa às consequências colaterais, desejo esse que sucumbe perante o desiderato de produzir o resultado precisamente perquirido pelo autor.

Em outras palavras, o que parece ocorrer nesses casos⁴⁰⁵ de dolo direto de segundo grau é uma ponderação entre os desejos internos do indivíduo: de um lado, há o desejo de produção do resultado “principal”, cuja ocorrência é, portanto, almejada; de outro, há determinadas consequências colaterais indissociáveis do resultado “principal” que podem inclusive ser indesejadas pelo sujeito. Da ponderação desses dois desejos, o indivíduo pode trilhar dois caminhos: ou renunciar à prática da conduta ou praticá-la ainda que parte dos desdobramentos a ela inerentes lhe seja desagradável.

Ao caminhar pela primeira opção, o indivíduo não externaliza nenhuma vontade de realização típica. Nela, o descontentamento quanto à realização das consequências colaterais supera o desejo de produzir o resultado principal, fazendo com que o autor renuncie à

⁴⁰² É importante tornar explícita a diferença que há entre o *querer* como elemento volitivo do dolo e o mero desejo do agente: o primeiro não se confunde com o segundo. Como bem ressaltam Muñoz Conde e Arán, “[...] para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo o con los *móviles* del sujeto” (CONDE; ARÁN, *Derecho Penal*: parte general, 2010. p. 269, grifo do autor). Tenca trabalha a diferença entre “*querer*” e “*desejar*” indicando que o primeiro se refere a um verbo ativo, e o segundo, a um verbo passivo. O autor exemplifica sua definição da seguinte forma: “En el *querer* hay una voluntad direccionada a obtener un fin determinado, sin que obste a ello que algunas de las consecuencias que traiga aparejado el fin propuesto puedan no ser deseadas” (TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 315). Muito embora a definição de “verbo ativo” e “verbo passivo” cause certa dúvida, a ideia transmitida pelo autor se mostra correta e alinhada com a que defendemos neste tópico, haja vista que correlaciona o mero desejo a um sentimento interno que não necessariamente se materializa em um *querer*, que está presente a partir do momento no qual o sujeito coloca em prática a vontade de empreender um determinado comportamento.

⁴⁰³ Analisando o tema sob uma perspectiva da causalidade, bem destaca Costa e Silva que a vontade humana, por si só, não pode constituir causa de um evento (SILVA, *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, 2004. v. 1. p. 7).

⁴⁰⁴ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 68

⁴⁰⁵ Mais especificamente, nos casos em que o indivíduo não deseja as consequências colaterais, podendo até tê-las como indesejadas.

conduta. Assim, apenas é materializado pelo indivíduo o desejo “vencedor”, ou seja, o desejo de não dar causa às consequências colaterais, o que, como consequência, faz com que também seja renunciada a produção do resultado principal.

Já ao perquirir a segunda opção, o autor pratica uma conduta com a finalidade de produzir um resultado “principal”, o qual, segundo sua representação interna, levará à produção das consequências colaterais indesejadas. Nesse cenário, o desejo “vencedor” é o de levar a cabo o resultado “principal”, dando azo, por conseguinte, à realização das consequências colaterais. Ou seja, a vontade materializada pelo indivíduo abrange a produção de ambos – resultado principal e consequências colaterais –, muito embora essas últimas, inseparáveis da conduta, possam ser indesejadas.

Dessa forma, não se mostra correto afirmar que há um abandono da premissa conceitual, já que as consequências colaterais estão igualmente abrangidas pela vontade de realização materializada pelo indivíduo. Na disputa intrapsíquica entre a vontade de praticar a conduta que produzirá o resultado principal necessariamente somado às consequências colaterais *versus* o desagrado com a ocorrência de tais consequências, apenas “transborda o querer íntimo”⁴⁰⁶ do agente a “primeira vontade”, de modo que o desagrado em relação às consequências não chega a ingressar no mundo fenomênico por meio de qualquer comportamento do sujeito, e, por conseguinte, não atua como elemento apto a excluir o dolo.

Assim, se é certo que ao Direito Penal não são relevantes os pensamentos internos do indivíduo que não se externalizam por meio de condutas⁴⁰⁷, o elemento volitivo do comportamento do agente deve ser verificado a partir dos desejos que foram concretamente materializados. Desta feita, se (i) as consequências colaterais são indissociáveis do resultado; se (ii) o resultado é desejado pelo indivíduo; e se (iii) o indivíduo age em busca deste resultado, a sua conduta está volitivamente dirigida à produção não só do resultado, mas também das consequências colaterais representadas como indissociáveis do resultado.

⁴⁰⁶ Me valí, nessa frase, de alguns dos termos utilizados por Paulo José da Costa Jr. ao explicar o conceito unitário de conduta. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004. P. 15.

⁴⁰⁷ Como bem destaca Aníbal Bruno, “[...] a simples vontade ilícita, sem manifestação externa, é indiferente para o Direito” (BRUNO, *Direito penal – Parte geral*: Fato punível, 1967. tomo 2. p. 60). Também Paulo José da Costa Jr. aponta como princípio basilar o fato de que pensamentos delituosos somente adquirem relevância penal quando exteriorizados por meio de comportamentos. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 2004. p. 38.

Com efeito, se é lícita a assertiva de que “*agir dolosamente significa saber o que faz e querer fazer*”⁴⁰⁸, não parece haver contradições entre a conceituação do dolo direto de segundo grau e as premissas adotadas pelas teorias volitivas.

Verifica-se, assim, o elemento volitivo do dolo direto de segundo grau: na vontade de praticar uma conduta que, segundo sua representação, inevitavelmente levará à produção de consequências colaterais caso o resultado principal ocorra, consequências essas desejadas ou não.

Por fim, faz-se a ressalva de que todo esse raciocínio é apoiado na existência de um elemento cognitivo intenso, que permita ao indivíduo representar a ocorrência das consequências colaterais como indissociáveis da efetivação do resultado perquirido⁴⁰⁹. Quando, porém, as consequências colaterais forem apenas possíveis, somente caberá uma eventual imputação subjetiva por dolo eventual, desde que, contudo, haja uma disposição anímica que, de alguma forma, incline-se às tais consequências.

3.2.4 O dolo eventual

São diversas as teorias que pretendem definir o conceito de dolo eventual. Antes de analisar algumas delas e pontuar as suas diferenças, serão feitos alguns apontamentos atinentes aos aspectos que a elas são comuns.

Em síntese, para a doutrina majoritária, pode-se dizer que o dolo eventual é verificado em hipóteses nas quais a consequência colateral é representada pelo agente como um resultado *possível*⁴¹⁰, verificando-se, em algum grau, uma postura anímica do indivíduo que se harmonize com o tal resultado⁴¹¹. Nas palavras de Nilo Batista e Zaffaroni, “[...]”

⁴⁰⁸ MARTINELLI; BEM, *Direito penal, parte geral*: lições fundamentais, 2022. p. 589, grifos nossos.

⁴⁰⁹ Ressalta-se, em relação a esse juízo de alta probabilidade, que o indivíduo pode até vislumbrar a ocorrência da consequência colateral apenas como possível no curso causal, desde que, todavia, saiba que a implementação da consequência principal conduzirá, seguramente, à provocação da consequência colateral (ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 423; PUPPE, Ingeborg. *Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. Organização: Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho; tradução: Luís Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 92.

⁴¹⁰ Para além das teorias trabalhadas nos tópicos seguintes, observa-se, também no âmbito do Direito Penal Internacional, a noção de que o elemento cognitivo do dolo eventual é concebido de maneira enfraquecida, satisfazendo-se com a representação da mera *possibilidade* de ocorrência do resultado. É nesse sentido, por exemplo, a opinião do prof. Kai Ambos, ao comentar sobre a inviabilidade de subsunção do dolo eventual ao artigo 30 do Estatuto de Roma (AMBOS, Kai. General principles of criminal law in the Rome Statute. *Criminal Law Forum*, v. 10, p. 1-32, 1999. p. 21-22).

⁴¹¹ É oportuno mencionar uma vertente da doutrina argentina que defende a impropriedade do predicado “eventual” em relação ao dolo. Em síntese, argumenta-se que a falta de um “querer” deve rechaçar completamente a possibilidade de classificar um atuar como doloso. Para os defensores dessa posição, o chamado “dolo eventual” seria, na realidade, uma forma de culpa grave. Assim, entendem que a aplicação

*existe dolo eventual, também chamado indireto ou condicionado, quando o resultado típico constitui um efeito apenas possível dos meios escolhidos pelo agente, que não obstante, o incorpora à sua vontade”.*⁴¹²

Em comparação com as duas modalidades de dolo supramencionadas, nota-se que o dolo eventual apresenta um *minus*⁴¹³ em relação aos elementos das modalidades de dolo direto⁴¹⁴. Quando comparado com o dolo direto de segundo grau, verifica-se um *minus* em relação ao elemento cognitivo, especialmente no que se refere à representação da probabilidade de ocorrência do resultado típico como consequência colateral.

Quando se faz a contraposição com o dolo direto de primeiro grau, há um *minus* em relação à *vontade* do agente: neste, a sua vontade está intrinsecamente conectada ao resultado produzido, isto é, o agente persegue uma determinada consequência como o principal intuito da sua conduta; já no dolo eventual, a vontade do agente está dirigida a fim diverso do resultado colateral produzido, o qual se apresenta apenas como um desdobramento alheio e ocasional ao seu propósito principal, havendo, no entanto, alguma disposição anímica do indivíduo inclinada à realização desse resultado colateral.

A presença dessa disposição anímica é de suma relevância, pois, de acordo com as teorias volitivas, será ela a responsável pela fronteira entre dolo eventual e culpa consciente. Ambos possuem, em comum, a representação objetiva do resultado como possível; a sua marca diferenciadora, todavia, reside na existência desse elemento volitivo, reconhecido, como dito, partindo-se de uma inclinação subjetiva do agente ao resultado.

do marco penal destinado ao dolo não seria compatível com o que se concebe como dolo eventual, sugerindo-se, de *lege ferenda*, o aumento do preceito secundário dos tipos penais culposos para que se punam com mais severidade os casos de culpa grave ou temerária em detrimento de lhes conferir a pena atribuída ao delito doloso (TENCA, *Dolo eventual*, 2010. p. 357; VITALE, Gustavo L. *Dolo como actuar deliberado*. Su distinción con la culpa. 2. ed. Hammurabi, 2020. p. 68-69; p. 172-173). Apesar de interessante, o posicionamento parece não ter lugar no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a redação legal do art. 18, inciso I, do Código Penal, dispõe expressamente sobre a assunção do risco como uma modalidade do dolo.

⁴¹² BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018. v. 2. tomo I. p. 276.

⁴¹³ É digno de menção o posicionamento do professor Joe Tennyson Velo, que defende a inconstitucionalidade da equiparação entre dolo eventual e dolo direto, consagrada no art. 18, I, do Código Penal brasileiro. Em síntese, considera-se que há uma violação ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista a diferença valorativa entre querer e meramente assumir o risco, não se poderia dirigir, ainda que em tese, o mesmo grau de reprovação a ambos os casos. O autor propõe que o dolo seja compreendido pelo viés de uma perspectiva subjetivo-explicativa, segundo a qual o dolo deveria necessariamente ser composto por uma indiferença ou outra emoção que traduz um valor antiético do sujeito em relação ao bem jurídico (VELO, Joe Tennyson. A fenomenologia do dolo “eventual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 108, p. 15-54, maio/jun. 2014. p. 16).

⁴¹⁴ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 73. Na doutrina estrangeira: ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 416.

O conteúdo desse elemento volitivo “enfraquecido”, no entanto, é concebido das mais diversas maneiras na doutrina, apesar de as variações de *sentido* entre as teorias serem muito menores do que as variações *terminológicas*. Isto é, malgrado as pluralidades linguísticas, pode-se perceber certa similitude no conteúdo das principais teorias que se propõem a conceituar o dolo eventual.

3.2.4.1 Teorias do consentimento (ou assunção aprovadora do risco)

Para os defensores deste grupo de teorias, o dolo deverá ser descartado nos casos em que o indivíduo confiar na não ocorrência do resultado, a despeito de a possibilidade de sua ocorrência tenha sido incluída na representação do sujeito. Por outro lado, será dolosa a conduta quando o autor estiver de acordo ou aprovar o resultado típico previamente representado como possível.

Podem ser destacadas duas vertentes da teoria: a primeira, que concebe o “aprovar” ou “consentir” com base em uma perspectiva puramente psicológica, cotidiana; a segunda, que concebe os aludidos termos partindo de uma perspectiva preponderantemente atributivo-normativa⁴¹⁵.

Na primeira vertente, todo resultado que for contrário aos desejos internos do autor, é dizer, psicologicamente reprovado, somente poderá ser atribuído a título de culpa consciente, haja vista a ausência de uma atitude psíquica positiva em relação resultado⁴¹⁶.

Essa definição é criticada por pelo menos duas razões. A primeira delas, de cunho político-criminal, é no sentido de que a concepção passa ao largo da ideia de que o intuito dos tipos dolosos não é castigar as ofensas a bens jurídicos de acordo com a atitude emocional do indivíduo, mas sim, nas palavras de Roxin, “[...] *evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos*”⁴¹⁷.

Ademais, por se tratar de concepção fundada em um critério puramente psicológico, naturalmente suscita dúvidas acerca da sua aplicação prática, notadamente no que se refere aos meios probatórios da dita aprovação do resultado por parte do indivíduo⁴¹⁸. No

⁴¹⁵ SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, 2008. p. 272.

⁴¹⁶ VIANA, op. cit., p. 93.

⁴¹⁷ ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 431, grifos nossos.

⁴¹⁸ As dificuldades probatórias inerentes às teorias que privilegiam uma concepção psicológica do dolo são tratadas por parte da doutrina como um aspecto que afronta inclusive o Estado democrático de Direito (CARRILLO, Armando Sánchez Málaga. El Dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa? *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 68, p. 61-76, 2015. p. 75). Muito embora reconheça que tais dificuldades são reais e, efetivamente, representam dificuldades no bojo do processo, a opinião soa extrema. Nos termos do que

ponto, é conhecida a tentativa de oferecer esses meios de prova a partir das chamadas fórmulas de Frank.⁴¹⁹

A primeira dessas fórmulas, também chamada de “teoria hipotética do conhecimento” é resumida no seguinte enunciado: somente será doloso o resultado que, caso fosse representado pelo autor como *certo*, ainda assim não o faria desistir da sua conduta⁴²⁰. Em outras palavras, a segura representação do resultado deve ser suficiente para fazer com que o autor renuncie à conduta, todavia, caso não seja, haverá dolo.

A principal crítica que se pode dirigir a essa fórmula diz respeito ao fato de que se impõe ao magistrado a realização de um juízo de valor acerca de um sentimento hipotético do autor do fato que talvez nem mesmo ele (autor do fato) tenha representado, para que, com respaldo nessa análise, tente-se chegar a uma conclusão sobre como o indivíduo teria se comportado⁴²¹.

Assim, Frank desenvolveu uma segunda fórmula para complementar a primeira, denominada “teoria positiva do consentimento” que é regida pelo seguinte enunciado: caso o agente reflita que, “seja como for, dê no que dê, agirei”, estará configurado o dolo⁴²².

Nota-se que, malgrado as definições psíquicas do agente continuem sendo o marco decisivo para a aferição do dolo, a segunda fórmula traz uma lente diferente para sua análise, que passa a ser normativa. Destarte, o julgamento acerca da atitude mental do indivíduo não dependerá mais do hipotético estado emocional vivido no momento da conduta, mas sim da existência de uma aprovação em sentido jurídico.⁴²³

Com isso, a segunda vertente dessa teoria passa a ter como principal vetor para aferir a “aprovação” do indivíduo no caso concreto uma interpretação jurídica do seu comportamento⁴²⁴, isto é, um “aceitar em sentido jurídico”, muito próximo da teoria a “decisão pela lesão do bem jurídico” defendida por Roxin⁴²⁵, exposta no tópico oportuno.

expõe Pérez Barberá (BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2021. p. 361), entendo que eventual violação ao Estado Democrático de Direito somente estaria presente se a dificuldade probatória fosse resolvida em desfavor do réu, a partir, por exemplo, de uma presunção do dolo.

⁴¹⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 95.

⁴²⁰ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II; BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 75.

⁴²¹ VIANA, op. cit., p. 96.

⁴²² HUNGRIA, op. cit., p. 113; BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 75.

⁴²³ VIANA, op. cit., p. 97-98.

⁴²⁴ Idem, *ibidem*, p. 101.

⁴²⁵ ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 432.

Na doutrina brasileira, Aníbal Bruno, partidário dessa teoria, a sintetiza apontando que haverá dolo “[...] quando o agente não quer propriamente o resultado, mas prevê e aceita que ele ocorra como consequência possível ou provável do seu ato”.⁴²⁶

3.2.4.2 Teoria do risco levado a sério (ou teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo)

Sustenta-se, nesta teoria, que o dolo estaria configurado em hipóteses nas quais o indivíduo representa o resultado como possível e, ainda assim, não renuncia à realização da conduta que eventualmente poderá ofender o bem jurídico penalmente tutelado⁴²⁷. O cerne do raciocínio é que, se o indivíduo leva a sério a possibilidade de ocorrência do resultado e ainda assim age, é possível depreender da sua conduta uma decisão que dá preferência a um comportamento criminoso em detrimento de abdicar da conduta inicialmente representada.

Por outro lado, ainda que o autor represente seriamente a superveniência do resultado, excluir-se-á o dolo em hipóteses nas quais haja uma confiança pessoal de que o aludido resultado não ocorra⁴²⁸.

Com efeito, é especialmente norteador-se nos aportes teóricos de Stratenwerth que esta teoria, muito embora também esteja ancorada em uma disposição anímica, diferencia-se da teoria da assunção do risco. Citado por Eduardo Viana, o autor alemão, reconhecendo a insuficiência teórica da definição do conteúdo da vontade a partir do dolo eventual, traslada esse exame para a análise da culpa⁴²⁹.

O raciocínio proposto pela teoria é o seguinte: muito embora o indivíduo possa representar a existência do perigo, poderá não o levar a sério por crer que o tal perigo não se concretizará, de maneira que o seu comportamento poderá ser considerado leviano, temerário, mas nunca doloso. A relação a ser valorada, portanto, não diz respeito ao vínculo psíquico do autor com o resultado, mas sim do vínculo com “o perigo concreto por ele representado”.⁴³⁰

⁴²⁶ BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 63. Em outro trecho, o autor complementa sua opinião apontando a vontade direta e precisa em relação ao resultado se apresenta como o extremo mais grave da voluntariedade, ao passo que a anuência ao resultado, quando previsto como possível ou provável, representaria o limite mínimo. BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 70.

⁴²⁷ SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, 2008. p. 273.

⁴²⁸ Idem, *ibidem*.

⁴²⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 109-110.

⁴³⁰ Idem, *ibidem*, p. 110-111.

Mais especificamente: a execução da conduta, apesar da ciência de um determinado perigo, não será suficiente para a imputação a título de dolo quando o indivíduo, apoiado na sua percepção, confiar que, no seu caso específico, aquele perigo não se concretizará. A título de exemplo: um piloto profissional de *stock car*, dirigindo em uma rodovia e empreendendo velocidade consideravelmente acima do limite da via, realiza ultrapassagens na contramão. Embora o indivíduo tenha ciência de que esse comportamento é perigoso, confia integralmente em suas habilidades na direção para evitar qualquer acidente.

Nesse caso hipotético, então, até há uma representação sobre a periculosidade da conduta – é de conhecimento do condutor do veículo que realizar ultrapassagens na contramão e em velocidade superior ao limite é um comportamento perigoso –, mas não se acredita na sua efetivação no caso concreto. Assim, para usar o termo que cunha o nome conferido à teoria, *no se leva a sério o perigo*, de sorte que, sob tais parâmetros, a conduta não será dolosa.⁴³¹

Por fim, o que se mostra decisivo para a imputação a título de dolo é a *tomada de posição*⁴³² do indivíduo diante da representação do perigo: se o agente não leva a sério a possibilidade de realização do perigo no caso concreto, não haverá espaço para uma imputação dolosa; se, por outro lado, a concretização do perigo na hipótese fática for seriamente reconhecida como possível pelo indivíduo, e, ainda assim, praticar-se a conduta, será cabível a imputação a título de dolo, notadamente em virtude da tomada de posição do indivíduo diante do (reconhecido) perigo.

3.2.4.3 Teoria da indiferença

A teoria da indiferença foi formulada por Karl Engisch, apoiando-se, assim como as duas teorias supramencionadas, em uma disposição anímica do autor, a qual, como o próprio nome da teoria prenuncia, deverá indicar a sua indiferença com o resultado produzido.

⁴³¹ Entre os partidários da teoria, pode-se apontar Zaffaroni, Slokar e Alagia. Nas suas palavras, “[...] habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción”, acrescentando-se, ainda, que se trata de hipótese na qual “[...] se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado” (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, *Derecho penal*. Parte General, 2002, p. 524). O autor complementa, ainda, que “Si el agente toma conciencia del posible curso lesivo de su acción porque lo advierte o le informa un tercero, no habrá dolo eventual si confía en que lo puede evitar. Sin embargo, la mera apelación al azar no lo excluye; es decir, la confianza en la evitación debe ser confirmada por datos objetivos” (Idem, ibidem, p. 525). Este complemento é importante, pois traz contornos mais objetivos à teoria, descartando as hipóteses de exclusão do dolo por uma confiança absolutamente desarrazoada do indivíduo na não produção do resultado típico.

⁴³² VIANA, op. cit., p. 111.

Como bem aponta Roxin, por um lado, a teoria possui mérito ao reputar dolosa a conduta praticada com indiferença ao resultado, na medida em que essa se apresenta como um indício seguro de que o indivíduo de fato se resignou com o resultado, atuando dolosamente⁴³³. Por outro, a teoria carece de precisão ao necessariamente descartar o dolo nas hipóteses em que essa indiferença, concebida partindo de uma perspectiva psicológica, não estiver presente.⁴³⁴

Ademais, é possível detectar alguns traços de teorias cognitivas no raciocínio proposto por Engisch. É que, segundo sustentado pelo autor, a representação quanto à alta probabilidade de ocorrência do resultado *necessariamente* indicará uma indiferença do indivíduo com o produto da sua conduta, tornando viável a imputação a título de dolo direto. Na mão contrária, a representação quanto à baixa probabilidade de produção do resultado típico somente autorizará a imputação a título de culpa⁴³⁵.

Dessa forma, nas extremidades da régua da representação, a indiferença do autor pode ser constatada pela alta probabilidade de ocorrência do resultado por ele vislumbrada, ou, noutro giro, diretamente descartada por causa da baixa probabilidade de ocorrência do resultado segundo a sua percepção.

Excetuadas as extremidades, chega-se ao meio da régua, em que a probabilidade de produção do resultado é intermediária. Nessas hipóteses, a teoria demanda a comprovação da indiferença, que no caso concreto poderá, especialmente, ser verificada a partir da ausência de oposição do indivíduo em relação ao resultado típico concretamente representado⁴³⁶.

É dizer, quando houver a confiança na não produção do resultado, ou, ainda, havendo posturas ativas do indivíduo que vão de encontro à sua ocorrência, o dolo será descartado. Ao revés, a completa passividade diante da representação concreta do resultado deve ser interpretada como um indicativo de indiferença, autorizando a imputação dolosa.

3.2.4.4 A teoria da decisão pela lesão do bem jurídico

Claus Roxin, trilhando um caminho direcionado à normativização da vontade, desenvolve esta teoria em duas etapas. Apoiado em uma das premissas fundantes do sistema

⁴³³ ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 432.

⁴³⁴ Idem, *ibidem*, p. 431.

⁴³⁵ SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, 2008. p. 277.

⁴³⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 120.

penal por ele concebido – qual seja, a de que o Direito Penal tem a incumbência de proteção aos bens jurídicos como forma de garantir uma sociedade que viva harmonicamente –, Roxin posiciona a definição do dolo no marco de descompasso entre o comportamento humano e a concretização dos fins do Direito Penal.⁴³⁷ Assim, o conceito de dolo é inserido no ponto em que há, por parte do agente, uma decisão – composta por um plano de ação, seguido da sua realização – contra um bem jurídico penalmente tutelado⁴³⁸, o que, no sistema de Roxin, representa um comportamento frontalmente conflitante com a missão do Direito Penal⁴³⁹.

A fronteira entre dolo e culpa poderia ser definida, genericamente, da seguinte forma: quando o indivíduo atuar de maneira temerária, sem incluir o resultado em seu plano, somente haverá espaço para a culpa⁴⁴⁰; do contrário, quando a consequência colateral do comportamento estiver incluída no plano do autor e houver uma decisão, direta e incondicional, favorável à possibilidade de concretização da tal consequência, haverá dolo eventual.⁴⁴¹

Destaca-se que a “*decisão*” mencionada por Roxin em sua teoria não diz respeito a uma simples reflexão psíquica do agente no sentido de praticar essa ou aquela conduta. Ao contrário, o autor alemão concebe o conceito de decisão baseando-se em parâmetros normativos, portanto desvinculando o conceito de uma mera disposição emocional do indivíduo⁴⁴², sendo categórico ao afirmar que o conceito norteador da teoria nada tem a ver com o sujeito considerar o resultado intimamente desejável.⁴⁴³

Essa informação é importante pois, malgrado não descarte a necessidade do elemento volitivo, traz contornos mais precisos à definição do dolo. Com isso, a questão probatória atinente ao dolo também ganha em rendimento, pois, ainda que a decisão de agir seja

⁴³⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 135.

⁴³⁸ A definição apresentada por Helmut Frister é semelhante. O autor considera que o ilícito doloso se caracteriza pela decisão favorável ao acontecer descrito no tipo objetivo (FRISTER, *Derecho penal – parte general*, 2016. p. 219).

⁴³⁹ Nas palavras de Roxin, “[...] *un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva*” (ROXIN, *Derecho penal – parte general. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, 1997. tomo I. p. 417, grifos nossos).

⁴⁴⁰ Destaca-se que a não inclusão do resultado no plano do agente deve se dar por uma confiança minimamente fundamentada, qualitativamente superior a uma mera esperança (ROXIN, op. cit., p. 426).

⁴⁴¹ VIANA, op. cit., p. 138-139. Nas palavras de Roxin: “*Con esta reserva se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así – sea de buena o de mala gana – a la eventual realización de un delito, se conforma con ella*” (ROXIN, op. cit., p. 427).

⁴⁴² ROXIN, op. cit., p. 429.

⁴⁴³ Idem, ibidem, p. 446.

tomada em um âmbito psicológico, a sua aferição no caso concreto ganha métodos de aferição com um grau de normatização.

A segunda fase de formulação desta teoria, então, ficaria a cargo de responder à seguinte pergunta: na prática, em quais hipóteses seria possível verificar uma decisão pela lesão do bem jurídico? A resposta, para Roxin, deveria ser extraída de indicadores externos à conduta, tendo em vista que a decisão propriamente dita não seria algo aferível no mundo exterior, por se tratar de um aspecto psíquico do agente. Dentre esses indicadores, três possuem lugar de destaque: (i) o conhecimento do perigo do próprio comportamento; (ii) a percepção acerca da possibilidade ou não de a vítima, por si, escapar do perigo; e (iii) a ausência de motivo para aprovação do resultado.⁴⁴⁴

3.2.4.5 Teoria da Vontade de Evitação

Esta teoria, desenvolvida por Armin Kaufmann, possui forte viés finalista e, em nossa opinião, pode ser de grande valia como um indicador passível de exclusão do dolo nos crimes omissivos impróprios, o que será aprofundado no capítulo oportuno. Por ora, nos ateremos aos seus contornos gerais, tal como feito com as teorias já mencionadas.

Pois bem. Para o autor alemão, o fator-chave para delimitar a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente seria a verificação de uma finalidade contrária à realização das consequências típicas representadas como possíveis – por sua vez, essa finalidade contrária deve ser observada a partir do emprego, por parte do indivíduo, de fatores contrários ao resultado típico⁴⁴⁵. Nas palavras de Roxin, a teoria de Kaufmann propõe o descarte do dolo sempre que “[...] *la voluntad conductora del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado*”⁴⁴⁶. Isto é, a verificação da finalidade contrária à prática delitiva seria suficiente à exclusão do dolo, na medida em que excluiria o (possível) elemento volitivo inclinado à realização do resultado típico.

Nota-se que esta teoria proporciona melhor rendimento em relação à questão probatória, já que a utilização dos contrafactores é perceptível no mundo exterior, funcionando, assim, como um dado objetivo indicador do elemento subjetivo do agente. E se

⁴⁴⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 140.

⁴⁴⁵ SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, 2008. p. 277-278.

⁴⁴⁶ ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 437.

é assim em relação aos delitos comissivos, tais ganhos parecem se ampliar no que tange aos omissivos.

É que, quando se trata do primeiro grupo, o próprio indivíduo ativa o curso causal no qual posteriormente deverá aplicar os contrafatores caso manifeste um desejo de evitar as consequências colaterais que possivelmente advirão da sua conduta. Esta contraposição de vontades (inicial vontade de empreender a conduta *versus* vontade de evitação das consequências colaterais) permite que se faça uma razoável⁴⁴⁷ crítica no seguinte sentido: ora, se o indivíduo *realmente* tivesse uma vontade de evitação das consequências colaterais, nem sequer teria dado início à conduta que possivelmente as causaria⁴⁴⁸.

A possível incoerência que se coloca em realce diz respeito, portanto, à dualidade de vontades do indivíduo: a primeira está relacionada à sua postura ativa em iniciar um curso causal que, segundo sua representação, possivelmente dará ensejo a um resultado típico; e a segunda é atinente à aplicação de contrafatores capazes de evitar o aludido resultado típico, que é vislumbrado como uma consequência colateral da conduta levada a cabo, ou seja, não faz parte do propósito da sua conduta.

Sucede que nas hipóteses de omissão imprópria o curso causal, a princípio, não é iniciado pelo autor, não conta com nenhuma postura ativa do indivíduo para que seja levado a cabo. Ao revés, sob uma perspectiva mecânica, o curso causal é alheio ao indivíduo, sendo certo que, como já visto, o seu vínculo com os fatos se dá a partir de uma especial obrigação de proteção ou vigilância para com o bem jurídico que está sob risco de lesão.

Assim, a crítica concernente à incoerência entre a polaridade das vontades força, pois, se na omissão imprópria não há uma postura ativa do indivíduo para empreender uma conduta inicial, a “primeira” vontade jamais existirá, remanescendo apenas a adoção de contrafatores dirigidos à proteção do bem jurídico ao qual o indivíduo está vinculado.

É certo, porém, que há outras críticas⁴⁴⁹ dirigidas à teoria de Kaufmann, bem como às anteriores teorias supramencionadas, conforme serão vistas na sequência⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Nos debruçaremos sobre as críticas feitas a esta e às demais teorias volitivas do dolo no tópico seguinte. No que se refere à aplicabilidade dos fundamentos desta teoria aos delitos omissivos impróprios, o leitor encontrará alguns apontamentos no Apêndice A.

⁴⁴⁸ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 130.

⁴⁴⁹ Uma crítica especificamente dirigida à teoria de Kaufmann diz respeito ao fato de que não haveria uma parametrização acerca do grau de eficácia necessário para a evitação da conduta a partir dos contrafatores levados a cabo pelo indivíduo. Essa crítica desemboca em uma outra, qual seja, a de que não se exige, do indivíduo, uma certeza em relação às chances de êxito de evitação do resultado, de sorte que a dúvida em relação à eficácia ainda assim excluiria o dolo (VIANA, *op. cit.*, p. 131-132).

⁴⁵⁰ Como a finalidade precípua deste capítulo não é esmiuçar os pontos fracos e fortes de cada teoria, mas apenas expô-las ao leitor para que, no capítulo oportuno, analisemos a compatibilidade do dolo eventual com a omissão imprópria, o tópico seguinte foi preparado de maneira mais sucinta, apenas para que o leitor

3.2.5 Críticas de parte da doutrina às teorias volitivas

As críticas dirigidas às teorias de corte volitivo vão muito além da problemática relacionada à comprovação de um elemento psíquico do agente, inacessível ao magistrado.

Inicialmente, uma crítica comumente dirigida diz respeito à ausência de precisão acerca dos conceitos definidos no grupo de teorias em questão⁴⁵¹. Termos como “levar a sério”, “aprovar”, “assumir” e “ser indiferente” ao risco, bem como de “decidir-se contra o bem jurídico”, dentre outros, seriam demasiadamente vagos, o que enfraqueceria de maneira considerável o rendimento das teorias, já que, se não é possível delimitar nem mesmo *o que* se pretende provar no bojo de um processo penal, o “*como* provar” torna-se tarefa impossível⁴⁵². Assim, essas teorias não funcionariam satisfatoriamente na delimitação da fronteira entre dolo e culpa.

Outra crítica recorrente diz respeito ao fato de que, nas teorias volitivas, relegar-se-ia ao (suposto) autor do crime a prerrogativa de definir a melhor adequação típica da sua conduta, mais especificamente, se dolosa ou culposa, ou até mesmo, se atípica⁴⁵³. Isto é,

possa, ainda que de maneira não tão profunda, fazer uma reflexão acerca dos pontos que fomentam a contraposição entre as teorias volitivas e cognitivas.

⁴⁵¹ Na doutrina brasileira, Eduardo Viana é partidário desta crítica (VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 105, 113, 123, 133); igualmente SOUZA SANTOS, Humberto. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado, p. 88. Na doutrina estrangeira, destaca-se o posicionamento de Ingeborg Puppe, para quem “*A atitude de ‘resignar-se, pôr-se de acordo’, ‘levar a sério’, ‘apropriar-se do resultado representado como possível’, ou ‘decidir-se pela entrada do resultado’ é uma quimera se se pretender entendê-la como um dado psíquico*” (PUPPE, *Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*, 2019. p. 69; 87; e PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Tradução: Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006, p. 6). Comungando do posicionamento: BARBERÁ, *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2021. p. 359-360. O autor, todavia, faz uma ponderação interessante: enquanto Puppe entende que a falta de precisão das teorias se mostra contrária ao Estado de Direito por ser altamente manipulável, Barberá, utilizando a jurisprudência alemã como exemplo, aponta que a falta de precisão conceitual é aproveitada para evitar a imputação dolosa, sendo utilizada, portanto, em benefício do acusado. Por tal razão, muito embora reconheça que o conceito é demasiadamente aberto, não considera que, nessas circunstâncias, se trata de aspecto contrário ao Estado de Direito. Evidentemente, caso a vagueza do conceito seja utilizada de maneira contrária ao réu, aí sim, haverá uma violação ao Estado de Direito.

⁴⁵² Parte da doutrina também apresenta críticas atreladas à questão probatória, notadamente por se considerar que os estados mentais não poderiam ser confiavelmente reconstituídos em processos judiciais (HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. Tradução: Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 29, v. 178, p. 79-101, abr. 2021. p. 4). De fato, a produção probatória relacionada aos elementos subjetivos se apresenta não só de extrema dificuldade, mas possivelmente mais suscetível a erros e arbitrariedades por parte do magistrado (CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 4. ed. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2022. p. 140).

⁴⁵³ VIANA, Eduardo; TEIXEIRA, Adriano. A imputação dolosa no caso do “racha em Berlim”. Comentários à decisão do Tribunal de Berlim. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 105-130, 2019. p. 124; VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 116, reportando-se também a Herzberg; SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, 2008. p. 282; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Dolo eventual*. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 20. Argumento semelhante é trabalhado

quando o marco fronteiro entre dolo e culpa ancora-se na percepção do indivíduo sobre o perigo representado, confere-se a ele uma competência que, para os partidários da crítica, é completamente indevida, uma vez que, segundo sustentam, somente é relevante o (re)conhecimento acerca do perigo de produção do resultado típico por parte do indivíduo, independentemente da disposição anímica do autor em relação a esse conhecimento.⁴⁵⁴

Uma terceira crítica, de ordem político-criminal, se refere à desvinculação entre a reprovação penal e o efetivo risco criado pela conduta do indivíduo⁴⁵⁵, o que ocasionaria, especialmente, uma violação ao princípio da proporcionalidade. Fundamenta-se essa crítica no seguinte raciocínio: para as teorias volitivas, uma conduta de baixa periculosidade poderia alcançar uma punição a título de dolo única e exclusivamente em razão da disposição anímica do indivíduo, levando a uma censura mais grave do que a necessária para a lesão (ou ameaça de) ao bem jurídico. No outro extremo, a desproporcionalidade também seria constatada quando uma conduta de alta periculosidade fosse punida a título de culpa tão somente pelo motivo de uma disposição anímica mais “branda”.⁴⁵⁶ Ainda nesse contexto, aponta-se outra possível incoerência, qual seja, a de que em casos nos quais um indivíduo cria um risco de intensidade, em contexto fático idêntico, a sanção penal seria distinta tão somente com base na posição volitiva do autor do fato⁴⁵⁷.

por Mohamed Elewa Badar, em artigo que trata sobre o Estatuto de Roma. Ao comentar sobre o alcance do elemento subjetivo em relação a elementos do tipo que envolvem uma valoração normativa, o autor traz o exemplo do conceito de “serious injury to body”. Segundo expõe, por se tratar de um aspecto normativo, não se exige que a acusação comprove que o acusado tenha feito a avaliação normativa de que a sua conduta efetivamente repercutiria em sérias lesões a terceiros, sob pena de a sua opinião subjetiva tornar-se o fator determinante para determinar se um crime foi cometido ou não (BADAR, *The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary from a comparative criminal law perspective*, 2008. p. 478).

⁴⁵⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 163; SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, 2008. p. 289; PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 61 e 62. Costuma-se apresentar esta crítica especialmente para, no âmbito da teoria do levar a sério o perigo, apontar possíveis incoerências no tratamento penal dispensado a um indivíduo cuidadoso e a outra completamente indiferente ao bem jurídico: ao passo que um indivíduo cauteloso normalmente pondera os riscos e, para tanto, necessariamente leva o perigo a sério antes de definir a sua conduta, um indivíduo completamente indiferente ao bem jurídico pode simplesmente ignorar a possibilidade de lesão. Assim, para os partidários da crítica, conferir-se-ia àquele que possui maior desprezo pelo bem jurídico um tratamento mais brando do que aquele dispensado ao indivíduo mais cauteloso.

⁴⁵⁵ Carrillo, por exemplo, aponta que a teoria do consentimento qualifica como dolosos casos nos quais há consciência de escasso perigo objetivo e como imprudentes casos nos quais o sujeito possui consciência de extremo perigo ao bem jurídico, de modo a vulnerar o princípio da lesividade (CARRILLO, *El Dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa?* 2015. p. 67).

⁴⁵⁶ VIANA, op. cit., p. 104; SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, 2008, p. 283-286.

⁴⁵⁷ VIANA, op. cit., p. 104.

Dessa crítica, portanto, pode-se derivar a seguinte premissa: a vontade, *per se*, não teria o condão de tornar a conduta mais periculosa, de sorte que não justifica a imposição de maior reprovação penal.

Isto nos leva à crítica seguinte, qual seja, a de que não existiria um fundamento apto a justificar o motivo pelo qual se dá tratamento mais severo de acordo com a presença do elemento volitivo. A uma, pois o que tornaria a conduta mais perigosa não seria a vontade do indivíduo, mas sim o seu meio de execução, bem como o domínio que o agente possui sobre o que pratica⁴⁵⁸. A duas, pois a punição com base no dado anímico não seria dirigida ao que efetivamente se fez, mas sim por uma atitude interna do indivíduo, o que levaria, basicamente, a uma aplicação de Direito Penal do autor⁴⁵⁹, contrário ao Estado de Direito.

Extraí-se dessa última crítica, então, uma impossibilidade de que o Direito Penal valore a disposição anímica do autor em relação à conduta ou ao resultado, devendo-se, ao revés, valorar exclusivamente o comportamento apresentado em cotejo com o grau de conhecimento tido pelo indivíduo no momento da ação ou omissão⁴⁶⁰.

Prossegue-se, agora, para a análise das teorias cognitivas⁴⁶¹.

3.3 TEORIAS DE CORTE COGNITIVO

⁴⁵⁸ Idem, *ibidem*, 149-151; GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS *et al.* (coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 892.

⁴⁵⁹ Autores que partilham destas críticas: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 153; Souza Santos, Humberto. *Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado*, p. 97. Pérez Barberá tece comentários pertinentes sobre essa crítica. Para ele, a utilização do estado anímico do autor no conceito de dolo somente é contrária ao Estado de Direito se for utilizada para fundamentar a punição a uma pessoa que está sob persecução penal por meramente ostentar um determinado estado anímico; no entanto, jamais será contrária ao Direito a utilização do estado anímico do autor em seu benefício no bojo do processo penal. A conclusão a que o autor chega é a seguinte: “Lo que rige en un Estado de derecho es el principio de *culpabilidad* por el hecho, no el de *no-culpabilidad* por el hecho. La culpabilidad del autor debe fundarse en su hecho y no en su carácter, pero la no-culpabilidad puede fundarse en cualquier clase de indicio – sea de acto o de carácter – que niegue o ponga en duda su culpabilidad” (BARBERÁ, *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2021. p. 361).

⁴⁶⁰ Ao sintetizar suas críticas às teorias volitivas, Eduardo Viana assim dispõe: “O direito não pode valorar o sentimento do autor, seja qual for a fórmula linguística utilizada para traduzir essa emoção. O direito somente pode valorar o que o autor fez apesar do conhecimento do perigo que sua conduta implicava para o bem jurídico tutelado por um tipo penal. Para fins de imputação subjetiva, o direito penal não pode valorar caráter (um autoritário direito penal do autor), mas sim comportamentos (um democrático direito penal do fato) (VIANA, *op. cit.*, p. 173).

⁴⁶¹ Pode-se acrescentar, ainda, uma interessante crítica feita pela professora Tatjana Hörnle às teorias volitivas: segundo a autora, sob a perspectiva da psicologia, a estrutura analítico-racional (“compreender e avaliar situações”) característica do conceito majoritário de dolo se apresenta pouco realista. Ancorando-se na premissa de que o processo decisório das pessoas deve ser compreendido de maneira mais rica em variações e menos racionalista, a autora entende que, antes de realizar determinada conduta, o sujeito pode ter outras possibilidades além do duplo caminho – aceitar o resultado ou confiar na sua não ocorrência – oferecido pela teoria dominante. A autora exemplifica seu raciocínio citando casos hipotéticos nos quais o sujeito, diante de grande excitação, influência de fortes emoções ou em interações rápidas pode, apesar de representar a existência do risco, não formar um posicionamento interno (HÖRNLE, *Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”*, 2021. p. 3).

As teorias de corte cognitivo concebem a representação (conhecimento) como o aspecto essencial para a aferição do dolo. Nas palavras de Puppe, “*Os defensores das teorias cognitivas esforçam-se pela generalização, calculabilidade e previsibilidade da decisão acerca do dolo e da culpa no caso concreto.*”⁴⁶² Dentre esse grande grupo, há dois subgrupos que merecem destaque: teorias da representação (divididas entre teorias da possibilidade e da probabilidade); e teorias do risco.

Diferentemente da metodologia utilizada em relação às teorias de corte volitivo, não serão dedicados tópicos específicos para cada uma das (principais) teorias cognitivas; ao revés, serão feitas análises mais genéricas, em relação a cada um dos três subgrupos, apontando as suas diretrizes fundantes e algumas das críticas a eles dirigidas⁴⁶³.

No fim, serão analisadas com mais minúcias⁴⁶⁴ a teoria do perigo doloso, precipuamente defendida pela autora alemã Ingeborg Puppe, e a teoria da inferência, desenvolvida por Eduardo Viana.

3.3.1 Pontos de partida para o dolo fundado na concepção cognitiva

Como visto, uma das principais críticas dirigidas às teorias volitivas reside na ideia de que a vontade, como dado interno do indivíduo, não pode ser o aspecto essencial para demarcar a fronteira entre o dolo, forma mais grave de sanção penal, e a culpa. Assim, o ponto de partida dos defensores das teorias cognitivas é a inserção da representação (seja

⁴⁶² PUPPE, *Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*, 2018. p. 72.

⁴⁶³ Justifica-se essa escolha por dois motivos: o primeiro deles diz respeito ao fato de que as diferentes teorias de corte volitivo fazem parte da doutrina e jurisprudência majoritárias no ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que entendemos relevante a sua exposição com mais detalhes neste trabalho; o segundo motivo é que muitas das teorias cognitivas são criticáveis em pontos similares àqueles também criticáveis nas teorias volitivas. Dessa forma, considerando o escopo deste trabalho, consideramos dispensável percorrer um caminho metodológico de construção e desconstrução de tais teorias, na medida em que, como dito, não constituem teorias acolhidas no nosso ordenamento.

⁴⁶⁴ A escolha por discorrer com mais detalhes sobre essas teorias foi feita pelas seguintes razões. Inicialmente, ambas possuem rendimento mais satisfatório do que as outras teorias cognitivas que serão apresentadas. No que se refere especificamente à teoria de Puppe, parece-nos que o raciocínio por ela desenvolvido representa o ponto de partida para as teorias cognitivas contemporâneas, de modo que um destaque maior lhe é devido. Já quanto à teoria de Eduardo Viana, para além de apresentar uma concatenação lógica louvável, o leitor notará um especial mérito no desenvolvimento de indicadores concretos para a aferição do dolo. Assim, independentemente de essa teoria convencer ou não o leitor, fato é que tais indicadores (um ou mais) podem ser trazidos para a prática judicial como forma de nortear a produção probatória atinente ao dolo, mesmo o dolo concebido nos termos das teorias volitivas.

quanto à produção do resultado, seja quanto ao perigo criado, a depender da teoria) como elemento fundante do dolo, extirpando-se desse papel, por conseguinte, a vontade.

Prosseguindo, no momento em que há essa representação por parte do agente, tem ele duas opções: ou bem desiste da sua conduta em nome da convivência pacífica, ou bem prossegue com ela, violando o pacto com a sociedade em detrimento de um novo pacto com o perigo de lesão. Para Eduardo Viana, é essa representação – e tão somente ela – que constituirá o vínculo entre o indivíduo e o resultado, sendo irrelevantes, aqui, os seus desejos internos (confiança na não ocorrência, anuência com o resultado etc.). Isto é, se o indivíduo, apesar da sua representação, prossegue com a conduta, estabelece um compromisso com o resultado que dela pode advir.⁴⁶⁵

Para seus defensores, esse argumento está intrinsecamente conectado à ideia de autonomia (ou autodomínio) do indivíduo na qualidade de critério de responsabilização penal. Se é verdade que somente o conhecimento é capaz de fundar um controle ou dominabilidade da conduta⁴⁶⁶, seria razoável a assertiva de que há um grau de exigibilidade maior de não realização de uma conduta típica daquele que conhece o que realiza em comparação àquele que age sem conhecimento, portanto, sem domínio. Assim, Eduardo Viana aponta que é a representação do sujeito que lhe confere controle sobre o que será realizado, não a ativação de uma alegada vontade de evitação.⁴⁶⁷

Sustenta-se, também, uma correlação com uma questão de prevenção geral. Em relação àquele que viola frontalmente o pacto de convivência pacífica ao praticar, com domínio, uma conduta de alta periculosidade objetiva devem ser envidados maiores esforços de prevenção. A uma, pois esse indivíduo, por agir com domínio, dirige uma ofensa mais intensa aos bens jurídicos; a duas, pois, se possui domínio sobre a sua ação, é mais fácil que renuncie à sua prática.

Luís Greco acrescenta a essa ideia o fato de que, sob uma perspectiva deontológica, seria justo estipular consequências mais severas àquele que exerce um poder de decisão sobre o curso causal, pois o resultado que advém do seu comportamento lhe é mais “íntimo”, “pertence-lhe mais”⁴⁶⁸. Aqui, vislumbra-se uma correlação entre a responsabilidade que se atribui ao indivíduo e o domínio que exerce sobre o seu corpo⁴⁶⁹, em termos semelhantes ao

⁴⁶⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 185-186.

⁴⁶⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 179; GRECO, *Dolo sem vontade*, 2009. p. 891.

⁴⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 188.

⁴⁶⁸ GRECO, *op. cit.*, p. 892.

⁴⁶⁹ VIANA, *op. cit.*, p. 193.

sinalagma entre liberdade de organização e consequências (advindas dessa liberdade) desenvolvido por Jakobs⁴⁷⁰.

Enfim, o que se pode depreender como ponto de partida para as teorias de corte cognitivo é que o dolo independe de qualquer disposição anímica do indivíduo, bastando que possua um determinado grau de conhecimento – representação acerca da realização do tipo ou em relação a um perigo de certa qualidade – e, apesar disso, aja de maneira contrária ao Direito Penal.⁴⁷¹ O conteúdo desse grau de conhecimento e o seu objeto de referência, todavia, variam entre as teorias de corte cognitivo.

3.3.2 Teorias da representação

O grupo das teorias da representação subdivide-se em dois outros grupos, quais sejam, o das teorias da *possibilidade* e o da *probabilidade*. Serão vistas, em linhas gerais, as ideias defendidas em cada uma delas.

3.3.2.1 Teoria(s) da Possibilidade

A teoria da possibilidade, apesar de possuir algumas variações, pode ser genericamente compreendida a partir de dois principais argumentos: (i) aquele que age apesar de representar a possibilidade de que sua ação dê causa a um resultado negativo não pode negar que aprovou a tal possibilidade, havendo, assim, uma relação indissociável entre representação e assunção de risco; (ii) o elemento cognitivo somente se satisfaz com uma representação da *concreta* possibilidade de realização. Assim, em hipóteses nas quais o indivíduo acreditar na não produção do resultado típico, estará descartado o elemento cognitivo, e, por conseguinte, o dolo.⁴⁷²

Essa teoria possui como principais expoentes os autores alemães Horst Schröder e Eberhard Schmidhäuser, os quais, apesar de preservarem em suas concepções de dolo os alicerces supramencionados, trazem algumas peculiaridades. O resultado prático dessas

⁴⁷⁰ JAKOBS, *Acción y omisión*, 2000. p. 11.

⁴⁷¹ VIANA, op. cit., p. 195-196.

⁴⁷² VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 197-198. Roxin assevera que a teoria tem como principal fundamento a ideia de que a mera representação quanto à possibilidade do resultado típico deveria fazer o sujeito abdicar da conduta, ao passo que a confiança na não produção do resultado consiste na negação da sua possibilidade (ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 433).

peculiaridades nos conceitos finais propostos, no entanto, parece de pequena monta, se aproximando, a bem da verdade, de uma mera variação de termos.

Em relação à teoria formulada por Schröder, nota-se considerável aproximação do conceito de dolo à ideia de *dolus malus*. Para esse autor, será dolosa a conduta querida pelo agente mesmo quando houver a representação atinente às circunstâncias que lhe conferem cariz proibido, o que servirá tanto como expressão da relação do autor com o fato quanto da sua hostilidade contra a norma jurídica.⁴⁷³

No que se refere à calibragem do elemento cognitivo, somente quando o indivíduo agir com a representação de que tudo ficará bem é que o dolo será descartado, pois essa percepção equivalerá a uma não representação do resultado proibido. Nos demais casos – segura representação da possibilidade e representação duvidosa – a imputação será, respectivamente, a título de dolo direto e dolo eventual. Assim, pode-se concluir, como faz Eduardo Viana, que Schröder exige ao menos uma “representação da *verdadeira possibilidade* de ocorrência do resultado”.⁴⁷⁴

Schmidhäuser, por sua vez, parte do pressuposto de que a diferenciação entre dolo e culpa deve ser feita com fundamento no conhecimento ou não acerca do conteúdo proibido do comportamento. Usando o termo “*dolosidade*”, ao invés de “*dolo*”, o autor entende que haverá dolosidade quando o indivíduo consciente da antijuridicidade do seu comportamento ainda assim opta pela sua realização, de modo que, quando ausente a consciência da antijuridicidade, somente a imputação culposa será viável. Há de se destacar que essa “consciência” mencionada pelo autor, que funda o elemento cognitivo, não diz respeito à relação entre o agente e o fato, mas sim entre o agente e a norma.⁴⁷⁵

Como se vê, a concepção possui considerável contorno de semelhança com aquela defendida por Schröder, posto que ambas buscam a fundamentação do maior reproche inerente à conduta dolosa em um comportamento hostil ao ordenamento jurídico.

Com efeito, em relação à calibragem do elemento cognitivo na teoria de Schmidhäuser, o autor estabelece como exigência mínima para a dolosidade um “*conhecimento da possibilidade concreta de um perigo*”, concepção que trilha a mesma linha de raciocínio daquela que diferencia os conceitos de perigo concreto e perigo abstrato no Direito Penal.⁴⁷⁶

⁴⁷³ VIANA, op. cit., p. 199-200.

⁴⁷⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 200-201.

⁴⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 205.

⁴⁷⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 206.

Isto é, se o agente, ao praticar a conduta, vislumbrar um perigo abstrato de ocorrência de um determinado resultado, mas acreditar que, no caso concreto, não há chances de tal perigo se concretizar, estará descartada a dolosidade. Por outro lado, caso preveja que o perigo possa realizar-se no curso causal em decorrência do seu comportamento, será possível a imputação a título de dolo. A fronteira entre dolo e culpa estará delimitada, assim, pelo “[...] *conhecimento concreto de que as circunstâncias previstas do tipo poderiam suceder ou que sua ocorrência poderia iminente*”.⁴⁷⁷

Essas foram, então, as linhas gerais das teorias da possibilidade. Muito embora, como visto, esse grupo tente se dissociar do grupo das teorias volitivas ao eleger o elemento cognitivo como o definidor do dolo, as críticas mencionadas nos tópicos anteriores são, basicamente, as mesmas dirigidas às teorias da possibilidade.

Isso porque, tal como ocorre nas teorias do consentimento ou do levar a sério o risco, é a impressão pessoal do indivíduo acerca do que é representado que funcionará como o parâmetro de fronteira entre o dolo e a culpa. Assim, apresenta-se correta a crítica no sentido de que, tanto a “*verdadeira representação*” quanto a “*representação do perigo concreto*” funcionam, a bem da verdade, da mesma forma que o “*consentir*” e o “*levar a sério o risco*”.⁴⁷⁸ No fim, nota-se que uma das maiores críticas apresentadas contra as teorias volitivas – a de que seu conceito deixa a cargo do indivíduo a definição do que é dolo – também se aplica ao grupo das teorias da possibilidade.

Serão vistas, agora, as teorias da probabilidade.

3.3.2.2 Teoria(s) da Probabilidade

O grupo de teorias da probabilidade pode ser segmentado em dois subgrupos: o primeiro, que privilegia uma variante integralmente *subjetiva* da representação do indivíduo; e o segundo, que agrega elementos de cariz *objetivo*.⁴⁷⁹

3.3.2.2.1 A probabilidade subjetiva

Esta teoria possui como um dos seus principais expoentes o alemão Hellmuth Mayer. A teoria proposta pelo autor é fundada no domínio da vontade exercido pelo indivíduo ao

⁴⁷⁷ Idem, ibidem, p. 206-208.

⁴⁷⁸ Idem, ibidem, p. 211-212, grifos nossos.

⁴⁷⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 206.

praticar uma conduta, sendo esse o parâmetro utilizado para a diferenciação entre dolo e culpa. Com efeito, H. Mayer não faz nenhuma distinção *qualitativa* entre as duas formas de imputação subjetiva, mas apenas quantitativa: ao passo que a culpa representa *menor* domínio da vontade, o dolo representa *maior* domínio.⁴⁸⁰ O conceito de vontade, por sua vez, aparece de maneira mais normativizada na teoria de H. Mayer, sem guardar relação com o desejo do indivíduo. Ao contrário, a vontade será considerada “*apenas uma forma de ação da consciência como tal*”⁴⁸¹.

Prosseguindo, agora abordando o conceito-chave da teoria, a probabilidade é definida como algo quantitativamente superior à mera possibilidade e inferior ao que é preponderantemente provável. Desse modo, se o indivíduo chega a esse patamar de representação – independentemente de ter ponderado seriamente ou haver reprimido os riscos – considera-se que ele teria alcançado um suficiente domínio da sua vontade, dando ensejo à imputação a título de dolo. É importante ressaltar que, apesar de o conceito de probabilidade geralmente nos remeter a uma análise numérica, a teoria de H. Mayer trata de uma probabilidade de caráter subjetivo, descartando-se o grau objetivo do perigo representado.⁴⁸²

A principal falha apontada nessa teoria reside no seu conceito central: a definição de probabilidade não é exposta de maneira clara, trazendo mais uma das críticas também feitas às teorias volitivas, qual seja, a da *imprecisão* dos seus conceitos, sendo certo, ainda, que nos casos limítrofes entre dolo e culpa a percepção individual do sujeito em relação à ocorrência do resultado é que exercerá o papel preponderante para a imputação subjetiva.⁴⁸³

3.3.2.2.2 A probabilidade subjetiva-objetiva

Essa teoria tem como principal expoente Wilhelm Sauer. Também ancorado na probabilidade como elemento central para determinação da imputação subjetiva, o autor entende que haverá dolo quando o indivíduo representar o resultado típico como provável ou, pelo menos, com uma “*fronteira possibilidade*”, ao passo que, nas hipóteses de “*possibilidade remota*”, somente haveria espaço para a modalidade culposa.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 214.

⁴⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 215.

⁴⁸² Idem, *ibidem*, p. 216-217.

⁴⁸³ Idem, *ibidem*, p. 218.

⁴⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 220-221. Shecaira descreve a teoria proposta por Sauer da mesma maneira, empregando o termo “*possibilidade concreta*” para representar a probabilidade de ocorrência do resultado que se revela

A principal diferença para a concepção de H. Mayer reside justamente na conceituação da culpa: ao excluir a possibilidade de imputação dolosa nas hipóteses de remota realização do tipo, o autor agrega à sua concepção alguns traços de probabilidade *objetiva*, distinguindo-se, assim, da concepção *subjetiva* vista no tópico anterior.⁴⁸⁵

Muito embora essa diferença se apresente como uma tentativa de conferir contornos mais delineados no que tange à precisão da conceituação de dolo, à concepção de Sauer permanecem as mesmas críticas dirigidas à teoria defendida por H. Mayer.

3.3.3 Teorias do Perigo

As teorias do perigo elegem um novo referencial para a análise do dolo, qual seja, o perigo criado e representado pelo indivíduo ao adotar um determinado comportamento. Em síntese, pode-se dizer que, nos termos dessas teorias, agirá com dolo o sujeito que, conscientemente, decidir-se por um risco incompatível com o ordenamento jurídico⁴⁸⁶. Dentre os seus defensores, figuram Frisch (variante subjetiva), Herzberg (variante objetiva) e Puppe (variante do perigo doloso).

Malgrado a importância teórica que as duas primeiras variantes possuem, passa-se diretamente⁴⁸⁷ à análise da teoria defendida por Puppe, para, na sequência, explorar-se a teoria inferencialista desenvolvida por Eduardo Viana, cujos alicerces teóricos guardam estreita relação com a variante do perigo doloso.

3.3.3.1 Teoria do perigo doloso

A teoria do perigo doloso tem como precursora a jurista alemã Ingeborg Puppe. Diante das fragilidades identificadas pela autora em relação às teorias do dolo que dependem da vontade em sentido psicológico-naturalista, Puppe propõe que um critério adequado para

suficiente à verificação do dolo (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual*, 2007. p. 3, grifos nossos).

⁴⁸⁵ VIANA, op. cit., p. 221.

⁴⁸⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 222.

⁴⁸⁷ O leitor poderá encontrar mais detalhes acerca das variantes subjetiva e objetiva na obra *Dolo como compromisso cognitivo*, tantas vezes referenciada ao longo deste trabalho. Justifica-se a opção de não as explorar nesta oportunidade por duas razões. A primeira, de ordem organizacional, diz respeito a um equilíbrio entre o espaço conferido ao estudo das teorias do dolo neste trabalho: tratar das três variantes supramencionadas e, ainda, abordar a teoria da inferência do dolo posteriormente, traria um foco às teorias do perigo que não condiz com o escopo desta dissertação. A segunda razão, de ordem prática, diz respeito ao fato de que, dentre as três variantes, a do perigo doloso é a que se apresenta mais aprimorada, logo, é mais proveitoso ao leitor que seja essa a variante a ser destrinchada.

a fundamentação do dolo diz respeito à “[...] *grandeza e evidência do perigo a que o agente conscientemente expôs a vítima*”.⁴⁸⁸ No entanto, ao contrário do que fazem os partidários da teoria da probabilidade, a teoria do perigo doloso elege um critério *qualitativo* sobre a representação do risco, prescindindo, portanto, de um critério *quantitativo*.⁴⁸⁹

Dessa forma, a autora estrutura a sua teoria do dolo baseando-se em um “[...] *modelo de interpretação do comportamento a partir dos parâmetros normativos*”, conforme bem sintetizado por Eduardo Viana⁴⁹⁰, de sorte que não se almeja identificar um elemento quantitativo apto a caracterizar o dolo (por exemplo, um perigo que represente uma probabilidade superior a 50% de chances de gerar um resultado típico), mas sim identificar se foi gerado um perigo de monta suficiente para fazer com que uma pessoa racional não prosseguisse, caso não estivesse de acordo ou se decidisse pelo resultado.⁴⁹¹

A mudança de parâmetro para a aferição do dolo, então, é evidente: ao invés de utilizar as disposições internas do autor em relação ou à conduta ou ao resultado, interessa à teoria do perigo doloso interpretar o comportamento do sujeito para, partindo-se do parâmetro de um terceiro racional⁴⁹², extrair a conclusão acerca do elemento subjetivo da conduta. Ao proceder dessa forma, Puppe supera uma das principais críticas dirigidas às teorias volitivas, qual seja, a de que se relegaria ao autor do fato a prerrogativa de definir a melhor adequação típica da sua conduta, mais especificamente, se dolosa ou culposa, ou até mesmo atípica.

Prosseguindo, Puppe agrega contornos de precisão à sua teoria ao definir que a ação do agente gera um perigo doloso “[...] *quando é reconhecido como um método adequado*”⁴⁹³ *de produção do resultado a partir de regras gerais de experiência, e também se o agente*

⁴⁸⁸ PUPPE, *Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*, 2019. p. 74.

⁴⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 75.

⁴⁹⁰ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 239, grifos nossos.

⁴⁹¹ PUPPE, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁹² Este parâmetro é criticado por parte da doutrina. Terragni, por exemplo, aduz que utilizar o parâmetro de um terceiro racional consiste em julgar “*o que deveria ter sido*”, não o que efetivamente ocorreu. Para o autor, se o sujeito se equivoca na apreciação da possibilidade de conversão do risco em um resultado típico, há uma situação de erro apta a eliminar o dolo (TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 104).

⁴⁹³ O critério do “método adequado para produção do resultado” guarda certa semelhança com aquele trabalhado por Benedikt Carpzov, pós-glosador do século XVII. O autor alemão, segundo explica Wagner Marteleto Filho, sustentava que a conduta praticada com um instrumento adequado a causar a morte já apresentaria *animus occidendi* em razão da incontrollabilidade da lesão, de sorte que a vontade do agente abrangeria o resultado (MARTELETO FILHO, *Dolus indirectus ontem e hoje*, 2020. p. 3). Feijoo Sánchez também parece compartilhar do posicionamento do Puppe, defendendo a ideia de que a imputação a título de dolo se satisfaz com a presença de um elemento cognitivo que abarque a presença de um risco idôneo, adequado ou suficiente para produção do resultado (FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, 2018. p. 123).

poderia tê-la aplicado para fins de produzir o resultado”.⁴⁹⁴ Outrossim, frise-se que o reconhecimento dessa qualidade do perigo não deve ser feito pelo autor do fato, mas sim por um terceiro racional; ao autor do fato é exigível apenas que reconheça a presença das circunstâncias que tornam o perigo doloso. Por tal razão, aduz Eduardo Viana que, apesar de o sujeito continuar como “senhor absoluto” da sua conduta, deixa de sê-lo em relação à imputação.⁴⁹⁵

Para além desse critério principal, acrescentam-se como circunstâncias que influenciam a atribuição do dolo os seguintes elementos: iminência de realização do perigo; maior ou menor dominabilidade do transcurso dos acontecimentos, seja por meio de medidas do próprio sujeito, seja de terceiros; e a confiança do autor em sua própria capacidade de evitar o resultado e a sua disposição para ativar mecanismos dirigidos a essa evitação.⁴⁹⁶ Por fim, considerando a completa expurgação do elemento volitivo na conceituação do dolo, a teoria do perigo doloso comporta apenas um único tipo de dolo, descartando-se, assim, a tríplice nomenclatura de dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual⁴⁹⁷.

3.3.4 Teoria da Inferência do Dolo

Esta teoria possui como expoente Eduardo Viana, cuja obra foi amplamente citada ao longo deste trabalho. Nos dizeres do próprio autor, sua concepção está alinhada com a variante do perigo doloso, exposta no tópico acima, de sorte que muitas das premissas elegidas por Puppe são mantidas por Eduardo Viana na teoria inferencialista. Noutro giro, as diferenças ficam especialmente por conta dos critérios de precisão que o autor agrega à sua teoria, buscando, com isso, sanar a principal crítica que dirigiu à teoria de Puppe, qual seja, a de que os elementos “*olhos do homem do racional*” e “*estratégia idônea para realização do tipo*” careceriam da precisão adequada.⁴⁹⁸

Assim é que, considerando as teorias cognitivas que o precedem, Viana elenca as seguintes premissas como ponto de partida da sua proposta: o objeto de referência do dolo

⁴⁹⁴ PUPPE, *Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*, 2019. p. 98.

⁴⁹⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 243.

⁴⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 245.

⁴⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 245. Na doutrina espanhola, também defendendo uma concepção monista do dolo, ainda que sob premissas diferentes da que defendem Vianna e Puppe: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 185 e ss.

⁴⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 247.

não deve ser o resultado, mas sim o perigo; o perigo deve possuir uma determinada qualidade, isto é, deve ter um certo grau que o torne incompatível com a ordem jurídica; e a qualidade do perigo deve ser determinada de acordo com a presença ou ausência de critérios de precisão. No ponto, o autor orienta a teoria apoiando-se na seguinte proposição: “[...] *o perigo doloso deve ser objetivamente valorado por um sensato observador externo, o qual, à luz de determinados critérios, esteja em condições de inferir o dolo e afirmar que o agente firmou um compromisso cognitivo com o perigo*”.⁴⁹⁹ Falta, então, definir quais seriam os tais critérios para a inferência⁵⁰⁰ proposta.

De antemão, é importante destacar que, malgrado o autor reconheça que a alta probabilidade de realização do tipo seja um indício relevante para a aferição do dolo, a sua proposta não tem como parâmetro a utilização de um dado único – “acima de X %” ou “maior que possível e menor que provável” –, mas, ao revés, é alicerçada na conjugação de um complexo de dados penalmente relevantes.⁵⁰¹

A verificação do dolo será possível, então, quando esses dados, cotejados em conjunto, permitirem o reconhecimento de um perigo doloso no comportamento do sujeito, o qual, por sua vez, será identificado pelo vínculo relacional – animado pela periculosidade objetiva do perigo criado – existente entre a conduta e a sua consequência.⁵⁰²

Como se vê até este momento, a teoria em apreço traz consigo alguns aspectos das teorias cognitivas previamente expostas – aborda-se, por exemplo, a importância da probabilidade de ocorrência do resultado como indicativo de relevância para o dolo, bem como da utilização do perigo como o elemento central de análise da imputação subjetiva. Até então, a maior diferença⁵⁰³ para as outras teorias cognitivas não foi exposta, qual seja a concretização dos critérios que permitam identificar o perigo doloso no caso concreto, e, por conseguinte, o dolo.

Viana propõe que os critérios sejam analisados a partir de três perspectivas: a primeira, vinculada ao autor do fato, analisará a intensidade do perigo representado e a marca dominante da conduta; a segunda, referente à vítima e o seu grau concreto de

⁴⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 255-256.

⁵⁰⁰ Viana define o conceito de “inferencialidade” como um “[...] juízo que permite seja estabelecida uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento”, acrescentando-se, ainda, que “[...] o inferencialismo, portanto, nada mais é que um método utilizado para isolar circunstâncias penalmente relevantes as quais, por meio de sua articulação, permitam, ou não, a atribuição de responsabilidade penal. Com isso, a determinação da atribuição do dolo não decorrerá de dado único – seja esse numérico ou não – senão da valoração de um complexo de dados (Idem, *ibidem*, p. 258-259, grifos nossos).

⁵⁰¹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 259.

⁵⁰² VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 260.

⁵⁰³ Diferença essa que, na nossa opinião, constitui o maior mérito da teoria em tela.

vulnerabilidade *in casu*; a terceira, atinente ao crime e o complexo de circunstâncias pertinentes ao contexto de realização da conduta sob análise. Passa-se a analisá-los a seguir.

3.3.4.1 Primeiro critério: Periculosidade objetiva conduta do agente

A utilização deste critério ancora-se na ideia de que a representação do perigo deve ser suficiente para que o sujeito não realize a conduta tida como perigosa. Diante disso, Viana elenca como exemplos aptos à aferição do perigo a potencialidade lesiva do instrumento utilizado pelo sujeito, bem como o local, a duração e a intensidade da agressão, os quais poderão indicar a existência de um perigo de baixa, média ou alta intensidade⁵⁰⁴. Uma vez que se constata a qual desses três níveis pertence a periculosidade objetiva da conduta, a definição quanto à gravidade do perigo dependerá, ainda, da perspectiva da vítima em relação à conduta do sujeito⁵⁰⁵.

3.3.4.2 Segundo critério: Gravidade do perigo determinado pela vulnerabilidade concreta da vítima

Este critério diz respeito às (eventuais) condições de defesa da vítima em relação à agressão sofrida. É importante demarcar o seguinte aspecto: com tal critério, Viana não faz alusão a um *dever* de autossalvação da vítima, tampouco considera que a vítima poderia ter contribuído para a redução do perigo e, ainda assim, não o fez. A lente utilizada pelo autor está, na verdade, relacionada à forma como o grau de vulnerabilidade da vítima repercute na intensidade do perigo.⁵⁰⁶

Para ilustrar, o autor fornece dois exemplos: no primeiro, um sujeito, experiente em artes marciais, pai de uma criança de 6 meses de idade, irrita-se de tal forma com seu filho por causa de um choro incessante e, com os nervos à flor da pele, aplica um estrangulamento no bebê; no segundo, esse mesmo pai, experiente em artes marciais, marido dedicado e amoroso, discute com sua esposa, e, extremamente irritado, também a estrangula. Segundo o critério de Viana, no primeiro caso o dolo de matar é indiscutível, o que seria possível afirmar especialmente diante da condição especial da vítima – um bebê indefeso –, ao passo que, no segundo caso, o dolo de matar não necessariamente seria verificado, diante da

⁵⁰⁴ Ressalta-se que Viana admite, em caráter excepcional, a realização de um perigo *sui generis*, apto a caracterizar “[...] com um grau de credibilidade racional próximo ao incontestável” a presença do dolo. O autor ilustra com o seguinte exemplo: “Imagine-se o indivíduo que desfere dez facadas no peito da vítima; ou aquele que estando próximo à vítima efetua disparo em seu rosto; ou aquele indivíduo que, por qualquer razão, desfere um golpe de machado no tórax da vítima. Quem age servindo-se desses métodos não cria outro perigo, senão o de morte” (VIANA, op. cit., p. 264-265).

⁵⁰⁵ Idem, ibidem, p. 264-265.

⁵⁰⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 266.

possibilidade que a vítima – uma mulher adulta – teria de possivelmente ativar mecanismos de defesa. Não se trata, portanto, de analisar um possível dever de salvação, mas, frise-se, a forma como as condições pessoais da vítima repercutem na intensidade do perigo criado.⁵⁰⁷

508

Trata-se, então, de um *critério combinado*, ilustrado por Viana por meio da seguinte Tabela 1⁵⁰⁹.

Tabela 1 – Valoração qualitativa da periculosidade da conduta

Nível concreto de vulnerabilidade da vítima	1. Alto nível de vulnerabilidade (5)	2. Médio nível de vulnerabilidade (3)	3. Baixo nível de vulnerabilidade (1)
Nível de periculosidade do perigo criado			
1. Alta intensidade (5)	10	8	6
2. Média intensidade (3)	8	6	4
3. Baixa intensidade (1)	6	4	2

Fonte: Viana (2017).

Nas palavras do autor, a tabela deve ser interpretada da seguinte maneira:

A imputação dolosa sem maiores considerações deve ser afirmada quanto a conduta se ajustar à situação representada pela dezena n.º 10 (i). A imputação será *prima facie* positiva, por sua vez, quando o caso concreto retratar os números 8 e 6; isso significa que o dolo poderá ser afastado se as demais circunstâncias do catálogo de inferencialidade assim indicarem. Finalmente, nas hipóteses representadas pelos números 4 e 2, o dolo será *prima facie* negativo, isto é, tão somente poderá ser imputado se as demais circunstâncias do catálogo de inferencialidade indicarem.⁵¹⁰

Está assim definido, então, o principal critério da teoria defendida por Eduardo Viana. No entanto, é importante ressaltar que, salvo nos casos que se amoldem à situação da dezena 10, os demais critérios poderão confirmar, ou não, a presunção inicialmente obtida a partir dessa análise.

⁵⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 267.

⁵⁰⁸ Trata-se de critério que, à primeira vista, se mostra aplicável a um restrito grupo de casos, na medida em que não imaginamos uma incorreta utilização, por exemplo, em crimes contra o meio ambiente ou contra a incolumidade pública.

⁵⁰⁹ VIANA, op. cit., p. 269.

⁵¹⁰ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 269.

3.3.4.3 Terceiro critério: Marca dominante da conduta

Este indicador pode ser utilizado de maneira favorável ou contrária à inferencialidade do dolo. Em síntese, a marca dominante da conduta poderá ratificar o vínculo relacional estabelecido de acordo com os critérios supramencionados ou, ao contrário, romper com esse vínculo. Essa segunda hipótese ocorrerá em casos nos quais a marca dominante da conduta for suficiente para excluir o compromisso cognitivo de realização do delito.⁵¹¹

O parâmetro racional para a utilização deste critério é o seguinte: se a marca dominante da conduta tiver cariz de evitação ou redução do perigo criado, o critério militará contra o dolo; caso possua viés de realização ou indiferença em relação ao perigo, militará a favor do dolo.⁵¹² Neste ponto, muito embora Eduardo Viana pareça se distanciar da teoria da “*vontade de evitação não atuada*” de Armin Kaufmann, parece-nos que há uma estreita relação entre os parâmetros utilizados pelo autor alemão e o critério da marca dominante da conduta.

3.3.4.4 Quarto critério: Contexto de realização da conduta

O contexto de realização da conduta poderá indicar um maior potencial de concretização do perigo, ou, por outro lado, uma mitigação do risco criado. Viana indica dois exemplos para ilustrar este critério: no primeiro, uma pessoa embriagada sai de um bar, às 3h da manhã, e conduz seu potente automóvel em velocidade excessivamente superior à legalmente permitida, oportunidade na qual se choca com um veículo que vinha em sentido contrário e mata o condutor. No segundo exemplo, a situação fática é basicamente a mesma, à exceção do horário em que ocorre: agora, esse exemplo hipotético se dá às 18h30min, horário de tráfego intenso na cidade.⁵¹³

Com efeito, no primeiro exemplo o contexto de realização da conduta – de madrugada, com pouquíssimas pessoas na rua – indicaria menor grau de exposição de perigo à vida, ao passo que, no segundo exemplo, considerando a intensa movimentação de

⁵¹¹ Idem, *ibidem*, p. 271.

⁵¹² Idem, *ibidem*, p. 272.

⁵¹³ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 274-275.

automóveis e pessoas na cidade, o contexto apontaria para um grau muito superior de perigo à vida.⁵¹⁴

No ponto, este critério também deve ser analisado tanto à luz do aspecto da *dominabilidade* do comportamento – contextos que ensejam uma redução do domínio do sujeito sobre a sua conduta tendem a militar a favor do dolo, pois aumentam o perigo de realização do tipo – como à luz do aspecto da capacidade de ativação de meios defensivos por parte da vítima, pois quando as circunstâncias do fato indicarem que à vítima não seria possível ativar qualquer meio de autoproteção, o perigo estaria maximizado.

Esses são, então, os critérios a partir dos quais Eduardo Viana sugere que sejam utilizados para a aferição do dolo no caso concreto. A proposta, sem dúvidas, progride no quesito *precisão*, tendo em vista que, para além da maior objetividade nos parâmetros diferenciadores entre dolo e culpa, possui aplicabilidade processual menos sujeita a dúvidas, o que, em tese, poderia trazer maior segurança jurídica ao julgamento dos casos.

Nesse sentido, no âmbito das teorias cognitivas, que nos parecem justamente buscar essa maior precisão ao descartar o elemento volitivo do conceito de dolo, a proposta de Eduardo Viana, dentre aquelas apresentadas neste trabalho, parece ser a que mais se aproxima do seu objetivo.

De qualquer sorte, não é o intuito deste trabalho chegar a uma conclusão sobre qual seria a teoria do dolo – seja do grupo cognitivo, seja do volitivo – que apresenta melhor rendimento dogmático, mas sim analisar as principais correntes, a fim de, no último capítulo, realizar o “teste” acerca da compatibilidade entre o delito omissivo impróprio e o dolo eventual.

Por outro lado, entendemos que uma absoluta falta de posicionamento depois dessa extensa exposição de teorias poderia frustrar o leitor. Por tal motivo, e especialmente considerando que um dos propósitos deste trabalho é contribuir para o delineamento de parâmetros para julgamento dos delitos omissivos impróprios no Brasil, faz-se a seguir um tópico acerca de uma possível incompatibilidade das teorias de corte cognitivo com o ordenamento jurídico brasileiro⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 275.

⁵¹⁵ É importante asseverar que, com este tópico, não pretendemos esvaziar o rico debate que há entre os defensores das teorias cognitivas e volitivas, tampouco retirar o mérito das críticas apresentadas contra as concepções dominantes do dolo, com as quais, aliás, concordamos em certa parte. Acreditamos que, independentemente da possível incompatibilidade defendida nos tópicos seguintes, o debate permanece válido, seja por possibilitar futuras mudanças legislativas, seja por conduzir a argumentos que possam ser parcialmente aproveitados ainda na atual moldura legal, especialmente no que toca às tentativas de tornar os parâmetros de aferição do dolo mais precisos, angariando maior segurança jurídica ao julgamento dos casos.

3.3.5 Incompatibilidade das teorias cognitivas com o ordenamento jurídico brasileiro?

De antemão, é importante asseverar que não se sustentará, neste tópico, uma mera (possível) incompatibilidade das teorias cognitivas com a redação do art. 18, I, do Código Penal⁵¹⁶. Se, no que se refere ao dolo direto, o legislador foi claro⁵¹⁷ ao aduzir que o crime é doloso quando o agente “*quis* o resultado”, o mesmo não se pode dizer quando a lei indica que o crime também será doloso quando o sujeito “assumiu o risco” de produzir o resultado. É nessa segunda parte do dispositivo legal, a qual trata do dolo eventual, que existe um espaço para que os defensores das teorias cognitivas busquem a compatibilidade das concepções por eles defendidas com a legislação penal brasileira.

É que, tomando em consideração um aspecto estritamente linguístico, não acreditamos ser possível restringir a interpretação desse dispositivo legal apenas ao conceito de dolo desenvolvido no âmbito das teorias volitivas, cabendo, a nosso ver, interpretações diversas, incluindo as que se filiam às correntes cognitivas. Em outras palavras: não há dúvidas de que a redação do art. 18, I, do Código Penal comporte a aplicação do grupo de teorias volitivas, mas não acreditamos ser possível afirmar, categoricamente, que essa redação *descarte* qualquer interpretação diversa⁵¹⁸.

Com efeito, ultrapassado este primeiro ponto, vislumbra-se um possível descompasso vislumbrado de ordem sistemática. Parece-nos, inicialmente, que o Código Penal de 1940⁵¹⁹ foi elaborado tendo como premissa uma concepção volitiva de dolo. Tal aspecto, se fosse limitado apenas ao art. 18, I, do *codex*, até poderia comportar uma discussão sobre a necessidade de evolução do conceito do dolo e, destarte, sobre a possibilidade de aplicação, de *lege lata*, de um conceito cognitivo de dolo. A questão, aqui, vai além: independentemente de uma concepção cognitiva amoldar-se à redação do art. 18, I, é possível conciliá-la com o Código Penal como um todo?

⁵¹⁶ BRASIL, *Código penal*, 2017. p. 15.

⁵¹⁷ Não obstante isso, sabe-se que há entre os defensores das teorias cognitivas uma proposta de interpretação atributivo-normativa do verbo querer, apresentada em detrimento das correntes que defendem uma interpretação psicológico-descritiva da vontade. A título de exemplo: VIANA; TEIXEIRA, A imputação dolosa no caso do “racha em Berlim”. Comentários à decisão do Tribunal de Berlim, 2019. p. 119; SERAFIM, Wanessa Carneiro Molinaro Ferreira. Aproximação entre imputação dolosa e estado mental do conhecimento da guilty mind. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 333, p. 1676-3661, ago. 2020. p. 27.

⁵¹⁸ Rodrigo Amaral apresenta opinião semelhante, apontando que a redação do art. 18, I, do Código Penal, não é taxativa o suficiente para vincular o intérprete a aplicar a teoria do consentimento no caso concreto (AMARAL, *Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o código penal: faltam critérios na jurisprudência para determinar o limite entre dolo eventual e culpa consciente*, 2021. p. 5).

⁵¹⁹ BRASIL, *Código penal*, 2017. p. 10.

Já adiantamos ao leitor que não possuímos uma resposta definitiva para essa pergunta. Esse questionamento surgiu, incidentalmente, no decorrer desta investigação e somente poderá ser respondido, com segurança, em outra oportunidade. Por ora, o trabalho se limitará a indicar, primeiro, os motivos que levam a acreditar que o Código Penal foi construído tomando como premissa o acolhimento de uma teoria volitiva, para, na sequência, indicar possíveis pontos de incompatibilidade que a legislação possuiria caso fosse acolhida uma teoria do dolo que prescinde da vontade.

3.3.5.1 A estruturação do Código Penal de 1940 a partir de uma concepção volitiva do dolo

Os fundamentos que levam a acreditar que a estruturação do Código Penal de 1940 ancorou-se em uma concepção volitiva do dolo são oriundos, essencialmente, da análise da Exposição de Motivos do *codex*, bem como da obra de Nelson Hungria – tido como principal ator da elaboração do Código – e demais autores da época.

Ao tratar do então vigente artigo 15, atual artigo 18⁵²⁰, a Exposição de Motivos⁵²¹ do Código Penal aponta para a adoção de uma teoria volitiva do dolo, e, especialmente em relação ao dolo eventual, para a adoção da teoria do consentimento.

Em outra passagem⁵²² que trata sobre a análise da culpa no Código Penal, aduz-se que a confiança sincera do agente na não ocorrência do resultado figura como um aspecto inerente à culpa consciente, o que, *a contrario sensu*, indica que é uma circunstância apta à exclusão do dolo. Esse traço, como visto, também é próprio das teorias volitivas, figurando, inclusive, como um dos pontos de crítica dirigidos por alguns defensores das teorias cognitivas.

Na Parte Especial do Código também há indicativos que corroboram o ponto aqui sustentado. Ao tratar do capítulo sobre a periclitação da vida e da saúde, observa-se, da

⁵²⁰ BRASIL, *Código penal*, 2017. p. 15.

⁵²¹ “Segundo o preceito do art. 15, n.º 1, o dolo (que é a mais grave forma de culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (*effectus seeleris*), como quando assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nêle, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento.” (BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos do código penal de 1940 – Ministro Francisco Campos. *Revista Legislativa*, v. 6, n. 24, p. 126-153, out./dez. 1969. p. 126. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496757>. Acesso em: 2 nov. 2022).

⁵²² “Relativamente à culpa *stricto sensu*, absteve-se o projeto de uma conceituação teórica, limitando-se a dizer que o crime é culposos ‘[...] quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imprudência’. Não era preciso mais. Não é feita distinção entre culpa consciente e culpa inconsciente: praticamente, as duas se equiparam, pois tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobrevirá” (Idem, *ibidem*).

Exposição de Motivos, que a marca diferenciadora entre os delitos de exposição a perigo e delitos de dano tentados residiria no conteúdo da volição do agente. Se a sua vontade é dirigida apenas à produção do perigo, estaria preenchido o tipo subjetivo dos crimes tratados naquele capítulo; se, de outro norte, a ocorrência do dano estivesse abrangida pela vontade do sujeito, já se trataria de um crime de dano, tentado ou consumado, a depender do resultado alcançado pela conduta do agente.⁵²³

Sobre esse ponto, aliás, não se pode olvidar que o conceito de tentativa ainda vigente no Código Penal brasileiro é integrado pelo conceito de vontade. Ao considerar tentado todo delito que não se consuma por circunstâncias alheias à *vontade* do agente, o legislador confere destacada importância ao elemento volitivo, sem o qual, em princípio, mostra-se inviável a utilização do conceito na forma da lei⁵²⁴.

Alcançando a segunda etapa desta análise, passa-se a ponderar sobre como a doutrina da época concebia o conceito de dolo no Código Penal brasileiro. De antemão, é possível extrair da obra de Nelson Hungria e Heleno Fragoso, a opinião no sentido de que, em relação à disputa das teorias da vontade e da representação, a primeira predominou sobre a segunda⁵²⁵. Essa opinião, a bem da verdade, parece transcender o posicionamento particular⁵²⁶ dos autores. Retrata, a toda evidência, a sua perspectiva acerca da forma como o

⁵²³ “Sob esta epígrafe, o projeto contempla uma série de crimes de perigo contra a pessoa, uns já constantes, outros desconhecidos da lei penal vigente. Pelo seu caráter especial, seja quanto ao elemento objetivo, seja quanto ao elemento subjetivo, tais crimes reclamam um capítulo próprio. Do ponto de vista material, reputam-se consumados ou perfeitos desde que a ação ou omissão cria uma situação objetiva de possibilidade de dano à vida ou saúde de alguém. O evento aqui (como nos crimes de perigo em geral), é a simples exposição a perigo de dano. O dano efetivo pode ser uma condição de maior punibilidade, mas não condiciona o momento consumativo do crime. Por outro lado, o elemento subjetivo é a vontade consciente referida exclusivamente à produção do perigo. A ocorrência do dano não se compreende na volição ou dolo do agente, pois, do contrário, não haveria por que distinguir entre tais crimes e a tentativa do crime de dano.” (BRASIL. Senado Federal, *Exposição de motivos do código penal de 1940* – Ministro Francisco Campos, 1969. p. 126).

⁵²⁴ Esse ponto será retomado mais adiante.

⁵²⁵ “Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateve à chamada *teoria da representação* (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a *teoria da vontade* (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela *teoria do consentimento* (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, *consente* no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, *representação* e *vontade*. [...] O dissídio entre as teorias da representação e da vontade está, hoje, pode dizer-se, superado. Toda a controvérsia reduzia-se, afinal, a pura logomaquia.” (HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. p. 111, grifos do autor).

⁵²⁶ Para os autores, o dolo direto era verificado quando a vontade se exercia *por causa* de um determinado resultado; já o dolo eventual se configurava nas hipóteses em que a vontade se exercia *apesar* da previsão do resultado como provável (Idem, *ibidem*, p. 112).

dolo foi concebido no Código Penal⁵²⁷, o qual teve o próprio Hungria como protagonista intelectual.

Aníbal Bruno, outro grande penalista da época, compartilhava desse entendimento⁵²⁸. Filiando-se categoricamente a uma concepção volitiva do dolo, o autor entendia que a representação seria apenas um “*mero acontecer psicológico*”, tido como irrelevante ao Direito Penal, uma vez que esse elemento, *per se*, seria insuficiente para determinar a *posição do indivíduo* em relação ao ato ilícito. O elemento verdadeiramente importante, apto a justificar a reprovabilidade inerente à sanção conferida aos delitos dolosos, seria a vontade.⁵²⁹

Com efeito, ao tratar especificamente do dolo eventual, Aníbal Bruno ratifica a imprescindibilidade do elemento volitivo, concebendo as linhas limítrofes do dolo eventual a partir da anuência do agente com o resultado ilícito que fosse previsto como possível ou provável, apontando-se, categoricamente, que a anuência é uma manifestação de vontade.⁵³⁰

Diante do que foi exposto neste tópico, acreditamos ser correta a conclusão de que o Código Penal de 1940, ainda vigente, teve como uma das suas premissas a adoção de uma teoria volitiva do dolo, e, especificamente em relação ao dolo eventual, a adoção da teoria do consentimento. A exposição de motivos do *codex* expressamente nos indica isso. Outrossim, corrobora essa assertiva o fato de a doutrina à época – especialmente Nelson Hungria, tido como protagonista da elaboração do Código Penal – apontarem, em suas obras, a adoção da teoria volitiva em detrimento de uma teoria da representação.

Esta conclusão, no entanto, a nosso ver não é suficiente para que, passadas oito décadas da publicação do Código Penal, não se possa rediscutir a concepção de dolo atualmente aplicada. Ao revés, é inclusive recomendável que seja possível analisar os inconvenientes das teorias volitivas, criticá-los e buscar alternativas para superá-los, seja por meio de um aperfeiçoamento das concepções já existentes, seja por meio da sua superação.

O ponto de tensão que vislumbramos é o seguinte: se o Código Penal de 1940 de fato foi estruturado considerando a adoção de uma teoria volitiva, será que é possível descartar-se o elemento volitivo do dolo sem comprometer a aplicação de outros institutos jurídicos previstos no *codex*?

⁵²⁷ Especificamente em relação ao dolo eventual, aduz-se não haver dúvidas de que o Código adotou a teoria do consentimento (Idem, *ibidem*, p. 119).

⁵²⁸ BRUNO, *Direito penal – Parte geral*: Fato punível, 1967. tomo 2. p. 57.

⁵²⁹ BRUNO, *Direito penal – Parte geral*: Fato punível, 1967. tomo 2. p. 61

⁵³⁰ Idem, *ibidem*, p. 70.

Uma analogia metafórica: se é certo que em todo carro, em princípio, pode ser instalado um cilindro de Gás Natural Veicular (GNV) como fonte de combustível, nem sempre será possível fazê-lo sem comprometer determinadas funções do automóvel.

Isto é, se parece certo que a redação do art. 18, I, do Código Penal, analisada sob um viés estritamente linguístico, soa compatível com uma teoria cognitiva do dolo na parte em que se menciona a expressão “*assumir o risco*”, a aplicação de uma teoria cognitiva se harmonizaria com os demais dispositivos do Código (e com as demais leis penais)?

Este trabalho não se propõe a responder a essas perguntas de maneira definitiva. Sem embargo, passa-se a expor alguns pontos que parecem indicar possíveis incompatibilidades entre as teorias cognitivas e o ordenamento jurídico-penal brasileiro.

3.3.5.2 *Primeira possível incompatibilidade: crimes de perigo concreto versus tentativa de crimes de dano*

Em síntese, a problemática diz respeito à impossibilidade de distinguir os tipos de perigo concreto e os tipos de dano – estes na modalidade tentada – prescindindo do elemento volitivo⁵³¹. Tome-se como exemplo o tipo penal previsto no artigo 132 do Código Penal brasileiro, que pune a conduta daquele que expõe “*a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente*”.

O tipo objetivo deste delito somente se aperfeiçoa no caso concreto quando o comportamento do agente acarreta para a vítima “[...] *uma situação de fato em que sua vida ou saúde é exposta a um perigo direto e iminente*”⁵³². É evidente que a colocação da vítima nessa situação de risco pode ser verificada em diversas ocasiões nas quais a melhor adequação típica da conduta criminosa não será a do artigo 132, como crime de perigo, mas sim a de algum crime de dano.

Por exemplo: aquele que, com intenção de acertar a vítima, arremessa uma faca em sua direção e erra por apenas alguns centímetros, poderá, a depender do caso, ser autor do delito de lesão corporal ou de homicídio, ambos na modalidade tentada. É indiscutível que a conduta, *a priori*, expôs a vítima a um perigo direto e iminente; todavia, considerando o

⁵³¹ Sobre a diferenciação entre crimes de dano e crimes de perigo, Hungria assevera que “*a diferença entre uns e outros está apenas no elemento subjetivo*”. HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. p. 18. Trabalhando essa mesma questão na doutrina espanhola: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994. p. 41 e ss.

⁵³² HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II. p. 417 (grifos nossos).

caráter subsidiário⁵³³ do tipo penal previsto no art. 132, a adequação típica mais coerente é a de um crime de dano, não de um delito de perigo.

Repare-se que, se for retirada a expressão “com intenção de acertar a vítima” da formulação acima, abre-se a possibilidade de amoldar essa conduta ao crime de perigo em comento. Imagine-se, no mesmo exemplo, que a pessoa que arremessou a faca possui certa habilidade no manejo de lâminas, tendo arremessado o objeto na direção de um dos seus melhores amigos, a fim de lhe “dar um susto”, sem, contudo, buscar acertá-lo. A exposição a perigo direto e iminente segue, em princípio, inalterada; a mudança nos cenários fica unicamente por conta do dolo do agente.

Não por outro motivo Nelson Hungria é categórico ao afirmar que, nas hipóteses de incidência do art. 132 do Código Penal brasileiro, o “[...] dano efetivo (morte ou lesão corporal do periclitante), embora previsto pelo agente, é alheio à sua vontade, pois, de outro modo, o fato constituiria tentativa de homicídio ou de lesão corporal”⁵³⁴.

A acertada opinião de Hungria em relação ao art. 132, ora utilizado como exemplo, é, por certo, replicável aos demais delitos de perigo previstos no Código Penal⁵³⁵, de sorte que não se trata aqui de um exemplo restrito. O que está em jogo é a diferenciação entre os conceitos de dolo de dano e dolo de perigo. Nelson Hungria, reportando-se às palavras de Arturo Rocco, é claro ao distinguir o dolo de perigo, consistente na vontade de expor a perigo um bem jurídico ou interesse humano, do dolo de dano, que se caracteriza pela vontade de efetivamente causar uma lesão.⁵³⁶

Isto é, enquanto o dolo de perigo limita-se à criação consciente de – tão somente – uma situação de perigo para o bem jurídico tutelado, o dolo de dano abrange a efetiva lesão material do bem jurídico. Observe-se que, em ambos os casos, a ocorrência do dano até é previsível ao indivíduo, mas no dolo de perigo a sua volição não alcança esse dano, ao passo que, no dolo de dano, ocorre justamente o contrário.⁵³⁷

Pode-se, então, resumir o critério de diferenciação da seguinte maneira: tanto nas hipóteses de dolo de perigo quanto nas de dolo de dano o indivíduo inclui em seu cálculo psíquico a geração de uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado; a distinção entre as

⁵³³ Caráter esse expressamente declarado no seu preceito secundário, no qual se estabelece que a aplicação da pena prevista naquele artigo somente ocorrerá se o fato não constituir crime mais grave.

⁵³⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 5. art. 121-136. p. 417.

⁵³⁵ Como visto, a própria Exposição de Motivos do Código Penal elege o elemento volitivo como diferenciador dos crimes de dano e de perigo.

⁵³⁶ HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 5. p. 380.

⁵³⁷ Idem, *ibidem*, p. 381.

duas subespécies de dolo ocorre, pois, na primeira (dolo de perigo), o dolo do sujeito limita-se à criação da situação de perigo, não alcançando a concretização material do dano ao bem jurídico, enquanto no dolo de dano essa efetiva lesão ao bem jurídico está abrangida pelo dolo do sujeito.

Feita essa explanação, o leitor já deve ter percebido o ponto de descompasso que se pretende explorar: se a distinção entre os dolos de dano e de perigo é feita justamente pela perspectiva do conteúdo da vontade do agente, isto é, se o dolo abrangia ou não a concretização de um dano material, como poderá ser feita, por meio das teorias cognitivas, a distinção dos crimes de perigo e dos crimes de dano tentados?

Essa possível incompatibilidade, mencionada por Eduardo Viana e já trabalhada por outros autores, parece, a nosso ver, o maior descompasso que as teorias meramente cognitivas possuem com o ordenamento jurídico brasileiro – e com todos os que acolhem essa distinção entre dolo de perigo e dolo de dano.⁵³⁸

Para Eduardo Viana, no entanto, a força dessa crítica é “apenas aparente”, pois, comungando do entendimento de Puppe, o autor defende que essa incompatibilidade não seria aplicável a uma teoria cognitiva do dolo fundada no perigo, haja vista que, segundo os termos da referida teoria, o perigo concreto de que tratam os crimes de perigo concreto começaria a existir em um momento bem anterior ao perigo doloso que norteia as teorias do dolo fundadas no perigo. Por essa razão, aduz Eduardo Viana que, por exemplo, estaria “bastante clara” a diferença entre o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem e a tentativa de homicídio, porquanto o primeiro se consumaria em momento “muito anterior” e seria caracterizado pela “ausência de ataque direto à vida ou integridade física de uma pessoa”.⁵³⁹

Para testar a correção dessa contra-argumentação, é fundamental investigar qual é, em regra, o momento no qual se verifica o grau de perigo necessário à consumação de um crime de perigo concreto. Somente a partir daí será possível constatar se, de fato, há uma diferença suficiente da *qualidade* do perigo concreto e do perigo doloso tratado pelas teorias cognitivas em apreço.

Inicialmente, não é despidendo rememorar, ainda que brevemente, a classificação dos crimes quanto à necessidade de comprovação do perigo. Para a doutrina majoritária, no caso dos crimes de perigo abstrato, o legislador enumera comportamentos que, caso praticados, prescindem da comprovação de um perigo decorrente da conduta do sujeito no

⁵³⁸ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 291.

⁵³⁹ Idem, *ibidem*.

caso concreto⁵⁴⁰. Isto é, a mera prática do comportamento proibido é dotada de uma presunção de periculosidade apta à consumação do crime⁵⁴¹ – são os crimes de perigo abstrato. Já os crimes de perigo concreto demandam que se verifique, no caso concreto, que o bem jurídico tutelado pela norma foi efetivamente colocado em perigo⁵⁴², o que, *a contrario sensu*, nos permite concluir que a lesão material do bem jurídico é prescindível para a sua consumação.

No entanto, o que significa dizer que o bem jurídico foi “*efetivamente colocado em perigo*”?

Acerca dos pressupostos comumente reconhecidos como aptos à configuração do perigo concreto, Roxin, apoiando-se no que chama de “numerosa jurisprudência”, destaca que “[...] *la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción*”.⁵⁴³

Eckhard Horn, autor alemão mencionado por Roxin, aduz que se configura o perigo concreto quando, segundo as leis causais, as circunstâncias do fato levariam à lesão do bem jurídico objeto da ação, o que somente não ocorre por razões inexplicáveis segundo as leis naturais, por exemplo, em razão de um milagre ou um azar enigmático.⁵⁴⁴

A definição de Horn, muito embora parta de premissas que soam corretas, parece, como bem aponta Roxin, estreitar demais o conceito de perigo concreto. Tendo isso em vista, Roxin elege a teoria normativa do resultado de perigo, desenvolvida principalmente por Schünemann, como a mais escorreita para a definição do perigo concreto.⁵⁴⁵

Nessa teoria, conquanto se compartilhe a premissa de que existe perigo concreto nas hipóteses em que o resultado lesivo não se produz por mera casualidade, os limites dessa casualidade não se restringem a “uma razão inexplicável conforme as ciências naturais”,

⁵⁴⁰ MARTINELLI; BEM, *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*, 2022. p. 527. Os autores, todavia, fazem a seguinte ressalva: analisando esse conceito sob o prisma do princípio da ofensividade, deve-se exigir ao menos um potencial perigo ao objeto da ação. Entende-se que a ressalva é correta, no entanto, como a discussão não é diretamente pertinente ao objeto ora tratado, deixamos de nos aprofundar no tema.

⁵⁴¹ SANTOS, *Manual de direito penal: Parte geral*, 2012. p. 110.

⁵⁴² MARTINELLI; BEM, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁴³ ROXIN, *Derecho penal – parte general. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, 1997. tomo I. p. 404. Nesse mesmo sentido caminha Mir Puig, para quem “[...] *en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado)*” (PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 2006. p. 230, grifos nossos).

⁵⁴⁴ ROXIN, *op. cit.*, p. 404.

⁵⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 405.

mas, ao revés, abrange toda situação na qual o resultado não sobrevier em decorrência de “uma circunstância em cuja produção não se pode confiar”⁵⁴⁶.

A doutrina brasileira parece trilhar o mesmo caminho. Juarez Cirino dos Santos entende que “[...] os tipos de perigo concreto exigem a efetiva produção de perigo para o objeto de proteção, de modo que a ausência de lesão do bem jurídico pareça meramente accidental”⁵⁴⁷. João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem aduzem, por sua vez, que é imprescindível à configuração do perigo concreto que haja “[...] um juízo de probabilidade próxima de lesão”⁵⁴⁸.

Nelson Hungria, ao tratar sobre o delito previsto no artigo 132 do Código Penal, utilizado como exemplo de delito de perigo concreto no início deste tópico, é categórico ao afirmar que o “[...] perigo deve apresentar-se direto e iminente, isto é, como realidade concreta, efetiva, presente, imediata”⁵⁴⁹. Sobre esse mesmo delito, Guilherme Nucci assevera que “[...] a conduta do sujeito exige, para configurar este delito, a inserção da vítima numa situação de risco real – e não presumido –, experimentando uma circunstância muito próxima ao dano”. Celso Delmanto, na mesma linha, aduz que “[...] o perigo deve ser direto (relativo a pessoa determinada, individualizada) e iminente (que ameaça acontecer de imediato)”⁵⁵⁰.

Parece lícito concluir, assim, que a constatação do perigo de que tratam os delitos de perigo concreto depende da verificação, *in casu*, da criação de um perigo iminente ao objeto de proteção da norma, que se caracteriza por provocar uma alta probabilidade de lesão real contra o bem jurídico. Quer dizer, trata-se de um perigo de dano que se revela prestes a efetivar uma lesão real, o que não ocorre por mera casualidade. Esta, então, é a resposta à nossa indagação inicial, feita na página anterior.

Noutro giro, tratando agora sobre os tipos de lesão (ou dano), como o próprio nome sugere, são aqueles que se consumam apenas com a lesão real do objeto da ação⁵⁵¹; caso a lesão não se consume por vontades alheias à do agente, a conduta, *a priori*, apenas será

⁵⁴⁶ ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 406. Roxin cita, ainda, precedentes do BGH (Corte infraconstitucional alemã) que comungam esse conceito, bem como cita o posicionamento de Demuth, para quem o perigo é representado como “crise aguda” do bem jurídico, verificada quando “[...] cuando se ha sobrepasado el momento en el que podría evitarse un daño con seguridad mediante medidas defensivas normales” (DEMUTH. *Der normative Gefahr Begriff*, 1980, p. 197 e ss. *apud* ROXIN, op. cit., p. 406).

⁵⁴⁷ SANTOS, *Manual de direito penal: Parte geral*, 2012. p. 108.

⁵⁴⁸ MARTINELLI; BEM, *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*, 2022. p. 192.

⁵⁴⁹ HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 5. p. 418.

⁵⁵⁰ DELMANTO *et al.* *Código penal comentado*, 2022. p. 562.

⁵⁵¹ SANTOS, op. cit., p. 109.

punível a título de tentativa. Diz-se “*a priori*” pois há casos nos quais, muito embora o sujeito atente contra um bem jurídico e pratique uma conduta que, em tese, se subsume a um determinado tipo de lesão, a tipicidade poderá ser descartada: são os casos de tentativa inidônea.

Em síntese, a tentativa será inidônea naquelas hipóteses em que não se verificar uma situação de *perigo objetivo* de lesão do bem jurídico tutelado⁵⁵², caracterizada pela completa falta de possibilidade de ocorrência do resultado típico.⁵⁵³ Essas hipóteses são previstas no artigo 17 do Código Penal brasileiro por meio da figura do crime impossível, verificável no caso concreto quando a consumação do crime for impossível em razão da ineficácia absoluta do meio eleito pelo agente que pratica a conduta ou pela absoluta impropriedade do objeto.

Daí é que se pode concluir, portanto, que a tentativa idônea é verificada quando um resultado *concretamente possível* deixa de ocorrer em virtude de circunstâncias alheias à *vontade* do agente. A *concreta possibilidade* desse resultado constitui uma situação de *perigo objetivo* à qual o bem jurídico foi submetido, isto é, *um perigo de resultado*, perigo esse que não se concretiza em uma lesão real por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pois bem. Cotejando as premissas até então estabelecidas, nota-se que a presença de um perigo de resultado é circunstância comum à verificação dos crimes de perigo concreto e das tentativas idôneas de crimes de lesão. Roxin, por exemplo, expressamente coloca em pé de igualdade o perigo de resultado exigível nos delitos de perigo concreto e nos delitos de lesão.⁵⁵⁴

Essa constatação torna questionável o argumento de que o perigo doloso de uma tentativa de homicídio e o perigo concreto de uma exposição de perigo à vida ou a saúde de outrem poderiam ser diferenciados pelo motivo de essa se caracterizar “[...] *pela ausência de ataque direto à vida ou integridade física de uma pessoa*”⁵⁵⁵, como argumenta Viana, na medida em que a consumação de ambos depende de perigos de resultado equiparáveis entre si.

Com efeito, no que se refere ao argumento de que o crime de perigo se consuma “em momento muito anterior” ao do crime de lesão, a premissa soa ainda mais questionável.

⁵⁵² SANTOS, *Manual de direito penal: Parte geral*, 2012. p. 388.

⁵⁵³ MARTINELLI; BEM, *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*, 2022. p. 733.

⁵⁵⁴ “Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto ‘peligro de resultado’ en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido [...] si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro.” (ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 404).

⁵⁵⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 291, grifos nossos.

Sendo majoritário o entendimento doutrinário no sentido de que o perigo concreto é caracterizado pela iminência de dano, demandando uma efetiva criação de perigo ao bem jurídico, suficiente a tornar a probabilidade de lesão como próxima, parece difícil imaginar que a tentativa do crime de dano se consuma em momento “muito posterior”. Isto é: se o perigo concreto exigível para consumação do crime de perigo apenas é absolutamente satisfeito com a imediata proximidade da lesão, não há espaço para que esse perigo ocorra em momento consumativo “muito anterior” ao momento no qual ocorre a consumação da tentativa do crime de dano. A valer as premissas estabelecidas, ambos – crime de perigo e tentativa de crime de dano – se consumam em momentos muito próximos ou idênticos.

E se as conclusões acima são verdadeiras, não se vislumbram critérios de ordem objetiva que sejam suficientemente capazes de distinguir os crimes de perigo concreto e as tentativas idôneas de crime de dano. Nesse sentido, o critério definitivo para operar essa distinção é justamente o de ordem subjetiva-volitiva, referente à constatação de um dolo de dano ou dolo de perigo. Acrescente-se a isso o fato de que o artigo 14, inciso II, do Código Penal brasileiro trata como tentados os delitos que não se consumam por circunstâncias alheias à *vontade* do agente, fazendo expressa menção, portanto, à necessidade de análise do elemento volitivo no exame da tentativa.

Sendo assim, especialmente nos termos das já mencionadas opiniões de Nelson Hungria e Arturo Rocco, somente consideramos possível proceder a uma distinção segura por meio da análise do elemento volitivo do indivíduo. Se, uma vez preenchidos os elementos objetivos pertinentes, houver dolo de provocar uma lesão concreta, cuja ocorrência se frustra por razões alheias à vontade do agente, haverá tentativa de crime de dano; se, por outro lado, o dolo for de perigo – ou seja, se o elemento volitivo abranger apenas a situação de perigo, excluindo a lesão – e os elementos objetivos pertinentes estiverem preenchidos, a melhor adequação típica será a do crime de perigo.

Nesse sentido, considerando a aparente impossibilidade de operar essa distinção por meio de uma teoria do dolo que descarte o elemento volitivo, mostra-se devidamente justificada a conclusão de que há uma incompatibilidade das teorias meramente cognitivas com o ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Noutro giro, muito embora ainda não tenhamos feito uma análise exauriente dos argumentos expostos a seguir, passamos a indicar outros aspectos que, à primeira vista, também levam a acreditar que há outras incompatibilidades das teorias puramente cognitivas com o ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.5.3 Outras possíveis incompatibilidades: o conceito de tentativa atrelado à vontade e a diferença valorativa entre querer e representar contida no artigo 29, § 2.º, do Código Penal

Dispõe o art. 14, II, do Código Penal que o delito é “[...] *tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*”. Como se vê, o conceito de vontade está inequivocamente previsto no dispositivo legal⁵⁵⁶, de sorte que não pode ser desconsiderado nas hipóteses de crimes tentados.

Segundo o dispositivo legal, no crime tentado o agente dá início a um curso causal⁵⁵⁷ por meio de atos executórios, curso esse que, não sendo influenciado por circunstâncias alheias à vontade do sujeito, daria ensejo à consumação de um determinado crime. Há, na tentativa, uma violação incompleta da norma, ao passo que no crime consumado essa violação é plena; trata-se, todavia, de ofensa à mesmíssima norma⁵⁵⁸, punindo-se o delito tentado, no entanto, com uma fração de pena inferior àquela atribuível ao delito consumado.

A identificação do crime a ser imputado depende, necessariamente, da identificação do curso causal que estava abrangido pela vontade do agente, já que, em razão das tais “circunstâncias alheias”, um ou mais elementos do tipo não se concretizaram.

Há, é verdade, casos que não demandam maiores esforços para capitulação. Àquele que busca matar o seu desafeto desferindo dois tiros na direção do seu peito, mas não obtém êxito em razão de nenhum dos tiros ter acertado um órgão vital, será imputável o delito de homicídio, possivelmente qualificado, na modalidade tentada. Seja por sua vontade estar claramente dirigida a matar a vítima (teorias volitivas), seja pelo motivo de ter assumido um compromisso cognitivo com o resultado morte em decorrência da representação dos fatos (teorias cognitivas), o tipo subjetivo do delito de homicídio estaria preenchido. É dizer: o elemento do tipo que não se verificou no caso concreto (morte) é de fácil dedução partindo-se das circunstâncias do caso.

⁵⁵⁶ Não se desconhece que há, entre os defensores das teorias cognitivas, a proposta de reinterpretação do conceito de vontade com base em um sentido normativo-atributivo, em detrimento da tradicional interpretação sob uma perspectiva psicológico-descritiva. Resumidamente: ao passo que na primeira hipótese busca-se verificar a presença da vontade a partir de uma *atribuição* com base na melhor forma de compreender o fim do comportamento desempenhado pelo sujeito, na segunda hipótese o conceito de vontade está atrelado ao “querer” como um estado mental (GRECO, *Dolo sem vontade*, 2009. p. 892). Ainda que parem dúvidas sobre a assertividade dessa proposta, a problemática exposta neste tópico não nos parece passível de resolução por meio dessa reinterpretação.

⁵⁵⁷ Ou adere a esse curso causal por meio de um comportamento omissivo.

⁵⁵⁸ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II, p. 75.

Por outro lado, há casos nos quais essa dedução pode revelar-se mais complicada. Imagine-se a seguinte situação: em uma rua inóspita, de madrugada, um sujeito, armado, se aproxima da vítima, a imobiliza e consegue, depois de induzi-la ao sono com a utilização de uma droga, colocá-la em seu automóvel e levá-la a um sítio distante. Chegando ao local, ele a coloca em um quarto, amarrada a uma cama, e, na sequência, busca estacionar o seu veículo em um local discreto. Ao retornar ao sítio, entra no quarto, ainda armado e, antes que pudesse fazer qualquer coisa, é surpreendido por policiais, que o prendem naquele momento.

Dessa breve descrição fática, há uma infinidade de delitos que, em tese, poderiam aplicar-se ao caso. A análise exclusiva das circunstâncias fáticas, desvinculadas da vontade do agente, todavia, não é suficiente para balizar a adequação típica da sua conduta. Isto é, precisa-se saber o conteúdo da vontade que foi frustrada pelas tais *circunstâncias alheias* mencionadas pelo dispositivo legal para que, aí sim, proceda-se à adequação típica da conduta.

Ilustrando: se, ao entrar no quarto, o agente tivesse a intenção de estuprar a vítima, a sua conduta inicial poderia ser considerada um ato executório violento para alcançar uma conjunção carnal não consentida, configurando, assim, o delito de estupro na modalidade tentada, sem prejuízo de eventual concurso de crimes com outro delito já consumado. Se, por outro lado, a intenção do sujeito fosse solicitar o pagamento de um resgate à família da vítima, a figura típica a incidir seria a do artigo 159 do Código Penal, que trata da extorsão mediante sequestro.

Poderia o sujeito, ainda, pretender levar a vítima para um determinado local onde seria sexualmente explorada, atraindo a incidência do tipo penal previsto no artigo 149-A, inciso V, do Código Penal, especificamente na modalidade “*transportar*”. Por fim, poderia tratar-se, na verdade, de mero sequestro, com a única intenção de privação de liberdade, ensejando a tipificação recorrendo à norma insculpida no artigo 148 do Código Penal.

No ponto, é evidente que o conteúdo dessa vontade pode – e deve – ser extraído de indicadores objetivos⁵⁵⁹ a serem identificados no cenário fático; não obstante, isso não altera o fato de que é o elemento volitivo do agente, precipuamente aferido a partir dos tais indicadores objetivos, que norteará a melhor adequação típica da conduta. Esse aspecto, que

⁵⁵⁹ A respeito da questão probatória, muito embora ainda pareça haver óbices práticos para a aplicação concreta e difundida, é digno de menção o avanço dos estudos na neurociência para auxiliar, por meio de *scanners* cerebrais, na determinação da falsidade ou não de declarações prestadas (LÓPEZ, María Luisa Villamarín. *Neurociência e detecção da verdade e da mentira no processo penal*. São Paulo, Marcial Pons, 2020. p. 90 e ss.).

já diz respeito a uma questão de *prova* no processo penal e não propriamente de dogmática, não é incompatível e tampouco inviabiliza a adoção de uma teoria volitiva.

Um segundo exemplo: se um indivíduo é surpreendido por policiais no momento em que quebra o vidro da porta de uma residência, antes de adentrá-la, seria possível distinguir entre os delitos de dano (consumado), violação a domicílio (tentado) e furto qualificado pela destruição de obstáculo à subtração da coisa (tentado) sem uma análise do elemento volitivo?

É certo que se poderia pensar em outras variações e exemplos, mas a esta altura o ponto já está claro: a resolução dos casos dependeria, inexoravelmente, de uma análise da vontade que o agente tinha ao desempenhar os comportamentos em apreço. Sem conhecer a vontade que foi frustrada pelas tais circunstâncias alheias, a adequação típica da conduta, em casos como estes, torna-se extremamente problemática.

Prosseguindo, complementamos esse argumento com o fato de que, segundo entendemos, essa “*vontade*” mencionada no dispositivo legal está atrelada ao conceito de dolo, na medida em que se refere a uma vontade dirigida à consecução de um resultado⁵⁶⁰, o qual não se consuma por circunstâncias alheias ao agente. Prova disso é que não se admite a tentativa nas hipóteses de crimes culposos, notadamente porque, nesses casos, não há vontade dirigida à consecução de um resultado, mas apenas um comportamento violador de uma norma objetiva de cuidado⁵⁶¹. Daí é que se chega à seguinte conclusão intermediária: a tentativa é cabível nos crimes dolosos e incabível nos culposos pois, para sua consumação, demanda-se a presença de uma *vontade* do agente em direção a um determinado resultado, logo, a marca diferenciadora entre dolo e culpa deve, nos termos do art. 14, II, do Código Penal, *necessariamente* levar em conta a existência ou não de um elemento volitivo.

Aqui, então, exsurge uma possível incompatibilidade das teorias cognitivas com o Código Penal brasileiro, haja vista que o conceito de tentativa é necessariamente composto pela vontade, de modo que sua aplicabilidade dependeria, necessariamente, de um conceito de dolo que abrangesse o elemento volitivo⁵⁶².

⁵⁶⁰ Como bem ressalta a doutrina: “O conceito de tentativa não é invenção da lei, já que esta o recolhe e limita a submetê-lo a uma pena. Onticamente, é tão inconcebível a *tentativa culposa* como o é um círculo quadrado ou um triângulo de seis lados e cinco vértices. Só se pode tentar alcançar o que se quer alcançar, mas não o que não é querido” (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 21.)

⁵⁶¹ MARTINELLI; BEM, *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*, 2022. p. 727; ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., 2000, p. 21.

⁵⁶² Argumento semelhante é encontrado na doutrina espanhola: CASABONA, Carlos María Romeo. Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica *In: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid Civitas, 2005. p. 923-948. p. 939. Igualmente na doutrina peruana: HURTADO POZO, José.

Há ainda um outro aspecto legal que milita contra a possibilidade da adoção de uma teoria cognitiva no ordenamento brasileiro. Como se sabe, o Código Penal brasileiro adotou uma teoria monística no que toca ao concurso de pessoas, dispondo o artigo 29, *caput*, que “[Q]uem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. O §2º deste dispositivo, contudo, elenca que “[S]e algum dos concorrentes *quis* participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido *previsível* o resultado mais grave.”⁵⁶³ (grifo nosso).

Analisando o artigo e seus parágrafos, nota-se que o legislador fez uma opção expressa de valorar distintamente a relevância da vontade e da representação na prática de uma conduta penalmente relevante. Explica-se: como se observou, o *caput* determina, como regra, a atribuição da mesma pena a todos que concorrem para o crime. O §1.º traz uma possível causa de diminuição da pena, cujo fundamento é a menor importância da contribuição do sujeito à empreitada criminosa – é a figura do partícipe.

A doutrina brasileira aponta que essa participação de “menor importância” se verifica com a presença de dois elementos: um objetivo, consistente no auxílio, cooperação ou contribuição para o fato criminoso; e um subjetivo, representado pela adesão voluntária da atividade do partícipe à atividade do autor, de modo que ambos compartilhem o mesmo elemento subjetivo (homogeneidade do elemento subjetivo); até por isso, inclusive, é que se descarta a possibilidade de participação culposa em crime doloso (e vice-versa), haja vista que, nessas hipóteses, há vontades distintas⁵⁶⁴. Seja como for, ainda que haja a redução da pena, fato é que o partícipe terá sua conduta subsumida ao mesmo tipo penal do autor do delito.

Já o § 2.º traz uma nova exceção, a qual consiste em aplicar a pena de crime diverso ao sujeito que tenha concorrido para o crime mais grave. O fundamento dessa exceção se apoia, segundo o Código, no fato de que o agente *quis* participar de delito menos grave, o que excluiria a possibilidade de aplicação da pena do crime mais grave. No entanto, se apesar de não ter *querido* participar do crime mais grave, o resultado (do crime mais grave)

SALDARRIAGA, Víctor Prado. *Manual de derecho penal*– Parte general. 4. ed. Lima: Idemsa, 2011. p. 439.

⁵⁶³ Dispõe o § 1.º, ainda, que “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

⁵⁶⁴ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II; BRUNO, *Direito penal – Parte geral*: Fato punível, 1967. tomo 2. p. 408; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral e parte especial. 17. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 504.

fosse *previsível* ao sujeito, ainda assim se aplicaria a pena do crime menos grave, todavia aumentada até a metade.

Podem ser sintetizadas da seguinte maneira as hipóteses de aplicabilidade desse artigo aos crimes dolosos: (i) o sujeito que aporta contribuição à atividade criminosa de terceiro, *compartilhando o seu elemento subjetivo e, portanto, incluindo o advento do resultado em sua vontade*, responderá pelo mesmo crime praticado por esse terceiro, na medida de sua culpabilidade (*caput*), sendo certo que, se a participação for de menor importância, a pena poderá ser diminuída de um sexto a um terço (§ 1.º); (ii) o sujeito que aporta contribuição à atividade criminosa de terceiro, *com elemento subjetivo diverso, não incluindo o advento do resultado em sua vontade nem em sua representação*, responderá apenas pelo crime abrangido por seu elemento subjetivo (primeira parte do § 2.º); e (iii) o sujeito que aporta contribuição à atividade criminosa de terceiro, *com elemento subjetivo diverso, não incluindo o advento do resultado em sua vontade mas o incluindo em sua representação*, responderá apenas pelo crime abrangido por seu elemento subjetivo, *mas com acréscimo de pena até a metade* (segunda parte do § 2.º).

Como se observa, o artigo 29 e seus parágrafos determinam uma gradação na imposição da pena de acordo com a vontade e o conhecimento do agente em relação ao crime praticado. Quando ambos estiverem presentes, aplicar-se-á a pena do crime mais grave com possível causa de diminuição atrelada ao aspecto *objetivo* da participação de menor importância; quando nenhum deles estiver presente, aplica-se a pena do crime menos grave; quando apenas o conhecimento estiver presente, aplica-se a pena do crime menos grave acrescida da metade.

Se o raciocínio exposto está correto, há uma nítida opção do legislador por valorar distintamente as condutas que abrangem unicamente um elemento cognitivo e aquelas que abrangem os elementos cognitivo e volitivo juntos. A adoção de uma teoria meramente cognitiva para a definição do dolo, portanto, iria de encontro a essa opção do legislador, revelando, assim, uma incompatibilidade com o Código Penal brasileiro.

3.4 CONCLUSÃO INTERMEDIÁRIA

A esta altura, acreditamos ser possível afirmar que as disputas entre as teorias do dolo se apresentam, em considerável parte das vezes, mais em torno da

linguagem/terminologia utilizada pelos autores do que em relação ao seu conteúdo. Entre as teorias volitivas, muitas das terminologias utilizadas, a bem da verdade, parecem apontar para indícios de ocorrência ou não do dolo, e não propriamente para um conceito⁵⁶⁵; ademais, nota-se pouca ou quase nenhuma diferença material entre elas. Ainda, a similitude de conteúdo abrange inclusive algumas das teorias cognitivas, como as teorias da representação⁵⁶⁶.

Estes aspectos levam a crer que a dicotomia entre teorias volitivas e cognitivas, apesar de novamente acirrada no cenário acadêmico, talvez diga respeito a uma disputa muito mais terminológica do que, propriamente, de conteúdo. Não se quer dizer com isso que o debate seja vazio. Ao revés, viu-se que algumas das teorias, como aquela proposta por Eduardo Viana, podem contribuir sobremaneira com a indicação de critérios mais precisos para os juízos de imputação subjetiva. Nesse sentido, uma possível (re)construção dos parâmetros de imputação mostra-se, a nosso ver, como o produto mais benéfico desse “embate” entre os grupos de teorias, restando em segundo plano a disputa quanto à prescindibilidade ou não do elemento volitivo.

Por tal motivo, bem como por não ser o escopo deste trabalho, não se adotará um posicionamento a respeito de qual das teorias apresentaria melhor rendimento dogmático, tampouco se alguma das correntes intituladas cognitivas devem tornar-se majoritárias. Por ora, contenta-se em questionar a viabilidade da aplicação de uma teoria meramente cognitiva no ordenamento jurídico brasileiro, em razão das possíveis incompatibilidades apontadas no tópico 3.3.5 e seus subtópicos. Enquanto se investiga essa suposição, permaneço filiado⁵⁶⁷ à doutrina dominante, compartilhando as opiniões de Roxin, no sentido de que “[...] *una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente de saber es demasiado intelectualista*”.⁵⁶⁸, e de Aníbal Bruno, para quem “[...] *a simples representação não define a posição do agente em relação ao fato ilícito, o que é o mais importante em matéria de dolo*”.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 430. O autor menciona expressamente as expressões “*tomarse en serio*” e “*resignarse a*”.

⁵⁶⁶ O leitor poderá consultá-las no Tópico 3.3.2 e seguintes.

⁵⁶⁷ Para além de todo o exposto sobre esse assunto ao longo deste trabalho, acredita-se que, notadamente no cenário jurídico brasileiro, a aplicação de uma teoria meramente cognitiva daria causa a um incremento de acusações ineptas, fundadas em disfarçadas tentativas de responsabilização penal objetiva. Trata-se, no entanto, de uma suposição fundada em mera intuição particular, para a qual dedicaremos posteriores estudos.

⁵⁶⁸ ROXIN, op. cit., p. 434.

⁵⁶⁹ BRUNO, *Direito penal – Parte geral: Fato punível*, 1967. tomo 2. p. 61.

Feito esse posicionamento, fato é que nos interessa, depois da explanação de cada uma das teorias supramencionadas, averiguar a eventual incompatibilidade entre o dolo eventual e os crimes omissivos impróprios. Antes de, enfim, procedermos ao “teste”, consideramos ser pertinente tecer alguns comentários sobre a crítica atinente à ausência de precisão dos conceitos nas teorias volitivas, pois essa crítica traz consigo uma direta relação com a aplicabilidade prática⁵⁷⁰ das teorias, e, por conseguinte, com o “teste” de compatibilidade da omissão imprópria com o dolo eventual, cerne deste trabalho.

De fato, termos como “levar a sério”, “aprovar”, “assumir” e “ser indiferente”, bem como “decidir-se pela lesão do bem jurídico” não contêm uma delimitação conceitual bem definida. O mesmo ocorre, como visto, em algumas das teorias cognitivas, quando são empregadas as expressões “representação concreta da possibilidade de realização”, “representação da verdadeira possibilidade de ocorrência do resultado”, dentre outros possíveis exemplos. O maior incômodo dessas definições parece ser o do alto grau de subjetividade a elas atrelado, o que, naturalmente, reverbera em certa insegurança jurídica e incertezas no momento de aplicação ao caso concreto.

Por outro lado, como bem pontua Roxin, não se pode descurar da dificuldade de reproduzir linguisticamente um fenômeno psicologicamente complexo como o dolo⁵⁷¹.

É inegável que, ao se tratar do dolo e suas variantes, aborda-se um fenômeno conceitualmente sofisticado, de sorte que a tentativa de estabelecer uma definição integralmente rígida não se revela viável, sob pena de se violarem princípios basilares do Direito Penal⁵⁷² e abrir-se espaço a tentativas de responsabilização penal objetiva.

⁵⁷⁰ Como já adiantado no tópico 3.1, não se pretende, neste espaço, apresentar uma opinião sobre qual seria a teoria do dolo mais adequada, tampouco aprofundar os méritos e pontos de crítica de cada teoria. Por esse motivo, nesse momento deixamos de nos aprofundar em relação às demais críticas elencadas no tópico 3.2.5.

⁵⁷¹ ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 427.

⁵⁷² Parece-nos difícil a conciliação especialmente com o princípio da culpabilidade, o qual, na assertiva opinião de Nilo Batista, repudia qualquer espécie de responsabilização (tão somente) por causa do resultado, isto é, a chamada responsabilidade penal objetiva (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 103). Ainda sobre o assunto, entendemos pertinente trazer as palavras de Shecaira, quando, tratando especificamente sobre a questão do dolo eventual nos crimes de trânsito, assevera que: “Assim, o dolo eventual retorna seu papel histórico. Se ele nasceu dentro de um contexto religioso, para aumentar o grau de punição aos clérigos, agora, em função da perda da racionalidade iluminista e da adoção de uma ‘racionalidade’ pós-moderna, quando não pós-fordista, decorrente da adoção de um Estado penal, passou a ser um instrumento de contenção social dentro de um processo de desconstrução simbólico da sociedade iluminista. Por isso, não é preciso provar a existência do dolo eventual no crime de trânsito, basta que o fato exista. Não é necessário dizer que esta ou aquela conduta viária foi dolosa e não culposa. Bastam o resultado e o incremento do risco corrido para se chegar até ele. Novamente o dolo eventual age na história para incrementar o controle social. Mais uma vez ele será usado para traduzir a resposta penal em mais punição, através da pena privativa de liberdade” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda a expansão do Direito Penal: o papel do dolo eventual*, 2007. p. 7). É neste ponto que, a nosso ver, reside uma grande preocupação no que se refere à adoção de um conceito

Diante da tensão que se forma entre esses dois aspectos, o caminho que soa mais correto é o da busca de um conceito que não esteja puramente atrelado aos desejos internos do indivíduo⁵⁷³, mas que, por outro lado, não seja fundado em concepções puramente objetivas, haja vista a imprescindibilidade do liame subjetivo entre o sujeito e o fato tido como criminoso⁵⁷⁴. Além disso, por evidente, o conceito deve estar em consonância com as premissas fundantes do sistema penal no qual está inserido. Nesse passo, a teoria que mais se aproxima desse meio-termo é a de Roxin, ao correlacionar a ideia geral de dolo com a “realização de um plano” e a ideia de dolo eventual com a “decisão pela lesão de bens jurídicos”⁵⁷⁵.

Ademais, muito embora se trate de matéria mais próxima do Direito Processual Penal, a conceituação do dolo não pode prescindir de uma complementação atinente aos indicadores aptos à sua comprovação no caso concreto. A subjetividade inerente ao conceito, salvo nos casos de confissão válida e legítima do réu, deverá ser provada aplicando-se indicadores objetivos. Nesse ponto, os critérios sugeridos⁵⁷⁶ por Eduardo Viana em sua teoria da inferência mostram-se de grande valia⁵⁷⁷.

meramente cognitivo de dolo, especialmente na jurisprudência brasileira; parece-nos que seria facultado aos julgadores um caminho muito próximo da responsabilização penal objetiva, atribuindo-se as (muito mais) altas penas de crimes dolosos a casos nos quais poderia o vínculo subjetivo do sujeito com a conduta não fosse devidamente verificado. Essa preocupação nos soa legítima a partir da análise de diversos casos atinentes à imputação de crimes a dirigentes de empresas, nos quais a acusação se preocupa única e exclusivamente em declinar o vínculo formal de uma pessoa física com uma pessoa jurídica, sem a mínima individualização da conduta. A título de exemplo, remetemos o leitor aos julgados do Superior Tribunal de Justiça que tratam sobre os conceitos de “denúncia geral” e “denúncia genérica”.

⁵⁷³ Como ocorre, por exemplo, na primeira vertente da teoria do consentimento, exposta no tópico 3.2.4.1.

⁵⁷⁴ Interessantes são as palavras de Cernelutti sobre o papel do juiz no processo penal, as quais, mesmo sem pretender tratar sobre a temática do dolo, pontuam assertivamente a relevância da vontade na análise da conduta: “De todo modo, a missão histórica do juiz não está somente em reconstruir um fato: quando em um processo por homicídio se estabeleceu a certeza de que o imputado, com um tiro de pistola tenha matado um homem, não se sabe, todavia, dele tudo o que é necessário saber para dever condená-lo. O homicídio não é somente ter matado, senão ter *querido* matar” (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução da versão espanhola do original italiano: Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009. p. 72).

⁵⁷⁵ O leitor poderá consultá-la no Tópico 3.2.4.4.

⁵⁷⁶ O leitor poderá consultá-los no tópico 3.3.4.

⁵⁷⁷ Em complemento, destacam-se os indícios elencados por Roxin: “*La magnitud del peligro conocido y la circunstancia de si el sujeto tenía, desde su posición, algún motivo para conformarse con el resultado, desempeñarán el papel más importante al respecto; otros criterios como la habituación al riesgo, los esfuerzos de evitación y la cobertura o aseguramiento poseen una trascendencia más indiciaria para la valoración del peligro*” (ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 447). O papel que a doutrina possui no desenvolvimento de critérios idôneos para auxiliar o julgador na árdua tarefa de apuração do elemento subjetivo no caso concreto é de suma relevância, pois, muito embora o julgador encontre na lei os conceitos de dolo e culpa, nela não encontra uma fórmula para reputar uma determinada conduta como culposa ou dolosa (CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 2022. p. 157).

Por fim, mesmo compartilhando da opinião de Roxin no sentido de que ao grupo das teorias volitivas é inevitável a permanência de uma “insegurança residual”⁵⁷⁸, entendemos que o caminho para um conceito parcialmente normativizado⁵⁷⁹ – o qual, todavia, não prescindia do elemento volitivo –, aliado ao efetivo desenvolvimento de *standards probatórios* para a comprovação do dolo (na extensão possível), é suficiente para superar – ou mitigar de maneira satisfatória – a questão da imprecisão conceitual. Dessa forma, malgrado se reconheça a pertinência das críticas quanto à imprecisão conceitual nas teorias volitivas, divergimos da conclusão de que se deva recorrer a uma teoria estritamente cognitiva como solução para essa questão.

Abordadas todas as questões afetas ao conceito de dolo que interessavam ao presente trabalho⁵⁸⁰, passemos ao próximo capítulo.

⁵⁷⁸ ROXIN, op. cit., p. 447.

⁵⁷⁹ O grau desta normativização, todavia, é algo que ainda se mostra nebuloso. Díez Ripollés, muito embora reconheça que os elementos subjetivos, concebidos em uma perspectiva psicológica, não podem ser acessados diretamente por meio de uma constatação empírica, entende que a introdução de componentes normativos no processo de aferição do dolo, apesar de soar inevitável em alguns casos, deveria ser excepcional. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª ed., B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2007, p. 274 e seguintes.

⁵⁸⁰ Não poderíamos deixar de mencionar a corrente que trabalha a hipótese de uma “terceira via” na imputação subjetiva: a categoria *recklessness*, de origem anglo-saxã (HÖRNLE, *Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”*, 2021. p. 8 e ss.); (VIANA-TEIXEIRA, *A imputação dolosa no caso do “racha em Berlim”*. *Comentários à decisão do Tribunal de Berlim*, p. 128.). Essa categoria, já trabalhada nos sistemas jurídicos dos Estados Unidos e da Inglaterra, é atualmente prevista no Código Penal modelo estadunidense, notadamente na seção 2.02, alínea “c”: “A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation”. Em resumo, trata-se de categoria norteadada por um critério objetivo, consistente na realização de uma conduta que represente uma “falha grosseira de um padrão objetivo de cuidado”, devidamente percebida pelo sujeito como elemento criador de um risco substancial e injustificável, e, não obstante isso, por ele desconsiderado (LOBATO; REZENDE, *A cegueira deliberada e o dolo eventual: uma relação de desarmonia*. 2022, p. 5). Outrossim, vale ressaltar que, apesar da origem anglo-saxã, o estudo da categoria *recklessness* vem ganhando espaço em ordenamentos fundados no sistema de *civil law*, por exemplo, na Itália (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Anotações sobre o estudo da recklessness na doutrina penal italiana: por uma terceira forma de imputação subjetiva?* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, p. 125-149, nov. 2017. p. 5-8). Para outra parcela da doutrina, a inserção de mais uma categoria para imputação subjetiva, além de possuir escassas possibilidades de êxito, não seria dogmaticamente recomendável (ROXIN, *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, 1997. tomo I. p. 445-446).

4 EXAME DE COMPATIBILIDADE ENTRE OMISSÃO IMPRÓPRIA E DOLO EVENTUAL

O caminho percorrido até aqui permitiu que fosse destrinchada a estrutura dogmática do tipo omissivo impróprio, bem como que fossem analisadas as atuais principais teorias que se propõem a balizar o conceito de dolo.

Para que houvesse condições de responder ao questionamento sobre a compatibilidade ou não da omissão imprópria com o dolo eventual, foi necessário, inicialmente, entender os pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio. No bojo deste estudo, nos deparamos com duas variantes afetas à análise da causalidade e imputação objetiva que interferem diretamente no resultado desta pesquisa, quais sejam, as teorias da evitabilidade e da diminuição dos riscos.

Malgrado a primeira teoria seja dominante na doutrina estrangeira e na nacional, bem como no âmbito da jurisprudência brasileira, considerou-se importante que o “teste” ora proposto seja feito com ambas, a fim de explorar ao máximo o rendimento acadêmico deste trabalho.

Antes, contudo, mostra-se relevante tecer algumas considerações acerca do que, precisamente, deve ser considerado *objeto* do dolo nos delitos omissivos impróprios.

4.1 DO OBJETO DO DOLO NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Viu-se, no fim do tópico 1.1, que a omissão não se caracteriza por uma mera abstenção, mas sim por não se praticar uma determinada ação concreta, ação esta que é juridicamente exigível do garantidor, a fim de evitar um resultado típico. Essa constatação, como visto, reverbera diretamente no exame do tipo objetivo, haja vista que a capacidade de ação do indivíduo é analisada tendo como parâmetro justamente a ação prescrita ao garantidor. Na mesma esteira seguem os exames de causalidade e imputação objetiva: é a ação exigível o objeto de estudo para aferir a evitabilidade ou a diminuição dos riscos que ocorreria no curso causal, caso o garantidor houvesse agido.

Desta feita, ao tratar do dolo na omissão⁵⁸¹, tem-se como objeto de análise não uma mera inércia, mas sim a não realização da ação prescrita ao sujeito; a imputação subjetiva se orientará essencialmente sobre a *não realização daquela determinada conduta* exigível do garantidor, abrangendo, obviamente, todos os elementos do tipo objetivo.

É dizer: se nos delitos comissivos a presença do dolo é investigada com base na conduta *ativa* do indivíduo, nos aspectos psicológicos que a circundam e nas demais circunstâncias pertinentes, nos omissivos impróprios o parâmetro é a *ação não realizada*, e, mais especificamente, o processo decisório que leva à não realização daquela ação. Avalia-se, ainda, se na decisão estão incluídas as demais circunstâncias que compõem o tipo objetivo, isto é, se os elementos do dolo (cognição e vontade ou apenas cognição, a depender da teoria) abrangeram tais circunstâncias.⁵⁸²

Sendo assim, será objeto do dolo a decisão do garantidor de, diante de uma situação típica de risco, não praticar uma determinada ação necessária à evitação de um resultado ao qual estava obrigado a impedir. Independentemente de se adotar uma teoria cognitiva ou volitiva, o elemento cognitivo do indivíduo deverá abranger: (i) as circunstâncias que o caracterizam como garantidor no caso concreto; (ii) a existência de uma situação típica de risco que inaugura o seu dever de agir; (iii) a identificação da ação exigida; (iv) as circunstâncias que fundamentam a imputação objetiva do resultado, quais sejam, a necessidade da sua atuação e a possibilidade de que essa ação evite/diminua os riscos⁵⁸³ de ocorrência do resultado; e (v) a capacidade de realização da ação que deve desempenhar.⁵⁸⁴

Delimitado o objeto, passa-se à análise de compatibilidade previamente proposta.

⁵⁸¹ Deixamos de abordar, aqui, a concepção de *cuasi-dolo* defendida por Kaufmann – a qual, em síntese, nega a existência de um efetivo dolo na omissão, em razão das premissas finalistas seguidas pelo autor – por não se tratar de questão relevante ao tema ora desenvolvido (KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006. p. 313).

⁵⁸² Juarez Tavares destaca que “Diferentemente dos crimes comissivos, nos quais o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes 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” (TAVARES, *Teoria dos Crimes omissivos*, 2018. p. 393).

⁵⁸³ Aqui, a evitação ou diminuição do risco dependerá da teoria adotada, conforme exposto no tópico 2.3 e demais.

⁵⁸⁴ Em sentido semelhante, ainda que com pequenas variações: F FRAGOSO, *Crimes omissivos no direito brasileiro*, 1982. p. 47; TAVARES, op. cit., p. 394; ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general. Especiales formas de aparición del delito*. 2014. tomo II. p. 817; PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006. p. 331. Nessa linha, também segue Jescheck, colocando em debate, contudo, se os deveres de garante também fariam parte do tipo objetivo (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. corregida y ampliada. Traducción: dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 573). Na jurisprudência brasileira: RHC n. 46.823/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/4/2016, DJe de 15/4/2016.

4.2 EXAME DE COMPATIBILIDADE DO DOLO EVENTUAL COM A OMISSÃO IMPRÓPRIA À LUZ DA TEORIA DA EVITABILIDADE

Considerando que o maior aspecto de variabilidade das respostas que ora se busca está atrelado ao conteúdo da teoria adotada para a aferição da causalidade e a imputação objetiva, este exame será feito em duas partes. Na primeira, as teorias do dolo previamente estudadas serão “cruzadas” com os pressupostos do tipo omissivo impróprio à luz da teoria da evitabilidade e, na sequência, o mesmo será feito à luz da teoria da diminuição dos riscos.

4.2.1 Teoria do consentimento x teoria da evitabilidade

Para os defensores das teorias do consentimento, o dolo eventual deverá ser descartado nos casos em que o indivíduo confiar na não ocorrência do resultado, malgrado o tenha representado. Por outro lado, será dolosa a conduta quando o autor estiver de acordo ou aprovar o resultado típico previamente representado como possível. Viu-se, no tópico 3.2.4.1, que há duas vertentes dessa teoria: a primeira, que concebe o “aprovar” ou “consentir” ancorada em uma perspectiva puramente psicológica, cotidiana; a segunda, que concebe os aludidos termos por uma perspectiva preponderantemente atributivo-normativa. Neste tópico, será considerada a segunda vertente da teoria.

De antemão, é importante relembrar as seguintes premissas: (i) a teoria da evitabilidade acrescenta ao tipo objetivo a necessidade de que a ação omitida pudesse evitar o resultado com probabilidade próxima aos limites da certeza⁵⁸⁵; (ii) a situação típica de risco denota a exigibilidade e a necessidade da ação do garantidor para evitação do perigo iminente ao qual o bem jurídico está submetido, perigo esse que se concretizará na hipótese de omissão da ação mandada⁵⁸⁶; (iii) todos os elementos do tipo objetivo devem ser abrangidos pela representação; (iv) no que tange ao elemento cognitivo do dolo eventual, especificamente em relação à representação do resultado, este somente é tido como uma *possível* consequência colateral da conduta⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Tópico 2.3.1.

⁵⁸⁶ Tópico 2.4.

⁵⁸⁷ Tópico 3.2.4.1.

Ancorando-se nas premissas acima, nota-se que, se o sujeito incorpora ao seu elemento cognitivo todo o conteúdo do tipo objetivo – conferindo-se destaque às premissas (i) e (ii) supramencionadas –, a ele não mais será possível deixar o resultado ao acaso, isto é, torna-se insuportavelmente contraditório que a relação de causalidade entre o seu comportamento e a ocorrência do resultado seja representada apenas como algo *possível*⁵⁸⁸.

A partir do momento em que se constata a existência de uma situação de perigo iminente ao bem jurídico – perigo esse que, como visto, se concretizará na hipótese de não haver uma interferência –, a ocorrência do resultado é um evento de altíssima probabilidade. Com efeito, o garantidor que, ciente da existência dessa situação típica, *decide* por omitir uma ação que, segundo seus próprios conhecimentos, é necessária e evitaria o resultado em probabilidade próxima ao limite da certeza, não mais *deixa ao acaso* o curso causal com a sua conduta omissiva. Ao revés, representa que a decisão tomada possui correlação necessária com a ocorrência do resultado.

Mais precisamente: incluídas na moldura cognitiva todas as circunstâncias atinentes ao tipo objetivo, o sujeito representa, com probabilidade próxima à certeza, que a ação exigida evitará um resultado típico iminente, de sorte que a *decisão pela inação* somente pode ser representada pelo sujeito como um comportamento que *necessariamente* dará ensejo a esse resultado. Isto é, o sujeito representa que, praticada a ação exigida, o resultado desaparece; de modo que, *a contrario sensu*, ao decidir-se por não praticar a ação exigida mesmo diante da situação de risco iminente, sabe que a sua conduta terá como consequência indissociável a ocorrência do resultado típico.

Ocorre que, sendo esse o caso, não mais se estará no campo do dolo eventual, mas sim do dolo direto, seja de primeiro, seja de segundo grau. Isso porque o elemento cognitivo atinente à (alta probabilidade de) ocorrência do resultado *em decorrência da decisão de se omitir* já estará demasiadamente acentuado para que seja cabível uma imputação a título de dolo eventual, o qual, como visto anteriormente, é caracterizado pela presença enfraquecida tanto do elemento cognitivo quanto do elemento subjetivo.

⁵⁸⁸ Essa conclusão já fora alcançada na obra de Juarez Tavares: TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 396 e ss. Também Marco Antonio Terragni aponta que “[...] no es fácil imaginar casos en que el sujeto se plantee (conocimiento) y emprenda (voluntad) conductas de omisión que, en lugar de proponerse directamente el resultado, afronten la eventualidad de que acontezca” (TERRAGNI, *Dolo eventual y culpa consciente*, 2009. p. 126. Adrián Marcelo Tenca, por sua vez, aponta que a junção do delito omissivo impróprio e do dolo eventual resultam em uma “quimera inentendible”. O autor, vale a pena ressaltar, entende que o tipo do dolo eventual, na realidade, possui a estrutura de um tipo culposos ao qual se aplica a pena de um delito doloso. O autor conclui, assim, “[...] que o dolo eventual não tem razão de ser”, sugerindo que se aumente a pena dos crimes cometidos com culpa consciente para que se evite um “salto qualitativo” do tipo culposos para o doloso (TENCA, *Dolo eventual*, 2010. p. 347 e 357).

Ou seja, nesse caso, o garantidor representa circunstâncias que indicam o seguinte raciocínio: *“existe uma situação de perigo iminente ao bem jurídico; todavia, caso eu pratique a ação devida, muito provavelmente evitarei que esse perigo se concretize em um resultado típico; se, por outro lado, eu decidir não agir, o resultado certamente ocorrerá”*. Daí se conclui que a relação entre a omissão e a ocorrência do resultado não se caracteriza por um grau de mera possibilidade, mas é estreita a ponto de gerar uma relação na qual o resultado é uma consequência necessária da omissão.

Ilustrando com um exemplo: o engenheiro responsável pela construção de um edifício toma conhecimento de que uma das vigas de sustentação estrutural apresenta problemas, tornando-se imprescindível a realização de um procedimento de reforço, o qual, caso não seja realizado, comprometerá toda a segurança do edifício durante a obra, gerando um iminente risco de desmoronamento. Por outro lado, os cálculos matemáticos demonstram que a realização do reforço será plenamente eficaz para garantir a segurança do empreendimento. O engenheiro, todavia, com receio de apresentar custos extras ao contratante naquele momento, não realiza o reforço necessário, esperando, sem perspectiva concreta, uma oportunidade melhor para requerer um orçamento complementar. Antes dessa oportunidade, contudo, a estrutura cede em razão daquela viga enfraquecida, causando um enorme desmoronamento.

No exemplo acima, nota-se com clareza o quanto explicado ao longo deste tópico: ao decidir-se pela omissão da ação exigida, mesmo sabendo da iminência do resultado e da eficácia que essa ação teria para sua evitação, o engenheiro não deixa o resultado ao acaso, isto é, não vislumbra que a sua omissão terá como consequência a mera *possibilidade* do desmoronamento; ao revés, sabe, por meio de cálculos matemáticos, que o colapso da estrutura é iminente, sendo certo que a obra de reforço é necessária para torná-la segura novamente. Assim, ao menos no plano intelectual, a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado é vislumbrada como uma quase certeza, o que inviabiliza a verificação do dolo eventual – é dizer, o sujeito sabe que a decisão pela omissão tem o resultado típico como consequência *necessária*, não uma mera consequência *ocasional*. Considerando a forte presença do elemento cognitivo, haverá espaço apenas para a imputação a título de dolo direto de primeiro grau ou dolo direto de segundo grau⁵⁸⁹, caso preenchido o elemento volitivo; ou, caso não preenchido, a título de culpa.

Apresenta-se uma variante: agora, o engenheiro constata que a chance de êxito da obra de reforço é apenas baixa, preferindo, apesar do risco iminente de desmoronamento,

⁵⁸⁹ Ressalvada a hipótese de erro de tipo.

buscar alternativas que julgue mais eficazes para solucionar o problema. Sucede que, nesse ínterim, o prédio desaba. Nessa nova situação, a despeito da representação acerca da situação típica de risco, o elemento cognitivo não alcança um dos fundamentos de imputação objetiva (evitabilidade do resultado em probabilidade próxima à certeza caso a conduta exigida seja praticada), descartando-se, assim, a possibilidade de acusação dolosa. Ou seja: no plano intelectual, a decisão pela omissão não tem o resultado típico como uma consequência necessária, na medida em que, segundo representado por ele, ainda que agisse o resultado poderia acontecer.

Poderia o leitor indagar-se, ainda, acerca da seguinte situação: se, muito embora o sujeito represente a evitabilidade do resultado em limites próximos à certeza caso pratique a ação mandada, mas, todavia, considere que as chances de o resultado acontecer são baixas (ou constituem mera *possibilidade*), não seria cabível a imputação a título de dolo eventual? Em outras palavras: apesar de saber que sua ação muito provavelmente salvaguardaria o bem jurídico, não deixa o resultado ao acaso aquele que não age para evitar um evento meramente possível?

Nessas hipóteses, considerando que o elemento cognitivo deve abranger todas as circunstâncias inerentes à situação típica de risco⁵⁹⁰ – incluindo, então, a existência de um perigo iminente que irá se concretizar em lesão caso não haja interferência⁵⁹¹ – a representação da simples *possibilidade* de ocorrência do resultado é insuficiente para satisfazer a necessidade de que o elemento cognitivo alcance plenamente as circunstâncias que compõem a situação típica de risco. Ou seja, a representação do sujeito não contempla todo o tipo objetivo, pois a moldura fática que se forma na sua cognição não engloba o perigo iminente do resultado. Falta, assim, a representação completa de um pressuposto de tipicidade objetiva.

⁵⁹⁰ Remetemo-nos ao tópico 2.4, no qual as circunstâncias são explicadas com mais detalhes.

⁵⁹¹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017. p. 240; MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*. 7. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 707.

Para além disso, também não se verifica a representação acerca da *necessidade*⁵⁹² da conduta se o sujeito acredita não haver uma situação de iminente perigo ao bem jurídico⁵⁹³. Assim, o erro em relação a alguma dessas circunstâncias inevitavelmente excluirá a possibilidade de uma imputação dolosa, remanescendo viável, apenas, a acusação culposa⁵⁹⁴.

⁵⁹² A título de exemplo, reconhecendo a necessidade da ação para evitação do resultado: BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral: Introdução – Norma penal – Fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 1; PUIG, *Derecho penal*. Parte general, 2006. p. 331; TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 396; MARTINELLI; BEM, op. cit., Parte Geral, p. 715.

⁵⁹³ Imaginemos um novo exemplo: um dos engenheiros técnicos de uma barragem de rejeitos recebe um relatório sobre algumas anormalidades no seu funcionamento, havendo recomendação para checagem de uma das galerias da barragem, a qual, indiretamente, influencia a segurança da estrutura; não há, todavia, avisos sobre a iminência de ruptura, tampouco sobre uma situação de urgência. A priori, o mau funcionamento de uma galeria pode, sob determinadas condições, comprometer toda a segurança da barragem, o que, posteriormente, pode levar ao seu rompimento; por conseguinte, está verificada a *possibilidade* de ocorrência do resultado, o que, inicialmente, satisfaz uma parte do elemento cognitivo do dolo. O engenheiro, todavia, não enxerga caráter de urgência na situação, seja porque não vislumbra a presença de outras condições que possam contribuir para o rompimento, seja porque sairá de férias dois dias depois e, segundo supõe, a engenheira que o substituirá poderá verificar o problema previamente reportado. Ocorre que, surpreendentemente, a galeria estava completamente comprometida, o que, em conjunto com condições meteorológicas desfavoráveis, culmina no rompimento da barragem 24 horas depois do recebimento do relatório por parte do engenheiro técnico. Neste exemplo, muito embora o sujeito tenha representado, ainda que em tese, o resultado como algo *possível*, não há uma identificação idônea sobre as características da situação típica de risco. Há, ao revés, absoluta representação errônea das circunstâncias fáticas, pois o engenheiro não acredita que se trata de um cenário que ofereça um perigo iminente, tampouco que haja uma efetiva necessidade de implementar alguma ação para evitar o rompimento da barragem. Sendo assim, há inequívoco erro em relação a circunstâncias inerentes ao tipo objetivo, afastando-se, como consequência, a possibilidade de uma acusação a título de dolo. A culpa, por outro lado, é plenamente verificável. Trata-se de situação que, segundo nos parece, amolda-se ao que Nilo Batista e Zaffaroni classificam como violação de dever objetivo de cuidado na apreciação da situação típica (BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 3. reimp., 2018. v. 2. tomo I. p. 375).

⁵⁹⁴ Poder-se-ia pensar em mais alguns exemplos controversos, tal como foi feito na banca de avaliação deste trabalho. Veja-se um deles: policiais militares recebem a informação de que está havendo uma guerra de facções em um determinado local e são chamados a intervir. O policial responsável pelo comando, no entanto, adota a seguinte postura: “sou indiferente e até aceito o que possa acontecer de mal a esses ‘criminosos’, não vamos agir”; ao final, sobrevém a morte de três pessoas que estariam envolvidas na guerra de facções. Muito embora a postura anímica retratada nos remeta a alguns dos conceitos de dolo eventual, a representação ou não dos elementos atinentes ao tipo objetivo será determinante para descartá-lo. Explica-se: a situação apresentada é, sem dúvidas, de risco iminente à vida das pessoas que estão na área do conflito armado, estando igualmente verificada a necessidade de intervenção dos policiais – está preenchido, então, o pressuposto de tipicidade objetiva referente à situação típica de risco. O ponto nodal, mais uma vez, recairia na representação da inevitabilidade do resultado. Se não atingisse o patamar de alta probabilidade de evitação, o elemento cognitivo não abrangeria o pressuposto de tipicidade atinente à teoria da inevitabilidade, descartando qualquer imputação por crime doloso; caso o atingisse, ou seja, se houvesse uma convicção segura de que a intervenção policial evitaria os óbitos, o pressuposto estaria abrangido. Sucede que, verificando-se essa convicção, o patamar representado de alta probabilidade de evitação de um resultado que está na iminência de ocorrer faz com que as mortes sejam vislumbradas como consequência necessária do comportamento omissivo, de sorte que o elemento cognitivo se encontra com intensidade elevada, possibilitando apenas imputações a título de dolo direto, seja de primeiro ou segundo grau. Aplica-se, então, o mesmo raciocínio empregado no exemplo do engenheiro. Ocorre que, naquele exemplo, as variáveis apresentadas possuíam contornos matemáticos, tornando o hipotético processo de imputação mais objetivo. No exemplo dos policiais, uma aferição assertiva quanto ao juízo do agente sobre a possibilidade de evitação das mortes certamente encontraria maiores obstáculos probatórios no caso concreto, dificultando, por conseguinte, a corroboração necessária para uma imputação dolosa. Esta dificuldade, contudo, não pode ser tida como justificativa para rebaixar os standards probatórios no crime

Concluímos, neste ponto, que a imputação de um crime omissivo impróprio a título de dolo eventual, quando realizada à luz das teorias do consentimento e da evitabilidade, é dogmaticamente inviável. Ou bem se tratará de omissão a título de dolo direto de primeiro grau, ou de omissão a título de dolo direto de segundo grau, ou, ainda, de omissão culposa, mas jamais de omissão imprópria por dolo eventual. Acrescentamos, ainda, que a incompatibilidade prescinde da análise do elemento volitivo, podendo ser constatada pelo exame exclusivo do elemento cognitivo. Desta feita, se o elemento cognitivo do dolo eventual não se aperfeiçoa, muito menos poderá o volitivo, já que, como é sabido, a existência do segundo é indissociável da verificação do primeiro⁵⁹⁵.

Em um parágrafo: a representação de todas as circunstâncias inerentes ao tipo objetivo da omissão imprópria – notadamente dos fundamentos de causalidade e imputação objetiva à luz da teoria da evitabilidade e das circunstâncias intrínsecas à situação típica de risco – impede que o resultado típico figure como uma consequência colateral *possível* da omissão. Se todos os aspectos atinentes ao tipo objetivo da omissão imprópria forem devidamente conhecidos pelo sujeito, a ocorrência do resultado típico será representada como consequência *necessária* ou ao menos *altamente provável* da omissão. A intensidade do elemento cognitivo inviabiliza, assim, a imputação a título de dolo eventual, que somente se verifica quando há um elemento cognitivo enfraquecido, no qual a consequência colateral da conduta é vislumbrada apenas como *possível* ou *ocasional*.

4.2.2 Outras teorias volitivas x teoria da evitabilidade

Estabelecidas as premissas do tópico anterior, parece-nos que seria redundante proceder ao teste das demais teorias volitivas à luz da teoria da evitabilidade. É que, como pôde ser visto⁵⁹⁶, as teorias volitivas estudadas neste trabalho têm um traço comum no que se

omissivo impróprio, tampouco para relativizar os seus pressupostos de tipicidade. Se, nos termos da teoria da evitabilidade, exige-se que a ação omitida possa evitar o resultado em limites próximos à certeza para que haja um nexo de evitação, a representação do potencial de evitabilidade em patamar próximo à certeza é igualmente exigível e deverá ser provada no caso concreto.

⁵⁹⁵ Destacamos novamente as palavras de Aníbal Bruno: “*Realmente, consciência e vontade são elementos indispensáveis à constituição do dolo, não se podendo compreender uma sem a outra na elaboração mental do ato doloso*” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*: Fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 2. p. 61). A título de esclarecimento, não se está a alegar que a análise do elemento volitivo *sempre* poderá ser descartada, mas, tão somente, que esta análise perde o objeto caso não se verifique um elemento cognitivo suficiente para a configuração do dolo. Na hipótese contrária, ou seja, verificando-se a representação necessária para uma imputação dolosa, será necessária, ainda, a presença do elemento volitivo.

⁵⁹⁶ Tópico 3.2.4.

refere ao elemento cognitivo do dolo eventual, qual seja, de que a consequência colateral típica seja representada como mera *possibilidade* decorrente da conduta do sujeito.

Sendo assim, considerando que a incompatibilidade é aferida independentemente do exame do elemento volitivo, todo o raciocínio já desenvolvido se aplica, integralmente, às demais teorias volitivas do dolo eventual aqui estudadas. É dizer, uma vez aferida a incompatibilidade a partir de um elemento cognitivo comum a todas as teorias, a ulterior análise do elemento volitivo perde o objeto.

4.2.3 Teoria da possibilidade de Horst Schröder x teoria da evitabilidade

Pode-se conferir, no tópico 3.3.2.1, que a teoria da possibilidade, nos termos defendidos por Horst Schröder, caracteriza o elemento cognitivo do dolo eventual como uma representação duvidosa acerca da possibilidade de ocorrência do resultado. Por outro lado, uma *segura* representação da superveniência do resultado típico dá ensejo a uma imputação a título de dolo direto.

Dessa forma, considerando que o conceito de dolo eventual proposto pelo autor também é marcado por um elemento cognitivo enfraquecido, nos mesmos moldes das teorias volitivas supramencionadas, reportamo-nos ao raciocínio desenvolvido no tópico 4.3.1 para afirmar que o conceito de dolo eventual à luz da teoria da possibilidade desenvolvida por Horst Schröder é incompatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da evitabilidade.

4.2.4 Teoria da possibilidade de Eberhard Schmidhäuser x Teoria da evitabilidade

Muito embora Schmidhäuser desenvolva a teoria da possibilidade a partir de termos distintos daqueles utilizados Schröder, ambos concebem o elemento cognitivo do dolo eventual de maneira bastante similar. Nesse passo, tendo em vista que a dolosidade necessária à caracterização do dolo eventual se satisfaz com o “*conhecimento da possibilidade concreta de um perigo*”⁵⁹⁷ – ou seja, também possui um elemento cognitivo enfraquecido, que não demanda um prognóstico que alcance uma alta probabilidade de ocorrência do resultado – novamente se socorre do raciocínio desenvolvido no tópico 4.3.1 para assegurar que o conceito de dolo eventual, à luz da teoria da possibilidade desenvolvida

⁵⁹⁷ Tópico 3.3.2.1.

por Eberhard Schmidhäuser, é incompatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da evitabilidade.

4.2.5 Teoria da probabilidade subjetiva x teoria da evitabilidade

A teoria da probabilidade subjetiva, que encontra em Hellmuth Mayer seu principal expoente, concebe o elemento cognitivo de maneira mais fortalecida, se comparada às teorias da possibilidade. Como se pode aferir no tópico 3.3.2.2.1, o dolo não se verifica quando a probabilidade de ocorrência do resultado é tida como mera possibilidade por parte do sujeito. Todavia, não há a exigência de que o resultado típico seja vislumbrado como algo “preponderantemente provável”, de sorte que o prognóstico feito pelo sujeito se situa entre estes dois marcos: é mais do que mera possibilidade e menos do que uma probabilidade preponderante.

Malgrado a imprecisão do conceito, acreditamos que a conclusão, também em relação à teoria de H. Mayer, deve ser a mesma. É bem verdade que o elemento cognitivo não se apresenta tão enfraquecido como nas outras teorias, no entanto, não nos parece alcançar o patamar de alta probabilidade de ocorrência do resultado em razão da omissão, exigido pelo tipo objetivo à luz da teoria da evitabilidade.

Dessa forma, remete-se o leitor ao raciocínio desenvolvido no tópico 4.3.1, para afirmar que o conceito de dolo eventual, à luz da teoria da probabilidade subjetiva desenvolvida por Hellmuth Mayer, é incompatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da evitabilidade.

4.2.6 Teoria da probabilidade subjetiva-objetiva x teoria da evitabilidade

Como se pode ver no tópico 3.3.2.2.2, o conceito de probabilidade trabalhado nessa teoria, que tem como principal expoente Wilhelm Sauer, é qualitativamente similar àquele proposto por H. Mayer. Para Sauer, exige-se uma “*fronteira possibilidade*” de ocorrência do resultado típico para a satisfação do elemento cognitivo do dolo, não bastando uma “*possibilidade remota*”. Nesta teoria, a representação do indivíduo em relação ao resultado não se mostra tão enfraquecida, mas, ainda assim, não é tão elevada a ponto de se compatibilizar com os pressupostos de tipicidade objetiva do tipo omissivo impróprio.

Mais uma vez, então, remeto o leitor ao raciocínio desenvolvido no tópico 4.3.1, para asseverar que o conceito de dolo eventual, à luz da teoria da probabilidade subjetiva-objetiva

desenvolvida por Wilhelm Sauer, é incompatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da evitabilidade.

4.2.7 Teorias do perigo doloso e da inferencialidade x teoria da evitabilidade

Observou-se que as teorias do perigo doloso e da inferencialidade compartilham diversas premissas teóricas, sendo certo que ambas apresentam uma nova estruturação do conceito de dolo, no qual o perigo se apresenta como elemento central. Para os fins deste tópico, a principal consequência dessa nova estruturação diz respeito ao fato de que, com ela, abandona-se a concepção tripartida – dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual – em detrimento da adoção de uma teoria de cunho monista, isto é, que concebe um único conceito de dolo, sem predicados.⁵⁹⁸

Considerando essa estruturação, nota-se que a análise de compatibilidade entre o dolo eventual e o crime omissivo impróprio fica prejudicada. Segundo as premissas estudadas, a imputação a título de dolo somente poderá ser apurada observando as circunstâncias fáticas do caso concreto, as quais serão submetidas aos critérios de análise desenvolvidos em cada teoria, sendo certo que, *a priori*, não existe incompatibilidade entre o conceito de dolo desenvolvido nas teorias em apreço e a omissão imprópria concebida à luz da teoria da evitabilidade.

4.3 EXAME DE COMPATIBILIDADE DO DOLO EVENTUAL COM A OMISSÃO IMPRÓPRIA À LUZ DA TEORIA DA DIMINUIÇÃO DOS RISCOS

Passa-se, nos tópicos seguintes, a fazer o exame de compatibilidade entre as teorias do dolo e a omissão imprópria definida à luz da teoria da diminuição dos riscos. A fim de evitar a repetição de premissas já estabelecidas, o leitor será constantemente remetido aos subtópicos do tópico 4.3.

4.3.1 Teoria do consentimento x teoria da diminuição dos riscos

⁵⁹⁸ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 245-246.

Tal como no tópico 4.2.1, utilizou-se aqui a segunda vertente da teoria do consentimento. A marca diferenciadora da análise que fizemos naquele tópico para esta é, exclusivamente, a mudança de um dos fundamentos de imputação objetiva que devem ser levados em conta para a análise da imputação subjetiva: diferentemente do que prega a teoria da evitabilidade, na teoria da diminuição dos riscos não se exige que a conduta omitida tivesse probabilidade de evitação do resultado em limites próximos à certeza, mas apenas que diminuísse as chances do resultado, criando uma chance de salvamento do bem jurídico.

Tem-se como base da análise que ora se faz aqui, então, todos os elementos do tipo objetivo da omissão imprópria previamente mencionados, porém, dentre estes, há um fundamento mais brando, permitindo-se a imputação ainda que o resultado típico não se apresente, seguramente, como consequência da omissão.

O abrandamento dessa relação de probabilidade em relação à evitabilidade do resultado por meio da ação omitida constitui um aspecto suficiente para tornar a omissão imprópria compatível com o dolo eventual, haja vista que, quando descartada a exigência de probabilidade próxima à certeza de que o resultado não ocorreria com a prática da ação mandada, passa a ser possível que o sujeito deixe o resultado ao acaso⁵⁹⁹. Malgrado ainda se exija que as circunstâncias inerentes à situação típica de risco sejam representadas pelo indivíduo, a relação que a conduta omitida passa a ter com a sua consequência pode se dar sob contornos de mera *possibilidade de evitação*.

É dizer, para que o elemento cognitivo abranja o fundamento de imputação objetiva atinente à possibilidade de evitação do resultado, basta que o sujeito represente que, decidindo-se pela omissão, possivelmente deixará de evitar o resultado, pois a ação exigida criaria ao menos uma chance de salvamento ao bem jurídico. Isto, *a contrario sensu*, significa dizer que o resultado não necessariamente se vincula em probabilidade próxima à certeza com a decisão de não praticar a ação exigida, mas também como mera possibilidade.

A diferença marcante entre as teorias, no que toca às questões afetas à imputação subjetiva, pode ser assim definida: considerando que na teoria da evitabilidade demanda-se que a ação exigida tenha, com probabilidade próxima à certeza, aptidão para evitar o resultado, este somente pode ser concebido como uma consequência *necessária* da omissão dessa ação, pois, se a ação for hipoteticamente inserida no curso causal, a probabilidade de que o resultado desaparecerá se verifica em limites próximos à certeza. Por outro lado, como

⁵⁹⁹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2018. p. 396.

na teoria da diminuição dos riscos basta que a ação mandada crie mera *possibilidade* de evitar o resultado, o resultado pode constituir apenas uma consequência *ocasional* da omissão da ação exigida, haja vista que a sua inserção no curso causal não necessariamente excluiria o evento típico.

Nesse caso, o garantidor representa circunstâncias que indicam o seguinte raciocínio: “a ocorrência do resultado é iminente caso não haja interferência; todavia, caso eu pratique a ação, ao menos diminuirei as chances de superveniência do resultado, que pode ou não ser evitado pela minha conduta ativa”.

Retomando o exemplo do engenheiro responsável pela construção de um edifício, na variante em que havia uma baixa probabilidade de êxito da ação exigida, vê-se que os fundamentos de imputação objetiva da teoria da diminuição dos riscos não excluem a possibilidade de que o elemento cognitivo se aperfeiçoe com a mera representação de que o resultado típico *poderia* advir da omissão, pois, sem embargo da pequena probabilidade de êxito da ação prescrita, a sua realização no caso concreto criaria uma chance de salvamento do bem jurídico.

No ponto, ao decidir-se por não praticar a ação mandada, o sujeito empreende um comportamento que pode ou não ser causal ao resultado, isto é, reconhece para si a mera possibilidade de que a sua omissão dê causa à lesão do bem jurídico protegido. A dúvida acerca da efetividade da ação, que na teoria da evitabilidade conduziria à exclusão do dolo em razão da falta de representação dos fundamentos que norteiam a imputação objetiva, é admissível para uma acusação dolosa sob os parâmetros da diminuição dos riscos.

Em um parágrafo: à luz da teoria da diminuição dos riscos, ao representar a relação entre o comportamento omissivo e o resultado, o indivíduo não necessariamente opera um juízo de que o resultado *necessariamente* decorrerá da não realização da ação mandada, pois, ainda que esta seja realizada, o resultado poderá ocorrer. Na representação do sujeito, o evento típico pode ser vislumbrado apenas como uma *possibilidade* decorrente da decisão de não praticar a ação mandada. Esta representação, atrelada ao conhecimento das circunstâncias que formam o tipo objetivo, é suficiente para preencher o elemento cognitivo exigido pelo dolo eventual.

Desta feita, no que se refere ao elemento cognitivo, não se vislumbram incompatibilidades entre o dolo eventual e a omissão imprópria analisada à luz da teoria da diminuição dos riscos. Assim, deve-se avançar para a análise do elemento volitivo. Pode-se observar, no tópico 3.2.4.1, que o elemento volitivo da teoria em questão se verifica com a

constatação de que o sujeito tenha aceitado “*em sentido jurídico*” a ocorrência do resultado como consequência possível ou provável do seu ato.

Nesse passo, em abstrato, não se entrevê nenhuma incompatibilidade do dolo eventual com o tipo objetivo da omissão imprópria concebido à luz da teoria da diminuição dos riscos. Se preenchidos todos os elementos objetivos necessários, a omissão consciente de uma ação que poderia evitar o resultado típico poderá, a depender dos contornos fáticos do caso concreto, ser interpretada como um indicativo de aceitação do resultado, possibilitando-se, assim, a imputação a título de dolo eventual⁶⁰⁰.

4.3.2 Outras teorias volitivas x teoria da diminuição dos riscos

Estabelecidas as premissas do tópico anterior, bem como levando em conta o traço comum que as teorias volitivas – que são objeto de análise neste trabalho – possuem em relação ao grau de representação do sujeito⁶⁰¹, entendemos ser possível concluir, sem mais explicações, que o conceito de dolo eventual delineado em cada uma delas não possui, em relação ao elemento cognitivo, incompatibilidades com o crime omissivo impróprio concebido à luz da teoria da diminuição dos riscos.

No que toca ao elemento volitivo, a conclusão não é diversa. Na mesma esteira do que foi exposto no tópico anterior, as disposições anímicas que caracterizam as demais teorias volitivas objeto de estudo neste trabalho não apresentam nenhuma incompatibilidade com a omissão imprópria concebida à luz da teoria da diminuição dos riscos. Assim, somente analisando os contornos fáticos do caso concreto é que se poderá apurar a presença do elemento volitivo.

4.3.3 Teoria da possibilidade de Horst Schröder x teoria da diminuição dos riscos

Apontou-se, no tópico 3.3.2.1, que a teoria da possibilidade, nos termos defendidos por Horst Schröder, caracteriza o elemento cognitivo do dolo eventual como uma representação duvidosa acerca da possibilidade de ocorrência do resultado. Por outro lado, uma segura representação da superveniência do resultado típico dá ensejo a uma imputação a título de dolo direto.

⁶⁰⁰ Reforça-se, todavia, que a teoria da diminuição dos riscos é minoritária e, segundo defendido no tópico 2.3. desse trabalho, apresenta inconvenientes político-criminais e dogmáticos que a tornam preterível em relação à teoria da evitabilidade.

⁶⁰¹ Tópico 4.3.2.

Conforme já assentado nos subtópicos anteriores, diferentemente do que ocorre com a teoria da evitabilidade, na teoria da diminuição dos riscos não há incompatibilidade entre um elemento cognitivo enfraquecido e o dolo eventual na seara do crime omissivo impróprio.

Assim, reportamo-nos ao raciocínio desenvolvido no tópico 4.4.1 para asseverar que o conceito de dolo eventual à luz da teoria da possibilidade desenvolvida por Horst Schröder é compatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da diminuição dos riscos. Ressalta-se, todavia, que a efetiva imputação do delito omissivo impróprio a título de dolo eventual dependerá das circunstâncias concretas do caso analisado.

4.3.4 Teoria da possibilidade de Eberhard Schmidhäuser x teoria da diminuição dos riscos

Muito embora Schmidhäuser desenvolva a teoria da possibilidade a partir de termos distintos daqueles utilizados por Schröder, ambos concebem o elemento cognitivo do dolo eventual de maneira bastante similar. Nesse passo, considerando que as teorias concebem o elemento cognitivo em nível de intensidade similar, novamente nos reportamos ao raciocínio desenvolvido no tópico 4.3.1 para confirmar que o conceito de dolo eventual, à luz da teoria da possibilidade desenvolvida por Eberhard Schmidhäuser, é compatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da diminuição dos riscos. Ressalta-se, todavia, que a efetiva imputação do delito omissivo impróprio a título de dolo eventual dependerá das circunstâncias concretas do caso analisado.

4.3.5 Teoria da probabilidade subjetiva x teoria da diminuição dos riscos

A teoria da probabilidade subjetiva, que encontra em Hellmuth Mayer seu principal expoente, concebe o elemento cognitivo de maneira mais fortalecida se comparada às teorias da possibilidade. Como visto no tópico 3.3.2.2.1, a verificação do dolo não ocorre quando a probabilidade de ocorrência do resultado é tida como mera possibilidade por parte do sujeito. Todavia, não há a exigência de que o resultado típico seja vislumbrado como algo “preponderantemente provável”, de sorte que o prognóstico feito pelo sujeito se situa entre estes dois marcos: é mais do que mera possibilidade e menos do que uma probabilidade preponderante.

Malgrado a imprecisão do conceito, acreditamos que a conclusão, também em relação à teoria de H. Mayer, deve ser a mesma. É que, se em relação às teorias cognitivas previamente mencionadas, o dolo eventual se aperfeiçoaria mesmo diante de um elemento cognitivo menos intenso do que o concebido na teoria da probabilidade subjetiva, essa não ostenta qualquer aspecto que leve a uma incompatibilidade com o dolo eventual.

Dessa forma, reportamo-nos ao raciocínio desenvolvido no tópico 4.4.1 para asseverar que o conceito de dolo eventual, à luz da teoria da probabilidade subjetiva desenvolvida por Hellmuth Mayer, é compatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da diminuição dos riscos. Ressalta-se, todavia, que a efetiva imputação do delito omissivo impróprio a título de dolo eventual dependerá das circunstâncias concretas do caso analisado.

4.3.6 Teoria da probabilidade subjetiva-objetiva x teoria da diminuição dos riscos

Como visto no tópico 3.3.2.2.2, o conceito de probabilidade trabalhado nesta teoria, que tem como principal expoente Wilhelm Sauer, é qualitativamente similar àquele proposto por H. Mayer. Ambos possuem um elemento cognitivo que se assemelha em relação à intensidade.

Dessa forma, remeto o leitor ao raciocínio desenvolvido nos tópicos 4.4.1 e 4.4.5 para assegurar que o conceito de dolo eventual, à luz da teoria da probabilidade subjetiva-objetiva desenvolvida por Wilhelm Sauer, é compatível com o tipo objetivo do delito omissivo impróprio concebido à luz da teoria da diminuição dos riscos. Ressalta-se, todavia, que a efetiva imputação do delito omissivo impróprio a título de dolo eventual dependerá das circunstâncias concretas do caso analisado.

4.3.7 Teorias do perigo doloso e da inferencialidade x teoria da diminuição dos riscos

Como visto, as teorias do perigo doloso e da inferencialidade compartilham diversas premissas teóricas, sendo certo que ambas apresentam uma nova estruturação do conceito de dolo, no qual o perigo se apresenta como elemento central. Para os fins deste tópico, a principal consequência dessa nova estruturação diz respeito ao fato de que, com ela, abandona-se a concepção tripartida – dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo

grau e dolo eventual – em detrimento da adoção de uma teoria de cunho *monista*, isto é, que concebe um conceito de dolo sem predicados.⁶⁰²

Considerando esta estruturação, parece-nos que a análise de compatibilidade entre o dolo eventual e o crime omissivo impróprio fica prejudicada. Segundo as premissas estudadas, a imputação a título de dolo somente poderá ser apurada observando as circunstâncias fáticas do caso concreto, as quais serão submetidas aos critérios de análise desenvolvidos em cada teoria, sendo certo que, a priori, não existe incompatibilidade entre o conceito de dolo desenvolvido nas teorias em apreço e a omissão imprópria concebida à luz da teoria da diminuição dos riscos.

⁶⁰² VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*. 2017. p. 245-246.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propôs-se neste trabalho a realização de uma análise a respeito da compatibilidade ou não entre o crime omissivo impróprio e o dolo eventual. O caminho trilhado perpassou por uma análise do tipo objetivo do crime omissivo impróprio, bem como acerca de algumas das controversas questões dogmáticas que o circundam. Dessa primeira parte, constatou-se, dentre tantos outros elementos, que há duas teorias em disputa no que se refere às questões afetas à causalidade e à imputação objetiva, são elas: teoria da evitabilidade, majoritária; e teoria da diminuição dos riscos, acolhida de maneira minoritária. O acolhimento de uma ou outra teoria é determinante para o teste de compatibilidade proposto, como visto no tópico anterior.

Na segunda parte deste trabalho, fez-se uma análise sobre as principais teorias que tratam sobre o conceito de dolo, colocando-se em evidência especialmente o conflito entre os grupos de teorias cognitivas e volitivas. Viu-se, contudo, que não obstante a variação terminológica das teorias, muitas delas acabam chegando próximo a resultado igual ou semelhante. Não obstante isso, os testes de compatibilidade também foram segmentados de acordo com as teorias inicialmente estudadas.

Chegou-se às seguintes conclusões: se se concebe a omissão imprópria à luz dos fundamentos de causalidade e imputação objetiva estipulados pela teoria da evitabilidade, atualmente dominante na doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como na doutrina estrangeira, há, em regra⁶⁰³, uma incompatibilidade entre o tipo objetivo do delito omissivo impróprio e o conceito de dolo eventual. Por tal motivo, eventuais acusações por crimes dolosos, em tese cometidos a título de omissão imprópria, deverão demonstrar a existência de dolo direto (de primeiro ou segundo grau). Caso não o façam, a conduta será atípica ou, excepcionalmente, culposa, caso haja previsão legal nesse sentido.

Por outro lado, se se concebe a omissão imprópria à luz dos fundamentos de causalidade e imputação objetiva estipulados pela teoria da diminuição dos riscos, não há, a priori, incompatibilidades entre o tipo objetivo do delito omissivo impróprio e o conceito de dolo eventual. A verificação dos indicadores objetivos aptos a indicar o elemento subjetivo doloso, no entanto, deverá ser comprovada no caso concreto, de acordo com os critérios elegidos pela teoria do dolo aplicada ao caso.

⁶⁰³ A exceção, conforme visto no tópico 4.3.7, fica por conta das teorias monistas do dolo, que concebem apenas um tipo de dolo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o código penal: faltam critérios na jurisprudência para determinar o limite entre dolo eventual e culpa consciente. *JOTA*. 23 fev. 2021. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/codigo-penal-criminal-23022021. Acesso em: 7 out. 2022.

AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 74, p. 86-132, set./out. 2008.

AMBOS, Kai. General principles of criminal law in the Rome Statute. *Criminal Law Forum*, v. 10, p. 1-32, 1999. Disponível em: https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/General_Principles.pdf. Acesso em: 7 out. 2022.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. AZEVEDO, David Teixeira. Omissão e política criminal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33, jan./jun. Rio de Janeiro: Forense. 1982.

AVELAR, Michael Procopio Ribeiro Alves; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cegueira deliberada: a imputação dolosa sem conhecimento. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 4, p. 109-131, out./dez. 2020. DTR\2020\14542.

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

BADAR, Mohamed Elewa. Dolus eventualis and the Rome Statute without it? *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 12, n. 3, p. 433-467, 2009.

BADAR, Mohamed Elewa. The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary from a comparative criminal law perspective. *Criminal Law Forum*, n. 19, p. 473-518, 2008. DOI 10.1007/s10609-008-9085-6.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 3. reimp., 2018. v. 2. tomo I.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 131-151, set. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=157454. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. *Código de processo penal*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. *Código penal*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 25534, 28 dez. 1990.

BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 fev. 1998.

BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos do código penal de 1940 – Ministro Francisco Campos. *Revista Legislativa*, v. 6, n. 24, p. 126-153, out./dez. 1969. p. 126. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496757>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral: Fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 2.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral: Introdução – Norma penal – Fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 1.

BUSATO, Paulo Cesar. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 131-166, abr./jun. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151416. Acesso em: 8 jan. 2023.

CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. A omissão de informações dos sujeitos obrigados na lavagem de dinheiro: considerações de imputação objetiva e subjetiva. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 2, p. 81-120, abr./jun. 2020. DTR\2020\7588.

CARDONA, Alejandro Aponte. Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, p. 287-319, jan./fev. 2013. DTR\2013\400.

CARDOSO, Anna Paulina Corteletti Pereira. A imputação de autoria nos crimes cometidos em estruturas empresariais. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 3, n. 10, p. 13-37, abr./jun. 2022. DTR\2022\9169.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução da versão espanhola do original italiano: Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

CARRILLO, Armando Sánchez Málaga. *Concepto y delimitación del dolo*. Teoría de las condiciones para el conocimiento, Universitat de Barcelona. 2017. 747 f. Tesis (Doctorado de Derecho y Ciencia Política) – Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Barcelona, 2017.

CARRILLO, Armando Sánchez Málaga. El Dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa? *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 68, p. 61-76, 2015.

CASABONA, Carlos María Romeo. Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica *In: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid Civitas, 2005. p. 923-948.

CLARK, R. S. The mental element in international criminal law: the Rome statute of the international criminal court and the elements of offences. *Criminal Law Forum*, v. 12, n. 3, p. 291-334, 2001. <https://doi.org/10.1023/A:1014929127650>.

CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 4. ed. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Colaboração de Figueiredo Dias. 1. reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA JÚNIOR, Heitor. Teorias acerca da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 60-73, jan./jun. 1982.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004

COSTA, Pedro Jorge. O dolo no direito romano: conceito, prova e suas influências posteriores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 124, p. 37-63, out. 2016. DTR\2016\24293.

COSTA, Victor Rodrigues da Silva. Causalidade ou imputação objetiva? Novamente sobre a controvérsia em torno dos crimes omissivos impróprios. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 26, n. 309, p. 15-16, ago. 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=144413. Acesso em: 14 nov. 2022.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. *In: Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa*, 2012. *Anais [...]*. Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Biblioteca Nacional del Perú, 2012. p. 125-141.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, p. 41-74, 2009.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Fabio M. de Almeida; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral*: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. tomo I.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FAYET, Fábio Agne e CARVALHO, Andersson Vieira. Teoria da cegueira deliberada e os limites de responsabilização subjetiva no Direito Penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 163, p. 153-195, jan. 2020. DTR\2019\42592.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Dolo eventual*. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=148898. Acesso em: 22 dez. 2022.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro n. 33, p. 41-47, jan./jun. 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*. 6. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. II.

FRISTER, Helmut. *Derecho penal – parte general*. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. In: Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 2013. *Anais [...]*. ADPCP, v. LXVI, 2013. p. 33-37.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Buenos Aires: B de F. 2021.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. In: Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 2013. *Anais [...]*. ADPCP, v. LXVI, 2000. p. 33-37.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La delimitación entre delitos de acción y delitos de omisión. In: ARAVENA, Claudia Cárdenas; NIEDMANN, Jorge Ferdman (org.). *El derecho penal como teoría y como práctica*: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy. Santiago: Thomson Reuters, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 44, p. 34-62, jul./set. 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. In: Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 1997. *Anais [...]*. ADPCP, v. L. 1997. p. 5-118.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa. In: Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 2001. *Anais [...]*. ADPCP, v. LIV, 2001. p. 1-22.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo. In: Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales, *Anais [...]*. ADPCP, v. LXVIII, 2015 2015.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Comisión por omisión. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Memento práctico*. Penal económico y de la empresa. 1. ed. Madrid: Ediciones Francis y Taylor, 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en derecho penal*. Teoría General y dogmática. 2. ed. rev. amp. e atual. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2021.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS *et al.* (coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução: Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. vol. 1.

HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. Tradução: Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 29, v. 178, p. 79-101, abr. 2021.

HUNGRIA, Nélson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. tomo II, arts. 11-27.

HURTADO POZO, José. SALDARRIAGA, Víctor Prado. *Manual de derecho penal*– Parte general. 4. ed. Lima: Idemsa, 2011.

JAKOBS, Gunther. Acción y omisión en derecho penal. Traducción: Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera. In: *Cuadernos de conferencias y artículos n.º 23*. Colombia, 2000.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte general*: Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corregida. Traducción: Joaquin Cuello Contreras. Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. corregida y ampliada. Traducción: dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 2006.

KIERSZENBAUM, Mariano. RUSCONI, Maximiliano. *Elementos de la parte general del derecho penal*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi. 2020.

KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso. In: Anuário de Direito Penal y Ciencias Penales. *Anais [...]*. ADPCP, v. LIX, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: MARTÍN NIETO Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 200-218. ISBN 978-85-9477-378-4. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154273. Acesso em: 8 jan. 2023.

LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? *Revista Liberdades*, v. 11, p. 51-68, 2012.

LOBATO, José Danilo Tavares. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. *Revista Liberdades*, v. 5, p. 54-84, 2010.

LOBATO, José Danilo Tavares. Perspectivas da teoria do delito em tempos de crise. Anatomia do crime. *Revista de Ciências Criminais*, v. 9, p. 79-123, 2019.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, Joao Paulo Orsini (org.); SANTOS, Humberto Souza (org.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 1. 866p.

LOBATO, José Danilo Tavares. Rezende, Thiago Rocha de. A cegueira deliberada e o dolo eventual: uma relação de desarmonia. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 9, p. 217-248, jan./mar. 2022. DTR\2022\3933.

LOPES, Fábio Motta. Aspectos polêmicos dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, n. 75, p. 9-38, nov./dez. 2008. DTR\2008\662.

LÓPEZ, María Luisa Villamarín. *Neurociência e detecção da verdade e da mentira no processo penal*. São Paulo, Marcial Pons, 2020.

LUNA, Everardo da Cunha. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 48-59, jan./jun. 1982.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 51-207, 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151304. Acesso em: 8 jan. 2023.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. MOURA, Bruno de Oliveira. CAETANO, Matheus Almeida. Algumas considerações sobre a causalidade no Direito Penal. *Ciências Penais*, v. 12, p. 129-175, jan./jun. 2010.

MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolus indirectus* ontem e hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 168, p. 69-90, jun. 2020. DTR\2020\7310.

MARTÍN, Luis Gracia. *El actuar en lugar de otro en derecho penal*. Teoría General y dogmática. 2. ed. rev. amp. e atual. Buenos Aires, Euros Editores S. R. L., 2021.

MARTÍN, Víctor Gómez. *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales – el caso del “compliance officer”*. 1. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2021.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 7. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2022.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal – parte general: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Atualizada por Heinz Zipf e Karl Heinz Gössel. Traducción de la 7. edición alemana: Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

MENDES, Paulo de Sousa. Crítica à ideia de diminuição do risco de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 102-118, abr./jun. 1996. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13164. Acesso em: 6 jan. 2023.

MENESES, Tobias Barreto. Delitos por omissão. In: *Estudos de Direito*, Aracaju, Estado de Sergipe, 1926. v. 1.

MESA, María José Rodríguez. Os delitos de omissão imprópria como delitos especiais e de domínio positivo do fato. Repercussões em matéria de autoria e participação. *Revista eletrônica de direito penal & política criminal*, UFRGS, Porto Alegre, v. 3, n. 1/2, p. 83-104, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/61157/36076>. Acesso em: 8 jan. 2023.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Pellegrini Impresores. 1958.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, anual. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=148898. Acesso em: 22 dez. 2022.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, Forense, n. 33, p. 5-29, jan./jun. 1982.

NAGLER, Johannes. *Die problematik der begehung durch unterlassung*. Berlin: Der Gerichtsaal, 1938. v. 111.

NARDIELLO, Angel Gabriel. *Derecho penal*. Parte general. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal. Tradução: Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 22. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PERALTA, José Milton. Legalidad y justificación en los delitos improprios de omisión. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 111, p. 37-58, nov./dez. 2014. DTR\2015\250.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.

PERIN, Andrea. La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico. *Revista Chilena de Derecho*, v. 47, n. 1, p. 211-235, 2020.

PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. *Revista dos Tribunais*, v. 1, n. 872, p. 433-455, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral e parte especial. 17. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PRADO, Luiz Régis e CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Tradução: Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006.

PUPPE, Ingeborg. *Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. Organização: Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho; tradução: Luís Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Barcelona: Bosch, 1999.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La omisión impropia en el derecho penal*. 1. ed. Córdoba: Ediciones Lerner, 2017.

REBOUÇAS, Sérgio. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *Revista dos Tribunais*, v. 143, p. 45-86, 2018.

RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. *Revista Magister de*

Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016.
Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128834. Acesso em: 27 dez. 2022.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. v. 8.

RODRÍGUEZ MESA, María José. Os delitos de omissão imprópria como delitos especiais e de domínio positivo do fato. Repercussões em matéria de autoria e participação. *Revista eletrônica de direito penal & política criminal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1/2, p. 83-104, 2015.
Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155762. Acesso em: 8 jan. 2023.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, 2002.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1. edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña (director). Buenos Aires: Thomson Reuters, Civitas, 2014. tomo II.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. tomo I.

ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, p. 253-285, jan./fev. 2013.

ROXIN, Imme. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, n. 112, p. 61-76, 2015.

RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 170, p. 191-219, 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 131, p. 223-247, maio 2017. Disponível em:
http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137441. Acesso em: 28 set. 2022.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Tratamento médico e conflito de deveres de salvamento: ciências criminais e covid-19*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida; WUNDERLICH, Alexandre. Culpa consciente e dolo eventual (Parecer Caso “Boate Kiss”: Santa Maria/RS). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, v. 161, p. 365-390, 2019.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o estudo da recklessness na doutrina penal italiana: por uma terceira forma de imputação subjetiva? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, p. 125-149, nov. 2017. DTR\2017\6613.

SANCINETTI, Marcelo A. *Casos de derecho penal* – Parte general. 3. ed. 2. reimp. Buenos Aires, Hammurabi, 2020.

SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. 1. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: Greco, Luís; Lobato, Danilo. *Temas de direito penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, jul./ago. 2012. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=96857. Acesso em: 6 jan. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal* – parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988. Crónicas extranjeras. p. 529-558. tomo XLI.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, n. 81, p. 93-112, dic./mayo 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. In: VALDÉS, Carlos García *et al* (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1609-1630.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SERAFIM, Wanessa Carneiro Molinaro Ferreira. Aproximação entre imputação dolosa e estado mental do conhecimento da guilty mind. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 333, p. 1676-3661, ago. 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 64, p. 222-238, jan./fev. 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, p. 142-153, abr./jun. 2002.

SILVA, Antonio José da Costa e. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 1. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/direitopenal/article/view/479/437>. Acesso em: 28 set. 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires, Montevideu: B de F, 2003.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Konfino, 1947. tomo I.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: MARTÍN NIETO Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 231-247. ISBN 978-85-9477-378-4. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154273.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre os delitos omissivos. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 2, 2006.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2018. v. único.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/direitopenal/article/view/474/432>. Acesso em: 28 set. 2022.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – Parte general I: El hecho punible*. Tradução de la 2. edición alemana (1976): Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 125-157, jul./set. 1996.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

VACADÍEZ, Diego Mauricio Montoya. Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos. *Revista Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia v. 34, n. 97, p. 85-112, jul./dic. 2013.

VELO, Joe Tennyson. A fenomenologia do dolo “eventual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 108, p. 15-54, maio/jun. 2014. DTR\2014\9533

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIANA, Eduardo; TEIXEIRA, Adriano. A imputação dolosa no caso do “racha em Berlim”. Comentários à decisão do Tribunal de Berlim. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 105-130, 2019.

VIDAL, Hélvio Simões. Ainda e sempre o nexu causal. *Revista dos Tribunais*, v. 860, p. 485-509, jun. 2007. DTR\2007\373.

VITALE, Gustavo L. *Dolo como actuar deliberado*. Su distinción con la culpa. 2. ed. Hammurabi, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/dolo-como-actuar-deliberado?location=70>

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. e com.: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. tomo 1.

WACHSMUTH, Werner. SCHREIBER, Hans-Ludwig. Seguridad y probabilidad: aspectos jurídicos y médicos. In: SANCINETTI, Marcelo A. (org.). *Causalidad, riesgo e imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Tradução da 11. ed. Alemã. Santiago Chile: Juridica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

APÊNDICE

A presente dissertação tratou, precipuamente, dos aspectos de Direito Penal material afetos à omissão imprópria, dolo eventual e a sua possível incompatibilidade. Esse apêndice, todavia, abordará brevemente um aspecto relacionado à questão probatória. Propõe-se realizar alguns apontamentos iniciais sobre um dos possíveis indicadores objetivos pertinentes à aferição ou não do dolo nas hipóteses de crimes omissivos impróprios, qual seja, o comportamento tendente ao cumprimento do dever exigível do garantidor. O objetivo almejado é avaliar se, diante dos parâmetros da doutrina e jurisprudência brasileiras, esse indicador pode ser considerado como determinante para excluir a imputação dolosa. Por fim, também será objeto de breve estudo o “caso Samarco” - ação penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822, em trâmite perante a Justiça Federal brasileira, especificamente na Vara Única da subseção judiciária de Ponte Nova/MG.

Inicialmente, é importante resgatar algumas das premissas estabelecidas no bojo da dissertação, as quais servirão de base para o caminho ora proposto. A primeira delas é a de que, não obstante os pertinentes apontamentos feitos pelos defensores das teorias cognitivas do dolo⁶⁰⁴, fato é que predominam na doutrina e jurisprudência brasileiras as teorias volitivas⁶⁰⁵. Especificamente no que se refere à definição do dolo eventual, viu-se que há um acolhimento tanto da teoria do consentimento como da teoria da indiferença. É dizer, a jurisprudência brasileira tende a considerar uma conduta dolosa quando o sujeito assume, aceita ou é indiferente à ocorrência de um determinado resultado⁶⁰⁶.

Sucedendo que, como aponta relevante setor doutrinário⁶⁰⁷, estas expressões possuem certa imprecisão conceitual, tornando sua aplicabilidade prática consideravelmente problemática, notadamente quando se trata de situações limítrofes. Sem embargo, fato é que continuam a ser aplicadas nos casos concretos, sendo dominante o entendimento de que o elemento subjetivo deverá ser comprovado a partir de indicadores objetivos. Como desdobramento, entende-se que não pode ser incumbência apenas da jurisprudência a parametrização destes indicadores, mas que também cabe à doutrina empreender esforços para tanto.

No ponto, viu-se que Eduardo Viana e Claus Roxin, defensores, respectivamente, de uma teoria cognitiva e de uma teoria volitiva (ainda que com traços normativos), elencam,

⁶⁰⁴ Tópico 3.2.5.

⁶⁰⁵ Tópico 3.1.

⁶⁰⁶ Tópico 3.1.

⁶⁰⁷ Tópico 3.2.5.

de acordo com os pressupostos das teorias defendidas, requisitos que entendem pertinentes para aferição do dolo. Neste apêndice, a proposta não é a de elaborar um catálogo de indicadores aptos a apontar a presença ou não do dolo, tal como fizeram os referidos autores, mas, tão somente, colocar em evidência um possível indicador e a sua aplicabilidade ao âmbito dos delitos omissivos impróprios. Trata-se do comportamento tendente à evitação do resultado.

O questionamento que se coloca, então, é o seguinte: estabelecida a premissa de que é dominante na jurisprudência brasileira a adoção de teorias volitivas na concepção do dolo, e que especialmente em relação ao dolo eventual são adotadas as teorias do consentimento e da indiferença, o comportamento tendente à evitação do resultado por parte do agente garantidor pode ser considerado um indicador preponderante para exclusão do dolo no caso concreto?

Este questionamento remeterá o leitor mais atento à teoria da vontade de evitação desenvolvida por Armin Kaufmann⁶⁰⁸. Em apertada síntese, defende-se nesta teoria que o dolo deverá ser descartado sempre que a vontade que guia a conduta do sujeito estiver direcionada à evitação do resultado⁶⁰⁹. Quando aplicada à análise dos comportamentos comissivos, a teoria padece de algumas fragilidades⁶¹⁰. No entanto, tratando-se de comportamentos omissivos, o potencial de rendimento apresenta-se consideravelmente maior.

Retomando brevemente alguns aspectos dos crimes omissivos impróprios⁶¹¹, estes versam sobre aquelas hipóteses nas quais o sujeito, em virtude da existência de uma relação de garantia com o bem jurídico, possui um dever especial de agir para resguardá-lo quanto à ocorrência de um resultado típico⁶¹². A exigência que o ordenamento jurídico faz ao sujeito, então, é a de que *aja para evitar* um determinado resultado, o que é sensivelmente diferente de uma obrigação de evitar este mesmo resultado. Em outras palavras, sob pena de se consagrar uma responsabilização penal objetiva, a mera ocorrência do resultado não é suficiente, *per se*, para que se puna o agente garantidor, haja vista que o indivíduo poderá agir - atendendo ao comando normativo - e ainda assim não evitar o resultado.

⁶⁰⁸ Tópico 3.3.4.5.

⁶⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. tomo I. p. 437.

⁶¹⁰ Tópico 3.3.4.5.

⁶¹¹ É certo que em alguns delitos omissivos próprios estes elementos também se repetem. Sobre a forma de distinção entre as duas modalidades: tópico 1.2.1.

⁶¹² Os pressupostos de tipicidade objetiva do crime omissivo impróprio são trabalhados com mais detalhes no capítulo 2 desta dissertação.

Noutro giro, agora retomando o que fora trabalhado em relação às teorias volitivas do dolo, sabe-se que, apesar da variação terminológica, afirma-se a presença do dolo eventual quando o indivíduo possui disposição anímica que se harmonize com o resultado⁶¹³. Na jurisprudência brasileira, predomina o entendimento de que esta disposição favorável é representada por uma indiferença, assunção ou aceitação do resultado; acolhe-se, como dito, as teorias da indiferença e do consentimento.

Tomando como ponto de partida estes contornos do conceito de dolo eventual, o comportamento tendente à evitação do resultado desponta como um indicador extremamente eficaz para exclusão do dolo, haja vista que, se o sujeito age com o fim de evitar o resultado, coloca-se, em princípio, contrário à sua realização e, por conseguinte, em consonância com o cumprimento da ordem jurídica que lhe é dirigida. E se é assim, independentemente do conceito acolhido - indiferença, consentimento, assunção do risco, etc. - fato é que a disposição anímica que se harmonize com o resultado não poderá, em primeira análise, ser extraída do comportamento de alguém que agiu concretamente para que o tal resultado não ocorresse⁶¹⁴.

Diz-se “*em primeira análise*” pois, neste ponto, poderiam ser levantados questionamentos quanto ao *grau de eficácia* da ação praticada pelo agente⁶¹⁵. Isto é, mesmo que o sujeito empreendesse uma ação de baixa eficácia para evitação do resultado, ainda assim haveria um indicador objetivo apto ao descarte do dolo? Ilustrando com um exemplo: imagine-se um engenheiro que tome conhecimento sobre uma fragilidade estrutural de um edifício em construção que está sob sua responsabilidade, fragilidade essa que causa um risco iminente de desabamento. Ao analisar a situação, constata-se a necessidade de realizar reparos urgentes em dez diferentes pontos da obra, todos de igual importância para o restabelecimento da segurança. Mesmo ciente desta situação, o engenheiro procede ao

⁶¹³ Tópico 3.2.4.

⁶¹⁴ À conclusão semelhante já chegou parte da doutrina, ainda que não tratando sobre este assunto sob uma perspectiva probatória. Armin Kaufmann aponta que “*obrar con tendencia subjetiva a cumplir el mandato excluye la tipicidad de la omisión*” (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 2006. p. 142.); Jescheck aponta que “*el tipo del delito doloso de omisión falta ya cuando el autor se ha esforzado sin éxito en cumplir con su deber de actuar*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. corregida y ampliada.); na doutrina brasileira, Nilo Batista *et al* aduzem que “*caso o sujeito, embora desenvolvendo a conduta ordenada, não consiga evitar a afetação do bem jurídico, não haverá omissão dolosa, podendo talvez havê-la culposa*” (BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 3. reimp., 2018. v. 2. tomo I. p. 352.).

⁶¹⁵ Tratando sobre esta crítica em relação à supramencionada teoria de Kaufmann: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 130.

reparo em um único ponto, optando por ignorar os demais. Passados alguns dias, a obra desaba justamente em razão da fragilidade previamente identificada.

Supondo que todos os pressupostos de tipicidade objetiva se encontrem presentes e considerando a aplicação das teorias majoritárias do dolo na jurisprudência brasileira, seria possível descartar o elemento subjetivo doloso tão somente em razão de o engenheiro ter procedido a um dos dez reparos necessários? Isto é, a prática de uma ação tendente à proteção do bem jurídico, neste caso, seria suficiente para a conclusão de que o engenheiro não fora indiferente, assumiu ou aceitou a ocorrência do resultado?

A resposta negativa é a que soa mais razoável. Em casos desta natureza⁶¹⁶, não se mostra coerente que a prática de uma ação direcionada à proteção do bem jurídico seja, *per se*, suficiente para a exclusão do dolo. Ao analisar globalmente a conduta do engenheiro - fazer apenas um dos reparos e omitir a realização de todos outros - não se verifica, no plano objetivo, um comportamento efetivamente direcionado à evitação do resultado. No plano subjetivo, ainda que o engenheiro tenha procedido a um dos reparos, o que se mostra predominante em seu comportamento é uma vontade de não atuar, haja vista que *decidiu não realizar* nove dos dez reparos necessários.

Com isso, parece autorizada a conclusão de que a mera prática de uma ação, *per se*, pode não se mostrar suficiente para a exclusão do dolo, notadamente quando o risco de lesão ao bem jurídico se mantiver intenso e o sujeito tiver, ao seu alcance, ações que seriam mais efetivas. Por outro lado, quando constatado que o comportamento do sujeito se expressou como verdadeira forma de oposição ao resultado, então haverá um forte indício para exclusão do dolo. A constatação desta “*verdadeira oposição*” deverá ser feita especialmente levando em conta o grau de eficácia da(s) ação(ões) empreendidas, a crença do sujeito neste grau de eficácia e as ações que o indivíduo possivelmente deixou de praticar em prol do bem jurídico, sem prejuízo de outros indicadores pertinentes ao caso concreto.

Conclui-se, então, com a seguinte assertiva: um *comportamento* tendente à evitação do resultado representa, em regra, um indício determinante para a exclusão do dolo nos delitos omissivos impróprios; todavia, a mera ação, especialmente se acompanhada de omissões que não apontam para uma vontade de evitação do resultado, pode não representar um indício suficiente, pois não necessariamente expressa uma contrariedade do sujeito em relação ao resultado.

⁶¹⁶ Eduardo Viana apresenta crítica semelhante quando apresenta objeções à teoria de Armin Kaufmann, apontando que a exclusão do dolo é inadequada se o “*risco residual de realização do tipo é bastante superior ao risco de não realização*”. (VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017. p. 132)

Pois bem. Estabelecida a premissa acima, passa-se a tratar, brevemente, sobre o caso Samarco, a fim de demonstrar ao leitor uma aplicação prática do critério proposto.

Em 05 de novembro de 2015 ocorreu o rompimento de uma barragem de rejeitos no município de Mariana/MG, à época operada pela empresa Samarco Mineração. Este fato deu ensejo à instauração da ação penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822, em trâmite perante a Justiça Federal brasileira - Vara Única da subseção judiciária de Ponte Nova/MG. Na denúncia que inaugurou o processo, imputou-se, dentre outros delitos, o de homicídio qualificado, a título de dolo eventual e na modalidade omissiva imprópria, a diversas pessoas. Diante do excesso acusatório constatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, houve o trancamento da ação penal em relação a alguns dos réus; em relação a outros, foi excluída a acusação de homicídio doloso, posteriormente decotada para a capitulação de inundação qualificada pelo resultado morte - artigo 254 c/c 258 do Código Penal⁶¹⁷.

Em síntese, após o decote jurídico da denúncia, a tese acusatória é de que parte dos acusados, enquanto garantidores, se omitiram das obrigações que lhe cabiam e aceitaram o risco de rompimento da barragem. Sucede que, nos termos da premissa estabelecida neste apêndice, a própria denúncia demonstra ser incabível uma acusação por dolo eventual no caso em tela. É que, ao longo da inicial acusatória, são citadas diversas ações⁶¹⁸ adotadas no decorrer dos anos de operação da barragem, as quais, somadas, representam um comportamento tendente à evitação do resultado. Ou seja, inobstante a ocorrência de um resultado de lesão ao bem jurídico, o conjunto de ações praticadas em prol da sua defesa demonstra o atendimento do comando normativo dirigido ao garantidor, o que, por conseguinte, aponta para a prática de conduta oposta à assunção, aceitação ou indiferença em relação ao resultado⁶¹⁹.

Com efeito, em relação ao caso de Brumadinho, que versa sobre o rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão, então gerida pela mineradora Vale S.A. e ocorrido em 25 de janeiro de 2019, há sinais de que a jurisprudência pode caminhar neste sentido. Malgrado o processo⁶²⁰ relacionado ao caso ainda esteja em fase inicial, chegou ao Supremo

⁶¹⁷ Todas as informações processuais podem ser consultadas no processo supramencionado, cujos autos são de acesso público.

⁶¹⁸ A título de exemplo, aponta-se que a denúncia elenca, em diversos momentos, a adoção de ações emergenciais pela Samarco para sanar problemas que surgiram ao longo da operação; a contratação de empresas com prestígio no mercado; a contratação de um painel de renomados consultores independentes para avaliação das condições de segurança da barragem; a existência de comitês específicos para tratar as questões afetas à barragem, bem como de órgãos de controle e análise de risco, dentre outras providências.

⁶¹⁹ Em casos desta natureza, o descarte do dolo não implica, necessariamente, na inexistência de crime, pois ainda é possível investigar se o resultado típico adveio de um comportamento culposos.

⁶²⁰ Ação penal nº 0003237-65.2019.8.13.0090.

Tribunal Federal uma demanda de reconhecimento da competência da Justiça Federal para processamento do feito, que fora inicialmente distribuído à Justiça Estadual.

Muito embora o cerne do Recurso Extraordinário fosse, portanto, o aspecto da competência processual, o Ministro Gilmar Mendes, ao lavrar seu voto por ocasião do julgamento do agravo regimental⁶²¹, teceu importantes considerações sobre a inadequação da capitulação dolosa conferida aos fatos na denúncia. Seu argumento fundou-se, justamente, no fato de que a própria inicial acusatória apontou a existência de mecanismos de controle e gerenciamento de riscos relacionados à barragem, bem como a contratação de empresas certificadoras, além da implementação de iniciativas para contenção dos riscos identificados ao longo da operação do empreendimento. Considerando este conjunto de ações, o Ministro entendeu que haveria uma *incompatibilidade* com o reconhecimento do dolo eventual. Observa-se, então, a adoção do indicador objetivo de *comportamento tendente à evitação do resultado* como um elemento frontalmente contrário à verificação do dolo eventual.

Feita esta breve exposição, parece acertada a conclusão de que, no âmbito dos crimes omissivos impróprios e à luz do conceito de dolo eventual trabalhado na jurisprudência brasileira, a identificação de um comportamento tendente à evitação do resultado, ainda que não exitoso, é um importante indicador objetivo para a exclusão de uma possível acusação dolosa, notadamente quando se trata de situações ocorridas no bojo de atividades empresariais. É evidente a existência de incompatibilidade entre a aceitação, assunção do risco ou indiferença em relação ao resultado e a prática de ações direcionadas ao cumprimento do dever especial de garantidor.

⁶²¹ Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 1.384.414/MG.