

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ROBERTA VIRGÍNIA DE SOUZA E SILVA

**CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO ELEMENTOS DO TIPO
OBJETIVO**

Recife
2006

ROBERTA VIRGÍNIA DE SOUZA E SILVA

**CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO ELEMENTOS DO TIPO
OBJETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco
como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Proteção Penal de Bens Jurídicos nas
Relações Nacionais e Transnacionais

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra
Brandão

Recife

2006

Catálogo na fonte
Bibliotecária Nataly Soares Leite Moro, CRB4-1722

S586c Silva, Roberta Virgínia de Souza e
Causalidade e imputação objetiva como elementos do tipo objetivo /
Roberta Virgínia de Souza e Silva. – 2006.
70 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ,
Direito, Recife, 2006.
Inclui referências.

1. Direito público. 2. Causalidade. 3. Imputação objetiva. 4. Causa. 5. Risco
permitido. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra (orientador). II. Título.

342

CDD (23. ed.)

UFPE-CCJ

ROBERTA VIRGÍNIA DE SOUZA E SILVA

**CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO ELEMENTOS DO TIPO
OBJETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco
como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Aprovada em: 13 / 06 / 2006

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva
Universidade Federal de Pernambuco

À Deus, causa primeira, princípio de tudo.

Porventura caminharão juntos dois homens, se não tiverem chegado previamente a um acordo?

Rugirá por acaso o leão na floresta, sem que tenha achado alguma presa

Gritará o leãozinho no covil, se não tiver apanhado alguma coisa?

Cairá o pardal no laço posto no solo, se a armadilha não estiver armada?

Levantar-se-á da terra o laço sem ter apanhado alguma coisa?

Tocará o alarme na cidade sem que o povo se assuste?

Virá uma calamidade sobre a terra sem que o Senhor a tenha disposto?

Amós 3, 3-6

RESUMO

O nexo de causalidade consiste na relação existente entre a ação e o resultado típico (ofensa ou exposição a perigo do bem jurídico); é o elemento do tipo objetivo que busca a compreensão do fato através de sua normatização. Constitui o elemento da teoria geral do crime com significativo conteúdo axiológico, por recorrer à estrutura social (papel social) e aos conhecimentos empíricos (previsibilidade objetiva) para sua determinação. Atualmente podem ser observados dois fenômenos: a relegação da causalidade e o fortalecimento da teoria da imputação objetiva. A imputação objetiva consiste na conexão real estabelecida entre ação jurídico e socialmente relevante e resultado típico. Deve se localizar no tipo objetivo por constituir um elemento de ligação entre duas manifestações objetivas, ação e resultado. Assim, paralelo ao esquecimento da causalidade em razão do extremo legalismo, a imputação objetiva se apresenta como necessidade da análise de valores na teoria do delito. A imputação objetiva não constitui propriamente uma nova teoria: apenas ressalta alguns elementos já existentes no tipo objetivo (como previsibilidade objetiva, adequação social, princípio da confiança) e transfere indevidamente a análise de juízo da culpabilidade (conhecimentos especiais do agente) para a tipicidade.

Palavras-chave: causalidade; imputação objetiva; causa; risco permitido.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Kausalzusammenhang ist eine bestehende Verbindung zwischen Aktion und einem typischen Resultat (Angriff oder zur Schaustellen der Rechtsgut); ist die Tatsache, die das Verständnis des Vorfalls durch seine existierenden Normen sucht. Es bildet das Element der allgemeinen Theorie mit dem bedeutsamen Inhalt des Wertverständnisses, dessen gesellschaftliche Struktur (soziale Funktion) und die empirischen Kenntnisse (objektive Vorhersehbarkeit) als Endziel beeinflusst. Heutzutage können zwei Phänomene beobachtet werden: das Abweichen der Ursache und die Untermauerung der Theorie objektive Zurechnung. Die objektive Zurechnung basiert auf der tatsächlich hergestellten Verbindung zwischen der juristischen Aktion, sozialer Relevanz und dem klassischen Ergebnis. Es muss in der gezielten Handlung ein Verbindungselement zwischen zwei Konsequenzen gefunden werden: Aktion und Resultat. Auf diese Weise, parallel zum Vergessen der Kausalität anstatt extremer Gesetzestreue, zeigt sich die objektive Zurechnung als eine Notwendigkeit der Analyse der Werte in der Delikttheorie. Die objektive Zurechnung bildet in sich eigentlich keine neue Theorie, lediglich einige bereits bestehende Elemente der gerichteten Aktion werden hervorgehoben (wie objektive Vorhersagbarkeit, gesellschaftliche Anpassung, Vertrauensgrundsatz) und überführt fälschlicherweise die Analyse der Schuld (spezifisches Wissen des Täters) zu einer Typisierung.

Schlüsselwörter: Kausalität; objektive Zurechnung; Ursache; erlaubtes Risiko.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 TEORIAS DETERMINANTES DA CAUSALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL.....	12
2.1 A CAUSALIDADE COMO ELEMENTO TÍPICO.....	12
2.2 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA: DIVERSIDADE DE CRITÉRIOS E ANTECIPAÇÃO DE JUÍZO DA CULPABILIDADE.....	14
2.3 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES OU DA <i>CONDITIO SINE QUA NON</i>	19
2.4 TEORIA DA RELEVÂNCIA JURÍDICA.....	21
2.5 TEORIA ADOTADA POR NOSSO CÓDIGO: TEORIA DA EQUIVALÊNCIA COMO REGRA GERAL.....	22
2.6 CAUSALIDADE NA OMISSÃO.....	23
2.6.1 Espécies de omissão e tratamento no nosso código.....	23
2.7 SUPERVENIÊNCIA DE CAUSA RELATIVAMENTE INDEPENDENTE: TRATAMENTO DAS CONCAUSAS NO NOSSO CÓDIGO PENAL.....	27
2.8 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS.....	28
3 IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	31
3.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	32
3.2 O DIREITO PENAL COMO FORMA DE ASSEGURAR AS EXPECTATIVAS SOCIAIS, SEGUNDO O FUNCIONALISMO DE LUHMANN: FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE JAKOBS.....	33
3.2.1 A função do direito como generalização de estruturas de expectativas.....	34
3.2.2 Processamento de desapontamentos.....	38
3.2.3 Institucionalização de expectativas comportamentais.....	39
3.2.4 A posição de garante na imputação objetiva, derivada do funcionalismo sistêmico.....	43
3.2.4.1 Omissão e imputação objetiva.....	44

3.2.4.2 Fundamentos correspondentes ao papel de comportamento social que determinam a posição de garante.....	45
3.2.5 Princípios da imputação objetiva no funcionalismo sistêmico.....	46
3.3 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO.....	54
4 CONEXÃO ENTRE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	64
4.1 DISTINÇÃO ENTRE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	64
4.2 INSTITUTOS CORRELATOS <i>REGRESSUS AD INFINITUM</i> E PROIBIÇÃO DE REGRESSO; RISCO PERMITIDO E DEVER OBJETIVO DE CUIDADO.....	64
5 CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação possui como escopo a determinação de um método mais adequado para obtenção do liame entre ação, enquanto causa, e o resultado típico, a denominada *imputatio facti*. A relevância do tema se mostra evidente: a existência de várias teorias deficientes, cujas críticas serão feitas no decorrer desse trabalho; e a adoção de critérios não uniformes para determinação da causalidade, conduzindo ao livre arbítrio dos juízes e tribunais, e, conseqüentemente, ampliando de modo excessivo a ingerência do Estado na esfera da liberdade individual.

Na análise do nexo causal, as teorias tradicionais existentes, sejam generalizadoras ou individualizadoras dos conceitos de causa e condição, mostraram-se deficientes para solucionar a crescente complexidade dos acontecimentos fáticos, advindos da evolução das relações sociais. Nesse contexto, de modo mais evidente na década de 70 na Alemanha, surgiu a teoria da imputação objetiva. Dita teoria na América Latina se mostra sobremaneira na Colômbia, Argentina, Chile e Venezuela. Pelo fato de a imputação objetiva se tratar de um instituto relativamente recente, ainda não solidificado na doutrina, necessário perquirir se tal instituto pode se integrar ao nosso ordenamento e, se afirmativo, de que forma deve ocorrer essa adaptação.

A ação possui uma direção final baseada em duas fases, sendo a primeira a *cogitação* do fim desejado, dos meios necessários para a consecução desse fim e das consequências secundárias que podem interferir no emprego dos meios; a segunda fase corresponde à *realização concreta da ação*, se operando, portanto, no mundo real, sendo “um processo causal dominado pela determinação do fim, dos meios e dos efeitos concomitantes na esfera do pensamento”¹. Podemos, desse modo, concluir que o conhecimento da causalidade deve ser analisado na ação, pois na fase subjetiva desta o agente analisa as causas que podem interferir no resultado, orientando a sua finalidade. Entretanto, previsão da causalidade e causalidade são conceitos distintos²: a primeira pertence à ação, não podendo dela ser dissociada uma vez que ela orienta a

¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 418.

finalidade, enquanto que a causalidade é um juízo analisado *post factum*, encontrando-se fora da ação, mas a acompanhando de modo inseparável.

A causalidade em um nível pré-típico, apenas como um fenômeno físico, não interessa ao direito penal; o problema jurídico penal relativo ao nexo causal consiste em determinar quando este nexo surte efeito na determinação da proibição legal da conduta.

Para desenvolvermos o tema, discorreremos acerca de quando uma ação, seja omissiva ou comissiva, será considerada juridicamente causa de um resultado, analisando as diversas teorias, inclusive a da imputação objetiva, culminado com a teoria adotada por nosso Código Penal referente à causalidade nas duas modalidades de conduta e às concausas. Assim, no primeiro capítulo, discorreremos acerca do conceito de causa, fazendo referência às diversas teorias existentes, permeadas com uma breve análise filosófica, sem, contudo, desviar da matéria objeto do presente estudo: a causalidade no direito penal. Em capítulo posterior, será analisada a teoria da imputação objetiva, sem distinguir as correntes da qual derivou tal teoria, ou seja, os funcionalismos sistêmico e teleológico, posto que remontaria às teorias da ação, ampliando excessivamente o estudo. Portanto, no capítulo segundo será estudada a imputação objetiva no que houver em comum nas teorias funcionalistas. Em posterior capítulo, buscaremos relacionar os institutos próprios da imputação objetiva com os clássicos e, talvez, superados institutos da causalidade; neste terceiro capítulo, iremos analisar os institutos correlatos do *regressus ad infinitum*, ocasionado pela adoção da teoria da equivalência, e a proibição de regresso, desenvolvida pela teoria da imputação objetiva, a qual buscou limitar a responsabilidade ao causador material do resultado portador de uma papel social, com o intuito de assegurar as expectativas sociais..E esse papel social assegurador de expectativas sociais, informador do risco permitido, mostra-se correlato, numa medida por determinar nesse trabalho, com o denominado dever objetivo de cuidado, expressamente previsto no art. 13, § 2º do nosso Código Penal.

E, por fim, a conclusão, pretendendo a contribuição de um método mais adequado para determinação da causalidade, síntese das diversas teorias.

2 TEORIAS DETERMINANTES DA CAUSALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

2.1 A CAUSALIDADE COMO ELEMENTO TÍPICO

A causalidade humana é o vínculo ideal que liga o autor material ao resultado. Enquanto realidade ideal, que tem por substrato o mundo da natureza, deve se revestir de um valor, uma vez que une duas noções valorativas teleológicas (causa e resultado). Define-se causalidade, por conseguinte, como o vínculo existente entre os diversos acontecimentos e passíveis de serem conhecidos pelo homem através dos sentidos.

No campo filosófico, a causalidade era tida como nexos objetivo real ou como uma forma apriorística da mente, sem, contudo, poder discernir se efetivamente subsistia um liame objetivo entre um dado precedente (causa) e um dado subsequente (resultado). Buscava determinar se a causalidade corresponde a uma assimilação do real através das ações e composições operatórias do sujeito.

A causalidade exprime as ações do sujeito sobre objetos e entre objetos uns sobre os outros, pois o sujeito é a causa de um determinado contexto físico, ele adquire a posição de objeto, mediante outros, como um dos termos da série causal e não como exterior a ela³. Afirmar que um objeto é causa de outro possui uma relação não apenas temporal (causa como antecedente invariável do fenômeno consequente – efeito, segundo Stuart Mill⁴), mas condicional, envolvendo uma operação lógica de uma relação abstrata, ainda que se concretize no tempo e no espaço, como um dado fático. Vemos, portanto, a necessidade de estabelecer (1º) se uma determinada ação antecede a um resultado e (2º) se essa ação é causa do resultado.

Podemos observar empiricamente, através dos sentidos, que se aquecermos a água a uma determinada temperatura dar-se-á a sua ebulição. Logo, o aquecimento da água é causa da ebulição. Devemos também observar que existem outros fatores condicionantes do fenômeno físico, como a pressão atmosférica, a existência de um combustível e a queima deste combustível. A determinação de um curso causal demanda mais do que conhecimentos técnicos e empíricos, mas ainda uma operação lógica, consistente na delimitação das condições relacionadas com

³ MÜLLER, June. *A Psicogênese dos Conhecimentos Físicos e o Problema da Causalidade*.

URL:<http://www.consciencia.org/contemporanea/causaljune.htm>

⁴ COSTA JR., Paulo José da. **Nexo Causal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 91.

determinado efeito, o que permite excluir condutas obviamente desvinculadas, não condicionantes, do evento (como o apito da chaleira, no exemplo).

Diferentemente do afirmado acima, Hume é cético com relação à possibilidade de percebermos a causalidade através dos sentidos⁵, considerando-a, portanto, uma coisa em si mesma, como se no conceito de causalidade houvesse uma impossibilidade de se pensar nele⁶. Kant rebate esta afirmação: ainda que o entendimento puro (referido a coisas em si mesmas, que não podem ser objetos da experiência) não seja suscetível de determinação para representação de determinado objeto com o intuito de obter um conhecimento teórico, ainda assim seria suscetível de uma determinação para outro fim, como o prático, talvez⁷. Lourival Vilanova afirma: “na experiência imediata com os objetos do mundo exterior, não percebemos a relação causa/efeito como percebemos as propriedades dos objetos”⁸. Podemos perceber claramente que um objeto é antecedente de outro, que é de improvável ocorrência, mas não que é causa de outro.

Assim, a determinação da causalidade importa em um ato classificatório prévio, ou melhor, em mais de uma classificação prévia, na elaboração de um enunciado válido para determinado universo lógico, uma vez que necessita da definição de vários objetos: conduta (antecedente), resultado (consequente) e a relação condicional que irá determinar os dois critérios classificatórios anteriores.

De certo, o conhecimento causal parte da experiência, da observação empírica, reclamando o estabelecimento de quais as circunstâncias do caso concreto passíveis de serem conhecidas pelo agente (que põe sua ação como condição do resultado) considerando todo o conhecimento experimental da humanidade (*saber nomológico*) e/ou as circunstâncias cognoscíveis ou previsíveis por esse sujeito (*saber ontológico*). A esse respeito Vilanova afirma que “o conhecimento causal parte da experiência, a ela regressa, mas nele coparticipam o empírico e o conceptual, os fatos e as operações lógicas”⁹.

⁵ **O Empirismo**. Disponível em: <www.mundodosfilosofos.com.br/hume.htm#b>. Acesso em: 30 de janeiro de 2005.

⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 87.

⁷ *Idem. Ibidem*. pp. 87-88.

⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: OAB/PE, 1985, p. 14.

⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: OAB/PE, 1985, p. 15.

Com base nesses conhecimentos, o indivíduo pode orientar o seu atuar para a consecução de um determinado evento ilícito (quando teremos o dolo, posterior à causalidade).

Quanto à definição jurídica, surgiram diversas teorias buscando estabelecer quando uma conduta se eleva à categoria de causa, podendo divisar dois grupos: as *teorias individualizadoras*, traduzidas na causalidade adequada e na relevância jurídica, as quais buscam destacar do conjunto de antecedentes do resultado a causa; e as *teorias generalizadoras*, representadas pela equivalência das condições, que negam a possibilidade de distinguir causa e condição, atribuindo o mesmo valor causal para todas as condições¹⁰.

2.2 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA: DIVERSIDADE DE CRITÉRIOS E ANTECIPAÇÃO DE JUÍZO DA CULPABILIDADE

A causa adequada pode ser obtida mediante cortes abstratos, mentais, na estrutura causal, isolando as causas e os efeitos relevantes, alcançando uma relação causal individual, partindo do caso concreto, particular, utilizando-se do método tópico. A causalidade natural é facilmente obtida por esse método, como, por exemplo, indagar se o raio que caiu na mata seca foi causa do incêndio; dentre as diversas condições como umidade atmosférica e do solo, ressecamento da mata, isola-se a causa mais adequada para a produção do resultado (incêndio). Diz-se que o raio foi a causa do incêndio porque dentre as condições postas se mostrou mais adequado para a produção deste resultado. A antiga e superada doutrina diria que por ser a causa mais **próxima**, o raio seria a causa do resultado, enquanto o ressecamento da mata e a pouca umidade atmosférica, as causas remotas e, portanto, meras condições, conforme veremos abaixo.

A causalidade social, entretanto, à diferença da natural, é múltipla, pois várias causas são, por si só, suficientes para a produção de um resultado. Como exemplo: A ministra veneno em B, posteriormente C atira em B. Agora, para se obter a relação causal necessário estabelecer a *hipótese de uniformidade do curso dos fatos*, o que pressupõe a existência de leis com uma constância, que rege o universo, o cosmo, e não o caos¹¹. Há, portanto, uma constância, que não pode ser reduzida à mera regularidade estatística, ao *quod prelung accidit*, ou seja, aquilo que a maior parte acontece.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

¹¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: OAB/PE, 1985, p. 16.

Existe um *princípio universal de determinação causal*, segundo Vilanova, cuja generalização não pode ser obtida pela indução apenas, mas deve ser também lógico.

No exemplo acima, podemos observar que tanto o venefício como a hemorragia, consequência do disparo, são aptas por si só a causar a morte, entretanto, à primeira ação se interpôs uma segunda causa, o disparo, que inaugura um novo curso causal, pois absolutamente independente ao primeiro. Neste caso, necessário estabelecer qual a causa foi determinante para o resultado, ou, ao menos, o tenha antecipado. Para o direito penal, se o disparo for a causa que primeiro produziu o efeito, o autor do disparo responderá por homicídio consumado e o autor do envenenamento, por homicídio tentado.

Essa teoria individualizadora afirma que a ação humana será causa quando for adequada para produzir o resultado, uma vez que "o conceito de causalidade envolve o de constância possível de uma relação e não pode haver constância sem pluralidade de casos" ¹². Deste modo, só haverá causalidade se a conduta for idônea, ou seja, apresentar eficácia material. Segundo COSTA JR.:

Considera-se a conduta adequada quando for idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística. Donde se conclui que a conduta adequada funda-se no *quod prelumque accidit* (aquilo que à maior parte acontece) excluindo acontecimentos extraordinários, fortuitos excepcionais, anormais ¹³.

Uma conduta é adequada quando for idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na frequência, na regularidade estatística, no *quod prelumque accidit*, ou seja, aquilo que a maior parte acontece. Assim, uma conduta só será causal se possuir uma tendência normal a produzir o resultado típico. “Dentre as diversas forças que condicionam o resultado, destaca-se como causa a condição que, segundo a experiência comum e o julgamento normal dos homens, se mostra mais apta a determinar um resultado da natureza daquele que ocorreu ¹⁴.”

¹² LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 194.

¹³ COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1996, p.39.

¹⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 316.

Logo, segundo pondera MIR, uma ação é adequada quando o seu resultado for objetivamente previsível¹⁵. Esse juízo de previsibilidade objetiva não estabelece quais as circunstâncias do caso concreto passíveis de serem conhecidas pelo sujeito considerando todo o conhecimento experimental da humanidade (*saber nomológico*) e as circunstâncias cognoscíveis ou previsíveis por esse sujeito (*saber ontológico*). Porém, “en general, se les dirige el reparo de que la investigación de la *causa efficiens*, única causa esencial, se sirve de un criterio basado en una consideración propia de las ciencias naturales, inutilizable para el derecho penal¹⁶.”

Desta corrente, desenvolvida pelo fisiólogo von Kries, surgira a **teoria da causalidade humana exclusiva**, de Antolisei, segundo o qual a causalidade deve ser vista sob o ângulo da consciência humana, pois através desta o homem pode apreender e prever as circunstância que interferem na cadeia causal. Assim, a relação de causalidade requer dois elementos: um positivo, isto é, a ação humana sem a qual o resultado não teria ocorrido; e um elemento negativo, ou seja, a inexistência de condições excepcionais.

Outra variante da teoria da causalidade adequada é a **teoria da causalidade racional**, elaborada por Soler, onde o nexo de causalidade se deduz de um juízo de razoabilidade da ocorrência do resultado, baseado nas circunstâncias concretas em que a ação se realizou. A condição será causa, segundo a teoria da causalidade racional, quando devia razoavelmente produzir o resultado, sendo esta força causal compreensível para o agente, ou seja, quando estiver no "domínio mental" do agente no processo causal¹⁷.

Ainda como variante, vemos a **teoria da condição qualificada pelo perigo** que, segundo Grispigni, corresponde à análise da relevância causal da condição, baseada no contexto da ação e observando-se as condições preexistentes, concomitantes e previsivelmente subsequentes idôneas a produzir um resultado ou que constitua um perigo de ocorrência deste. Necessário se faz abstrair o *juízo de idoneidade relativa* através de uma prognose póstuma, segundo o conhecimento do *homem médio*¹⁸.

¹⁵ MIR, Jose Cerezo. **Curso de Derecho Penal**. Parte general I. Introducción: Teoría Jurídica del Delito. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1985, p. 288.

¹⁶ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**. Parte general I. Buenos Aires. 1994, p. 314.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte geral, t-III. Argentina: Ediar, 1987, p. 273.

¹⁸ REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 176.

Para a **teoria da condição próxima**, imediata ou da última condição, considera-se causa a última condição que finaliza a série de antecedentes e foi determinante para o resultado¹⁹. Podemos rejeitar dita teoria porque uma condição, ainda que temporalmente distante pode ser determinante para a produção do resultado, no caso do disparo ter sido absolutamente ineficaz para causar a morte por ter apenas atingido o pé da vítima, conforme o seguinte esquema: $C_1 + c_2 + c_3 + \dots + c_n \rightarrow R$, sendo C_1 a conduta determinante para o resultado (R). Por isso, a teoria da condição próxima foi substituída pela **teoria da causa eficiente**.

A causa eficiente é o único antecedente com efetiva ou real capacidade para produzir o resultado, independente de ser uma causa imediata ou mediata. Como critério para determinação da causa eficiente, podemos utilizar uma *abstração generalizadora*²⁰.

Para a **teoria do equilíbrio** ou da condição dominante, o evento ocorre pelo predomínio das forças que procuram modificar o estado anterior (condições positivas) sobre as condições que dificultam sua realização (condições negativas), que visam conservar tal estado. Logo, causa é a conduta que confere o predomínio das condições positivas sobre as negativas, dirigindo de forma decisiva as condições para o evento. Faz-se a seguinte objeção a esta teoria: se um evento não se verifica é porque não se reuniram todos os antecedentes necessários para a sua produção e não devido às condições positivas e negativas estarem em equilíbrio.

KRIES afirma que o *juízo de possibilidade* deve se basear nas circunstâncias do fato que o sujeito conhecia ou podia conhecer no momento de seu atuar²¹. Assim, confunde causalidade com culpabilidade, mais precisamente com a consciência potencial da antijuridicidade, a qual se baseia nos conhecimentos pessoais.

O *prognóstico objetivo posterior* consiste, segundo o entendimento de Roxin, em o juiz se colocar posteriormente ao processo causal como um observador objetivo, julgando antes do fato, utilizando-se dos conhecimentos de um homem inteligente e dos conhecimentos especiais do agente²². Observe-se, contudo, que a análise dos conhecimentos especiais do agente, segundo se depreende na doutrina dominante, diz respeito à culpabilidade. Diferentemente, JAKOBS

¹⁹ COSTA JR., Paulo José da. **Nexo Causal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 125.

²⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: OAB/PE, 1985, p. 13.

²¹ ONECA, Jose Anton. p. 167.

²² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. v. 1, t. 1. Madri: Civitas, 1999, p. 360.

considera que o papel especial diz respeito à imputação objetiva e o papel geral de cidadão fiel ao Direito, à culpabilidade²³.

Trata-se, na realidade, de uma teoria da imputação, e não propriamente uma teoria causal, na medida em que busca determinar se as circunstâncias causais são juridicamente relevantes e se podem ser imputadas ao agente. Assim, primeiramente determina a existência de um nexo condicional para, posteriormente, determinar se esse nexo se apresenta como tipicamente relevante. Porém, é errôneo considerar que com a causalidade adequada se perfaz a imputação: o princípio da adequação consiste apenas num elemento para auferir a imputação.

Ademais, esta teoria não é uniforme acerca do entendimento sobre causa adequada, uma vez que exige posicionamentos em três questões variáveis: primeiramente, deve-se fixar a base, ou seja, estabelecer quais os antecedentes do resultado serão considerados, se os conhecidos pelo autor, por um homem médio, por uma pessoa diligente etc. Em segundo lugar, deve-se determinar por quem serão previsíveis ou calculáveis esses antecedentes. Finalmente, estabelecer qual o momento a que se referem às questões anteriores, se antes (*ex ante*) ou depois (*ex post*) da produção do resultado²⁴.

A teoria da causalidade adequada não apresenta unidade quanto aos elementos determinantes do juízo de previsibilidade, sendo propostos vários critérios, como a previsibilidade do próprio agente, segundo von Kries, da prognose objetiva posterior, formulado por Max Rümelin ou o critério da prognose póstuma, assim denominado por Liszt²⁵.

E ainda, a causalidade adequada antecipa um juízo que deve ser perquirido em momento posterior, na previsibilidade objetiva, elemento objetivo do tipo presente em todas as espécies de crime e sem o qual estaríamos diante do caso fortuito ou da força maior; a princípio, pelo menos, uma causa só será adequada quando for objetivamente previsível o seu resultado.

²³ **Sociedade, Norma e Pessoa:** Teoria de um Direito Penal Funcional. Barueri: Manole, 2003, p. 34.

²⁴ ARLUCEA, Esteban. **Lecciones de Teoría Jurídica del Delito**. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 21- 27.

²⁵ BRUNO. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 317-318.

2.3 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES OU DA *CONDITIO SINE QUA NON*

Inaugurada por Julius Glaser, em 1858, e desenvolvida por Von Buri, esta teoria generalizadora considera causa não o conjunto individual das condições, mas qualquer delas, desde que necessárias à produção do resultado, uma vez que todas elas se equivalem e por uma delas importa em assumir um nexo causal com o resultado, isto é, só em por essa condição o atuar do agente se faz causa do fato ocorrido²⁶. Em outras palavras: “todo efecto tiene una multiplicidad de condiciones causales y que cada una de estas condiciones, en la relación de causalidad, es igualmente necesaria para el resultado y que, en este sentido, todas las condiciones tienen “el mismo valor” como causa.²⁷”

Portanto, causa é todo e qualquer elemento do processo causal indispensável à verificação do resultado, bastando que a ação seja uma condição do resultado, ainda que este tenha se produzido pela concorrência de outras condições. Adota, conseqüentemente, a *fórmula do procedimento hipotético de eliminação*, onde a ação é causa quando a eliminando *in mente* o resultado *in concreto* não teria ocorrido²⁸. Observe-se que nos delitos comissivos, segundo esta teoria, apenas se proíbe ao autor executar uma conduta como condição do resultado típico, buscando-se valorar essa condição.

Deste modo, apresenta um critério lógico bastante vasto, por incluir no conceito de causa uma série de precedentes, pois considera *causa causae est causa causati*, ou seja, a causa da causa é a causa do causado, ocasionando um *regressus ad infinitum*, cujo limite seria o elemento subjetivo do tipo²⁹.

O erro metodológico da fórmula da *conditio sine qua non* reside no fato de se apresentar como hipótese, sem um critério objetivamente válido, passível de ser apreendido objetivamente.

²⁶ BRUNO. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 315.

²⁷ WELZEL. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial del Chile, 1997, p. 51.

²⁸ A expressão *suprimir mentalmente* figurou primeiramente no *Reichsgericht* (Tribunal Supremo do Reich) em 1910 (ROXIN, Klaus. **Derecho Penal**. v. 1, t. 1. Madri: Civitas, 1999, p. 349).

²⁹ Conforme se apresenta REALE JR., Miguel. Teoria do Delito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 178, ao afirmar: "A referência ao elemento subjetivo não é decorrente da necessidade de um 'corretivo à excessiva amplitude de causa', mas do fato de ser integrante da estrutura do real, o que torna obrigatória sua correlação direta com o aspecto material da ação".

A teoria da equivalência das condições em sua forma pura apresenta inconvenientes com relação à causalidade alternativa hipotética e a causalidade adicional ou cumulativa. A primeira ocorre quando mesmo sem a conduta, o resultado se verificaria por outra causa, agindo no mesmo momento e lugar onde a primeira causa agia, como, por exemplo: Artêmio, querendo dar cabo à vida de Cristófonos, leva este para um campo aberto, em dia de tempestade. Artêmio atira em Cristófonos, vindo este a falecer, porém, após a morte, um raio fulmina Cristófonos. Assim, quando eliminada a conduta de Artêmio, o resultado morte teria se verificado por ação do raio.

A causalidade cumulativa ou adicional ocorre no caso do evento ser produzido por mais de uma condição, as quais atuam conjuntamente, e sendo cada qual dessas condições de *per si*, suficientes para causar o evento. Por exemplo: Argônio e Tugstênio, conjuntamente, atiram em Arquimedes, o qual morre em virtude dos disparos. Sabendo-se que qualquer um dos projéteis seria suficiente para matar Arquimedes, a quem seria imputado objetivamente o resultado?

En estos casos, la fórmula de las condiciones tiene que ser expresada del modo siguiente: si diversas condiciones pueden ser suprimidas in mente en forma alternativa sin que el resultado desaparezca, pero no así acumulativamente, cada una de ellas es causal para el resultado³⁰.

Esta fórmula da eliminação corrigida, diferentemente da supressão mental, permite atribuir a ambos os agentes um delito consumado, ainda que a participação de um tenha sido totalmente ineficaz, ou seja, tendo praticado apenas uma tentativa. Deste modo, esta fórmula corrigida mostra-se ainda inadequada³¹.

Voltando ao exemplo na causalidade cumulativa, verifica-se que se suprimíssemos a conduta de Argônio, Arquimedes teria morrido, do mesmo modo se fosse suprimida, isoladamente, a ação de Tugstênio. Para haver causalidade cumulativa o resultado tem que ser o mesmo³², no caso a morte. Devemos, entretanto, perquirir qual causa produziu primeiro o resultado, no exemplo *supra* se o disparo de Argônio ou Tugstênio; depois, havendo ainda dúvida, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*, de modo que ambos os autores dos disparos responderão por tentativa de homicídio.

³⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial del Chile, 1997, p. 52.

³¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. v. 01, t. 1. Madri: Civitas, 1999, p. 355.

³² *Idem. Ibidem*. p. 354.

O princípio da *conditio sine qua non* é mais aplicado para excluir a responsabilidade do que para incluir o sujeito como causador material do resultado.

O processo hipotético de eliminação, adotado por esta teoria, apresenta-se adequado para verificar a relação entre vontade e resultado no processo causal quando ambos forem totalmente controláveis, ou seja, inteligíveis para o agente. Isto significa que consideram-se as circunstâncias que o agente conhece ou poderia conhecer e as utiliza para alcançar a sua vontade.

A fórmula da teoria da equivalência poderá *a posteriori* ser restringida pelos elementos subjetivos do tipo, quais sejam, o dolo e a culpa.

A culpa, tomada em sentido amplo, limita esta teoria, pois se o agente deu causa ao resultado, mas não apresentou dolo ou culpa, estaríamos no plano acidental e não penal, por falta de tipicidade.

Convém ressaltar que "el dolo no opera como correctivo - como pretende el causalismo - sino que prevé y orienta la causalidad, limitando así su relevancia típica"³³.

2.4 TEORIA DA RELEVÂNCIA JURÍDICA

Tendo a teoria da equivalência das condições como pressuposto e associada a da causalidade adequada, coloca o problema da causalidade no plano da responsabilidade penal. Afirma que a causalidade propriamente dita é solucionada pela teoria da equivalência das condições, enquanto que a teoria da adequação determina a relevância jurídica da condição. Assim, a corrente causal, partindo do atuar do agente, deve desenvolver-se em conformidade com a fórmula das figuras penais; não basta, para esta teoria, o caráter da *conditio sine qua non*, é ainda necessário analisar se o agente era capaz de gerar a figura típica.

Para esta teoria, causa corresponde a tudo aquilo que concorre para o advento do resultado, ajustado à figura típica penal ou adequado ao tipo; a causa condiciona a existência de algo e condição a que permite a produção dos efeitos da causa.

A objetividade jurídica irá determinar qual o bem ou interesse jurídico a ser tutelado, determinando a extensão da norma penal incriminadora.

Esta teoria está correta em reconhecer a necessidade de se analisar uma teoria da imputação autônoma posterior à apuração da causalidade, mas falha ao constituir uma teoria geral

³³ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. **Tratado de Derecho Penal**. Parte geral. Argentina: Ediar, 1987, p. 272.

da imputação, pois faz referência a elementos apenas pertinentes em uma análise posterior, ou seja, na culpabilidade.

2.5 TEORIA ADOTADA POR NOSSO CÓDIGO: TEORIA DA EQUIVALÊNCIA COMO REGRA GERAL

O nosso Código Penal adota a teoria da equivalência dos antecedentes ao afirmar, em seu art. 13: "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa toda ação ou omissão *sem a qual* o resultado *não* teria ocorrido" (grifamos). Assim, evidencia-se que o nosso Código adotou a fórmula da *conditio sine qua non*, atribuindo a mesma relevância a todos os antecedentes.

A Comissão de Reforma Penal de 1984, na Exposição de Motivos nº 12, afirma que “pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito”, competindo à doutrina a atribuição de conceituar a causalidade. Entretanto, tal reforma fora rejeitada pelo legislador, sendo, portanto, mantido o conceito de causalidade.

A relevância jurídica da causalidade acha-se limitada pelo elemento subjetivo do fato típico. Tal limitação não corresponde a um corretivo à excessiva amplitude de causa, pois a ação, composta pela vontade humana, corresponde a um todo irreduzível sendo, portanto, indissociável ao elemento subjetivo, dada a teoria finalista da ação³⁴.

A teoria causal em enfoque também irá se refletir *na teoria monista*, adotada pelo nosso Código Penal para o concurso de pessoas, no art. 29. Esta, a teoria monista, considera que todos os participantes são autores, pois concorrem de forma consciente e relevante para a realização do delito. Para a teoria da equivalência das condições tudo o que contribui para o resultado considera-se causa, logo, todos os agentes que concorrem para a realização do resultado típico são autores, devendo responder pelo mesmo e único crime. Ressalte-se o fato de que, além da participação, a contribuição de cada um dos agentes deve ter relevância jurídica.

³⁴ Conforme pondera WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, p. 54, a fórmula "no pone de manifiesto que materialmente la relación del dolo respecto al curso causal es la de un factor de dirección previo, pero no la de un 'correctivo' posterior".

Na participação há uma associação de causas conscientes, convergindo para um único evento, a qual é denominada causalidade cumulativa, onde, abstraindo uma conduta, o resultado concreto se produziria do mesmo modo como consequência da ação³⁵.

Conclui-se, portanto, que o nosso Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes com algumas ressalvas, a exemplo do art. 29, §2º, *in fine*.

2.6 CAUSALIDADE NA OMISSÃO

2.6.1 Espécies de omissão e tratamento no nosso código

Os crimes de omissão ocorrem quando o indivíduo deixa de fazer o estabelecido por norma preceptiva. Esses crimes dividem-se em OMISSIVOS PRÓPRIOS e OMISSIVOS IMPRÓPRIOS, COMISSIVOS POR OMISSÃO ou OMISSIVOS ESPÚRIOS. Os primeiros são crimes onde o tipo penal ocorre pela omissão do agente, o qual, frente a determinada situação, se abstém de praticar um comportamento imposto pela lei penal³⁶; os crimes omissivos próprios ou de mera conduta prescindem do nexa causal, pois não apresentam resultado naturalístico e estão expressamente previstos no tipo penal, a exemplo dos arts. 135 e 244. Diferentemente, nos crimes omissivos impróprios o omitente se equipara a agente, pois coopera com uma forma negativa quando deveria agir de forma positiva, para que o evento danoso não se realizasse³⁷. Nos crimes omissivos impróprios não há uma causalidade física, mas jurídica.

O primeiro problema consiste em caracterizar a omissão como uma categoria real ou ideal. LISZT observa que a “omissão é, em geral, o não empreendimento de uma ação determinada e esperada. Omitir não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa e, na verdade, o que era esperado³⁸.”

³⁵ MIR, Jose Cerezo. **Curso de Derecho Penal**. Parte geral. Introducción. Teoría Jurídica del Delito. São Paulo: Tecnos, 1985, p.184.

³⁶ LEAL. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 208.

³⁷ COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 45, observa que o deixar de movimentar-se e o não impedir a concretização do resultado se equivalem: “Não há diferença, portanto, entre a obrigação de impedir o advento e a de intervir”.

³⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: Briguier, 1899, p.208.

Com isso diz-se que a omissão possui existência real por exprimir a vontade do sujeito, por ser reconhecível e verificável no tempo e no espaço e constituir um modo de ser do autor. Sendo real e suscetível de determinação, pode originar um processo causal. Porém, a omissão só será causal quando houver o dever de impedir o resultado³⁹.

Pode-se dizer que a omissão é uma conduta porque, como toda ação, é a realização de vontade.

Se à causalidade física acrescentarmos uma norma, teremos uma causalidade jurídica ou *causalidade fática juridicamente qualificada*⁴⁰, também chamada de *juridicização da relação causal*.

Na ação o agente é causa eficiente, pois atua como fator causal da alteração no mundo exterior. Na omissão não há uma causalidade natural, fática, posto que o omitir, o não fazer, implica em ausência de causa. Assim, o não soltar o objeto não é causa de sua queda. A causalidade na omissão é normativa, como pode se observar do art. 13, §2º do Código Penal⁴¹.

A omissão é causal quando a norma equipara o não fazer ao fazer, ou seja, equipara o deixar de fazer àquilo que se pode e está obrigado a fazer. Temos, portanto, duas modalidades de ação, em sentido amplo: ação positiva (comissão ou ação em sentido estrito) e ação negativa (omissão).

A obrigação de impedir o resultado equivale a fazer. A normatividade na omissão decorre de que só é penalmente relevante quando se omite uma conduta obrigatória (omissão própria como, por exemplo, a omissão de socorro) ou uma norma que proíbe a omissão (que origina os chamados crimes omissivos impróprios, previsto no art. 13, §2º do Código Penal).

Segundo a lei, a ação ou omissão deve ser causa do evento. A omissão é causal em relação ao resultado quando, se o agente tivesse praticado a ação omitida, o resultado não teria ocorrido. Isto, dentro do raciocínio fundamental da *conditio sine qua non*, quando não se possa conceber como realizada a ação omitida sem que desde logo desapareça o resultado. Deste modo,

³⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, 33. ed., p. 117.

⁴⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: OAB/PE, p. 37.

⁴¹ “Art. 13. §2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

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

utilizando-se da fórmula negativa da *conditio sine qua non*, a omissão é causa quando se a ação omitida fosse realizada o resultado não teria ocorrido⁴².

Exemplificando: Um jogador de futebol, portador de uma doença cardíaca da qual toda equipe médica e técnica tem conhecimento, em razão de tal doença, encontra-se em sério risco de, durante uma partida de futebol com extenuante esforço físico, sofrer uma parada cardíaca. Tal acontece, mas, diante da ausência de socorro médico imediato com o uso de desfibrilador, aparelho capaz de reanimar os batimentos cardíacos e de fácil manuseio por qualquer pessoa, o jogador vem a falecer.

No caso supra mencionado, duas questões se impõem: (1ª) Com o socorro imediato e o uso do aparelho adequado o resultado morte não teria ocorrido? Se a resposta for afirmativa haverá causalidade entre o resultado morte do jogador e a omissão do socorro imediato, segundo a fórmula da *conditio sine qua non*; e (2ª) a quem o resultado seria imputado: ao médico ou a qualquer pessoa, inclusive um jogador?

Essas questões envolvem o âmbito de ingerência do Estado na liberdade do indivíduo, ou seja, em que medida o Estado se encontra legitimado para exercer o *jus puniendi* sobre uma conduta, especialmente a omissiva.

A omissão será penalmente relevante quando resultar da não efetivação de uma conduta prevista explícita ou implicitamente no tipo penal, que o agente devia realizar por força de uma norma jurídica⁴³. Deve-se observar, contudo, que *ultra posse meno tenetur*, ou seja, além daquilo que pode ninguém é obrigado, pois o direito não contempla o comportamento heróico, salvo determinadas pessoas que não podem se omitir alegando risco à própria vida, pois tal risco encontra-se inerente a sua profissão, a exemplo dos bombeiros.

A omissão consiste na não realização de uma ação esperada, seja para o direito ou para a ética social. O direito penal pode basear-se no ordenamento social, pois a lei tacitamente o permite⁴⁴.

⁴² Pode-se dizer que, segundo Sauer, citado por BITTENCOURT, Cézar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 73, "a omissão é causal quando a ação esperada (sociologicamente) provavelmente teria evitado o resultado"

⁴³ Para ZAFFARONI. **Tratado de Derecho Penal**. Parte geral. Argentina: Ediar, 1987, p. 90, "la omisión, necesariamente, requiere una referencia normativa, siendo lo cierto que antes de llegar al nivel típico no tenemos ninguna".

⁴⁴ *Idem. Ibidem*, p. 91.

Fora estabelecido um nexo causal normativo entre a omissão imprópria e o resultado, nos casos previstos no § 2º, art. 13 do Código Penal brasileiro⁴⁵, ocorrendo nas seguintes hipóteses:

A primeira hipótese ocorre quando o agente tem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância – são deveres resultantes da lei, penal ou extrapenal, excluindo os deveres que advêm de fonte moral.

A segunda hipótese se verifica quando o indivíduo, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado – essa obrigação pode advir de um contrato ou quase-contrato, seja ele tácito ou expresso, devendo haver assunção efetiva dos deveres contratuais por parte do indivíduo que assumiu a posição de garante.

A última hipótese incide quando o indivíduo, com seu comportamento anterior, assumiu a responsabilidade de evitar o dano – quem deu causa ao perigo⁴⁶ tem o dever jurídico de evitar que o resultado lesivo se produza.

O Código Penal Português prevê, expressamente em seu art. 10º, nº 2, que: "a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado".

Deste modo, o nexo causal ocorre quando há a configuração da condição jurídica de garante; omissão da atividade exigida pela norma; configuração da situação fática que impunha uma ação ao garante; ocorrência do resultado típico; e demonstração de que, com a realização da conduta omitida, o resultado não teria ocorrido.

O problema consiste em estabelecer a medida de exigibilidade do comportamento, considerando as qualidades concretas do sujeito e as condições em que se encontrava no momento da produção do resultado.

⁴⁵ “Art. 13. (...) § 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

⁴⁶ Perigo, numa definição pertinente ao estudo elaborada por LISZT, **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. "é uma situação em que (...) dá-se a possibilidade imediata e portanto o fundado receio de que se siga a ofensa". Também a respeito, corrobora Rocco, *apud* HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: ed. Forense, v. I, t. II, p. 13, "perigo é a modificação no mundo exterior (resultado) voluntariamente causado ou não impedido (ação ou omissão), contendo a potencialidade (idoneidade, capacidade) de produzir a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de interesse (dano)".

O dever de agir baseia-se em relações concretas da vida e consiste num dever imposto pela convivência ou relações especiais de confiança. Isto não implica, necessariamente na conversão de deveres morais em jurídicos. Logo, o Direito utiliza-se de leis naturais convertendo-as em regras jurídicas para estabelecer esse dever e, conseqüentemente, assegurar as expectativas do meio social.

À semelhança da omissão, as características da ação culposa correspondem a um processo causal onde o agente que põe a causa, poderia ter agido diversamente, evitando o perigo ou a lesão penalmente típica.

2.7 SUPERVENIÊNCIA DE CAUSA RELATIVAMENTE INDEPENDENTE: TRATAMENTO DAS CONCAUSAS NO NOSSO CÓDIGO PENAL

Superveniência de causa relativamente independente é aquela que sobrevém à ação ou omissão, mas, devido a sua intervenção, faz o evento ocorrer em circunstâncias diversas da que teria ocorrido, caso a série causal antecedente tivesse seu curso normal. A esse respeito, a Exposição de Motivos nº11 do Código Penal de 1940 esclarece que:

somente no caso em que se verifique uma interrupção de causalidade, ou seja, quando sobrevém uma causa que, sem cooperar propriamente com a ação ou omissão, ou representando uma cadeia causal autônoma, produz, por si só, o evento, é que este não poderá ser atribuído ao agente, a quem, em tal caso, apenas será imputado o evento que se tenha verificado por efeito exclusivo da ação ou omissão.

As concausas limitam a responsabilidade na medida em que podem ser constituídas por outras condutas ou por um mero fato natural.

Causa relativamente independente ou concausa⁴⁷ é outra causa que, associada à primeira, concorre para o resultado. Classificam-se em supervenientes, concomitantes e preexistentes. As primeiras são condições que desempenham sua eficácia etiológica depois da atuação da causa humana⁴⁸, sendo exemplo: Tício é esfaqueado, impossibilitando sua locomoção, sendo levado a

⁴⁷ Segundo BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1966, concausa é o " entrosamento de outros fatores causais que, com a ação humana, desempenham uma eficiência genética em concreto" (BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1966, p. 305).

⁴⁸ *Idem. Ibidem.* p. 308.

um hospital no qual ocorre um incêndio e, em razão de sua impossibilidade de sair do local do incêndio, vem a falecer; as concausas concomitantes, ocorrem simultaneamente à atividade humana, concorrendo para a produção do resultado, tendo o seguinte exemplo: Tício desfere um tiro contra seu desafeto no mesmo momento em que este sofre um aneurisma cerebral; e preexistentes, ocorrem antes do evento lesivo, constituindo exemplo: Caio, com *animus necandi*, desfere um tiro contra seu desafeto, Mévio, o qual é portador de hemofilia, em razão da qual possui dificuldade de cicatrização da lesão provocada pelo projétil, vindo a falecer⁴⁹.

O nosso Código Penal, art. 13, § 1º afirma que "a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou". Em outras palavras, se a causa estiver na mesma linha de desdobramento físico ou anatomopatológico⁵⁰ do resultado da ação primeira, o resultado é atribuído ao agente da primeira causa. Deste modo, após iniciar um processo causal, pode sobrevir outra condição - advinda de uma causa humana ou mesmo de um fato natural - que não se insere na conduta anterior, atuando como um novo nexos causal. Mesmo havendo um vínculo entre a ação primeira e o resultado final, a concausa determina de tal modo a produção do resultado que é como se tivesse sido a única causa do resultado, dada a imprevisibilidade da ocorrência desta concausa⁵¹, a qual ocasiona um novo perigo, determinando o dano final.

Embora o art. 13 se refira apenas às causas supervenientes, observa-se que as causas concomitantes e preexistentes, quando suficientes para a produção do resultado também excluem a relação causal, por analogia *in bonam partem*. Com mais razão, ainda que implícito, as causas absolutamente independentes excluem a causalidade.

2.8 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS

A causalidade constitui um elemento que acompanha de modo inseparável a conduta, embora não esteja nela contido, integrando o tipo objetivo. Deste modo, a sua análise de modo pré-típico não interessa ao direito penal, constituindo um mero liame físico, mas que em

⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Recife: *Mimeo*, 2004.

⁵⁰ COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 42, fala em *linha dinamo-genética*.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 72.

determinadas situações, ante a necessidade de assegurar um bem jurídico-penalmente tutelado, adquire relevância jurídica.

O método utilizado pelas teorias individualizadoras se mostra inadequado posto que de difícil mensuração e freqüentemente recorre a elementos que dizem respeito à culpabilidade, como a previsibilidade especial do agente.

Embora possamos tecer críticas quanto à teoria da equivalência, esta ainda se mostra correta em determinadas situações, posto que o processo hipotético de eliminação se apresenta adequado para verificar a relação entre a vontade do agente e o resultado nos quais há um domínio final. Ademais, em que pese introduzir um critério vasto de responsabilização, pode ser restringida, posteriormente, pelos elementos subjetivos do tipo, quais sejam, a culpa e o dolo, os quais funcionam não como um corretivo, mas como uma decorrência da ação constituir um todo indissociável, composto por aspectos objetivos e subjetivos.

A omissão consiste numa conduta porque representa a manifestação de uma vontade pois, segundo a teoria finalista da ação: toda ação é dirigida a um fim; se a omissão se dirige a um fim, qual seja, não realizar a conduta, a omissão é uma ação, em sentido negativo. A vontade pode se manifestar no fato do agente provocar o evento ou o omitente não evitar que o evento se produza. Contudo, a ação omitida só é considerada como causa quando o omitente podia e devia, juridicamente, atuar para evitar a concretização do resultado normativo.

Assim, o nexos de causalidade representa uma importante conquista para o Estado democrático de Direito, posto que limita a responsabilidade penal ao causador material do resultado.

A causalidade relevante penalmente se configura pela existência de um evento que se concretiza como consequência lógico-necessária da conduta. Sendo necessária, pressupõe uma determinada inevitabilidade e possibilidade. E esse juízo de inevitável e possível se obtém através do conhecimento empírico, seja ontológico ou nomológico. Assim, a causalidade não constitui uma coisa em si mesma, mas um fenômeno adquirido por uma consciência empírica.

A causalidade jurídico-penal deve partir de uma causalidade natural, perceptível pelos sentidos, com um *plus*, a lógica, sendo aplicado ao nexos variável, mas com uma constância lógica, estabelecendo uma causalidade do ser consciente juridicizada. E este ser consciente utiliza seus conhecimentos para orientar sua ação (comissão e omissão) à consecução de um resultado.

Se a relação causal pode possuir uma cadeia infinita, até regressar a causa primeira (ou o princípio de tudo, que rege o cosmo), a lógica delimita este universo, excluindo desde logo as condutas posteriores ao evento, bem como aquelas irrelevantes, desnecessárias, improváveis e impossíveis.

Assim, ainda que os fenômenos sejam irrepetíveis, eles se regem por uma ordem que nos permite possibilidades diferentes de ação e resultados diferentes, onde o resultado se manifesta como fenômeno de uma causa racionalmente, prevista ou previsivelmente, orientada.

3 IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A imputação objetiva pode ser definida como a conexão real⁵² estabelecida entre uma ação típica (juridicamente relevante) e um resultado jurídico (dentro do âmbito de proteção da norma), o qual estava no rol de competência do autor evitar a sua ocorrência (não só nos delitos omissivos, mas em todas as espécies de delito). E ainda, como resultado da criação de um risco proibido.

Podemos verificar na imputação objetiva, derivada do funcionalismo, uma busca pela reunião do conceito de ação dolosa, culposa, omissiva e comissiva em um único conceito normativo, de modo a poder ser aplicada a todas as espécies de delito. Isto torna necessária uma análise acerca do conceito de ação, relacionada à causalidade e à imputação objetiva, desde o período pré-clássico ao funcionalismo.

Para Hegel, na concepção pré-clássica de ação, não existe impedimento lógico em chamar ação apenas os fatos imputáveis, culpáveis, de modo que um comportamento antijurídico, mas não culpável, não constitui uma ação completa, e sim imperfeita⁵³. Um conceito assim de ação, que exclui o não culpável, foi desenvolvido por HEGEL, segundo o qual a ação consiste na expressão da vontade como subjetiva ou moral, ou seja, na *moral subjetiva exteriorizada*, com as seguintes especificações: o sujeito é consciente de serem suas as ações quando se exteriorizarem; a relação essencial a um conceito como obrigatório; e a ligação com a vontade de outrem⁵⁴.

Neste sentido, HEGEL afirma que a vontade possui “o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos”⁵⁵. Deste modo, equipara a ação à imputação e apenas considera como conduta a ação dolosa⁵⁶.

⁵² Segundo PUIG, Santiago Mir. Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. **Nuevas Formulaciones em las Ciencias Penales**. Argentina: Córdoba, 2001, p. 68, “el Derecho no puede sino tener en cuenta las estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”.

⁵³ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 157.

⁵⁴ *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 101-102.

⁵⁵ *Idem. Ibidem*. p. 104.

⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. v. 1, t. 1. Madri: Civitas, 1999, p. 236.

Na concepção naturalista de ação, essa corresponde ao ato humano voluntário, à manifestação de vontade traduzida na mera inervação muscular; e a causalidade consistia na relação entre essa ação e o resultado, também naturalístico. Em decorrência, a análise da causalidade estava adstrita aos crimes materiais, que apresentam um resultado naturalístico, como a morte, no delito de homicídio. Baseava-se, tal concepção, no dogma causal, o qual predominava até o século XIX e possuía como fundamento o fato de que com a mera causalidade física (ou pré-jurídica, havendo, portanto, um ontologicismo) de uma ação se perfazia o tipo objetivo e a própria responsabilidade penal. Esta, portanto, se configurava com a mera causalidade naturalística, utilizando a teoria da equivalência das condições⁵⁷.

Depois de 1920, temos o neokantismo, surgindo a teoria da relevância jurídica, precursora da teoria da imputação objetiva porque distinguiu a causalidade, enquanto obtida por dados empíricos, da imputação, por sua vez, tendo fundamentos normativos⁵⁸.

Em fins da década de 30, Welzel desenvolve o **conceito finalista ou teleológico de ação**. A teoria finalista da ação apresenta critérios que posteriormente servirão de base para a teoria da imputação objetiva, como adequação social, dever objetivo de cuidado e nexo de antijuridicidade⁵⁹.

Utilizando-se da teoria da adequação e da relevância para limitar a responsabilidade jurídico-penal, acrescida da análise de elementos posteriores, a dogmática, especialmente nas últimas décadas, desenvolve uma teoria da imputação objetiva. Dita teoria, procura determinar as propriedades objetivas e gerais do comportamento imputável que geraram um risco juridicamente reprovável refletido no resultado típico⁶⁰; sua tarefa, portanto, consiste em: determinar se a causa resulta de uma ação típica; estabelecer se o agente, com sua conduta, criou um perigo para o bem juridicamente tutelado; e averiguar se o resultado se apresenta como a concretização de um risco criado pelo agente, risco este proibido pelo ordenamento jurídico.

⁵⁷ López Díaz, Cláudia. **Introducción a la Imputación Objetiva**. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 20.

⁵⁸ *Idem. Ibidem.* p. 21.

⁵⁹ *Idem. Ibidem.* p. 22-23.

⁶⁰ CALLEGARI, André Luís. A Imputação Objetiva no Direito Penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 30, ano 8, abr./jun., p. 65-86.

A imputação penal objetiva se fundamenta na interação social, pois havendo um contato social pode ocorrer uma ação contrária a esse convívio e, conseqüentemente, ao direito⁶¹. A sua principal função consiste em determinar quais circunstâncias tornam uma conduta causal em ação típica.

Para que se estabeleça a imputação objetiva é necessária a violação de uma norma, o que pressupõe a existência de, ao menos, duas pessoas - vítima e autor, sendo este assim denominado a título provisório, pois a existência de causalidade não importa, desde logo, em torná-lo autor no sentido jurídico, mas apenas causador material do evento.

Se analisássemos sob a perspectiva da causalidade material, o fundamento *ex nihilo, nihil*, ou seja, do nada, nada surge, o resultado nos crimes omissivos seria atribuído à desgraça, ao infortúnio ou ao acaso. Porém, sob a ótica da imputação penal objetiva, a omissão têm caráter axiológico, ou seja, o Direito, através do ordenamento social, atribui existência normativa à omissão⁶².

A doutrina moderna mostra uma tendência de renormatização da teoria do delito, uma vez que os elementos da dogmática (tipicidade, onde restam inclusas a causalidade e a imputação objetiva, antijuridicidade e culpabilidade) não podem ser elaborados com base em critérios pré-jurídicos, ontológicos, mas sim com relação à função do direito penal na sociedade: estabilização de expectativas sociais ou proteção de bens jurídicos. Conforme se adote uma ou outra perspectiva, teremos duas correntes entre as teorias funcionalistas, respectivamente, o funcionalismo sistêmico ou o funcionalismo teleológico, trazendo diferentes reflexos na imputação objetiva.

3.2 O DIREITO PENAL COMO FORMA DE ASSEGURAR AS EXPECTATIVAS SOCIAIS, SEGUNDO O FUNCIONALISMO DE LUHMANN: FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE JAKOBS

Dentro do funcionalismo, podemos divisar uma corrente, defendida por Jakobs, denominada de funcionalismo sistêmico ou teoria sistêmica da prevenção geral positiva ou

⁶¹ JAKOBS, Günther. **La Imputación Objetiva en Derecho Penal**: Coleção de Estudos n. 1. Colombia: Universidad Externado da Colombia, 1996, p. 39.

⁶² JESUS, Damásio E. de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 40.

integradora. Tal teoria busca estabelecer qual a função do dever ser e quais as expectativas sociais que possuem essa qualidade.

O problema levantado diz respeito diretamente à legitimidade do Estado em punir na esfera penal com base na necessidade de assegurar as expectativas sociais. Mostra-se relevante, portanto, definir quais são essas expectativas merecedoras da proteção penal e quais os papéis sociais que não correspondem a tais, violando-as.

O art. 13, § 2º trata do dever objetivo de cuidado ou risco permitido, ou seja, modos de informar o comportamento devido e esperado pelo ordenamento jurídico, o que consiste em uma *expectativa normativa*, utilizando a expressão de Luhmann⁶³. A determinação do dever de cuidado mostra-se mais vaga na alínea *b*, a qual trata da assunção da responsabilidade de impedir o resultado por outra forma que não a derivada da lei. Logo, é necessariamente na sociedade que o aplicador irá buscar se efetivamente houve a assunção da posição de garante da não ocorrência de um resultado lesivo. Surge, então, a necessidade de determinar de um modo objetivo este dever, dito dever **objetivo** de cuidado.

Buscaremos analisar um critério para determinação da posição de garante prevista no CP, procurando integrar a norma penal aberta com auxílio da sociologia luhmanniana. Indaga-se como determinar se um indivíduo agiu com culpa ou quando responsabilizá-lo por ter se omitido quando podia e tinha o dever de agir para evitar o evento lesivo.

3.2.1 A função do direito como generalização de estruturas de expectativas

Numa sociedade moderna duas características estão presentes: a complexidade e a contingência. A primeira ocorre em razão da existência de diversas possibilidades de realização, implicando numa seleção forçada entre essas diversas opções; a segunda, contingência, é a ocorrência de uma possibilidade diferente da esperada, o que gera um perigo de desapontamentos e necessidade de assumir riscos. Daí se afirmar que quanto maior a liberdade de comportamento maior a complexidade das expectativas que os indivíduos mantêm uns em relação aos outros⁶⁴.

O trato social somente se mostra possível através de expectativas de expectativas ou *reciprocidade das expectativas*, ou seja, um comportamento através do qual um indivíduo

⁶³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

⁶⁴, *Idem. Ibidem*, p. 47.

representa sobre a expectativa que o outro tem dele. Com a complexidade e a reciprocidade de expectativas aumenta o risco de erros⁶⁵. Para que isto não ocorra, as simplificações precisam preencher sua função estruturalizante, ainda quando ocorra o erro.

Os sistemas sociais se utilizam de um estilo de redução, através de uma redução generalizante, ou indução, estabilizando expectativas objetivas, observando-se que as expectativas podem ser verbalizadas na forma de dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado etc. Assim, as regras de cuidado podem ser obtidas pelas normas jurídicas e consiste numa redução generalizante de expectativa, como a expectativa dos pais em relação aos cuidados que a babá deve ter em relação a seus filhos, o turista em relação ao guia turístico. Sem essa expectativa não é possível falar em responsabilidade no caso de negligência ou omissão.

Existe, portanto, uma complexidade sustentável frente a desapontamento sustentável que implica na aceitação de riscos. Esses riscos permitidos são aceitos na medida em que observadas determinadas regras os danos efetivos dificilmente ocorram, permitindo o desenvolvimento da sociedade. A título de exemplo, o tráfego automobilístico implica em desenvolver uma atividade arriscada, mas observadas as normas técnicas e jurídicas de velocidade máxima permitida, obediência ao semáforo etc, o risco efetivo de acidente por imprudência não irá se verificar e algum dano porventura advindo será atribuído ao acaso, posto que não fora frustrada uma expectativa.

A regra diminui a sobrecarga da consciência que o indivíduo deve ter acerca das expectativas de terceiros, principalmente no contexto da complexidade e da contingência. A vigência das normas se fundamenta na impossibilidade de flexibilidade da estrutura normativa, de não assimilação das regras ao comportamento divergente⁶⁶.

Podemos divisar dois tipos de expectativas: as *cognitivas* e as *normativas*. As primeiras são também denominadas pré-normativas, se forem desapontadas serão adaptadas à realidade, havendo uma assimilação no campo fático. Enquanto que as *expectativas normativas* se forem desapontadas as expectativas serão mantidas e a discrepância será atribuída ao ator, de modo que não há uma assimilação, embora também se verifique no campo fático.

⁶⁵ *Idem. Ibidem*, p. 50.

⁶⁶ *Idem. Ibidem*. p. 53.

A estabilização de estruturas, que preestabelecem um padrão de comportamento como resposta ao comportamento anterior, permite o conhecimento de leis naturais ou o estabelecimento de normas e, ainda, a disponibilidade de mecanismos que processem os desapontamentos, como a imposição de penas, mantendo a estrutura. Isso implica a aceitação de riscos podendo-se optar por modificar a expectativa desapontada, adaptando-a a realidade (expectativa cognitiva) ou manter a expectativa e protestar contra o comportamento divergente (expectativa normativa). Essa diferenciação é, portanto, definida em termos funcionais, buscando a solução de determinado problema (*problemática*).

Ainda que transgredida, a expectativa normativa permanece, sendo a discrepância atribuída ao ator; a expectativa continua vigente, mesmo havendo desapontamento porque a vigência é institucionalizada, independente da satisfação fática da norma.

Pode-se assimilar (expectativa cognitiva) ou não (expectativa normativa), mas ambas preenchem a mesma função: reduzir o risco de desapontamentos. Esses desapontamentos podem conduzir a formação de normas, pela normatização *a posteriori*, uma vez que se tem a consciência de não ser possível renunciar a essa expectativa⁶⁷. Nem todos os desapontamentos conduzem a normatização: as expectativas cognitivas deverão ser normatizadas quando vitais à segurança e à integração social das expectativas.

O art. 13, § 2º, *b*, CP, permite normatização de expectativas frustradas, de desapontamentos, na medida em que determinados comportamentos podem ser enquadrados como omissivos ou culposos. A expectativa de um determinado padrão de comportamento, que se traduz no papel, será determinada por um terceiro, que exerce um papel determinado, o de juiz, conforme veremos no item que trata da institucionalização⁶⁸.

Podemos apontar outras características que diferenciam a norma do nível pré-normativo de expectativas, além da assimilação ou não: a satisfação dessa expectativa é óbvia de modo que a transgressão se torna irrelevante ou é tida como involuntária; inexistente um empenho para conduzir o divergente ao comportamento esperado, sendo-lhe atribuído um papel divergente, como um anormal e, sendo exceção, não atinge a regra e se cria uma nova expectativa sobre esse indivíduo; ocorre uma *individualização da implementação de normas*, a qual não está vinculada a

⁶⁷ *Idem. Ibidem.* p. 59.

⁶⁸ V. item 2.2.3 *infra*.

padrões universais; essa implementação ocorre sem uma delimitação temporal de suas consequências; não se exige a articulação de expectativas constantes⁶⁹.

A separação entre expectativas cognitivas e normativas exige que o risco de desapontamentos seja transportado para o interior das expectativas. Numa perspectiva cognitiva, isso implica num recuo a situações hipotéticas sobre a realidade o que exige instrumentos que permitam a assimilação de desapontamentos, como a normalização em decorrência da constante repetição ou inevitabilidade de tais desapontamentos. Na perspectiva normativa, implica numa projeção contrafática, como a realizada pelo direito estatal, demonstrando a sustentação da expectativa e, especificamente, a vigência da norma.

Existe a possibilidade de assimilação de desapontamentos na expectativa normativa, bem como a possibilidade de o desapontamento na expectativa cognitiva não conduzir à adaptação. Na primeira hipótese, existe limite para a credibilidade interna em expectativas normativas constantemente desapontadas: as placas de estacionamento proibido cercadas de carros estacionados podem deixar de provocar expectativas normativas, gerando apenas expectativas cognitivas, como observar se há fiscalização de trânsito no local. Ademais, existe uma elasticidade na formulação de algumas normas que permite procedimentos de adaptação, como o aperfeiçoamento da legislação pela jurisprudência (*assimilação apócrifa*) ou alterações legais do direito (*assimilação legitimada*)⁷⁰.

As contradições acima referidas favorecem o equilíbrio institucional porque a expectativa original persiste, apenas pode assimilar ou não, dependendo das circunstâncias:

a própria opção pelo estilo normativo ou cognitivo das expectativas é mutável, e que, no correr do tempo, a norma pode deslocar-se do estilo normativo para a tolerância do cognitivo (ou vice-versa). Mesmo assim persiste a normatização da expectativa não mais normativa, que continua expectável⁷¹.

A expectabilidade das expectativas dos outros é uma conquista da sociedade, do convívio humano, e é a base para a formação e manutenção de expectativas normativas, ainda quando desapontadas.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 61.

⁷⁰ *Idem.Ibidem.* p. 63.

⁷¹ *Idem.Ibidem.* p. 65.

Luhmann procura fundamentar o direito nessas diferenciações nos processos reflexivos de expectativa, e não na hierarquia das fontes do direito⁷².

A diferenciação funcional da sociedade moderna, por sua vez, tornou evidente o fato de que só o direito produz direito, sendo que a obediência às normas jurídicas advém do próprio processo de formação dessa normatividade, do fato de esta se caracterizar como uma comunicação social. Assim, se uma expectativa normativa não se mantém generalizada, não há que se falar em norma jurídica. É óbvio que uma certa frustração sempre haverá, senão nem seria possível distinguir o *dever-ser* das normas jurídicas do *ser*⁷³.

Naturalmente que existe a possibilidade de haver frustrações da expectativa normativa, do contrário *dever ser* seria igual ao *ser*. Mas existem mecanismos que buscam estabilizar as expectativas, conforme veremos no tópico seguinte.

3.2.2 Processamento de desapontamentos

Em face do desapontamento são necessárias estruturas seletivas de expectativas que reduzam a contingência e complexidade das sociedades modernas, uma vez que aquele pode anular o efeito redutor da expectativa estabilizada, conduzindo ao imprevisível.

Isso devido à necessidade de expectativas contrafáticas, que se antecipam ao desapontamento (normativas), para canalizar o processamento de desapontamentos, estabilizando as estruturas da sociedade.

Não basta definir determinadas normas, p. ex. jurídicas, por meio da ameaça de sanções, mas é necessário considerar que a experimentação normativa só se constitui a partir da precisão de possíveis comportamentos no caso de desapontamentos. É preciso que seja determinável se, e quando, será possível manter as expectativas frente a desapontamentos. Mesmo em caso de desapontamentos a expectativa ainda deve poder ser manifestada. Ela deve permanecer intacta enquanto elemento da auto-imagem do

⁷² *Idem.Idem.* p. 66.

⁷³ TORRES, Ana Paula Repolês. **A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 7 de abril de 2005 às 11:00 horas.

desapontado e enquanto base de seu comportamento subsequente (...). Ela tem que encontrar, apesar de tudo, um lugar e um sentido no mundo ⁷⁴.

O desconhecimento da norma gera uma proteção contra questionamentos e ainda protege o desapontado da obrigação de reagir. Ao contrário, quando o comportamento desviado se mostra de tal modo evidente, sendo impossível ignorá-lo, o desapontado precisa ter comportamentos alternativos que expressem a continuidade da vigência da expectativa desapontada. Neste sentido, diante de um desapontamento de uma expectativa normativa, como a que prevê o dever de cuidado, o direito possibilita ao desapontado recorrer à ação penal, imputando o fato a título de culpa ou de omissão, sendo imposta uma sanção, a qual irá confirmar a norma e a expectativa. Assim, questiona-se o comportamento divergente, não a vigência da norma.

O desapontamento, contudo, deve ser exceção, pois a vigência da norma está relacionada ao caráter excepcional do desapontamento. A fim de superar o distanciamento entre a expectativa normativa e o comportamento (o que diferencia *dever ser* e *ser*) se utiliza a sanção, comunicando que a expectativa frustrada permanece sendo expectável, possibilitando a estabilização contrafática.

Nos ordenamentos jurídicos modernos, a explicação do comportamento divergente tem seus limites na ciência, e não na magia ou na religião.

A institucionalização irá selecionar as expectativas úteis em uma sociedade, elevando as expectativas cognitivas em normativas. E esse processo de institucionalização será estudado a seguir.

3.2.3 Institucionalização de expectativas comportamentais

Conforme assevera Luhmann, “toda sociedade, conforme sua própria complexidade, precisa prever um volume suficiente de diversidade de expectativas normativas, e possibilitá-la estruturalmente, por exemplo por meio da diferenciação de papéis”⁷⁵.

Neste ponto, necessário definirmos papel social, uma vez que esse conceito pode conduzir a determinação do papel de garante da não ocorrência de um resultado, especialmente para efeitos

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 68.

⁷⁵ *Idem. Ibidem*. p. 77.

do art. 13, § 2º, *b*, CP. As expectativas comportamentais podem se referir a determinados papéis. Papéis são *feixes de expectativas*, no dizer de Luhmann⁷⁶, o padrão de comportamento esperado (exigido, permitido ou proibido) de pessoas que ocupam determinada posição social ou o “conjunto de maneiras de agir que caracteriza o comportamento dos indivíduos no exercício de determinada função em determinada coletividade”⁷⁷, independente do conhecimento pessoal sobre o indivíduo. Assim, o papel de guia gera a expectativa de que este atue de modo a zelar pela segurança do grupo de turistas; caso ocorra um acidente, o guia poderá ser responsabilizado criminalmente por omissão, uma vez que assumiu a posição de garante, prevista no art. 13, § 2º, CP. No caso do guia, a expectativa se baseia na institucionalização do papel, pois a expectativa é compartilhada por terceiros, os quais se orientam também pelo papel e não pelo indivíduo enquanto pessoa⁷⁸.

As expectativas garantidas juridicamente só se vêem frustradas por uma conduta objetivamente imperfeita, sem ter em conta aspectos individuais. Pois como essas expectativas (como todas) se dirigem a pessoas, vale dizer, a portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação de um papel⁷⁹.

De acordo com o grau de complexidade de cada cultura, o papel pode estar mais ou menos generalizado, havendo sempre, entretanto, uma possibilidade de variação. Quanto mais complexa e variável uma cultura, maiores as variações dos papéis⁸⁰.

Podemos divisar três níveis de comportamento para cada papel social: (1) comportamento exigido, essencial para o desempenho do papel; (2) comportamento permitido, para o qual não foram estabelecidas normas fixas e rígidas pelo grupo ou sociedade; e (3) comportamento proibido, contra o qual o grupo ou a sociedade reage através de sanções negativas, como o fato de ser proibido depredar as instalações, incentivar a desordem ou se vestir inadequadamente⁸¹. O

⁷⁶ *Idem. Ibidem*, p. 101

⁷⁷ LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 102.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 101.

⁷⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Teoria de um Direito Penal Funcional. São Paulo: Manole, 2003.

⁸⁰ LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 100.

⁸¹ Aqui cumpro assinalar a importância atribuída ao grupo para determinação do comportamento adequado, a exemplo do que as teorias (criminológicas) da subcultura delinquente afirmam: “o crime resulta da interiorização e da obediência a um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa. (...) Ao obedecer às normas subculturais, o delinquente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que

desempenho adequado do papel ocorre quando o indivíduo se amolda ao comportamento exigido e procura se abster do proibido⁸² (já que não se pode falar em total abstenção do comportamento proibido porque as expectativas podem ser frustradas).

Como garantes destacam-se os indivíduos participantes das organizações constitutivas da sociedade e cujos deveres são predeterminados através do papel que administram num determinado segmento do fato social, de acordo com um padrão⁸³ Assim, para se determinar a causalidade prevista no art. 13, §2º, CP (relação entre a omissão e o resultado lesivo), necessário recorrer à sociedade: O socialmente adequado antecede ao próprio direito; segundo o penalista Jakobs, com nítida influência de Luhmann, “sua legitimação se obtém do fato de que constitui uma parte da configuração social que deve ser preservada.

Existe uma relação social que envolve aqueles que esperam e aqueles que atuam conforme ou contrário à norma. Mas, como as relações são complexas, surge a necessidade da participação de terceiros que desenvolvem um papel social específico. Devemos observar que nem sempre todos podem esperar tudo concretamente e nem todos podem satisfazer todas as expectativas. Surge, portanto, a necessidade de um terceiro, o qual se destaca dos demais, tematizando um determinado fato. Todas essas funções (ator, aquele que espera e terceiro) são exercidas praticamente de modo simultâneo.

O terceiro atua como o norte das expectativas e comportamentos, como neutralizador de conflitos, a quem é confiada a instituição. Eles são invocados para exercer o papel de espectador, são, portanto, provocados.

Uma expectativa é correspondida quando o ator possui consciência de sua necessidade e espera que suas expectativas não sejam frustradas. Exemplos disso é a formação de filas por ordem de chegada (expectativa cognitiva) e a observância do semáforo (expectativa normativa).

definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeito de *status* e de sucesso” (Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 291) (grifamos). Nestas teorias, parte-se do princípio de que as culturas são delinquentes e não as pessoas porque as subculturas compartilham valores que para a cultura dominante é um desvalor, como a *pixação* e a formação de *galeras*.

⁸² LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 101.

⁸³ JAKOBS, Günther. **La Imputación Objetiva em Derecho Penal**. Colômbia: Universidad Externado da Colômbia, 1996, p. 25.

⁸⁴ JAKOBS, Günther. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

Aquele que possui expectativas contrárias à instituição tem que contraditar as bases comportamentais já aceitas pelos demais; precisa assumir uma liderança arriscada, no sentido de não estar protegido por expectativas pré-estabilizadas, gerando resistências. São necessários argumentos que desestabilizem a instituição vigente, além de, geralmente, terem que fornecer uma proposta alternativa, capaz de manter em harmonia o convívio social. Quando se generalizam esse mecanismo seletivo, surgem os terceiros.

A estabilização social de expectativas sobre expectativas deve estar dirigida ao consenso de todos, do contrário este seria facilmente revogável, não podendo ser estabilizado no tempo⁸⁵.

Pergunta-se: o que será esperado normativamente do garante previsto no art. 13, §2º, CP, conforme a teoria luhmanniana. A resposta: o juiz, enquanto terceiro, irá institucionalizar expectativas comportamentais, estabelecendo os papéis dos atores. Isto porque as partes envolvidas desenvolvem suas expectativas e ações tendo por base a expectativa do terceiro que desenvolve uma função institucionalizante reflexiva, que se refere ao próprio processo de institucionalização.

a reflexividade do processo de institucionalização possibilita que esse processo seja em si mesmo diferenciado funcionalmente, acrescentando-lhe assim capacidades em si incompatíveis, ou seja, realizando uma maior abstração, uma maior precisão, uma maior segurança motivacional em um único ponto – o papel do juiz – e a partir daí transferindo-as a toda a estrutura de expectativas⁸⁶.

Deste modo, vê-se que a determinação dos papéis é essencial para a estabilização das estruturas sociais. Contudo, isto não implica que eles sejam invariáveis, uma vez que a complexidade gera a necessidade de suas modificações.

Podemos concluir, então: o direito fundamenta sua imposição através de expectativas que as pessoas atribuem umas às outras. Essas expectativas de expectativas utilizam como fonte de estabilização da sociedade um determinado padrão. E esse padrão pode ser obtido através da determinação de papéis sociais, ou seja, da institucionalização (ou normatização) de expectativas cognitivas essenciais ao convívio social ou da sanção.

Nas subculturas delinquentes, os indivíduos obedecem às normas subculturais tendo por base a expectativa do grupo de referência para obter prestígio social. Na cultura dominante a

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 84.

⁸⁶ *Idem. Ibidem*, p. 93.

referência deve ser o papel do terceiro, ou melhor, a expectativa do juiz e não a subcultura delinqüente.

O art. 13, § 2º, CP deixa clara a necessidade de se recorrer à função institucionalizante exercida pelo papel do juiz, o qual funciona como neutralizador de conflitos, buscando comunicar que, mesmo com eventuais frustrações, a expectativa normativa permanece plausível. Outro mecanismo para comunicar a vigência da norma é a imposição de sanção. Contudo, não é a imposição de sanção por si só que minimiza as frustrações, mas a consciência de que o comportamento do ator, de quem espera e do terceiro é necessário para a manutenção do próprio instituto que antecede ao direito estatal.

A contrafactualidade das normas significa a permanência das expectativas generalizadas em face de outras isoladas contrárias às mesmas (e aí observar o caráter da excepcionalidade do desapontamento), sendo que essas normas somente serão modificadas se novas expectativas normativas se generalizarem na comunicação social, seja através de uma assimilação apócrifa ou de alterações legais do direito.

As expectativas normativas contribuem com o aumento das possibilidades de expectativas, essencial numa sociedade moderna, marcada pela contingência e complexidade, possibilitando a formação do direito estatal. Assim, a função do direito é exercer sua eficiência seletiva, baseada na generalização de expectativas comportamentais normativas. Entretanto, a aceitação da fundamentação filosófica do funcionalismo sistêmico não implica, necessariamente, em aceitar os postulados de tal teoria, os quais serão abaixo analisados.

3.2.4 A posição de garante na imputação objetiva, derivada do funcionalismo sistêmico

3.2.4.1 Omissão e imputação objetiva

Na omissão, apenas os que são titulares de uma posição de garante respondem pela consequência do dano. Como garantes destacam-se os indivíduos participantes das organizações constitutivas da sociedade e cujos deveres são predeterminados através do papel que administram num determinado segmento do fato social, conforme um padrão⁸⁷.

⁸⁷ JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. p. 25.

O papel social do indivíduo pode limitar a responsabilidade. Consequentemente, quem se mantém nos limites de seu respectivo papel não responde por um dano, ainda que perfeitamente pudesse evitá-lo.

De modo análogo à posição de garantia, prevista para os delitos omissivos impróprios e culposos, deve-se estabelecer limites aos papéis do agente na comissão.

3.2.4.2 Fundamentos correspondentes ao papel de comportamento social que determinam a posição de garante

Os princípios do risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso e competência da vítima são configuradores da posição de garante, delimitando a base da imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios.

O dever de cuidado não é composto pela eliminação de todo risco de lesão, pois existe o *risco permitido*. Este consiste no fato da norma não ter como fim único a proteção máxima de bens jurídicos, o que impossibilitaria a realização de todo comportamento social ou interações. O risco permitido é inerente à configuração social e deve ser tolerado, de modo que, se o agente atua dentro do risco permitido, não realiza tipo algum⁸⁸.

3.2.5 Princípios da imputação objetiva no funcionalismo sistêmico

Os **princípios da imputação objetiva** decorrem da função do Direito Penal: garantir as expectativas normativas, deduzindo-se os critérios do *risco permitido*, o *princípio da confiança*, a *proibição de regresso* e a *comissão em posição de garante*. Isto equivale a dizer que as condutas socialmente adequadas, ainda que causem um resultado típico, não são consideradas típicas.

Com relação ao **risco permitido**, o direito estabelece garantias normativas visando não a proteção máxima de bens jurídicos, ou seja, a ausência total de riscos, o que conduziria a paralisação da vida social, mas objetiva a diminuição de riscos ou danos efetivos aos bens jurídicos, através do estabelecimento de normas de conduta socialmente apropriadas.

Entende-se por risco permitido um risco juridicamente relevante criado por uma conduta autorizada por uma norma. As normas que regulamentam essa conduta arriscada visam diminuir

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. p. 279.

os riscos a níveis aceitáveis, possibilitando o desenvolvimento social. Alguns doutrinadores entendem que não havendo uma autorização legal expressa, o risco permitido será auferido de uma ponderação de bens, conforme ARLUCEA⁸⁹, ou de um cálculo de custos e benefícios, conforme JAKOBS, segundo o qual “o benefício estaria constituído pela liberdade de comportamento que se obtém com ajuda da permissão de riscos, enquanto que os custos seriam a perda daqueles bens a cuja destruição conduz o risco, devendo ambos os lados manter uma relação adequada.”

O direito permite esse risco diante da necessidade de progresso da sociedade, porém impõe limites às atividades arriscadas, através de normas jurídicas, regras técnicas, *lex artis* (conhecimentos técnicos no exercício da profissão, em especial a medicina), e no dever de informação (dever do profissional, no exercício de atividade técnica, se informar previamente acerca do curso causal de sua atuação). Em suma: o Direito se baseia no ordenamento social para informar o risco permitido.

Assim, o direito permite a existência de um risco, desde que observadas as normas de segurança, sendo permitido, portanto o desenvolvimento de atividades perigosas, como o tráfego de automóveis. Isto ocorre porque, no exemplo, observadas as normas de trânsito, o perigo de dano efetivo é mínimo ou inexistente.

Ao descumprir uma norma de segurança, ultrapassando o risco permitido, o agente pratica um risco não tolerado, dada a possibilidade de dano⁹⁰. Isto quer dizer que, se a lei autoriza condutas perigosas é simplesmente porque, observadas certas regras, os acidentes normalmente são evitados, embora às vezes se produzam⁹¹.

O cerne da questão consiste em estabelecer quando o indivíduo transgredir esta norma, acarretando a quebra de um padrão de segurança social mínimo abstraído do contexto social. Observe-se, contudo, que o direito impõe, através de normas imperativas e mesmo proibitivas, algumas condutas socialmente apropriadas.

⁸⁹ ARLUCEA, Esteban. **Lecciones de Teoría Jurídica del Delito**. Granada: Comares, 1999, p.71.

⁹⁰ Segundo CALLEGARI, A Imputação Objetiva no Direito Penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, v. 30, 2000, p. 71, “compreende-se por risco permitido uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de modo geral (independente do caso concreto) está permitida e, por isso, (...) exclui a imputação ao tipo objetivo”.

⁹¹ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 1971, p. 263.

Como exemplo de conduta socialmente apropriada imposta pelo direito, podemos citar os arts. 1.634, II, 1.638, II e 1.696 do Código Civil brasileiro⁹², os quais impõem aos pais o dever de alimentar os filhos. Se tal dever for descumprido poderá dar origem à imputação penal dos pais, pois estes possuem uma posição de garante em relação ao filho, conforme o art. 244 do Código Penal c/c o art. 13, § 2º, *a*.

A utilização de normas extra penais para informar o risco permitido⁹³, como a que estabelece o dever de alimentar o filho e a que determina a velocidade máxima permitida no tráfego automobilístico, realça o caráter fragmentário do Direito Penal, o qual não deve pormenorizar de tal modo as condutas a fim de não se transformar em um conjunto de extensas e meras normas técnicas.

Resumindo: algumas condutas, embora o agente queira o resultado (dolo), são socialmente adequadas por não aumentarem o risco de modo juridicamente relevante.

Existem alguns critérios estabelecidos pela doutrina que informam o risco permitido, a saber: as normas técnicas, a *lex artis*, a figura modelo diferenciada, dever de advertir o perigo e dever de informar.

Normas técnicas

Determinados setores da sociedade estabelecem regras de segurança, assinalando o procedimento em situações geradoras de risco, a exemplo do Crea, Coren (Conselho Regional de Enfermagem) e das normas internas de segurança do trabalho. Tais regras de segurança, embora não sejam de observância obrigatória, podem informar o cuidado devido, como atuar dentro do risco permitido. A este respeito, observa DÍAZ : “si bien estas regulaciones no tienen la fuerza vinculante de una norma jurídica, pueden ser tomadas por el juez como indicadoras del cuidado exigible en una situación concreta, por cuanto recogen la experiencia de las diversas profesiones en la administración de los riesgos”⁹⁴.

⁹² “Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: (...) II – tê-los em sua companhia e guarda”. “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) II – deixar o filho em abandono”. “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos”.

⁹³ O risco permitido pode ser traduzido em nosso ordenamento como *dever objetivo de cuidado*.

⁹⁴ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la Imputación Objetiva**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 114.

Lex artis

Tratam-se de normas técnicas no exercício da atividade profissional, especialmente a médica. São normas de conduta que conduzem o exercício profissional e cuja inobservância pode informar um risco proibido, sendo, portanto, apenas um indício, posto que outros elementos devem estar presentes, como a relação de risco⁹⁵.

Figura modelo diferenciada

Consiste na conduta do homem prudente na situação em que se encontrava o autor, com conhecimento na arte ou ofício deste⁹⁶.

Podemos observar que o uso deste parâmetro para determinar o risco permitido (no âmbito da tipicidade, portanto) utiliza de elemento a ser analisado na culpabilidade, ou seja, as circunstâncias especiais do sujeito que determinam a possibilidade de conduta diversa conforme o direito.

Dever de se informar

Antes de empreender determinada ação, o agente deve analisar as condições nas quais irá desenvolver essa ação. Tal análise constitui a fase de cogitação no *iter criminis*, na qual se analisam as condições concomitantes capazes de influir no curso causal. Se o indivíduo não tiver capacidade para desempenhar a atividade sem evitar o perigo ou a lesão, deve se abster⁹⁷.

O dever de se informar deve ser obtido diante do estado de desenvolvimento técnico contemporâneo à ação. Aqui, podemos nos utilizar por analogia do chamado *risco de desenvolvimento* trazido pelo direito do consumidor.

Segundo o critério do **aumento do risco**, o resultado não é imputado objetivamente ao autor quando este houver diminuído, não tiver aumentado ou incrementado o risco dentro do limite permitido.

El principio en general puede enunciarse diciendo que “se puede atribuir la responsabilidad al autor sólo si su comportamiento provoca un aumento del riesgo más allá del riesgo permitido” y ello siempre que “el resultado haya podido producirse a pesar de un comportamiento correcto”.⁹⁸

⁹⁵ *Infra*, item.

⁹⁶ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la Imputación Objetiva**. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 117.

⁹⁷ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la Imputación objetiva**. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 117.

⁹⁸ *Apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte geral. Argentina: Ediar, 1987, p. 279.

O limite entre a mera alteração de um risco e a criação de um novo risco se relaciona à forma de organização, que, por sua vez, consiste em alterar processos arriscados⁹⁹. Exige-se, portanto, que o aumento do risco seja juridicamente considerável.

A fórmula do risco, conforme já dito, pode ser obtida através de um cálculo de custos e benefícios, ou seja, o perigo de dano não pode ser igual ou superior aos benefícios proporcionados pela execução da atividade perigosa¹⁰⁰. Entretanto, esse cálculo pode representar uma fórmula do risco permitido, porém carece de um critério válido de valoração.

Existem tantos riscos permitidos quantos forem os papéis sociais. Este caráter relativo se projeta na tentativa. O comportamento constitutivo da tentativa também pressupõe a existência de um risco não permitido, onde o resultado delituoso não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, havendo uma mera representação putativa.

A Lei 8.078/90, em seu art. 65, prevê como crime contra a relação de consumo a conduta de

executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente.

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

Quando diversos comportamentos humanos encontram-se interligados, surge um **princípio de confiança**, o qual se apresenta em duas modalidades: no caso de uma pessoa preparar uma situação que será inócua se o terceiro que der continuidade à tarefa realizar corretamente o seu comportamento; e no caso do indivíduo agir na convicção de que a situação anterior fora preparada corretamente por terceiro. Exemplificando, um médico está autorizado a confiar que o material entregue pelo instrumentador cirúrgico esteja devidamente esterilizado. Deste modo, o agente que realiza uma atividade arriscada pode confiar no comportamento de

⁹⁹ Atesta JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos e Teoría de la Imputación. Madri: Marcial Pons, 1995, p. 231: "el límite entre la mera variación del riesgo y la creación de un riesgo nuevo no se forma espontáneamente, sino que depende de en que relación se organiza el mundo de los riesgos, y esta formación de organizaciones depende a su vez de a qué diferenciaciones se debe uno ajustar para dominar (crear o anular) procesos arriesgados y, sobre todo, por donde discurren los límites de la incumbencia de esse dominar"

¹⁰⁰ *Idem*. **La Imputación Objetiva en Derecho Penal**. Coleção de Estudos n. 1. Colômbia: Universidad Externado da Colombia, 1996, p. 39.

terceiro. Tal princípio pode ser aplicado em diversas atividades nas quais concorram condutas distintas numa mesma situação, em especial no tráfego automobilístico, na repartição de tarefas e na intervenção dolosa ou culposa de terceiro.

O princípio da confiança no âmbito da circulação automobilística é utilizado para negar o incremento do risco não permitido. Segundo esse princípio quem se comporta devidamente, dentro das normas técnicas de segurança e demais normas, pode confiar em que terceiros também observem as normas impostas pelo Direito, lembrando-se do caráter relativo deste princípio. Assim, não será aplicado quando a confiança no comportamento devido for manifestamente injustificada, bem como não pode invocá-lo quem se comporta antijuridicamente.

O trabalho em equipe autoriza confiar que terceiros cumprirão corretamente os seus papéis, não se responsabilizando quem pratica uma conduta posterior ou simultânea, confiando que terceiros cumpriu devidamente o seu papel, ex. da construção civil em Jakobs. *A priori*, a aplicação do princípio da confiança é permitida na cooperação com divisão de trabalho. Contudo, tal princípio deverá retroceder quando os intervenientes possuem deveres especiais de vigilância, não estando, portanto, autorizados a confiar.

Ainda segundo o princípio em tela, uma ação inicial atípica e, portanto, lícita, não conduz seu agente a responsabilidade por condutas posteriores, dolosas ou culposas. Assim, um comportamento anterior que constitui fato normal da vida social (correspondente ao papel social) não pode ser considerado praticado em concurso de pessoas, ainda que exista a consciência da conduta delituosa posterior desenvolvida por terceiro. Isso ocorre porque não se pune a mera intenção, sendo necessária a manifestação objetiva além do *standard*, do papel social (rol de competência do autor) ou da conduta estereotipada.

O princípio da confiança é relativo porque só é permitido confiar no comportamento de uma pessoa consciente, responsável e apta para desempenhar a atividade que lhe é confiada: A confiança depositada num débil mental não pode ser a mesma atribuída a uma pessoa adulta e sã, nem a concedida a um leigo a mesma que a um médico. Além disso, quando os intervenientes possuem deveres especiais de vigilância não estão, portanto, autorizados a confiar.

Observa CALLEGARI: "O princípio da confiança é um instituto que serve para determinar os deveres de cuidado que tem que ver com terceiras pessoas e que opera como limite objetivo ou normativo da responsabilidade penal por imprudência"¹⁰¹.

O princípio da confiança pode ser aplicado quando houver divisão de tarefas.

A **proibição de regresso** ocorre quando se impõe uma situação unilateral arbitrária, inexistindo um caráter conjunto entre os comportamentos dos indivíduos.

Segundo este princípio, não há responsabilidade por um delito quando uma primeira ação atípica for desviada ao resultado danoso, se tornando aparentemente típica por um segundo agente. O primeiro agente não responde pelo delito. Assim, se um taxista, por exemplo, conduz o assaltante a um banco, ainda que tenha consciência da intenção do passageiro, não estará praticando uma conduta típica, pois se faz necessária uma manifestação objetiva desse conhecimento¹⁰². Diferentemente, se o taxista, tendo conhecimento da intenção do agente em assaltar o banco, o leva para o banco e avisa ao assaltante a chegada da polícia, estará praticando um ato objetivo e punível, que ultrapassa o seu papel social.

A proibição de regresso objetiva esclarecer que uma ação inicial atípica, portanto lícita, não deve conduzir seu agente à responsabilidade por condutas posteriores, dolosas ou culposas. Assim, um comportamento anterior que constitui fato normal da vida social, por corresponder a um determinado papel, não pode ser considerado em concurso de pessoas, ainda que exista a consciência da conduta posterior, da futura prática de um delito. Isso ocorre porque não se pune a mera intenção, sendo necessária a manifestação objetiva além do *standard*, do papel social da conduta estereotipada.

Trata-se de uma intervenção dolosa ou culposa de terceiro, apenas aparentemente partícipe na realização do tipo penal¹⁰³.

O caso de aparente concurso de pessoas pode ser resolvido com base na imputação objetiva: não se pode imputar o terceiro que atua dolosa ou culposamente mas de modo

¹⁰¹ CALLEGARI, André Luís. *Princípio da Confiança no Direito Penal*. Disponível em: <www.direitopenal.adv.br/artigo42.htm>.

¹⁰² Em sentido contrário se manifesta Roxin, para o qual "ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. v. 1, t. 1. Madri: Civitas, 1999.", havendo conhecimento da intenção dolosa, o agente assume a posição de garante da não ocorrência do resultado.

¹⁰³ DÍAZ, Claudia López. p.: 130.

socialmente adequado. Existem três perspectivas para solucionar a proibição de regresso: dirigibilidade do acontecimento; princípio da confiança; e desvio unilateral do comportamento e condutas socialmente adequadas. Vejamos tais critérios:

Segundo o critério da dirigibilidade do acontecimento, não há imputação quando o agente não detém domínio sobre o fato, não podendo dirigir o curso causal do acontecimento. Isto pode acontecer quando um terceiro desvia o curso de modo a dar nova direção ao fato delitivo¹⁰⁴.

Podemos observar que tal critério não constitui uma inovação trazida pela imputação, mas que a doutrina já desenvolvia sob a denominação de *domínio sobre o fato*.

Acerca do princípio da confiança remetemos ao ponto *supra*.

Com relação ao desvio de comportamento e condutas socialmente adequadas:

Regra geral, pode-se confiar em que outros não pratiquem delitos dolosos. Trata-se de um risco permitido em razão das vantagens individuais e sociais.

A teoria da proibição de regresso, em sua forma atual, considera que a cooperação sem o *dolus*, não intencional ou culposa, em delitos dolosos de terceiros, não deve ser imputada àquele que agiu sem dolo. O antigo entendimento supunha, erroneamente, haver a interrupção do nexo causal pelo fato doloso do autor imediato; isto em razão da não imputação da participação imprudente. Isto se mostra incorreto porque se o nexo causal fora tido como interrompido não poderia mas existir; e se houvesse uma causação imprudente de um fato doloso não seria propriamente uma participação, mas sim de uma autoria imprudente.

Portanto, o mais adequado não é uma proibição absoluta de regresso, mas definir os limites do princípio da confiança e, conseqüentemente, do risco permitido.

Tal princípio, não se aplica quando uma conduta for perceptivelmente inclinada para a prática de ato doloso, o que configura uma confiança injustificada. Neste sentido, ROXIN afirma: “sólo la perceptible inclinación al hecho delictivo proporciona los indicios concretos, en caso de cuya concurrencia sería insensato no contar con la realización de un delito”¹⁰⁵. Assim, quem atua deve ter conhecimento da conduta intencional de terceiro em praticar um delito doloso, podendo excluir o princípio da confiança.

Podemos discordar: ainda que o indivíduo tenha consciência da conduta delituosa de terceiro não poderá ser responsabilizado se atuou dentro do dever objetivo de cuidado, mesmo

¹⁰⁴ LÓPEZ DÍAZ, Claudia. p. 133.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. v. 1, t. 1. Madri: Civitas, 1999, p. 1008.

que tenha interesse na prática do delito pois do contrário o direito penal estaria punindo a mera intenção, sem a manifestação de uma conduta relevante, além do rol de competência.

O critério do “favorecimento da perceptível inclinação ao fato delituoso” mostra-se mais adequado que o “favorecimento de uma pessoa perceptivelmente resoluta a prática do fato delituoso” para delimitar o risco permitido. Isto porque o processo interno que determina a resolução à prática delituosa dificilmente se percebe claramente. A posição de JAKOBS, segundo a qual as primeiras ações consideram-se imprudentes em caso de segunda ação dolosa de terceiro, mostra-se desprovida de fundamento posto não haver ações exclusivamente voltadas para a comissão de um delito.

Outras fórmulas, como as que consideram a cooperação não dolosa como imputada a título de culpa quando houver *indícios concretos da comissão de um delito doloso* ou *quando a conduta dolosa de terceiro se mostra tão perceptível que se torna insensato não esperar a sua ocorrência*, embora corretas, tais formulações mostram-se demasiadamente abstratas.

A teoria da equivalência não admite interrupção do nexo causal porque todas as condições (condutas dos partícipes) que contribuem para a produção do resultado têm idêntico valor. Contudo, os partícipes respondem na medida de sua culpabilidade, conforme se depreende do art. 29 de nosso Código Penal, de modo que só na análise da culpabilidade poderá excluir a responsabilidade do aparente partícipe.

Solução diversa teremos se adotarmos a proibição de regresso, em sede de imputação objetiva e, portanto, tipicidade: o aparente partícipe não deverá responder se não criou um risco juridicamente desaprovado, restando excluída a relação de imputação por faltar um nexo entre a violação do dever de cuidado e o resultado concreto¹⁰⁶.

Pelo critério do desvio unilateral de comportamentos e condutas socialmente adequadas, se um aparente partícipe não atua associado ao autor não responde pela conduta deste, o qual uniu voluntariamente a sua ação à anterior. Assim, ainda que atuem conjuntamente, a imputação será excluída quando o contato social se esgota na prestação de um objeto ou uma informação. Exs. V. Jakobs taxista e vendedor de arma.

Na **competência da vítima**, o comportamento da própria vítima pode fundamentar que se impute a ela mesma a consequência lesiva ou que esta consequência seja imputada à desgraça ou ao azar.

¹⁰⁶ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 128.

Deste modo, *verbe gratia*, se um pedestre atravessa repentinamente uma pista, vindo a ser atropelado por um veículo. Neste caso, imputa-se a própria vítima o atropelamento. Do mesmo modo, um pai, aconselhado por seu filho que deseja a morte daquele para receber a herança, passeia em um campo aberto em dia de tempestade, sendo atingido por um raio. Este fato se imputa ao destino.

A competência da vítima pode ser explicada pelo domínio do fato, segundo o qual, um resultado não pode ser atribuído a um determinado sujeito se este não tinha a possibilidade de dirigir ou orientar a causa para a consecução do resultado.

Constituem casos em que a própria vítima se coloca em uma situação de perigo, podendo dominar o resultado final e assumindo o risco para seus próprios bens jurídicos¹⁰⁷. Neste grupo se reúnem a participação em auto exposição a perigo; consentimento nesta auto-exposição; ações perigosas de salvamento; e criação de uma nova relação de risco, violando os deveres de auto-proteção.

Nas **ações a próprio risco** existe uma assunção conjunta de perigo; o titular do bem jurídico organiza a atividade perigosa ou se expõe unilateralmente ao perigo. Diferente da concorrência de culpas, na qual há comportamentos independentes dos riscos.

Participação em auto-exposição a perigo, ocorre quando a vítima organiza o perigo para seus próprios bens com a aparente participação de terceiro. A responsabilidade do ofendido inclui a administração do risco.

Obs.: Quando a vítima infringe seus deveres de auto-proteção sobre bens indisponíveis não se deve excluir a responsabilidade de terceiros.

Foram propostas três soluções: uma com base na autoria culposa, seguindo o conceito unitário de autor; o terceiro responde como autor doloso por crime omissivo impróprio, tendo o dever de salvamento, ex.: o produto que posteriormente se descobre que põe em perigo a vida ou a saúde do consumidor, deve se retirar o produto do mercado. A terceira solução: exclui a imputação quando a própria vítima organiza o perigo por causa do fim de proteção da norma ou do tipo? (v. Roxin); delimitação dos âmbitos da responsabilidade e o princípio da auto-responsabilidade; competência da vítima e a infração aos seus deveres de auto-proteção; deleneamentos da vitimologia; proibição de regresso; e interesse geral predominante.

¹⁰⁷ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 141.

Com o estabelecimento deste critério, a doutrina procura enfatizar o papel da vítima na prática do crime

Na Alemanha se considera o comportamento da vítima na quantificação da pena, na dosimetria? No Brasil o art. 59, CP, permite que o juiz na quantificação da pena considere o comportamento da vítima.

3.3 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO

O funcionalismo teleológico, criado por Roxin e seguido por Rudolphi, Shünemann e Wolter, utiliza como base a proteção ao bem jurídico como fim de proteção da norma; procura descrever as circunstâncias que tornam causa uma conduta típica. Constitui, portanto, um normativismo, utilizando como princípio o risco proibido (obtido pela ultrapassagem do risco permitido) e, posteriormente, o fim de proteção da norma.

Exclusão da imputação quando o perigo não se materializa o perigo - Não há realização de risco contra um bem jurídico penalmente tutelado quando o resultado não se concretiza com a realização desse perigo e apresenta apenas uma relação fortuita (cadeia causal imprevisível) entre ambos, perigo e resultado¹⁰⁸.

Em contrapartida, ainda que haja um desvio de causalidade insignificante, mas que cause um aumento do perigo de forma significativa, o resultado deve ser imputado a quem desviou o curso causal. Como exemplo: alguém desfere golpes de faca, mas a vítima vem a falecer por ocasião de um incêndio no hospital.

Exclusão da imputação quando não há criação de um risco não permitido – é necessária a ultrapassagem do risco permitido e que essa ultrapassagem tenha influído na forma concreta do resultado (v. ex. Roxin 11/63)¹⁰⁹.

Obs.: quando o resultado é concretização de um **risco distinto** não há imputação. Esse risco distinto corresponde a um curso causal autônomo.

¹⁰⁸ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la Imputación objetiva**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 75.

¹⁰⁹ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la Imputación objetiva**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 76.

Também se exclui a imputação quando o desenvolvimento do sucesso é deverás atípico, como o motorista que morre de infarto ao ser ultrapassado de forma perigosa ou por causa de um acidente leve.

Exclusão da imputação quando os resultados não estão acobertados pelo fim de proteção da norma – as normas de cuidado (dever objetivo de cuidado) são instituídas para que o cidadão se mantenha dentro dos limites do risco permitido ou perigo socialmente tolerado, visando prevenir determinados resultados.

Exclusão da imputação por condutas alternativas conforme o direito e teoria do aumento do risco – quando, embora haja a criação de um risco não permitido, ainda que houvesse observado o cuidado devido o resultado ainda teria se verificado (acrescente-se, do mesmo modo e tempo que se tivesse praticado o comportamento devido).

Obs.: acrescente-se que só se exclui a imputação quando o resultado ainda teria se verificado do mesmo modo e tempo, do contrário, estar-se-ia retirando antecipadamente um bem da tutela penal.

O determinante é estabelecer se a conduta elevou, de modo relevante, o risco de produção do resultado v. Roxin 11/72

Fim de proteção da norma em Roxin

A vida em sociedade se regula através da delimitação de âmbitos de responsabilidade ou rol de competência individual porque o resultado pode ser atribuído exclusivamente ao autor, por responsabilidade exclusiva da vítima, de ambos ou por obra do destino ou caso fortuito¹¹⁰.

Quando o perigo entra na órbita exclusiva de competência da vítima, o resultado deve a ela ser imputado por ter frustrado expectativas advindas de seu rol de competência, violando seu dever de auto-proteção. A fim de determinar esse âmbito de competência da vítima, a imputação objetiva propõe alguns pressupostos para a configuração da ação a próprio risco:

1º A vítima deve ter o controle sobre o desenvolvimento da situação perigosa. O comportamento da “vítima” deve ser posterior ao do terceiro pois se o comportamento da vítima é posterior, esta tem o domínio sobre o fato, sendo o terceiro um aparente partícipe. Como a participação pressupõe um fato inicial típico, decai a responsabilidade do “partícipe”. A doutrina alemã cita

¹¹⁰ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 149.

constantemente o exemplo da participação em suicídio, na qual não há responsabilidade porque a auto-lesão não é um fato típico naquele país. Entretanto, ao menos esta hipótese, não tem aplicação na nossa legislação, a qual pune a participação no suicídio, no art. 122, CP, sob a rubrica induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Quando o comportamento da vítima e do terceiro forem simultâneos, exclui a responsabilidade do terceiro se aquela tiver o domínio sobre a situação de perigo, tanto quanto aquele. Se o domínio da vítima sobre o perigo terminar antes que o do terceiro, a partir de então o interveniente responde pelo dano.

Ex.: Uma pessoa, conhecendo que o companheiro é portador de AIDS, mantém relação sexual com esta pessoa infectada, adquirindo a doença.

Para a imputação objetiva não deverá haver a responsabilidade pela participação diante da auto-exposição da vítima a perigo. Segundo o nosso ordenamento, posição a qual nos filiamos, tratando-se de bens indisponíveis como a vida e a incolumidade física, ainda que a vítima tenha consentido e se auto-exposto ao perigo, não deve ser excluída a responsabilidade. Isto não impede que na dosimetria da pena o juiz aprecie (e deve apreciar) o comportamento da vítima, diminuindo o *quantum* se demonstrada menor punibilidade do agente em razão do comportamento da vítima, conforme o art. 59, *in verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...)

II – a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos (grifamos).

Assim, entendemos que a conduta da vítima pode e deve ser analisada nas circunstâncias judiciais para fixação da pena proporcional a punibilidade, respeitado o limite estabelecido pela pena mínima e máxima prevista *in abstracto*.

No exemplo acima, a conduta do portador da AIDS pode constituir o crime de homicídio simples na forma dolosa, cuja pena em abstrato corresponde à reclusão, de seis a vinte anos, conforme o art. 121, CP, sendo lícito ao juiz fixar a pena-base no mínimo de seis anos. Excluir a tipicidade, como quer a teoria da imputação objetiva, seria desconsiderar a reprovação da conduta do autor, o qual, no caso, atuou com dolo (direto ou eventual), o que geraria uma situação de impunidade, não justificada suficientemente pela política criminal adotada pelo funcionalismo.

Assim, adaptando a teoria da imputação ao nosso ordenamento, adotando-a como critério de interpretação, pode-se afirmar que determinados comportamentos da vítima reclamam necessariamente uma diminuição no *quantum* da pena-base ou aplicação do mínimo da pena prevista em abstrato.

Que o comportamento do terceiro seja posterior ao da vítima, quando esta detém o domínio da decisão, incumbindo-lhe evitar o resultado, tendo a capacidade de o fazer, sendo ela competente para evitar o resultado no momento em que o risco se realiza.

Ex.: Sidônio, portador de tuberculose, com intenção de matar Masófia, pratica ato capaz de transmitir a referida moléstia, ocorrendo efetivamente a contaminação. A vítima, embora dispondo dos meios para a cura completa da doença, decide não se tratar e morre em consequência da enfermidade.

Segundo a imputação objetiva, o fato deve ser considerado atípico; conforme nosso ordenamento jurídico deve haver uma menor punibilidade do agente e, conseqüentemente, a fixação em uma pena menor, dentro da gradação permitida.

Podemos observar que o critério determinante não é o domínio do fato pela vítima, mas a renúncia desta aos seus bens jurídicos.

2º A vítima deve ser um sujeito auto-responsável, capaz de avaliar a dimensão do risco, sendo este conhecido ou cognoscível. Do contrário, cabendo ao terceiro o domínio da decisão, a vítima que se auto-coloca em risco é um mero instrumento do autor mediato¹¹¹.

Quando o terceiro tiver maior conhecimento que a vítima, não haverá ação a próprio risco se não estava na competência daquele informar plenamente a vítima que se auto-expôs.

3º O terceiro não deve ter uma posição de garante com relação à vítima

Se o terceiro for garante da não ocorrência da lesão à vítima, não haverá auto-exposição a perigo e, conseqüentemente, não pode ser excluída a responsabilidade do terceiro.

Cumprido, neste ponto, diferenciar a participação em auto-exposição a perigo e consentimento do ofendido:

Na **auto-exposição** a própria vítima se coloca na situação de perigo; a conduta da vítima é posterior a do terceiro, sendo dela a competência para evitar a lesão a seus bens jurídicos; a vítima aceita a exposição a perigo acreditando na sua não ocorrência; o consentimento da vítima na auto-exposição tem efeito vinculante para afastar a imputação do terceiro.

¹¹¹ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 158.

No **consentimento** do ofendido: a vítima consente em que terceiro a coloque em situação de perigo ou dano; a vítima aceita que terceiro cause um dano, após o consentimento; há a assunção do resultado lesivo; o consentimento pode excluir a tipicidade (se o consentimento for elemento do tipo) ou a antijuridicidade (enquanto causa supra legal de exclusão da antijuridicidade).

Requisitos do consentimento do ofendido como causa excludente da antijuridicidade¹¹²:
Livre anuência do ofendido, representada pela manifestação da vontade não viciada por erro, dolo ou coação; capacidade para anuir, para compreender o significado e alcance do seu consentimento, excluindo os menores e os débeis mentais; bem jurídico disponível pelo aquiescente.

Requisitos da auto-exposição a perigo para afastar a imputação e, em decorrência, a tipicidade: O terceiro não pode ter uma posição de garante, não estar no próprio tipo penal a intenção do legislador em evitar a auto-exposição da vítima (dar ex.).

Roxin utiliza um critério *a fortiori*: se não se pune um fato a título de dolo, também não se deve punir a título de culpa. O autor cita como exemplo o auxílio ao suicídio que não é apenado na Alemanha, mas no Brasil o é.

Para Roxin, todos os problemas da imputação podem ser reduzidos ao fim de proteção da norma, embora deixe tal critério como o último para limitação do tipo (§80).

Dentro da categoria do fim de proteção se encontram:

- 1) Participação em uma resultante de auto-exposição a perigo
- 2) Consentimento em uma resultante de auto-exposição a perigo
- 3) Mudança de um risco a um âmbito de responsabilidade alheio
- 4) Danos derivados de um choque
- 5) Danos supervenientes

- 1) Participação em uma resultante de auto-exposição a perigo
- 2) Consentimento em uma resultante de auto-exposição a perigo

¹¹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 215.

Ocorre quando alguém, sabendo do risco que pode eventualmente sofrer, assume tal risco gerado por outra pessoa.

Exemplo: Um passageiro, com o intuito de chegar a determinado compromisso no horário marcado, solicita ao taxista que dirija em velocidade acima da permitida. Em razão da alta velocidade, o automóvel colide, ocasionando a morte do passageiro.

3) Translado de um risco a um âmbito de responsabilidade alheio

Ocorre quando um primeiro agente cria um risco juridicamente desaprovado, mas esse perigo, no momento da produção do resultado, havia entrado no âmbito de responsabilidade de terceiro. Esse terceiro poderá ser imputado quando a produção do resultado lhe fora perfeitamente evitável, ainda que o primeiro agente tenha infringido o dever de cuidado e tenha se concretizado o risco não permitido¹¹³.

4) Danos causados por um estado de choque

A notícia da morte de uma pessoa próxima não está no âmbito de proteção da norma porque não cabe ao direito penal preservar os efeitos de um primeiro resultado.

Entendemos que não haverá imputação porque o autor não tem domínio sobre os infinitos fatos posteriores.

5) Danos supervenientes

A norma não visa evitar danos posteriores advindos das seqüelas de um primeiro resultados.

Obs.: porque, mais do que a distância temporal, o autor não pode ter domínio sobre todo o desdobramento causal.

Diminuição de risco ou desvio de cursos causais – determinadas condutas diminuem os riscos ou lesões ao bem jurídico de sorte que não devem ser reprovadas pelo direito penal. Essa causa de exclusão da imputação possui como requisito que a diminuição do risco recaia sobre o

¹¹³ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la Imputación objetiva**. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 84.

bem do mesmo titular, pois do contrário seria uma causa de exclusão da antijuridicidade¹¹⁴. Necessária a existência de uma mesma relação de risco e a impossibilidade de eliminar, totalmente, o perigo ou a lesão.

Citar exemplo de Roxin sobre o desvio da pedra que atingiria fatalmente a cabeça, mas, com o desvio, atinge apenas o braço, causando lesões corporais.

Nesta situação, a doutrina tradicional falaria em legítima defesa ou estado de necessidade, excludentes da antijuridicidade, mas a imputação objetiva salienta que o bem é do mesmo titular e haverá a exclusão, desde logo, da tipicidade.

Falta de criação de um risco juridicamente relevante – ocorre quando condutas aumentam, de forma desconsiderável, um risco preexistente. Esse critério é aplicado quando determinada conduta não reduziu o risco, mas também não o aumentou de modo relevante, pois, se não ocasionou um perigo relevante deverá ser considerada como socialmente adequada. Como exemplo, temos o fato de alguém, frente a um incêndio, acender um fósforo e o lançar no local em chamas. E ainda, quem derrama um balde de água numa inundação. Assim, diz-se que houve um aumento do risco, mas este aumento é socialmente adequado porque faz parte da vida social.

Criação de um risco e cursos causais hipotéticos

Podemos acrescentar: é ainda necessário que, aplicado mentalmente o curso causal devido, o resultado se verifique no mesmo tempo e modo, pois, do contrário, estar-se-ia retirando antecipadamente o bem jurídico da tutela penal.

A relação entre risco e resultado

A criação ou aumento do risco devem estar relacionados com a produção do resultado. Para determinação desta relação existem alguns critérios informadores como o fim de proteção da norma, aumento do risco, comportamento incorreto de terceiro e o princípio da confiança.

A relação de risco se exclui quando a vítima viola seus próprios deveres de auto proteção, não podendo o resultado ser consequência do comportamento de terceiro e dos fatos naturais não domináveis pelo homem¹¹⁵.

¹¹⁴ Sabe-se que as excludentes da legítima defesa e do estado de necessidade possuem como requisito o sacrifício de um bem em detrimento de outro pertencente a terceiro.

¹¹⁵ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 174.

Fim de proteção da norma de cuidado

As normas de cuidado são aquelas que delimitam o risco permitido, diminuindo a probabilidade de ocorrência de dano efetivo. Elas são postas não para diminuir todos os riscos, mas para evitar determinados resultados. Do contrário, este dado resultado não deverá ser objetivamente imputado, ainda que o sujeito tenha posto um risco juridicamente reprovado¹¹⁶.

Ex.: Um cirurgião embriagado realiza com sucesso uma operação, mas a equipe médica deixa um material cirúrgico no paciente e este morre em razão de uma infecção generalizada, decorrente do referido material.

O aplicador do direito deve indagar se a finalidade da norma de cuidado era evitar o resultado produzido e se este foi consequência do que a norma pretendia evitar. Caso a resposta seja negativa, o risco não era da competência.

Para a determinação do fim de proteção da norma de cuidado deve se recorrer aos métodos sistêmico, histórico e teleológico, buscando o sentido concreto.

Ex.: A velocidade máxima permitida para o tráfego automobilístico próximo a escolas (30 km/h) tem por finalidade evitar acidentes com crianças. Se o motorista infringe tal regra, dirigindo a 60 km/h (velocidade proibida próximo a escolas, mas permitida para o tráfego local), vindo a causar lesão em um adulto, não houve imputação objetiva porque não estava no âmbito de proteção da norma evitar o resultado da natureza do ocorrido. Pode, eventualmente, subsistir a infração administrativa.

Quando a “vítima” (entre aspas, como quer a teoria da imputação objetiva) viola, de forma grave, seus deveres de auto-proteção, sua conduta pode criar uma nova relação de risco, deslocando a situação anterior.

Ex.: A retira o cinto de segurança do carro de B. Este continua dirigindo e sofre sérias lesões decorrentes de um abalroamento causado pelo motorista C, vindo B a morrer; sabendo que a morte teria sido evitada, caso A estivesse com o cinto de segurança. C não deve ser imputado pela morte, apenas pelas lesões corporais inevitáveis pelo uso do equipamento de segurança¹¹⁷.

Obs.: O tocante à vitimologia pela imputação recai numa vã tentativa de abarcar todos os casos concretos. Ao tentar diminuir o casuísmo, apenas o releva. Deveria dizer que determinados comportamentos da vítima devem obrigatoriamente reduzir a pena.

¹¹⁶ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 175.

¹¹⁷ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 178.

Aumento do risco

Para haver imputação, necessário que a ação aumente o risco de produção do resultado ou diminua a probabilidade de salvação do bem jurídico.

Princípio da igualdade de Roxin: se o risco criado for igual ao verificado pela ação permitida, não haverá imputação objetiva por ausência da relação de risco, do contrário estaria dando tratamento desigual para situações semelhantes. Assim, “si el resultado se produce dentro de los límites del peligro tolerado, no puede serle imputado al autor, porque es el costo que ex ante asume todo ciudadano para permitir el desarrollo social y la expansión de su propios âmbitos de libertad”¹¹⁸.

Ex.: Novocaína.

Obs.: Buscam introduzir critérios matemático-estatísticos, como se o direito fosse uma ciência exata.

Comportamento incorreto de um terceiro ou da vítima

Quando o comportamento do terceiro ou da vítima desvia o risco criado pelo primeiro causante. Inclui as ações perigosas de salvamento e infração aos deveres de auto-proteção.

Obs.: Há, na verdade, a ausência, desde logo, do nexo de causalidade por desvio do curso causal.

Pode haver concorrência de riscos quando o comportamento não desloca o risco anteriormente criado¹¹⁹.

Ações perigosas de salvamento

Quando alguém cria uma situação de perigo para a vítima, e terceiro, livre e voluntariamente inicia uma ação de salvamento se lesionando. Essa lesão não pode ser imputada a quem pôs a situação de perigo.

Obs.: está óbvio que não há relação de causalidade pois foge do domínio do fato pelo autor da situação arriscada e também o dolo não abrange a lesão ao salvador.

O fato será imputado a quem criou a situação de perigo contra quem se expõe a perigo na situação de salvamento em cumprimento de dever profissional e quando a pessoa se expõe para evitar um dano maior¹²⁰.

¹¹⁸ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 183.

¹¹⁹ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 186.

¹²⁰ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 189.

Infração aos deveres de auto-proteção quando a vítima cria unilateralmente uma nova relação de risco¹²¹.

Segundo Roxin, a teoria da imputação objetiva, embora desenvolvida através dos delitos imprudentes, também possui aplicação para os delitos dolosos: “la teoría de la imputación objetiva tiene validez, pues, para toda clase de imputación al tipo objetivo, siendo indiferente que se trate de um resultado provocado no dolosamente o de uno conscientemente buscado, o que se trate de autoria o de complicidad”¹²²

Obs.: A posição de garante pode ser utilizada para determinar os delitos imprudentes e para os delitos dolosos praticados por omissão imprópria e não para todas as espécies de delitos.

Posição de garante por ingerência

A maioria doutrinária reconhece que a criação de uma situação de perigo pode fundamentar o dever objetivo de cuidado em evitar o resultado.

Os deveres legais e contratuais eram aceitos como fontes para determinação da posição de garante pela teoria formal do dever jurídico, dominante na Alemanha até o pós segunda guerra mundial. Conforme dita teoria, a qual se coaduna com o modelo das ciências naturais, o dever ser “El enfoque causal en si no posibilita una explicación suficiente de la posición de garante por injerencia. Pues el dolo de la omisión sucede a la causación y, por este motivo, constituiria un *dolus subsequens*, inadecuado para la fundentación de una producción de un resultado doloso-causal”¹²³.

Obs.: O dolo nos delitos omissivos apenas surge após a configuração do dever objetivo de agir, requisito dos delitos culposos.

¹²¹ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. p. 191.

¹²² ROXIN, Claus. Injerencia eImputación Objetiva. **Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales**. Argentina: Córdoba, 2001, p. 141.

¹²³ ROXIN, Claus. Injerencia eImputación Objetiva. **Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales**. Argentina: Córdoba, 2001, p.142.

4 CONEXÃO ENTRE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

4.1 DISTINÇÃO ENTRE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O fato de haver um vínculo entre um dado precedente (ação) e um dado subsequente (resultado) não implica imputar objetivamente o resultado ao agente material. Assim, o nexo de causalidade antecede a imputação objetiva, pois esta é o vínculo ideal que une o autor ao resultado jurídico. Esta se baseia na análise do tipo objetivo, o qual, por si só, não constitui injusto por faltar ação típica¹²⁴.

A imputação objetiva consiste no elemento normativo do tipo objetivo que cuida da análise da existência ou inexistência de vínculo entre a conduta criadora de um risco juridicamente relevante e a produção do resultado e, portanto, relaciona-se com o nexo normativo entre a ação típica (criadora de um risco juridicamente proibido) e o resultado jurídico. Como se encontra implicitamente prevista no tipo objetivo, a ausência de imputação objetiva acarreta a atipicidade do fato.

4.2 INSTITUTOS CORRELATOS *REGRESSUS AD INFINITUM* E PROIBIÇÃO DE REGRESSO; RISCO PERMITIDO E DEVER OBJETIVO DE CUIDADO

O *regressus ad infinitum* foi um inconveniente trazido pela aplicação irrestrita da teoria da equivalência dos antecedentes¹²⁵. Tal teoria fora adotada pelo Código Penal brasileiro quando da sua elaboração na década de 40, época em que vigorava o regime autoritário no Brasil e se inspirava, dita legislação, no Código italiano de Rocco. Deste modo, ao se acolher a teoria da equivalência, era ampliada a responsabilidade penal por serem consideradas as causas remotas como suficientes para a responsabilidade penal, ampliando assim a atuação repressiva do Estado.

Em que pese a reforma penal de 84 exigir a culpa, restringindo o regresso às causas remotas, a proibição de regresso se mostra como uma inovação, ao preceituar que inexiste

¹²⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos e Teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 223.

¹²⁵ Vide capítulo primeiro.

responsabilidade por um delito quando uma ação inicialmente atípica for desviada para um resultado danoso, tornando-se típica por um outro agente que detém o domínio final do fato. Assim, no clássico exemplo, o fabricante da arma e o vendedor não respondem pelo homicídio praticado com a arma, embora por eles produzida e comercializada.

Relativamente ao risco permitido e o dever objetivo de cuidado, existe a possibilidade de um indivíduo atuar dentro de um padrão de segurança, mas ainda assim ocasionar um resultado naturalístico lesivo a um bem jurídico. Nesse caso, embora o comportamento seja causa de um resultado, será considerado atípico por ausência da imputação objetiva da conduta, pela existência de um risco permitido¹²⁶ ou por não haver infração ao dever objetivo de cuidado.

A formulação acima, trazida pela teoria da imputação objetiva, pode ser traduzida em nosso ordenamento como dever objetivo de cuidado, o qual se encontra previsto explicitamente no art. 13, § 2º do nosso Código Penal. A respeito deste artigo discorreremos quando falamos da causalidade na omissão, aplicado não só aos delitos omissivos como também aos culposos. Ocorre que o dever objetivo de cuidado informa a posição de garante da norma penal apenas para os pré-falados delitos, não se aplicando expressamente, portanto, aos delitos dolosos.

A criação de um risco proibido pode se traduzir na infração do dever objetivo de cuidado, prevista para os crimes culposos, não apresentando, portanto, uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, a ausência do risco permitido ou, como queira, do dever objetivo de cuidado conduz à atipicidade da conduta por ausência de culpa.

Com relação ao risco permitido, a doutrina relativa à teoria da imputação objetiva entende que possui aplicação a todos as espécies de delitos, de modo que os crimes dolosos possuem como elemento objetivo, ao lado da conduta, resultado e causalidade, a produção de um risco proibido. Podemos, então, observar que não há óbice para a exigência de um dever objetivo de cuidado nos delitos dolosos, ainda que, na maioria dos casos, seja dispensável a sua análise, diante da obviedade de sua ocorrência. Entretanto, em algumas situações ainda que exista o dolo estará ausente o dever objetivo de cuidado. Exemplifiquemos: Caio, taxista, em conluio com

¹²⁶ Para ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. v. 1, t. 1. Madri: Civitas, 1999, p. 1000, a imputação objetiva pertence ao tipo dos delitos imprudentes e difere da infração do dever objetivo de cuidado por este ser mais específico que aquela, entretanto, não podem se separar porque seus pressupostos são idênticos, afirmando: “para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extindan más allá de la teoría de la imputación objetiva”.

alguns assaltantes de banco, conduz tais indivíduos ao local do assalto. Neste caso, ainda que haja a intenção de auxiliar no cometimento do crime de forma dolosa, Caio atuou dentro do seu dever objetivo de cuidado, uma vez que agiu conforme o seu papel social, sendo a sua conduta considerada atípica.

A existência de um risco proibido conduz, a princípio, à tipicidade da conduta dolosa ou culposa. Entretanto, nos delitos dolosos a infração ao dever objetivo de cuidado ocorre voluntariamente, intencionalmente, enquanto que nos crimes culposos ocorre por imprudência.¹²⁷

¹²⁷ Etendemos que a imprudência abarca as demais modalidades de ação culposa, quais sejam, a negligência (forma de imprudência negativa ou omissiva) e imperícia (forma qualificada de imprudência ante a falta de conhecimentos técnicos próprios da arte, profissão ou ofício). No mesmo sentido, SANTOS, Juarez Cirino. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 97.

5 CONCLUSÃO

A imputação objetiva, em sua vertente individualizadora, apresenta uma reestruturação: transfere, indevidamente, a análise da previsibilidade objetiva (como a competência exclusiva da vítima) e da culpabilidade (como as condições especiais do agente) para a imputação objetiva.

A fim de determinar a responsabilidade penal, no tocante a causalidade e à imputação objetiva, necessário percorrer o seguinte caminho:

1º se houve uma ação;

2º se essa ação foi voluntária (causalismo) e dirigida a um fim (teoria finalista);

3º se essa ação, ainda, foi manifestação da personalidade (funcionalismo teleológico) ou de um determinado papel social (funcionalismo sistêmico) e produtora de um risco proibido (ou inobservância do dever objetivo de cuidado para a teoria finalista);

4º se houve um resultado objetivamente previsível;

5º se esse resultado era evitável, conforme a teoria negativa da ação;

6º se houve uma relação naturalística entre ação e resultado (causalidade);

7º se esse resultado evitável estava no âmbito de proteção da norma e, portanto, era penalmente relevante e socialmente inadequado (critério adotado pela teoria finalista); e

8º se a ação (1º) voluntária e finalista (2º) efetivamente produziu um resultado previsível (4º) e evitável (5º), pertencente ao âmbito de proteção da norma (6º) e o autor de tal ação estava na posição de garante da não ocorrência do resultado (funcionalismo teleológico) ou frustrou uma expectativa advinda de seu papel social (funcionalismo sistêmico), causando um risco juridicamente desaprovado (imputação objetiva).

REFERÊNCIAS

- ANTOLISEI, Francesco. **Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale**. Padova: Milani, 1934.
- ARLUCEA, Esteban. **Lecciones de Teoría Jurídica del Delito**. Granada: Editorial Comares, 1999.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1966.
- BITTENCOURT, César Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRANDÃO, Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Recife: *Mimeo*, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.
- BRUERA, J. J. **El Concepto Filosófico-Jurídico de Causalidad**. Buenos Aires: [s. n.], 1944.
- BORNHEIM, Gerd. Fenomenologia e Causalidade em Merleau-Ponty. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, ano, v. 19, n. 75, p. 305-333, 1969.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: [s. n.], 2004.
- CARVALHO, Marcelino Leal Barroso de. **A Omissão na Estrutura do Fato Material**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1986.
- COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COSTA JR., Paulo José da. **Nexo Causal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- JESUS, Damásio E. de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Caloust Gulbekian, 1977.
- FIORI, Ariane Trevisan. **A Delimitação da Imputação Penal Através da Aplicação do Princípio do Risco**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 jun. 2004.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KANT, Immanuel. **Da Utilidade de uma Nova Crítica da Razão Pura. Resposta de Eberhard**. São Paulo: Hemus, 1975.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

LEON, Giuseppe Ponz de. **La Causalità dell'Omissione nel Sistema Penale**. Milano: Giuffrè, 1964.

LOPEZ, Iragorry. Comentários sobre la Causalidad Penal Material. In: **Revista de la Facultad de Derecho**, Maracaibo, ano 14, v. 42, p. 89-118, 1974.

LUNA, Everardo da Cunha. A Causalidade na Omissão no Anteprojeto do Código Penal. In: **Revista Acadêmica**. Recife: Universidade de Pernambuco, ano 63, n. 5-7, p. 77-103, 1966.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**: parte general I. Buenos Aires. 1994.

MIR, Jose Cerezo. **Curso de Derecho Penal**: parte general I. Introducción: Teoría Jurídica del Delito. São Paulo: Tecnos, 3. ed, 1985.

MÜLLER, June. **A Psicogênese dos Conhecimentos Físicos e o Problema da Causalidade**. Disponível em: <www.consciencia.org/contemporanea/causaljune.htm> Acesso em: 15 dez. 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 33. ed. 1998.

QUEIROGA, Onélia Setúbal Rocha de. **Concausas**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1983.

REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. v. 1, t. 1. Madri: Civitas, 1999.

ROXIN, Claus. **Sociedade, Norma e Pessoa**: Teoria de um Direito Penal Funcional. Barueri: Manole, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SPASARI, Mario. **L'Omissione nella Teoria della Fattispecie Penale**. Milano: Fiuffrè, 1957.

VILANOVA, Lourival. A Causalidade no Direito Penal. In: **Anuário do Mestrado em Direito**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, jan./dez., 1983.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: [s. n.], 1985.

WELZEL. **Derecho Penal Aleman**. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.