

STJ00120390

MATHEUS BORGES KAUSS VELLASCO

Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Especialista em Direito Penal Econômico e

Teoria do Delito pela Universidad Castilla-La Mancha

Graduado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E DOLO EVENTUAL



Belo Horizonte

2024

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jean Carlos Fernandes
André Cordeiro Leal	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jorge M. Lasmar
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Rodrigues de Freitas Junior	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dirceô Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Edson Ricardo Saleme	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Eliane M. Octaviano Martins	Nelson Rosenvald
Emerson Garcia	Renato Caram
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Florisbal de Souza Del'Olmo	Rodolfo Viana Pereira
Frederico Barbosa Gomes	Rodrigo Almeida Magalhães
Gilberto Bercovici	Rogério Filippetto de Oliveira
Gregório Assagra de Almeida	Rubens Beçak
Gustavo Corcosinho	Sergio André Rocha
Gustavo Silveira Siqueira	Sidney Guerra
Herta Rani Teles Santos	Vladimir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaina Rigo Santin	William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2024.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Revisão: Fabiana Carvalho

341.53
V438c
2024

Vellasco, Matheus Borges Kauss.
Crimes omissivos impróprios e dolo eventual / Matheus Borges
Kauss Vellasco. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024.
192 p.

ISBN: 978-65-5929-371-1
ISBN: 978-65-5929-374-2 (E-book)

1. Direito. 2. Direito penal. 3. Direito criminal. 4. Dolo eventual. 5. Dolo – Teorias. 6. Delitos criminais. 7. Crimes omissivos. I. Título.

CDDir – 341.53
CDD (23.ed.) – 345.02

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

1861257

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2024

SUMÁRIO

PREFÁCIO	15
APRESENTAÇÃO	19
INTRODUÇÃO	21
CAPÍTULO 1	
PREMISSAS DOGMÁTICAS DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO	25
1.1. Distinção entre normas proibitivas e mandamentais	26
1.2. Distinção entre delitos omissivos próprios e impróprios.....	28
1.2.1. Considerações e tomada de posição quanto à forma de distinção.....	31
1.3. Os possíveis fundamentos para a equiparação do desvalor conferido aos delitos omissivos impróprios e aos delitos comissivos.....	36
1.3.1. Vias de construção dogmática	36
1.3.2. Críticas às vias dogmáticas.....	39
1.3.3. Conclusão intermediária: a inviabilidade dogmática da “comissão por omissão”	41
1.4. Os fundamentos da equiparação à luz de Kaufmann e Schünemann	42
1.4.1. O art. 13, § 2º, do Código Penal como substrato formal da equiparação	43
1.4.2. O domínio sobre o fundamento do resultado como substrato material da equiparação.....	44
1.5. Premissas dogmáticas estabelecidas.....	48

CAPÍTULO 2

PRESSUPOSTOS DE TIPICIDADE OBJETIVA DO TIPO OMISSIVO IMPRÓPRIO.....

2.1. A posição de garantidor	51
2.1.1. A Teoria das Funções como precursora do fundamento material da posição de garantidor.....	52
2.1.2. A Teoria do Domínio como substrato material da posição de garantidor	53
2.1.3. As posições de garantidor previstas no Código Penal brasileiro ..	56
2.1.3.1. O garantidor em virtude de obrigações impostas por lei	64
2.1.3.2. O garantidor por assunção	64
2.1.3.3. O garantidor por ingerência.....	66
2.2. Omissão da específica conduta ordenada apesar da capacidade de realizá-la	70
2.3. Causalidade e imputação objetiva.....	72
2.3.1. Teoria da Evitabilidade.....	80
2.3.2. Teoria da diminuição do risco.....	88
2.3.3. Tomada de posição.....	92
2.3.4. Causalidade x Imputação Objetiva: uma distinção necessária.....	95
2.3.5. Premissas dogmáticas estabelecidas	101
2.4. Situação típica de risco	106

CAPÍTULO 3

TEORIAS DO DOLO.....	111
3.1. Linhas iniciais: delimitação da pesquisa sobre o dolo neste trabalho ...	111
3.2. Teorias de corte volitivo	112
3.2.1. O papel da vontade nas teorias volitivas.....	116
3.2.2. O dolo direto de primeiro grau	117
3.2.3. O dolo direto de segundo grau.....	118
3.2.4. O dolo eventual	121
3.2.4.1. Teorias do consentimento (ou assunção aprovadora do risco)	123
3.2.4.2. Teoria do risco levado a sério (ou teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo).....	125
3.2.4.3. Teoria da indiferença	127
3.2.4.4. A teoria da decisão pela lesão do bem jurídico	128
3.2.4.5. Teoria da Vontade de Evitação	129
3.2.5. Críticas de parte da doutrina às teorias volitivas.....	131
3.3. Teorias de corte cognitivo	134
3.3.1. Pontos de partida para o dolo fundado na concepção cognitiva.	134
3.3.2. Teorias da representação.....	136
3.3.2.1. Teoria(s) da Possibilidade	136
3.3.2.2. Teoria(s) da Probabilidade	138
3.3.2.2.1. A probabilidade subjetiva	138

3.3.2.2.2. A probabilidade subjetivo-objetiva.....	139
3.3.3. Teorias do Perigo.....	140
3.3.3.1. Teoria do perigo doloso.....	140
3.3.4. Teoria da Inferência do Dolo.....	142
3.3.4.1. Primeiro critério: Periculosidade objetiva conduta do agente.....	143
3.3.4.2. Segundo critério: Gravidade do perigo determinado pela vulnerabilidade concreta da vítima.....	144
3.3.4.3. Terceiro critério: Marca dominante da conduta.....	145
3.3.4.4. Quarto critério: Contexto de realização da conduta.....	146
3.3.5. Incompatibilidade das teorias cognitivas com o ordenamento jurídico brasileiro?.....	147
3.3.5.1. A estruturação do Código Penal de 1940 a partir de uma concepção volitiva do dolo.....	148
3.3.5.2. Primeira possível incompatibilidade: crimes de perigo concreto versus tentativa de crimes de dano.....	151
3.3.5.3. Outras possíveis incompatibilidades: o conceito de tentativa atrelado à vontade e a diferença valorativa entre querer e representar contida no art. 29, § 2º, do Código Penal.....	158
3.4. Conclusão intermediária.....	162

CAPÍTULO 4

EXAME DE COMPATIBILIDADE ENTRE OMISSÃO IMPRÓPRIA E DOLO EVENTUAL.....	167
4.1. Do objeto do dolo na omissão imprópria.....	167
4.2. Exame de compatibilidade do dolo eventual com a omissão imprópria à luz da teoria da evitabilidade.....	169
4.2.1. Teoria do consentimento x teoria da evitabilidade.....	169
4.2.2. Outras teorias volitivas x teoria da evitabilidade.....	174
4.2.3. Teoria da possibilidade de Horst Schröder x teoria da evitabilidade.....	175
4.2.4. Teoria da possibilidade de Eberhard Schmidhäuser x teoria da evitabilidade.....	175
4.2.5. Teoria da probabilidade subjetiva x teoria da evitabilidade.....	176
4.2.6. Teoria da probabilidade subjetivo-objetiva x teoria da evitabilidade..	176
4.2.7. Teorias do perigo doloso e da inferencialidade x teoria da evitabilidade.....	177
4.3. Exame de compatibilidade do dolo eventual com a omissão imprópria à luz da teoria da diminuição dos riscos.....	177
4.3.1. Teoria do consentimento x teoria da diminuição dos riscos.....	177
4.3.2. Outras teorias volitivas x teoria da diminuição dos riscos.....	180

4.3.3. Teoria da possibilidade de Horst Schröder x teoria da diminuição dos riscos.....	180
4.3.4. Teoria da possibilidade de Eberhard Schmidhäuser x teoria da diminuição dos riscos.....	180
4.3.5. Teoria da probabilidade subjetiva x teoria da diminuição dos riscos.....	181
4.3.6. Teoria da probabilidade subjetiva-objetiva x teoria da diminuição dos riscos.....	181
4.3.7. Teorias do perigo doloso e da inferencialidade x teoria da diminuição dos riscos.....	182
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	183
REFERÊNCIAS.....	185