

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE  
JESUS**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO  
PENAL E PROCESSUAL PENAL**

CARLOS HENRIQUE VITA BIAZOLLI

**A RELEVÂNCIA PENAL DA OMISSÃO**

RIBEIRÃO PRETO, SP

2014

CARLOS HENRIQUE VITA BIAZOLLI

A RELEVÂNCIA PENAL DA OMISSÃO

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção de título especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob orientação do Professor Doutor Roberto Sein Pereira.

Orientador Professor Doutor Roberto Sein Pereira

Ribeirão Preto, 2014

Vita Biazolli, Carlos Henrique.

A Relevância Penal da Omissão – Ribeirão Preto, 2014. 52p.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob orientação do Prof. Roberto Sein Pereira.

1. Direito Penal I. Relevância Penal da Omissão.

## **RESUMO.**

Examinou-se os aspectos penais que a omissão do agente tem para o direito penal, traçando um paralelo entre a posição da doutrina brasileira e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Analisou-se a estrutura do crime omissivo, as principais teorias a respeito da conduta (Teoria Naturalista ou Causal, Teoria Social, Teoria Finalista e a Teoria da Imputação Objetiva), a causalidade na omissão e a superveniência causal, com o estudo do artigo 13 do Código Penal, e os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios, com o exame da posição de garantidor, isto é, do agente que tem o dever de agir para impedir o resultado.

Palavras-chaves: crime omissivo – conduta – causalidade – superveniência causal – posição de garantidor.

## **ABSTRACT.**

It was examined whether the criminal aspects that the omission of the agent has for the criminal law, drawing a parallel between the position of the Brazilian doctrine and jurisprudence of the Superior Court of Justice. We analyzed the structure of the crime omissivo, the main theories regarding the conduct (Theory Naturalist or Causal Relationship, Social Theory, Theory Finalist and the Theory of the allocation Objective), the causality in omission and the causal onset, with the study of article 13 of the Penal Code, and the crimes comissivos by omission or offered unsuitable, with the examination of the position of guarantor, that is, the agent who has the duty to act to prevent the outcome.

**KEYWORDS:** crime omissivo - conduct - causality - causal onset - position of guarantor.

## SUMÁRIO

- I – Introdução.....	7
- II – Seção 1: a estrutura do crime omissivo.....	9
- 1.1 - A teoria da imputação objetiva segundo Claus Roxin.....	16
- 1.1.1 - criação ou aumento de um risco não-permitido.....	17
- 1.2 - A teoria da imputação objetiva segundo Gonther Jakobs.....	21
- 1.3 - Risco permitido.....	22
- 1.4 - Princípio da confiança.....	23
- 1.5 - Proibição de regresso.....	23
- 1.6 - Competência ou capacidade da vítima.....	24
- 1.7 - A conduta.....	26
- 1.8 - Crimes omissivos próprios.....	32
- 1.9 - Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão.....	33
- 1.10 - Caso fortuito e força maior.....	34
III - Seção 2: Causalidade na omissão.....	36
- 2.1 - Doutrinas sobre a causalidade.....	38
- 2.2 - Da causalidade nos crimes de forma livre.....	43
IV - Seção 3: A superveniência causal.....	48
V – Seção 4: A posição do garante.....	53
VI – Conclusão.....	59

## I - INTRODUÇÃO

O Direito Penal está voltado para aplicação em fatos humanos indesejados pela sociedade, devendo intervir no caso concreto quando houver relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos tutelados, contudo, deve-se ter como pressuposto, a proteção aos cidadãos contra a intervenção do poder de império estatal na liberdade individual de cada pessoa, possuindo como principais instrumentos garantistas os direitos Individuais insculpidos na Constituição da República, que condiciona a atuação penal na vida e liberdade do cidadão quando ineficazes forem os demais ramos do Direito, devendo, dessa forma, o Direito Penal ser a *ultima ratio*, ou seja, deve ser considerado a derradeira trincheira nos combates aos comportamentos indesejados, mantendo-se *subsidiário e fragmentário*.

O artigo 13 do Código Penal considera a omissão como conduta delituosa, desde que produza lesão a um bem penalmente tutelado.

É possível, por isso, a configuração de um fato típico com um “não agir”, desde que essa conduta omissiva provoque um dano ou um perigo de dano.

A Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao tratar do tema em questão, disciplinou que:

### “DO CRIME

12. Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo.

No artigo 13, § 2º, cuida o Projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas. Fica dirimida a dúvida relativa à superveniência de causa independente, com a inclusão, no texto do § 1º do artigo 13, da palavra relativamente, "se a causa superveniens", destaca Néilson Hungria, "se incumbe sozinha do resultado, e não tem ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser, no tocante ao resultado, uma 'não causa' (Comentários, v. 1, t. 2, 5. ed., 1978, p. 67)".

Por todo o exposto é que se justifica o estudo a ser apresentado, destacando-se, de imediato, que esta pesquisa acadêmica, meramente superficial, terá apenas o condão de instigar a necessidade de um estudo mais aprofundado acerca do tema, não tendo, contudo, a pretensão de esgotar as indagações inerentes a este, mas propor o conhecimento de idéias e discussões da doutrina sobre a relevância penal da omissão. Dessa Forma, estas, entre outras razões que motivaram e justificaram o interesse pelo tema em abordagem.

## II – SEÇÃO 1: A ESTRUTURA DO CRIME OMISSIVO

Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade, com as seguintes características:

- a) a conduta se refere ao comportamento do homem, não dos animais irracionais;
- b) só as condutas corporais externas constituem ações. O Direito Penal não se ocupa da atividade puramente psíquica;
- c) a conduta humana só tem importância para o Direito Penal quando voluntária;
- d) o comportamento consiste num movimento ou abstenção de movimento corporal.

Os elementos da conduta são um ato de vontade dirigido a uma finalidade e uma atuação positiva ou negativa dessa vontade no mundo exterior (manifestação da vontade por meio de um fazer ou não fazer).

O primeiro elemento consiste em um ato de vontade dirigido a um fim. De acordo com Welzel, a vontade abrange o objetivo pretendido pelo sujeito, os meios usados na execução e as conseqüências secundárias da prática.

O segundo elemento da conduta é a manifestação de vontade, que Soler chamava de atuação. É o movimento ou abstenção do movimento corpóreo. Pode-se falar, então, em ato voluntário, que se distingue das demais formas de ato pela sua natureza intelectual ou racional. É, por assim dizer, a fase final de um processo ativo que começa no campo intelectual e termina na esfera muscular. Há, portanto, dois aspectos a considerar: o aspecto psíquico, de caráter eminentemente funcional, e o aspecto mecânico ou neuromuscular, que consiste no conjunto de impulsos de

ordem psíquica que atuando sobre os centros nervosos, determinam ou não os movimentos dos músculos estriados.

Damásio de Jesus (*in* Direito Penal, 1º Volume – Parte Geral, 28 ed. rev., Saraiva, 2005, p. 228), não insere o resultado no conceito da conduta, pois o considera consequência dela. Afirma que conduta é a simples manifestação da vontade, ao passo que o resultado corresponde à alteração do mundo exterior causada pela conduta.

Não há conduta quando o ato é involuntário. Daí não ocorrer conduta tipicamente relevante no reflexo, que é uma reação automática de ação ou de inibição que ocorre imediatamente após a excitação de um nervo sensitivo. O mesmo não ocorre com os atos instintivos, formas de reação espontânea motivada por uma necessidade interna. Como ensina Maggiore, o ato instintivo se distingue do reflexo, pois este é puramente fisiológico e se dirige a um só órgão. O instintivo, pelo contrário, pode ser acompanhado de um elemento psíquico, como o sentimento, requerendo a participação de vários órgãos. Inclui também os atos automáticos, resultantes de prolongada repetição dos mesmos movimentos. Nestes casos o ato pode ser controlado pela atenção, o que basta para que seja considerado conduta tipicamente relevante. Mezger, estudando o assunto, diz que é preciso distinguir o ato reflexo do atuar impulsivo, que tem sua origem num processo anímico. São ações de “curto-circuito”, que se realizam sem colaboração e iludindo a personalidade total. Havendo um querer, ainda que primitivo, participando do processo genético do movimento corpóreo, não se exclui de antemão a conduta.

Como exemplos de ausência de conduta podem ser citados ainda os casos de movimentos praticados durante o sono ou sonambulismo, sob sugestão ou hipnose e em estado de inconsciência.

As principais teorias a respeito da conduta são: Teoria Clássica, Naturalista ou Causal, Teoria Social, Teoria Finalista e Teoria da Imputação Objetiva.

**A Teoria Clássica, Naturalista ou Causal da ação** conceitua a conduta como um comportamento humano voluntário no mundo exterior, consistente num fazer ou não fazer, sendo estranha a qualquer valoração. Nessa teoria, a conduta é concebida como um simples comportamento sem apreciação sobre a sua ilicitude ou reprovabilidade. É denominada naturalista ou naturalística porque incorpora as leis da natureza no Direito Penal. Nos termos dessa teoria, a conduta é um puro fator de causalidade, daí também chamar-se causal. Para ela a conduta é o feito da vontade e a causa do resultado. Tudo gira em torno do nexo de causalidade: vontade, conduta e resultado. A vontade é causa do comportamento e este, por sua vez, é causa do resultado. Tudo isso é analisado sob o prisma naturalístico, de acordo com as leis da natureza, sem qualquer apreciação normativa ou social. Não se examina, assim, se a conduta do agente, no plano da tipicidade, está ligada intencionalmente ao resultado, tampouco a sua “causa finalis” em qualquer dos aspectos que possa oferecer. Manifestação externa da vontade pouco importando qual seja o conteúdo ou alcance dessa vontade. Era a posição de Aníbal Bruno, que sustentava “um conceito puro da ação, isento de todo juízo de valor, de toda referência a elemento próprio de qualquer dos outros componentes conceituais do crime; a ação tomada como pura realização da vontade no mundo exterior (*in* Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 1, p. 296).

Como ensina Welzel, para a doutrina preventiva, que via na sanção penal somente uma medida de proteção social contra a lesão de interesses jurídicos, interessava mais o aspecto material do delito, considerado como a lesão de um bem penalmente tutelado, pelo que a conduta era o efeito causal da vontade. De acordo com o moderno Direito Penal, porém, o centro de interesse não é o efeito jurídico produzido pelo resultado, mas sim a natureza do comportamento reprovável. Diante disso, cai por terra a teoria naturalista da ação, uma vez que se importa somente com o aspecto causal da questão, encontrando enormes dificuldades para mal explicar o direito omissivo.

Além disso, a teoria naturalista se fundamenta nas leis das ciências naturais. Ora, o Direito Penal existe para reger e proibir condutas no meio social. Diante disso, os seus postulados não devem sofrer a incidência reitora exclusivamente dos

princípios naturais. Como o delito é um fenômeno social, as normas que o regem devem ter por fundamento princípios sociológicos, baseados na convivência social.

Para a doutrina causal não se confundem o processo causal exterior e conteúdo subjetivo da vontade. O conteúdo da vontade é o reflexo interior do acontecer exterior. A conduta é o efeito da vontade, sem considerar o seu conteúdo, que corresponde à finalidade do comportamento. Enquanto a ação pertence ao fato típico, abarcando apenas a vontade (simples voluntariedade), o conteúdo da vontade pertence à culpabilidade. Era a opinião de José Frederico Marques: “A voluntariedade da conduta ativa não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado. O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não à ação. Não se confundem, assim, a voluntariedade da ação com o juízo sobre a culpabilidade do fato punível e ilícito. No primeiro caso, verifica-se a existência da vontade como suporte psíquico do ato; na segunda hipótese, formula-se um juízo de vontade” (*in* Tratado de Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1956, v. 2, p. 51).

Dessa forma, pode-se concluir que para a teoria clássica o crime é um fato típico, antijurídico e culpável (três requisitos). O dolo e a culpa integram a culpabilidade.

Para essa teoria, o crime tem a seguinte estrutura: 1) Fato típico (elementos: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade); 2) Antijuridicidade; 3) Culpabilidade (elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e dolo e culpa). O dolo é normativo, possuindo os seguintes elementos: consciência da conduta e do resultado; consciência do nexo de causalidade; consciência da antijuridicidade e vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

**A Teoria Social da Ação** compreendeu que um conceito tão importante como o da ação, produtor de relevantes efeitos na estrutura do delito, não podia atender exclusivamente a princípios fundamentados nas leis da natureza. Diante

disso, reconheceu a necessidade de situar o problema numa relação valorativa com o mundo social. O conceito de ação, tratando-se de um comportamento praticado no meio social, deve ser valorado por padrões sociais. Assim, ação é a realização de um resultado socialmente relevante, questionado pelos requisitos do Direito e não pelas leis da natureza. Diante disso, ação nada mais é que a causação de um resultado, não importando qual. O conteúdo da vontade, em que se perquire qual o resultado visado pelo agente, não pertence à ação, mas à culpabilidade. É suficiente, na vontade da ação, que o agente tenha querido alguma coisa. O problema referente àquilo que ele quis pertence à culpabilidade.

**A Teoria Finalista da Ação**, que tem em Welzel o seu mais extremado criador e precursor, com fundamento nas idéias filosóficas de Honigswald e Nikolai Hartmann, constitui-se na reação lógica contra os errôneos postulados das doutrinas causais da ação, produzindo efeitos na estrutura do tipo, da ilicitude e da culpabilidade.

A doutrina penal, mesmo antes de Welzel, havia percebido que a adoção da teoria causal da ação levava à perplexidade. Diante dela, não havia diferença entre a ação de uma lesão dolosa e a de uma lesão culposa, visto que o resultado nos dois crimes é idêntico (ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima). O desvalor do resultado não constitui elemento diversificador. A diferença está na ação: é o desvalor da ação que faz com que um homicídio doloso seja apenado mais severamente do que um homicídio culposos, embora o resultado morte seja elementar nos dois delitos. Diante disso, viram que os crimes não se diferenciam só pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo desvalor do comportamento típico.

A vontade finalista pertence à ação, quer dizer, aquilo que os mecanicistas chamam de conteúdo da vontade, que corresponde à vontade tendente à produção de determinado fim, pertence à conduta, primeiro elemento do fato típico.

A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência, ingressam no rol dos delitos culposos.

Em determinado momento da evolução dogmática do Direito Penal, a doutrina entendia que a antijuridicidade era exclusivamente objetiva, não dependendo da vontade do sujeito. Essa idéia vingou até que foram descobertos os chamados elementos subjetivos do injusto, expressão adotada por aqueles que apreciam a ilicitude concretizada no tipo (Mezger). Como dizia Aníbal Bruno, partidário da ilicitude objetiva, a repulsa a uma concepção subjetiva da antijuridicidade não importa em negar a existência do que alguns chamam elementos subjetivos do injusto típico, em negar que uma ação possa ser contrária ou conforme ao Direito segundo a atitude subjetiva do agente, segundo o sentido que ele atribua ao seu comportamento. Partindo desse ponto, Welzel entendeu que não somente a intenção, como também o dolo, nesses casos, pertencem à ação e ao tipo. Se nos crimes com elementos subjetivos do injusto o dolo pertence à ação e ao tipo penal, porque nos crimes sem esses elementos pertenceriam à culpabilidade? Diante disso, segundo a doutrina finalista da ação, a teoria reinante teve por necessidade incluir o dolo na ação (conduta) e no tipo penal.

Em consequência, o dolo é retirado da culpabilidade, constituindo elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico. Percebe-se, portanto, que para a teoria finalista o dolo e a culpa se deslocaram da culpabilidade (teoria clássica) para a conduta e, portanto, para o fato típico.

O dolo passou a ser interpretado de outra forma, excluindo-se dele a consciência da ilicitude. O dolo deixou de ser normativo e passou a ser natural, ou seja, não mais contém a mencionada consciência da ilicitude. O dolo para a teoria finalista passou a ter os seguintes elementos: consciência da conduta, do resultado e do nexos causal e vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

A culpabilidade deixa de abranger o dolo e, por conseqüência, de ser pressuposto do crime e passar a ser pressuposto da aplicação da pena. No lugar do dolo e da culpa passa a existir na culpabilidade apenas a potencial consciência da ilicitude.

Assim, o crime, para a teoria finalista, é um fato típico e antijurídico, possuindo, o fato típico, os seguintes elementos: conduta dolosa ou culposa, resultado, nexa causal e tipicidade. A culpabilidade, como pressuposto de aplicação da pena, possui os seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

**A Teoria da Imputação Objetiva** surgiu na Alemanha, havendo seus primeiros conceitos partido de Hegel, com posterior revisão por Richard Hônig em 1930. Retomada, desenvolvida e aperfeiçoada na década de 1970 por Claus Roxin, que lhe deu seus contornos atuais, tem esta teoria por finalidade resolver os problemas não solucionados pelo causalismo e finalismo, por intermédio de uma nova metodologia de análise e delimitação do alcance do tipo objetivo. Ao se empregar tal teoria, deixa-se de analisar, quanto ao tipo objetivo, uma relação de causalidade puramente material.

Torna-se esta mera condição mínima, a ela se agregando outra, de natureza jurídica, que consiste em verificar se o resultado previsto pode ou não ser imputado ao autor. Não basta apenas que o resultado tenha sido praticado pelo agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade. Passa a ser necessário também que ele possa lhe ser imputado juridicamente.

Assim leciona Maurach:

“... É este precisamente o interesse principal da Teoria da Imputação Objetiva do resultado; para esta, a causalidade somente é a condição mínima; a ela deve agregar-se a relevância jurídica da relação causal entre o sujeito atuante e o

resultado. Portanto, a investigação da causalidade tem lugar em duas etapas, estruturadas uma sobre a outra, enquanto em primeiro lugar deve ser examinada a causalidade (empírica) do resultado e, se afirmada que seja, a imputação (normativa) do resultado”<sup>1</sup>.

### **1.1 - A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO CLAUS ROXIN<sup>2 3</sup>**

Criou então Claus Roxin uma Teoria Geral da Imputação Objetiva, apontando as hipóteses normativas que autorizam a imputação do resultado ao autor, aperfeiçoando dessarte o tipo objetivo, eis que, segundo tal teoria, deve o tipo objetivo compreender tanto a causalidade material quanto a causalidade normativa (imputação objetiva).

Para que possa haver a imputação objetiva, pela Teoria de Claus Roxin, seria, portanto, necessária a concorrência de três condições, quais sejam: 1) A criação ou aumento de um risco não-permitido; 2) A realização deste risco não-permitido no resultado concreto; 3) Que o resultado se encontre dentro do alcance do tipo / esfera de proteção da norma.

Assim esclarece Roxin: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não-permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do

---

<sup>1</sup> Maurach, Reinhart, ZIPF, Heinz. Derecho Penal – Parte General, p. 317-318. In: Stivanello, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. Strafrecht – Allgemeiner Teil. Alemanha, 1992.

<sup>3</sup> \_\_\_\_\_. A Teoria da Imputação Objetiva. Trad. Luis Greco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 38, São Paulo, abril-junho, 2002.

<sup>4</sup> Montalvo, J. Antonio Choclàn. Deber de Cuidado y Delito Imprudente. Barcelona: Bosch, 1998, p. 152. In: Stivanello, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.

alcance do tipo. A *contrario sensu*, podemos afirmar não poder o resultado ser imputado ao agente, não se aperfeiçoando, dessarte, o tipo objetivo, sempre que ocorrer uma das seguintes situações: 1) O resultado decorra do exercício de um de risco permitido ou de uma ação do agente que tenha visado apenas diminuir um risco não-permitido; 2) O risco não-permitido não chegue a se realizar no resultado concreto; 3) O resultado se encontre fora do alcance do tipo ou da esfera de proteção da norma.

Analisaremos, a partir de então, as condições necessárias para que possa haver a imputação objetiva.

### **1.1.1 - CRIAÇÃO OU AUMENTO DE UM RISCO NÃO-PERMITIDO**

Nas palavras de J. Antonio C. Montalvo<sup>4</sup>, há uma zona cinzenta, incerta e difusa, separando o risco permitido do risco proibidos. Visando a clarear a diferença entre tais figuras, levantou a doutrina uma série de elementos e princípios a serem empregados para tal distinção, alguns dos quais passaremos a analisar: Utilidade Social; Inevitabilidade do Risco; Necessidade de Certas Empresas.

Ensina Claudia López Díaz<sup>5</sup> que: Enquanto o risco pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinaram-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado. Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser

---

<sup>5</sup> Diaz, Cláudia Lopes. Introducción La Imputación Objetiva. Bogotá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 108. In: Stivanello, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.

encontrada na Constituição Federal. Esses critérios são os seguintes: a utilidade social, a inevitabilidade do risco e as necessidades de certas empresas.

Qualquer contato social implica um risco. Uma vez que uma sociedade sem riscos não é possível, uma garantia normativa que implicasse na total ausência de riscos não seria factível. O risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido.

Desta forma, o risco será considerado permitido nas ações perigosas que sejam autorizadas pelo legislador, em virtude de sua preponderante utilidade social, mesmo que porventura delas venha a decorrer um resultado de dano. O mesmo valerá quando se tratar de risco inevitável ou realmente necessário para o avanço tecnológico das empresas que integram nossa sociedade industrializada.

Também tratar-se-á de risco permitido aquele admitido em decorrência do princípio da confiança, eis que a sociedade não pode funcionar sem bens passíveis de abuso. Assegura o referido princípio poder-se confiar que os outros se comportarão conforme ao Direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de se afirmar diante de uma aparência suspeita, mas apenas diante de uma reconhecível inclinação para o fato.

Não realiza conduta típica aquele que, confiando em terceiro e agindo conforme o Direito, envolve-se em situação na qual este terceiro produza resultado danoso. Penalmente irrelevante será, portanto, a ação do padeiro que tenha vendido um bolo para um homicida, que, posteriormente, nele inseriu veneno, vindo a matar terceiro que dele provou.

O risco será considerado permitido sempre que o resultado pretendido pelo agente não depender exclusivamente de sua vontade. Caso venha a ocorrer nesta situação, deverá ser atribuído ao acaso. Para que haja a criação de um risco não-permitido, deve haver domínio do resultado por meio da vontade do agente.

Podemos exemplificar tal situação através da hipótese em que "A", sabedor da violência das ondas em certas praias do Havaí, proporciona a seu amigo surfista "B" viagens ao local, na expectativa de que este faleça ao praticar o surfe em suas perigosas praias, o que de fato acaba por acontecer. Apesar do desejo de "A", não deve o mesmo ser confundido com uma "intenção", eis que "A" jamais deteve o domínio do resultado, não podendo este destarte ser-lhe atribuído...

Não haverá imputação objetiva quando o agente tiver como fim diminuir risco de dano maior ao bem jurídico, mesmo que para tal venha a causar dano menor, que seria em tese proibido, ao bem. Podemos exemplificar a situação imaginando o agente "A" que dá um empurrão em "B", fazendo-o assim desviar-se de um carro desgovernado que o atropelaria, causando-lhe, porém, lesões corporais leves com tal ato.

Tratar-se-á de criação de risco proibido, a autorizar a imputação objetiva, a conduta do agente que aumentar um risco pré-existente, mesmo que permitido, ou ultrapassar os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado.

O risco não-permitido, criado pelo autor, deve se realizar. Deve ter sido a causa do resultado. Não basta, para que haja a imputação objetiva, a simples criação ou aumento do risco proibido, fazendo-se também necessária a sua realização no resultado. No clássico exemplo do indivíduo que é baleado, mas vem a falecer em razão de acidente envolvendo a ambulância que o transportava para o hospital, pode-se afirmar que o autor do disparo criou risco não-permitido que, entretanto, não se realizou, eis que a vítima não faleceu em decorrência do tiro, mas sim do acidente. Desta forma o autor do disparo apenas poderia ser punido pela tentativa, jamais pela consumação, pois, apesar de haver criado um risco não-permitido, este não chegou a se realizar. Interessante observar que o emprego da Teoria Finalista nos conduziria a idêntica solução, porém por intermédio de um caminho diferente, qual seja, a análise do desvio do curso causal, que seria realizada posteriormente à confirmação do tipo objetivo.

Não basta que haja umnexo causal entre o resultado e o risco não-permitido criado pelo causador. É preciso, além disso, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. Deve a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma para que possa haver imputação. Trabalhando com exemplo semelhante ao apresentado por Roxin, imaginemos dois carros que trafegam à noite, um atrás do outro, ambos com suas lanternas e faróis apagados. Em razão da diminuição de sua visibilidade pela escuridão, o motorista que seguia à frente colide com um terceiro motorista, que vinha em direção contrária. O resultado teria sido evitado se o motorista que seguia atrás tivesse ligado a iluminação de seu carro. Evidentemente o motorista que seguia à frente deve ser punido por lesões corporais culposas, pois o dever de usar o farol tem por fim (dentre outros) evitar colisões. Ao dirigir com o farol apagado, o primeiro motorista criou perigo não-permitido e este perigo se realizou. Quanto ao segundo motorista, este também criou o perigo, que se realizou por meio do acidente que envolveu o primeiro motorista, eis que, caso tivesse empregado sua iluminação, teria evitado o acidente. A ele porém, nenhum resultado poderá ser imputado na esfera criminal. É que a finalidade do dever de iluminação é de evitar colisões próprias e não as alheias! Ele não realizou o risco não-permitido que a lei pretendia evitar mediante seu comando, podendo portanto ser punido pela infração de trânsito, mas jamais pelas lesões corporais culposas. Também delimita o alcance do tipo o critério da auto-responsabilidade da vítima. Afirma Roxin que não poderá ser punível a participação em auto-colocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco. Assegura não abranger o alcance do tipo tal hipótese, por encontrar o efeito protetivo da norma seu limite na auto-responsabilidade da vítima. Cita como exemplo caso hipotético do traficante que entrega heroína ao viciado, vindo este último a falecer de overdose ao consumi-la. Esclarece que o ato de entrega da droga constitui criação de risco não-permitido, risco este que se realizou, quando o viciado faleceu graças à injeção da droga.

Ensina, entretanto, que, apesar da causação da morte, com dolo eventual, não terá a ação do traficante sido de homicídio, cabendo a este responder apenas pelo tráfico. O usuário da droga possuía completa visão do risco e optou livre-mente pela auto-colocação em perigo, impedindo, dessarte, que o tipo do homicídio

alcance o traficante. Importante salientar que no Direito Penal brasileiro, distintamente do alemão, existe previsão legal de punibilidade para uma situação de participação suicídio, constante do art. 121 do Código Penal. Punem-se a instigação e o induzimento ao suicídio, não sendo portanto válido, perante nosso ordenamento jurídico, o argumento apresentado por Roxin de que: se no Direito alemão, sequer a participação dolosa em suicídio é punível, um simples *argumentum a maiore ad minus* leva ao resultado de que também não será punível a participação em auto-colocação em perigo. A aplicação do princípio da auto-responsabilidade em nossa realidade jurídica não prescinde de uma adaptação ao nosso ordenamento legal, a qual passaria pela admissibilidade da excepcionalidade do art. 122 do Código Penal.

## **1.2 - A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO GONTHER JAKOBS<sup>6</sup>**

Günther Jakobs, por sua vez, traçou novos elementos a serem analisados quanto à imputação objetiva. Alguns deles coincidiram com os já apresentados por Claus Roxin, outros entretanto são inéditos.

Acrescenta então ao conceito de imputação objetiva criado por Roxin, muito voltado para a imputação do resultado, um novo conceito, qual seja o da imputação objetiva do comportamento. Afirma que, por tratar-se de um ser social, o ser humano divide seu espaço, mantendo contatos sociais, no qual cada um é portador de um papel. Aquele que violou seu papel, administrando-o de forma deficiente, responderá jurídico-penalmente. Se foi a vítima quem violou seu papel, deverá esta assumir o dano por si mesma. Se todos se comportaram conforme seu papel, o ocorrido terá sido mera fatalidade não imputável. Tal assertiva também é aplicável aos crimes culposos. No conceito de imputação objetiva de Jakobs deverá, portanto, o tipo

---

<sup>6</sup> JAKOBS, Gunther. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Trad. André Luis Callegari. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. In. Stivanello, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.

objetivo ser acrescido de um novo elemento essencial, qual seja, a violação de um papel. Os limites dos papéis correspondem aos limites da responsabilidade do agente. Apenas caberá a imputação objetiva quando o agente violar o seu papel social. Aponta então o ilustre doutrinador quatro instituições, esclarecendo delimitarem estas "os fundamentos do edifício da imputação objetiva", deixando em aberto discussão acerca da conveniência de sua maior fragmentação. As instituições "delimitadoras da imputação objetiva" são as seguintes: 1) Risco Permitido; 2) Princípio da Confiança; 3) Proibição de Regresso; 4) Competência ou Capacidade da Vítima. Analisaremos tais instituições, cuja incidência assegurará a não-violação do papel social pelo agente, impedindo a imputação objetiva:

### **1.3 - RISCO PERMITIDO**

Elemento já presente na teoria de Roxin, afirma Jakobs não fazer parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo o risco de lesão de outro.

Esclarece que a proibição de qualquer colocação em perigo tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social, inclusive os de salvação. Afirma que muitas espécies de riscos permitidos decorreram de simples aceitações históricas, e que estes estão e sempre estiveram presentes em todos os âmbitos vitais, "não sendo filhos da técnica".

Se o agente se comportar dentro do seu papel social, se enquadrando nos limites aceitos pela sociedade, mesmo que sua conduta implique em lesão ou perigo de lesão, vedar-se-á a imputação objetiva, pela inexistência de violação ao papel

social, atribuindo-se o resultado ao acaso. Complementa Paz Aguado<sup>7</sup> o conceito, expondo que: a determinação do risco permitido há de ser feita em cada caso concreto, sem que seja possível generalizar-se, sequer entre casos similares. Para isso haverá de se valorar em primeiro lugar as normas administrativas de controle da atividade, se é que existem, assim como as normas técnicas escritas ou consuetudinárias, deontológicas ou da experiência que regem a atividade, etc.

#### **1.4 - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA**

Elemento também presente na teoria de Roxin, recebeu a seguinte análise por Jakobs: Quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente todos os demais; de outro modo não seria possível a divisão do trabalho. Não ocorrerá violação de papel, vedando-se a imputação objetiva, para aquele que atuou confiando que os demais se manteriam dentro dos limites do perigo permitido.

#### **1.5 - PROIBIÇÃO DE REGRESSO**

Esclarece Jakobs que: O caráter conjunto de um comportamento não pode impor-se de modo unilateral arbitrário. Portanto, quem assume com outro um vínculo que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida. Um

---

<sup>7</sup> AGUADO, Mercedes de La Cuesta Paz. Tipicidad e Imputación Objetiva. Argentina: Cuyo. P. 150. In: Stivanello, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.

comportamento que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação em uma atividade não permitida.

Prossegue Jakobs seu raciocínio expondo que: ... é certo que pode suceder que no caso concreto fosse possível evitar o comportamento do autor. Mas, inclusive, se isto ocorresse, e aqui o ponto decisivo, a contribuição do terceiro não só é algo comum, mas seu significado é de modo invariavelmente considerado inofensivo. O autor não pode, de sua parte, modificar esta definição do significado do comportamento, já que de qualquer modo o terceiro assume perante o autor um comportamento comum limitado e circunscrito por seu próprio papel; comportamento comum e do qual não se pode considerar seja parte de um delito. Não poderá ser incriminada a conduta daquele que tenha atuado de acordo com seu papel, mesmo que tenha contribuído para o êxito da infração penal praticada pelo agente. Retornando à situação do padeiro que vende um bolo, sendo este posteriormente envenenado por um homicida que o utiliza para matar terceiro, mesmo que tal padeiro conhecesse a finalidade ilícita do homicida, ainda assim não poderia responder pela infração, eis que a atividade de vender o bolo consiste na realização comum e circunscrita de seu papel de padeiro. Deve-se observar que a proibição da contribuição do padeiro na venda do bolo não seria suscetível, de fato, a evitar a conduta do homicida que poderia sem nenhum esforço obtê-lo de outra forma<sup>8</sup>.

## **1.6 - COMPETÊNCIA OU CAPACIDADE DA VÍTIMA**

Assim ensina Jakobs: pode ser que a configuração de um contrato social seja de competência não só do autor, mas também da vítima, inclusive num duplo sentido: pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a conseqüência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação

---

<sup>8</sup> GRECCO. Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro. Impetus, 2002. In: Stivanello, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.

de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio. Merecem destaque nesta instituição duas situações: a posição da vítima e as ações a próprio risco. No que tange à posição da vítima, por vezes o infortúnio desta pode ser a única explicação. Um comportamento do agente, do qual se saiba que decorrerão lesões, segue conforme seu papel na medida em que a vítima não tenha direito a que não se produza o resultado lesivo. Jakobs apresenta como o caso provavelmente mais relevante neste campo o da eutanásia. Expõe que, no âmbito dos cuidados intensivos, é lícito suspenderem-se determinadas prestações que se realizam por meio de aparelhos que conservam a vida do paciente quando ditas prestações não estejam indicadas medicamente. Nessas hipóteses, ainda que a desconexão dos aparelhos, é dizer, um atuar positivo, tenha efeitos causais a respeito da morte do paciente, o médico se mantém dentro do seu papel e não se atribui uma atividade alheia: pelo contrário, constitui uma fatalidade do paciente o fato de estar posicionado de maneira propensa a sofrer dano.

As ações a próprio risco representam as hipóteses cuja explicação deixa de ser a fatalidade decorrente da posição da vítima, passando a ser uma lesão ao dever de auto-proteção desta ou o seu próprio consentimento como ato voluntário. No que se refere à lesão ao dever de auto-proteção, a vítima não pode assumir um contato social arriscado sem aceitar como fruto de seu comportamento as conseqüências que conforme um prognóstico objetivo são previsíveis. Como exemplo temos o praticante de esportes radicais, que, sabedor do risco de lesões a que se expõe, não poderá imputá-las posteriormente ao seu instrutor que agira com plena observância ao seu dever de cuidado. Defende Jakobs também aplicar-se igual solução àquele que decide participar de uma luta de boxe, caso lhe sobrevenham lesões, e àquele que mantém relações sexuais com pessoa que se prostitui, caso lhe sobrevenha contaminação por HIV, afirmando, entretanto, ainda pairarem controvérsias acerca desta última situação. Quanto ao consentimento da vítima, estando presentes os requisitos para que este seja admitido como válido, também afastará a imputação ao agente. Naturalmente, para que se possa admitir como válido tal consentimento deverá o mesmo dizer respeito a bens disponíveis. Encerrada esta breve análise dos conceitos da Teoria da Imputação Objetiva, pela ótica de seus dois principais expositores, quais sejam Claus Roxin e Günther

Jakobs, cabe por fim salientar que persistem resistências à sua adoção pela doutrina pátria, eis que ainda carecedora de maior uniformidade doutrinária, bem como pelo fato de ainda poderem algumas de suas soluções também ser oferecidas por outros segmentos teóricos. O contínuo debate e pesquisa acerca da mesma é, entretanto, relevante e enriquecedor, posto que nos apresenta soluções originais e que poderão representar um grande avanço não somente no âmbito do Direito Penal e de suas conseqüências processuais, como também de cunho social, uma vez que um desnecessário elastério do processo penal, na maioria das vezes, acaba por se transformar em severa e injusta lesão ao ser humano.

## 1.7 - A CONDUTA

A conduta é, em regra, consubstanciada em uma ação em sentido estrito ou comissão, que é um movimento corpóreo, um fazer, um comportamento ativo. Poderá, entretanto, constituir-se numa omissão, que, segundo a teoria normativa, é a inatividade, a abstenção de movimento, é o não fazer alguma coisa que é devida. O fundamento de todo crime omissivo constitui-se em uma ação esperada e na não-realização de um comportamento exigido do sujeito. A conduta, portanto, apresenta-se de duas formas: ação e omissão.

A ação é a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade.

A omissão, como diz ANTOLISEI<sup>9</sup>, é uma conduta negativa. Ela surge porque alguém não realizou determinada ação; a verdadeira "essência da omissão está propriamente em não se ter agido de determinada forma". O fato "puramente

---

<sup>9</sup> F. ANTOLISEI, Manual di Diritto Penale, Parte Ger., 1952, PP. 145-146. In. Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 78.

negativo" é o que caracteriza a omissão. Não merece adesão a doutrina que a concebe como um "aliud facere". O sujeito ativo do delito por omissão pode simplesmente nada fazer, permanecer inerte e com isto verificar-se a conduta típica. É o caso do guarda-cancela que deixa de fazer as sinalizações necessárias por estar dormindo, e dá causa, com isto, a uma colisão entre veículos.

Também é errôneo o entendimento dos que identificam totalmente a omissão com a inércia. Aquele que, por exemplo, não interrompeu o fluxo causal, não impedindo por isso a eclosão do evento, pode, no momento, estar em atividade ou movimento. O alpinista que sucumbe enquanto o seu guia se afasta do local, ao invés de ir a seu encontro para salvá-lo, será vítima de um "non facere" que se verificou, não porque o guia permanecesse inerte, e sim, por haver tido conduta diversa da exigida para impedir o desastre.

A omissão é sempre ausência de ação ou atividade. Tal ausência de atividade tanto pode decorrer da inércia como provir de um "aliud facere". Em sua conceituação mais precisa, a conduta omissiva é sempre a ausência de ação que configura um fato típico.

Se a descrição legal apenas se referir ao "non agere", neste se cristalizará a conduta delituosa. Se, no entanto, o fato típico abranger também o resultado natural da omissão, consumir-se-á o delito omissivo, no plano da tipicidade, com a superveniência do evento.

A omissão pode consubstanciar-se no verbo da descrição típica, por indicar este uma conduta moldada no "non facere", e então o crime será propriamente omissivo. O problema é, no caso, de simples adequação típica, uma vez que o "non facere" vem descrito na regra preceptiva da norma incriminadora. Os delitos omissivos propriamente ditos, "nenhuma dificuldade apresentam", como explicava

COSTA E SILVA<sup>10</sup>, porquanto tudo "se reduz a um exame dos elementos constitutivos de seu conceito legal". É o caso, por exemplo, da "omissão de socorro", capitulada no artigo 135, do Código Penal, em que a conduta típica está no "deixar de prestar assistência", locução verbal em que se consubstancia o núcleo do tipo. O mesmo se diga dos delitos dos arts. 164, 169, n2 II, em que o verbo "deixar" revela claramente o caráter omissivo da conduta típica. De um modo geral o núcleo do tipo, nos crimes omissivos, é revelado pelo verbo "deixar" (arts. 244, 246, 269, 319 e 356 do Cód. Penal), ou pelo verbo "ocultar" (arts. 177, § 12, n2 I, 236, 257 e 305). No artigo 299, é usado o verbo "omitir", no art. 314, o verbo "sonegar", enquanto que o art. 330 emprega o verbo "desobedecer".

Para MEZGER, os delitos propriamente omissivos distinguem-se dos delitos comissivos, ou de conduta ativa, não só porque neles inexiste a ação, como também, pela inexistência do querer. Todavia, como bem demonstrou SOLER, olvidou-se nessa afirmativa que "a voluntariedade para que exista a ação é um mínimo de participação subjetiva do indivíduo"<sup>11</sup>. Por isso mesmo, também a omissão apresenta seu coeficiente de subjetividade.

Nos delitos comissivos por omissão, ou crimes impropriamente omissivos, a omissão é causa de um evento previsto em descrição típica de delito comissivo. Em crimes onde o núcleo do tipo reside em verbos que possibilitam diversas condutas para a produção do resultado delituoso, o "non facere" pode enquadrar-se, perfeitamente, na descrição legal, como "prius" e antecedente do evento. "Matar alguém", por exemplo, é descrição típica onde não se cunhou a forma de conduta, pelo que o comportamento humano, em qualquer modalidade, que cause a morte de alguém, pode adequar-se à figura típica do homicídio. Tanto mata alguém aquele que desfere um tiro ou uma facada na vítima, como aquele que deixa de ministrar a um enfermo, num momento de crise, de acordo com o que prescrevera o médico, o remédio ou tratamento que se fazia imprescindível. Tanto promove a fuga de preso, o carcereiro que lhe dá as chaves do cárcere, como o guarda que não provoca o

---

<sup>10</sup> COSTA E SILVA, Código Penal de 1890, vol. I, p. 13. In. Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 79.

<sup>11</sup> Sebastian Soler, Trat. De Der. Penal, 1948, vol. I, p. 337. In. Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 80.

alarme devido no momento da fuga (art. 351, do Cód. Penal). A inércia, o "non facere", a imutabilidade comodista, — tudo isto pode concorrer para a consumação de vários e inúmeros delitos. Sempre que a intervenção de alguém possa contribuir para evitar ou impedir a prática de um delito, haverá omissão causal no tocante ao resultado lesivo.

Para atribuir-se a alguém, através da "imputatio juris", a qualificação de sujeito ativo de um delito porque de sua conduta omissiva proveio o resultado, não basta estabelecer o nexó causal entre o "non facere" e o evento: é necessário um "quiriti pluris" consistente na obrigação de evitar a consequência. Não se trata de juízo normativo sobre a antijuridicidade da omissão, e sim de adequação típica mediante um juízo normativo. Tanto isto é exato que mesmo reconhecida a tipicidade da omissão, o fato típico pode ser declarado lícito. O guia que não presta socorro a alpinistas que o contrataram por descobrir que pretendem matá-lo para roubar o dinheiro que traz consigo, omite a um dever jurídico, mas o faz em legítima defesa. A obrigação ou dever de evitar o resultado pode ocorrer: a) quando emana de um preceito legal específico; b) quando existe obrigação contratual; c) quando um ato precedente impõe essa obrigação. A mãe que deixa de amamentar o filho está violando um dever que a lei lhe impõe (Cód. Civil, art. 384). O enfermeiro que omite o tratamento preceituado pelo médico, dando causa à morte do enfermo, está infringindo uma obrigação contratual. O caso relatado por NÉLSON HUNGRIA, de "um hábil nadador" que convida alguém a acompanhá-lo em longo nado e, a certa altura, percebendo que o companheiro perde as forças, não o acode deixando-o perecer afogado, — configura exemplo da terceira espécie de obrigação. Em relação à terceira hipótese de obrigação não cumprida, de que resulta a omissão, diz ANÍBAL BRUNO que aí existe, como dominante, o princípio "de que quem cria pelo seu próprio comportamento o perigo de um resultado lesivo tem o dever jurídico de impedir que ele se produza"<sup>12</sup>.

É conhecida a polêmica entre os penalistas a respeito da relevância penal da omissão, alguns entendendo, como é o caso de José Frederico Marques, que a

---

<sup>12</sup> DA Ação no Conceito de Crime, Ver. Pernambucana de Direito Penal e Criminologia, 1954, p. 90. In. Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 81.

omissão tem existência naturalística e, sob tal prisma, influencia o resultado, no plano do ser, enquanto outros entendem que a omissão tem existência puramente normativa, sem qualquer naturalística, influenciando o resultado no plano do dever ser. Há, ainda, aqueles que defendem uma teoria eclética, sustentando que, embora reconhecida uma natureza essencialmente normativa à omissão, nesta possa ser encontrada também um instante naturalístico.

A par dessa discussão, já era opinião do autor que a omissão é relevante quando existe a obrigação ou dever de evitar o resultado, o que pode dar-se "quando emana de um preceito legal específico, quando existe obrigação contratual e quando um ato precedente impõe essa obrigação", como exposto linhas acima. Exatamente essas três hipóteses, embora mais elaboradas e detalhadas, foram incluídas pela Reforma Penal de 1984, através do acréscimo do § 22 ao art. 13 ("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". Especificou-se, pois, para melhor a posição do garantidor, aquele que deve agir, evitando omitir-se, a fim de não responder penalmente pelo resultado que seu não fazer der causa. Observa-se, no entanto, que a alteração do Código Penal não foi suficiente para afastar integralmente a polêmica que cerca o tema da omissão, afinal, no *caput* do art. 13, o legislador equiparou a omissão à ação, elevando-a ao plano naturalístico ("considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido"), enquanto no § 22 do mesmo artigo, colocou-a no plano puramente normativo.

Há duas teorias sobre a natureza da omissão: Teoria Naturalística e Teoria Normativa.

Damásio de Jesus, doutrina que:

[...] de acordo com a concepção naturalística, a omissão é uma forma de comportamento que pode ser apreciada pelos sentidos, sem que seja preciso evocar a norma penal. Esta só teria função de atribuir a ela relevância em face do Direito. Para os partidários da teoria normativa, a omissão não é um simples não-fazer, mas não fazer alguma coisa. O fundamento de todo crime omissivo constitui uma ação esperada. Sem ela (ação pensada, esperada) não é possível falar em omissão no sentido jurídico. Assim, a omissão, por si mesma, não tem relevância jurídica. O que lhe dá esse atributo é a norma, que impõe um determinado comportamento. Ela surge para o Direito quando se constata que a conduta exigida pela norma não foi realizada pelo sujeito, que deixou de observar o dever jurídico de agir. Adotamos a teoria normativa. Foi acatada pelo CP na reforma de 1984 (art. 13, § 2.º). A omissão é a não-realização de um comportamento exigido que o sujeito tinha possibilidade de concretizar. Assim, a possibilidade de realização da conduta constitui pressuposto do dever jurídico de agir. Só há omissão relevante quando o sujeito, tendo o dever jurídico de agir, abstém-se do comportamento. (Direito Penal, 1º Volume, Parte Geral, Ed. Saraiva, p. 237-238).

Não pode ser aceita a teoria que considera a omissão como um *aliud agere*; a omissão como conduta do sujeito não é um *quid vacui*; quem omite não permanece inativo, mas realiza uma ação diferente à que se podia e devia esperar. Ora, o sujeito da conduta omissiva pode, simplesmente, permanecer inerte (dormindo, p. ex.) e subsumir o seu comportamento a uma norma penal incriminadora.

É o caso da enfermeira que, tendo de medicar o paciente em estado de coma de hora em hora, permanece dormindo, causando-lhe a morte. Também não pode ser aceita a teoria que considera a omissão como um *nihil facere*, pois o sujeito pode, ao invés de permanecer inerte, realizar conduta diversa. É o caso do sujeito que impede outro de prestar socorro à vítima em grave e iminente perigo. A essência da omissão reside na ausência de atividade, que pode advir de um *aliud facere* ou de inércia. O que não se compreende é que se diga que a sua essência é totalmente um *aliud facere* ou um *nihil facere*, pois pode ser realizada por meio das duas formas. O que importa é a conduta omitida. É no tocante a esta, e não ao comportamento negativo, que incidem os juízos de ilicitude e de culpabilidade.

A conduta omissiva dá lugar a duas formas de crimes: a) crimes omissivos próprios (ou puros); b) crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão.

### **1.8 - Crimes omissivos próprios**

São os que se perfazem com a simples conduta do sujeito, independentemente de produção de qualquer consequência posterior. A norma que os contém, ao invés de um mandamento negativo (não furtarás, p. ex.), determina um comportamento positivo. Para isso, a figura típica, de forma implícita, descreve uma conduta positiva que deve ser realizada pelo agente em face das circunstâncias por ela narradas. Então, o crime consiste em o sujeito amoldar a sua conduta à descrição legal por ter deixado de observar o mandamento proibitivo determinado pela norma. Ele não cumpre o dever de agir contido implicitamente na norma incriminadora. Assim, na omissão de socorro (art. 135) o núcleo do tipo é o verbo "deixar", enquanto o mandamento é a prestação de assistência às pessoas enumeradas no texto ("não deixarás de prestar assistência"). São omissivos próprios, dentre outros, os crimes dos arts. 236 ("ocultando-lhe"), 244, 246, 257 ("ocultar"), 269, 299 ("omitir"), 305, 319 e 356 ("deixar").

Convém observar que há crimes omissivos próprios que podem ser cometidos com uma ação inicial. É o caso da apropriação de coisa achada (art. 169, II), que pode ter uma conduta inicial positiva (invenção e apossamento da *res desperdita*), consumando-se quando o sujeito deixa de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias. Esses delitos se denominam de conduta mista.

## 1.9 - Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão

São delitos em que a punibilidade advém da circunstância de o sujeito, que a isto se encontrava obrigado, não ter evitado a produção do resultado, embora pudesse fazê-lo. Ele se omite, ocorrendo o resultado. Isso não quer dizer que ele produz o resultado, uma vez que da omissão, fisicamente, nada surge. Ocorre que a lei considera que o não-fazer tem o mesmo valor do fazer. Assim, pode-se praticar um homicídio por meio de um comportamento positivo (desferir facadas, p. ex.) ou negativo (deixar a vítima morrer de inanição). A norma considera que "o omitente, como garantidor, está obrigado a impedir o resultado", sendo que o "omitir-se corresponde valorativamente à realização do tipo legal por meio de um fazer ativo"<sup>13</sup>. Chamam-se omissivos impróprios porque não se confundem com os omissivos puros. Nestes últimos, a conduta negativa é descrita pela lei. Nos omissivos espúrios, ao contrário, a figura típica não define a omissão. O tipo não descreve condutas proibidas, deixando ao exegeta a tarefa de indicar se, em face do ordenamento jurídico, o omitente pode ser equiparado ao agente e, em consequência, sofrer a imposição da sanção contida no preceito secundário da lei incriminadora. Ex.: o crime de aborto, que tem como núcleo do tipo o verbo provocar, admite a forma executiva comissiva por omissão. É o caso da parteira que, contratada para assistir a gestante, voluntariamente deixar de tomar uma providência necessária para evitar o aborto espontâneo. Para que alguém responda por crime comissivo por omissão é preciso que tenha o dever jurídico de impedir o resultado. Quando existe o dever jurídico de impedir a produção do resultado? Esse dever existe em três casos distintos:

- 1.º quando advém de um mandamento legal específico ;
- 2.º quando o sujeito, de outra maneira, tornou-se garantidor da não-ocorrência do resultado; 3.º quando um ato precedente determina essa obrigação (CP, art. 13, § 2.º).

---

<sup>13</sup> JOAHNNES Wessels, *Direito Penal, parte geral*, trad. Juarez Tavarez, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1976, p. 158. In: Stivanello, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.

### 1.10 - Caso fortuito e força maior

Qual a natureza jurídico-penal do caso fortuito e da força maior? Há duas opiniões a respeito: 1.a) são excludentes da culpabilidade; 2.a) são excludentes do nexo de causalidade. Em face da legislação penal italiana, que inclui o caso fortuito e a força maior na questão da culpabilidade, Bettioli ensinava que é a imprevisibilidade "que caracteriza o caso fortuito como acontecimento que acompanha ou que segue a ação de modo a determinar, conjuntamente com esta, um evento lesivo. O caso fortuito exclui assim a culpabilidade uma vez que, faltando a previsibilidade do evento, desaparece a possibilidade de uma motivação diversa". Citando Cavallo, dizia que "toda e qualquer ação lesiva de um bem juridicamente tutelado pode ser declarada não culpável, porque inexigível, quando ocorra a força maior"<sup>14</sup>. Em campo oposto, perfilhando a teoria objetiva, Grispigni observava que a verificação do fortuito se traduz, "sem possibilidade de dúvida, em aze um evento não pode juridicamente ser relacionado com uma conduta, que dele seja causa, pois no tocante a essa conduta ele se apresenta como um evento casual e imprevisível".

Entendo que o caso não exclui o nexo de causalidade. É errada a afirmação de que o caso fortuito e a força maior rompem a relação causal. Esta existe ou não existe, sendo impossível ser extinta depois de sua ocorrência. Se estou dirigindo um veículo quando há rotura da barra-de-direção, havendo atropelamento e morte de um terceiro, existiu o nexo causal: se eu não estivesse dirigindo não ocorreria a morte da vítima. O dolo e a culpa, de acordo com o finalismo, constituem elementos do integrando a conduta: esta só é típica quando dolosa ou culposa. Ora, no caso, não há dolo nem culpa. Logo, não havendo conduta dolosa ou culposa, não há conduta típica. Em consequência, quando interferem a força maior e o caso fortuito, não há crime por ausência de conduta dolosa ou culposa (primeiro elemento do fato

---

<sup>14</sup> Direito Penal, Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, notas de Eduardo da Cunha Luna, RT, 1971, v. 2, p. 147, 149 e 150. In: Direito Penal, volume 1, Parte Geral, Damásio E. de Jesus, 28 ed, 2006, p. 240

típico). Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, o caso fortuito e a força maior devem ser considerados hipóteses de exclusão da tipicidade do fato.

### III - SEÇÃO 2: CAUSALIDADE NA OMISSÃO

No magistério de Guilherme de Souza Nucci, *“a relação de causalidade é o vínculo estabelecido entre a conduta do agente e o resultado por ele gerado, com relevância para formar o fato típico”* (in Código Penal Comentado, 9ª ed., RT, 2009, p. 140). E prossegue o insigne mestre, *“etimologicamente, a palavra conduta é latina e significa conduzida ou guiada; quer dizer que todas as manifestações compreendidas no termo de conduta são ações conduzidas ou guiadas por algo que está fora das mesmas: pela mente. Dessa maneira, o estudo da conduta, considerada assim, assenta sobre um dualismo ou uma dicotomia corpo-mente, sobre a tradição do mais puro idealismo, no qual a mente tem existência própria e é o ponto de origem de todas as manifestações corporais; segundo essa perspectiva, o corpo é somente um instrumento ou um veículo do qual se vale a mente (alma) para se manifestar (Bleger, Psicologia da conduta, p. 23). No prisma jurídico, o conceito de conduta adquire diferentes pontos de vista. Na visão finalista, que adotamos, conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano voltado a uma finalidade (tomando o conceito de conduta como gênero, do qual são espécies a ação e a omissão, ver ainda Zaffaroni e Pierangeli, Manual de Direito Penal – Parte Geral, p. 413; Pierangeli, Escritos jurídicos-penais, p. 441; Welzel, Derecho penal alemán, p. 238, este último dizendo que ‘a ação e omissão de uma ação são duas subclasses independentes dentro da conduta’ susceptível de ser regida pela vontade final)”* (op. ct., p. 141).

A causalidade material é um problema de adequação típica. Embora teorias várias tenham sido formuladas para estabelecer os limites e alcance da causalidade material, a verdade é que se trata de questão ligada à tipicidade. O art. 13 do Código Penal equipara a condição à causa, adotando assim a teoria denominada da "equivalência", ou teoria da *conditio sine qua non*, consoante esclareceu o Ministro FRANCISCO CAMPOS, na Exposição de Motivos, *in verbis*: "O projeto adotou a teoria chamada da "equivalência dos antecedentes" ou da *conditio sine que non*.

Não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui in concreto, para o resultado, é causa". Nem outra coisa dizem os mais insígnis comentadores do vigente estatuto de Direito Penal. Cumpre ponderar, porém, que o art. 13, do Código Penal, só alude aos crimes em que exista resultado: considera-se causa, diz o texto legal, "a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Por outra parte, o citado dispositivo da lei penal ainda esclarece que a causalidade é um problema de imputação: o resultado, "de que depende a existência do crime — lê-se no início do art. 13 — somente é imputável a quem lhe deu a causa". Isto significa que a *conditio sine qua non* atua no campo da *imputatio facti*, em crimes onde há conduta e resultado no plano da realidade física. A *imputatio juris*, que tem na tipicidade o seu primeiro momento, pois uma conduta só adquire relevância jurídico-penal quando adequada a um tipo, limita a incidência do princípio da *conditio sine qua non*, ao qualificar juridicamente a ação ou omissão. Bem sabemos que a orientação tida por ortodoxa, sobre nossa legislação penal, não cria limitações à aplicação da teoria da equivalência, a não ser nos domínios da culpabilidade: lembrando o *nullum crimen sine culpa*, alega-se que a ação, embora causadora do resultado no plano da *imputatio facti*, será submetida, no campo da *imputatio juris*, ao juízo de culpabilidade. A causalidade física "não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade — como diz NÉLSON HUNGRIA; acha-se esta, igualmente subordinada à culpabilidade do agente"<sup>15</sup>. Todavia, se excessos se encontram na teoria da equivalência (por isso que todo antecedente do resultado se equipara à causa), o momento de cortá-los, para que assim a lei penal se aplique devidamente, não é aquele da culpabilidade. Os corretivos que se tem procurado pôr às conseqüências da teoria da *conditio sine qua non*, no campo da culpabilidade, "ou são insuficientes — diz JIMÉNEZ DE ASÚA — ou supõem a intromissão de características do delito em um momento em que ainda não devem suscitar problemas de ordem subjetiva"<sup>16</sup>. São insuficientes as limitações do juízo de culpabilidade porque são inoperantes nos crimes qualificados pelo resultado, quando, segundo certas legislações, a responsabilidade é meramente objetiva. Depois, como lembra EDUARDO CORREIA, "ao lado das penas, há ainda as medidas de segurança. Ora, a aplicação destas faz-se por vezes depender da prática de atos independentemente

---

<sup>15</sup> HUNGRIA, Nelson, Comentários do Código Penal, vol. I, p. 239: In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 114.

<sup>16</sup> Tratado de Derecho Penal, vol. III, p. 494. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 115.

da culpa do agente". E a seguir, acrescenta o ilustre penalista português: "antes da culpa e depois da ação, aparecem como elementos do conceito de crime, a tipicidade e a ilicitude. Sendo assim, a imputação à base da teoria das condições equivalentes, de um resultado, não seria definitiva, se, por força da interpretação da lei, se viesse a verificar que a condição posta pelo agente não é tipicamente relevante"<sup>17</sup>. Por motivo análogo a repele GRISPIGNI, assinalando que o corretivo da culpabilidade, embora funcione, só atua depois de afirmada a antijuridicidade, e com ela, a responsabilidade civil, nos casos em que esta se vincula à mera ilicitude, isto é, sem exigência de culpa (responsabilidade objetiva)<sup>18</sup>.

No campo processual, os efeitos da causalidade material, antes que viessem os corretivos da culpabilidade, seriam muitos, pois que o "corpo de delito" independe da apreciação de elemento subjetivo ligado à culpa em sentido lato. Tudo isto mostra que a doutrina da equivalência deve ser aplicada tão-só no estrito campo da *imputatio facti*. A adequação ao tipo se processará, sob outros princípios e dentro de setores bem delimitados, e menos extensos, das diversas figuras delituosas contidas na legislação penal.

## 2.1 - Doutrinas sobre a causalidade.

Antes de estudarmos o problema da causalidade em nosso direito positivo, passemos em revista, sumariamente, as teorias mais importantes sobre tão controvertido assunto. FERNANDO DIAZ PALOS agrupa em três categorias as doutrinas sobre a causalidade penal: a) a doutrina da equivalência; b) as doutrinas

---

<sup>17</sup> Direito Criminal, vol. I, p. 231. In: Op. cit., vol. II, p. 115

<sup>18</sup> GIAMPERO AZZALI, Contributo Allá Teoria della Causalità nel Diritto Penale, 1954, p. 12. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 116.

individualizadoras; c) as doutrinas consubstanciadas em orientações teóricas recentes e modernas<sup>19</sup>.

A teoria da equivalência, que tem suas raízes filosóficas em ensinamentos de STUART MILL, é a que nosso Código pretendeu adotar: todas as condições são igualmente necessárias para o resultado in concreto, porquanto se uma delas for suprimida, mentalmente, o efeito desaparecerá. Donde a impossibilidade de distinguir-se, entre as condições, a que foi causa do evento, afastando as demais e não as tendo como relevantes para o resultado. Através da supressão da conduta de alguém é que se verifica a existência da *imputatio facti*: se o resultado ocorresse mesmo sem a conduta em foco, esta não se apresentará como causa do evento. É o caso, v. g., do indivíduo que dá uma facada em outro que com ele se encontra num barco. Depois dessa agressão, a embarcação é tragada por uma onda mais forte e aquele que levara a facada vem a morrer, por não saber nadar. Em tal hipótese, incabível será atribuir-se ao autor da facada, a prática de um homicídio consumado, pois supresso in mente o ato de agressão, verificar-se-á que a morte teria ocorrido da mesma forma<sup>20</sup>.

As teorias individualizadoras, ao revés, procuram destacar um antecedente do resultado para lhe atribuir o caráter de causa. Elas se apresentam sob diversas formas teóricas, em construções doutrinárias variadas. Para BINDING, a quem se deve a teoria da "preponderância", causa é a condição que rompe o equilíbrio entre as condições positivas e negativas ocorrentes e dá a direção decisiva para o resultado. Na teoria da causalidade próxima, seguida por autores franceses (GARRAUD, GARÇON, CHAVEAU et HÉLIE), a causa se identifica com as condições mais diretas e imediatas do resultado. A essa classe de teorias se filia o pensamento de BIRKMEYER, para quem causa é a condição mais eficaz. Nela também se entroncam: a) a doutrina da causa determinante de BRUSA e LUCCHINI

---

<sup>19</sup> FERNANDO DIAZ PALOS, La Causalidad Material em El Delito, 1953, p. 39. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 117.

<sup>20</sup> NELSON HUNGRIA, vol. I, p. 240. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 117.

(causa é a condição necessária, suficiente e determinante do evento; b) a doutrina de KOHLER e STOPATTO, de que causa é a força real A que, separando-se das demais, produz o evento; c) a doutrina da causalidade eficiente, em que se procura localizar a causa *efficiens* em um antecedente do resultado, pelo seu intrínseco e real poder de causação.

A teoria da causalidade adequada é das que tem tido mais prosélitos e partidários entre os cultores do Direito Penal. Causa, nessa teoria, é a condição em geral idônea ou adequada a determinar o fenômeno. Não basta, para essa doutrina, a eliminação *in mente* da condição para que, suprimindo também o resultado, se estabeleça a relação causal. É necessário, ao demais, que o evento seja ordinariamente a consequência de tal antecedente.

Entre as novas orientações doutrinárias, destacam-se: 1) a teoria da causa típica de BELING: a causalidade é um problema de adequação do fato ao tipo; 2) a teoria da relevância de MEZGER em que, além da conexão causal entre o ato voluntário e o resultado, se exige que essa conexão tenha relevância jurídica; 3) a teoria da causalidade racional de SEBASTIÁN SOLER: é necessário que o resultado deva razoavelmente ocorrer, pois o evento provavelmente deve realizar-se quando é consequência normal da conduta que o antecede.

Relação causal e tipicidade. Para que o problema da causalidade seja devidamente analisado, na sistemática do direito penal pátrio, é de mister que algumas questões prévias sejam devidamente elucidadas. A denominada *imputatio facti* — noção advinda dos práticos medievais — consiste na relação que deve existir, no mundo físico, entre uma conduta humana e um resultado, para que este possa ser atribuído a quem praticou a ação a omissão de que deriva. Da *imputatio facti* distingue-se nitidamente a *imputatio delicti* ou *imputatio juris*, que é a causalidade psíquica que liga o evento à vontade do agente<sup>21</sup>. Dessa maneira, as indagações sobre a causalidade devem permanecer nos domínios da *imputatio facti*,

---

<sup>21</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale, p. 1934, In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 119.

uma vez que a questão permite ao elemento subjetivo se integrar como um dos componentes do juízo de valor que se formula no setor da culpabilidade. Uma vez que o Código Penal abraçou a teoria da equivalência, cumpre, em primeiro lugar, estabelecer as delimitações sobre as categorias de crimes em que a causalidade material é problema existente e relevante. De início, devem ser excluídos os crimes de mera conduta, porque aí não há que falar em relação causal que seja o nexo entre a ação (ou omissão) e o resultado: desde que existe resultado material separado da conduta humana, não há, no caso, qualquer solução a ser dada a respeito dos liames entre conduta e evento; e isto porque, nesses crimes, ao invés do binômio conduta e resultado, há tão-só o monômio conduta. Surge assim a primeira delimitação do assunto em razão da estrutura do delito: não se cogita da causalidade material nos crimes de mera conduta. Nem há que falar da co-autoria, porquanto nesta, o assunto tem outros aspectos, conforme oportunamente será desenvolvido e explicado.

Outra redução do campo de incidência da relação causal está nas infrações de conduta específica, pois se trata de delitos em que o problema da causalidade se acha em relação direta e imediata com a própria adequação típica. Em tais crimes, causa do evento é ação ou omissão que se enquadre no verbo da descrição típica. Se no núcleo do tipo se encontra um verbo que designe um *modus faciendi* todo peculiar e próprio, não se tem de investigar das causas anteriores dessa conduta específica, a qual nenhum relevo apresenta por cair na esfera da "atipicidade".

As condições da conduta típica e seus vários antecedentes nenhum relevo têm, muito embora constituam antecedentes do resultado, uma vez que, para a adequação, é exigida a produção do evento mediante comportamento específico e determinado, e não pela simples causação do "resultado de que depende a existência do crime". É evidente, diz ANTOLISEI, que quando é individualizada "a espécie de ação ou do meio com que deve ser atingido o resultado, a indagação causal fica circunscrita: uma causação estranha àquela ação e àquele determinado

meio não basta para a existência do crime e, por isso, a sua verificação não interessa a quem deva aplicar a norma"<sup>22</sup>.

Vê-se, do exposto, que a causalidade é um problema de adequação típica. As diversas teorias sobre a causalidade, como o disse BELING, transportaram o assunto a um terreno "pré-jurídico e apriorístico", para com isto cometerem o "erro metodológico" de procurar extrair daí conseqüências jurídicas. A causalidade não existe como tal, pois o problema jurídico-penal que nela se focaliza consiste em averiguar, nas figuras legais de crime, uma "particular causalidade típica".

A redução do problema feita por BELING é fundamental, como o salienta SOLER, "porquanto ela nos ensina a não colocar os casos em função meramente doutrinária, e nos põe no dever de nos prendermos estritamente às formas de causação que a lei reconhece". E acrescenta o penalista platino, à guisa de esclarecimento, que se em determinadas figuras típicas é admissível uma condição simples como causa, "em outras encontraremos a exigência de um *modus operandi* absolutamente definido e típico"<sup>23</sup>.

A objeção principal contra a diretriz preconizada pelo insigne penalista germânico consiste em que, nos crimes de forma livre, a solução da causalidade do resultado no enquadramento ao tipo continua a apresentar as mesmas dificuldades que abrigaram os cultores do Direito Penal a tantas pesquisas doutrinárias sobre o nexos causal. Todavia, tal alegação não demonstra que se deva armar a equação fora do campo da tipicidade; o que dela se extrai é tão-só a conclusão de que a adequação típica, nos crimes de forma livre, por complexa e difícil, exige indagações maiores sobre a relação causal entre ação e resultado, quando se tem de enquadrar a conduta humana na descrição legal da norma incriminadora.

---

<sup>22</sup> Op. cit., p. 224. In: In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 120.

<sup>23</sup> ERNEST VON BELING, Esquema de Derecho Penal, p. 326. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 120.

## 2.2 - Da causalidade nos crimes de forma livre

A questão da causalidade material deve situar-se na esfera da adequação típica e se reduz à averiguação sobre a conduta causal nos crimes em que o legislador, ao cunhar o tipo, não deu formas específicas a ação produtora do evento.

Ponto de partida para essa pesquisa está na *imputatio facti*, a qual será fixada de acordo com a doutrina da equivalência. Qualquer condição pode ser imputada a alguém, como causa do resultado, uma vez que o legislador não fixou especificamente o *modus operandi* a que se prende o evento.

Com a amplitude que tal doutrina imprime às noções de causa, poder-se-ia chegar, porém, a conseqüências absurdas e iníquas. Todos os antecedentes que condicionaram a ação mais próxima do resultado iriam como atos humanos, inserir-se na séria causal e, portanto, na *imputatio facti*. A condição da *causa efficiens*, a condição daquela condição (e assim até o infinito) estariam no fluxo causal a que se prende o evento, pelo que qualquer ação ali existente poderia ser apontada como causa do resultado. Até os pais da vítima e os pais do delinqüente, num crime de homicídio, deveriam responder pelo resultado, uma vez que, suprimindo-se *in mente*, ou o nascimento do autor do crime ou o do ofendido, verificar-se-ia a não ocorrência do evento.

Para impedir que a incidência da norma punitiva se opere em termos tão amplos e esdrúxulos, o enquadramento típico se fará com a separação e escolha das condutas verdadeiramente relevantes, no campo da tipicidade, para a configuração da espécie delituosa.

Mesmo estabelecida a relação de causalidade entre o ato e o resultado, a relevância penal da causalidade acha-se limitada pelo elemento subjetivo do fato típico, por ter o agente querido o fato ou por ter dado causa ao resultado ao não tomar as cautelas que dele se exigia, ou seja, só pratica conduta típica quem agiu com dolo ou culpa. A rigor, a adoção do princípio da *conditio sine qua non* tem mais relevância para excluir quem não praticou conduta típica do que para incluir quem a cometeu.

Deve-se existir sempre o nexu causal para a atribuição de uma conduta típica ao agente. Não havendo nexu causal, não há que se cogitar de responsabilidade penal. A simples dúvida a respeito da existência do nexu de causalidade impede a responsabilização do agente pelo resultado.

A *imputatio facti* é operação que precede à tipificação da conduta. Diante de um evento que pode ser delituoso, a investigação de suas causas é ilimitada. No instante, porém, em que se deve subsumir a conduta num tipo, é preciso analisar quais as ações que tem relevância jurídica. E isto só se consegue com a tipificação da conduta no "verbo" que constitui o núcleo da descrição legal. O Código Penal, ao tratar do delito continuado, fornece alguns elementos para esse trabalho de qualificação.

Se numa série de delitos da mesma espécie todos se ligam pelo nexu da continuidade, mediante a verificação de "condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes" que mostrem que "os subseqüentes devem ser havidos como continuação do primeiro", — o mesmo deve ocorrer numa série de condições e antecedentes que precedem, no fluxo causal, à produção do resultado: a conduta humana que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes mostre que o evento deve ter nela seu fator causal, pode ser enquadrada na descrição típica. Deve-se tomar em conta os fatores objetivos mencionados no art. 71, do Código Penal, — fatores esses que o legislador entendeu relevantes para estabelecer a homogeneidade de condutas delituosas que se sucedem, e que também são de grande alcance para caracterizar, na série e

sucessão de condutas inseridas no fluxo causal, aquelas que se homogeneizaram com o resultado e que podem, por isso, subsumir-se no tipo. Com isto não se infringe o princípio da equivalência adotado pelo estatuto penal.

A causalidade é um problema prévio em face da tipicidade, como também em face da culpabilidade. Por isso mesmo, se a *conditio sine qua non* pode funcionar sem limites para a descoberta da conduta causal, — o mesmo não sucede quando se procura enquadrar essa conduta no tipo para que a ação ou omissão tenha relevância jurídico-penal. Assim como a tipicidade individualiza a ação, soldando e aglutinando seus vários momentos e fases; assim como a tipicidade indica qual o resultado delituoso dentre os vários efeitos que a ação provoca, — assim também ela operará no tocante aos antecedentes do evento, apontando a conduta causal relevante para a existência do crime. A conexão causal, como disse MEZGER, só pode ser encontrada "nos tipos penais legais, em virtude de uma interpretação de seu sentido" (Derecho Penal, 1935, vol. I, p. 223. In: 23 ERNEST VON BELING, Esquema de Derecho Penal, p. 65. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 123).

A adequação típica é um problema de qualificação, que se situa por isso mesmo no plano normativo, e não, simples enquadramento mecânico de uma conduta no tipo delituoso que a norma penal descreve. Donde inferir-se que para subsumir-se uma conduta concreta na descrição abstrata da lei, necessário se faz um trabalho prévio de adequação normativa para que a ação ou omissão se transforme em "fato típico". A adequação ao tipo, de uma conduta, como produtora de determinado evento de que depende a existência do crime deve ser feita em função daquela "probabilidade razoável" a que se refere Soler.

A causalidade humana não é cega e sem direção. Equipará-la à causalidade física que opera na sucessão dos fenômenos naturais, para conseguir, dessa forma, soluções rígidas e incontroversas, é desconhecer o que de variável e flutuante existe em todos os atos humanos. Se na esfera da *imputatio facti* que precede à adequação típica, possível se torna a equiparação de todos os antecedentes, porque

a sucessão linear dos fatores causais do evento deve servir de suporte à qualificação jurídica dessas condutas humanas, — o mesmo não acontece quando se sobe para o setor normativo da adequação típica. Ao transmudar-se em fato típico, a ação recebe um *quid pluris* que a afasta, como acontecimento causal, do simples jogo físico de fenômeno do mundo natural, para colocar-se no campo de valores do universo jurídico. Na verificação dessas condições e circunstâncias que servirão para apurar a "probabilidade razoável" do nexos causal, a ação humana é examinada em seus aspectos objetivos e subjetivos. Para descobrir esse nexos, diz SOLER, "o juiz deve examinar, ao estudar a ação, não já a pura relação hipotética *sublata causa tollitur effectus* (a relação chamada causal), senão também o conteúdo total da ação, em que, é certo, existem relações causais, mas onde aparecem, aos demais, outras relações que a simples consideração causal despreza ao traçar os fins da atribuição de um fato a um sujeito. Entre essas mesmas relações está tudo o que foi "efetivamente calculado" pelo sujeito, como força produtora supercausal, isto é, as relações espaciais, temporais e modais que, junto às causais, também influem na ação. Mas, por não se tratar de um juízo de culpabilidade, o juiz há de examinar, "além do mais", a situação sob a perspectiva do calculável".

Se do exame de uma conduta, em face de todas essas circunstâncias, verificar-se que existe uma "probabilidade razoável" de ser ela o antecedente causal do resultado, — então haverá adequação típica. Aquela conduta e o resultado irão compor o "fato típico", uma vez que estão ligados pelos laços da causalidade.

O conceito de causa não é jurídico, mas da natureza; é a conexão, a ligação que existe numa sucessão de acontecimentos que pode ser entendida pelo homem. Causar, como ensinam os léxicos, é motivar, originar, produzir fenômeno natural que independe de definição.

Não se distingue entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos, seja positivamente a título de instrumento ou meio, seja negativamente, afastando os obstáculos). As forças se equivalem e sem uma delas o fato não teria ocorrido.

Todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento devem ser considerados causa deste. Basta que a ação tenha sido condição para o resultado, mesmo eu tenham concorrido para o evento outros fatos, a ação é causa e o agente é causador dele.

Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido in mente sem afetar o resultado. Assim, se a vítima se fere na fuga quando procura fugir à agressão, há relação de causalidade, pois se, hipoteticamente, se suprimisse a agressão, a vítima não fugiria e, portanto, não sofreria a lesão.

#### IV - SEÇÃO 3: A SUPERVENIÊNCIA CAUSAL.

No próprio setor da *imputatio facti*, contém o Código Penal preceitos que limitam a aplicação da *conditio sine qua non* na investigação da conduta causal. O art. 13, § 1º, do Código Penal, ao tratar de causa superveniente, diz o seguinte: "A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si, produziu o resultado".

Causa superveniente relativamente independente é a que sobrevém à ação ou omissão, mas que, por sua intervenção, faz com que esse determinado evento ocorra em circunstância de tempo, ou de lugar, ou, ainda, de outras modalidades diversas das que teriam ocorrido se a série causal antecedente prosseguisse em sua atuação normal. Já a expressão "por si só" não quer dizer que a segunda causa seja independente da primeira, mas que o evento ocorreu de maneira independente do fato do primeiro agente. Trunca-se, para os efeitos legais, a cadeia de causalidade quando a conduta anterior, embora criminosa de *per si*, não esteja na linha necessária do desdobramento objetivo causal.

Segundo a doutrina, resolvem-se as dúvidas quanto à responsabilidade do agente nas hipóteses previstas pelo parágrafo citado quando se examina a causa superveniente que mantém essa relação relativa com a causa anterior: se ela estiver fora do desdobramento físico necessário, o agente não é punido pelo resultado; se estiver ela dentro desse desdobramento necessário, o agente é responsável pelo evento.

Em outros termos, a causa superveniente não rompe o nexo de causalidade quando constituir um prolongamento ou desdobramento da ação cometida pelo agente, formando uma cadeia unilinear, desde que a causa anterior tenha um peso ponderável, seja consistente e mantenha certa correspondência lógica com o resultado mais lesivo a final verificado.

Para facilitar o entendimento deste artigo 13, descreverei alguns tipos principais de crimes: a) *crimes materiais*: são aqueles em que a lei descreve a conduta do agente e o seu resultado (efeito natural) que consuma o crime (exemplo: no homicídio, a ação é matar e o resultado, a morte, não se consumando o crime sem que esse efeito ocorra); b) *crimes formais*: são aqueles que se consumam antecipadamente, sem dependência de ocorrer ou não o resultado desejado pelo agente (exemplo: a calúnia, que se consuma com sua simples comunicação a outra pessoa, independentemente de a reputação do ofendido ficar ou não abalada); c) *crimes de mera conduta*: são aqueles em que a lei só descreve a conduta do agente, não aludindo a qualquer resultado, de modo que se consumam com o mero comportamento (exemplo: desobediência, violação de domicílio); d) *crimes comissivos*: são aqueles que requerem comportamento positivo (ação), o 'fazer' o agente alguma coisa (exemplo: matar ou ferir alguém); e) *crimes omissivos próprios*: são os praticados mediante o 'não fazer' o que a lei manda, sem dependência de qualquer resultado (comportamento negativo) (exemplo: omissão de socorro); f) *crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão*: são aqueles em que o agente, por deixar de fazer algo que estava obrigado, produz o resultado (exemplo: a mãe que deixa de dar alimento ao recém-nascido, causando-lhe a morte).

O artigo 13 do Código Penal trata do resultado (efeito natural da conduta humana), de modo que é inaplicável aos crimes formais (que se consumam antecipadamente), aos de mera conduta (sem resultado) e aos omissivos próprios (que não dependem de resultado).

A cabeça do artigo 13 estabelece o nexo de causalidade (ou relação causal), pelo qual o resultado (nos crimes que dele dependem) só pode ser atribuído a quem lhe deu causa. A palavra causa significa aquilo que faz com que algo exista; as palavras ação e omissão correspondem, respectivamente, aos comportamentos do homem positivo e negativo.

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes é também chamada *conditio sine qua non* (condição sem a qual não), acolhida pelo nosso Código Penal. Por ela, tudo que contribui para o resultado é causa, não se distinguindo entre causa e condição ou concausa. Para saber-se se um antecedente foi causa do resultado deve-se procurar eliminá-lo mentalmente, e verificar se o resultado, sem ele, teria acontecido.

O parágrafo primeiro limita a extensão da regra da equivalência dos antecedentes causais, enunciada no *caput*, retirando-se dela a concausa relativamente independente, pois a concausa absolutamente independente já está afastada pela própria regra do *caput*. Com este § 1º, fica excluído o nexo de causalidade quando sobrevém uma segunda causa que se situa fora do desdobramento normal da causa original, e que, por si só, já causa o resultado. Assim, se a segunda causa estiver dentro do desdobramento físico da primeira, o agente responde pelo resultado. Ao contrário, se a segunda causa (ou concausa) não se achar no desdobramento normal da anterior e por si só produzir o resultado, o agente não responde por este. Exemplo: a vítima agredida pelo agente é transportada ferida para o hospital em ambulância, que, no caminho, sofre uma colisão; se o posterior falecimento da vítima no hospital for ocasionado pela colisão, trata-se de uma concausa independente, só respondendo o agente pelas lesões corporais.

Trata-se de uma exceção à teoria da equivalência, como bem assinala NÉLSON HUNGRIA, pois o "parágrafo prevê a hipótese da independência relativa da causa superveniente" (Op. cit., vol. I, p. 329. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 125).

No caso do barco tragado pelas ondas, atrás referido, aplica-se o art. 13, *caput*, porquanto suprimida *in mente* a agressão sofrida pela vítima com o tiro que recebeu, o resultado in concreto teria ocorrido. Suponha-se agora que um indivíduo, por ter sido atingido pela faca de um desafeto, é conduzido a um hospital. Essa pessoa, vítima da facada, vem a morrer, dias depois, em conseqüência de um

incêndio na enfermaria ou dependências em que se encontra internado. Em face da cabeça do artigo, o autor da facada responderia, no plano da *imputatio facti*, pelo evento morte; no entanto, tal não acontece porque se aplica à hipótese o § 1º do art. 13. Em tal caso, como ensina PETROCELLI, "temos uma autonomia da condição superveniente; temos, portanto, uma condição que age por si só, com eficácia causal própria e diversa<sup>24</sup>".

O que caracteriza propriamente a autonomia da causa superveniente é a circunstância de não se encontrar "na linha de desdobramento físico" da ação anterior. Dois exemplos esclarecerão bem quando a causa superveniente é autônoma, ou quando se liga ao nexos causal da ação que a antecede.

Um cocheiro, por estar dormindo, desvia-se do caminho que o levaria ao local a que se destina o passageiro que conduz. Em dado momento, um raio atinge o veículo e mata o passageiro. É indubitável que, no caso, tem aplicação o art. 13, § 1º, do Código Penal.

Suponha-se, porém, que por estar o cocheiro dormindo, o carro vá de encontro a uma árvore e o passageiro vem a morrer. O encontro do veículo com a árvore se imputa ao cocheiro. Por que esse tratamento diferente aos dois casos, se ambos se derivam do fato de estar o cocheiro dormindo e não conduzir, por isso, o seu carro, pela estrada certa? É que no segundo exemplo o encontro do carro está "em posição de homogeneidade" com a própria conduta do cocheiro que dirige o carro dormindo. O mesmo se diga do doente que morre quando o cirurgião, por imperícia, dá causa a uma infecção no ferimento produzido por um tiro que o enfermo recebera: neste caso, o autor da lesão responde pelo evento morte.

---

<sup>24</sup> Principi di Diritto Penale, 1954, p. 368. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 125.

Como explica DE MARSICO, a ação do cirurgião está "na linha evolutiva do perigo" a que deu início a conduta de quem desferiu o tiro<sup>25</sup>. Num caso, cooperam as causas para a produção do evento porque se inserem linearmente no mesmo nexos causal; no outro, há causa superveniente autônoma, porquanto esta deu início a novo processo causal que não constitui prolongamento da conduta anterior.

Podemos, agora, como síntese do que foi exposto, fixar os limites e termos do problema da causalidade. Em primeiro lugar, a relação causal é questão que se projeta no campo da *imputatio facti*, que precede à adequação típica, e que, depois, sofre os temperamentos da qualificação jurídica que se opera ao transmutar-se a ação ou omissão em fato típico. Como nos crimes de mera conduta não há que cogitar de nexos entre a ação e o resultado; por inexistir este, a causalidade está deles afastada, o mesmo acontecendo com os crimes de conduta específica. Só se cuida da causalidade nos delitos de forma livre em que a conduta humana não vem cunhada, dentro da configuração legal da norma incriminadora, em tipos delitivos que descrevem ações ou omissões com traços especiais e circunstanciados. Nos delitos de forma livre, em que há conduta e resultado, aplica-se a teoria da equivalência, ou *conditio sine qua non*, procurando-se, no campo da *imputatio facti*, a existência de relação condicionante através do método de supressão hipotética, ou supressão *in mente*, do antecedente.

Procura-se, a seguir, o que SOLER denomina de "causalidade típica", quando se cuida de subsumir e enquadrar a conduta na descrição abstrata da norma penal incriminadora. Para isto, usa-se do critério da "probabilidade razoável", de acordo com os dados fornecidos pelo art. 71, do Código Penal, para que a adequação típica incida sobre o antecedente do resultado delituoso, transformando a conduta causal em elemento do fato típico.

---

<sup>25</sup> B PETROCELLI, Principi di Diritto. Penale, 1954, p. 368. In: Tratado de Direito Penal, Vol. II, José Frederico Marques, 1997, p. 126.

## V – SEÇÃO 4: A POSIÇÃO DO GARANTE.

Não se fala em nexos causal objetivo nos crimes omissivos. Ricardo C. Nuriez observa inexistir uma relação de causalidade física entre a omissão e o resultado, uma vez que "carecendo a inatividade de eficácia ativa, vigora aqui o princípio de que "ex nihilo nil fit"<sup>26</sup>. Daí afirmar-se que não há causalidade na omissão, já que do nada, nada surge". Assim, é incorreta a afirmação de que a omissão produziu o resultado, visto que no plano físico existem apenas ações. A estrutura da conduta omissiva é essencialmente normativa, não naturalística. A causalidade não é formulada em face de uma relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realizar e omitiu. Ele responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando a conduta a que estava obrigado.

A doutrina penal moderna sugere que deve ficar a seu cargo a solução dos problemas referentes à relação de causalidade objetiva, recomendando a não-inclusão de disposição a respeito dessa matéria no CP. O que a doutrina vem preconizando é a disciplina legislativa da conduta negativa nos crimes omissivos impróprios. É o que ficou decidido na Segunda Reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, realizada no México em 1965. Informava Heleno Cláudio Fragoso que "o fundamento da responsabilidade, nesses casos, tem sentido muito diverso do que ocorre nos crimes comissivos, motivo pelo qual os códigos e projetos mais recentes procuram disciplinar expressamente a matéria". Isso não significa regulamentação da relação de causalidade entre a omissão e o resultado, mas sim de "dispor sobre a relevância da omissão, ou da equiparação desta à ação", "de reconhecer o conteúdo normativo desta e disciplinar os seus limites"<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Manual de Derecho Penal, Bueno Aires, Lerner, 1972, p. 154. In: Direito Penal, volume 1, Parte Geral, Damásio E. de Jesus, 28 ed, 2006, p. 251

<sup>27</sup> HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 2:60, 1963. In: Direito Penal, volume 1, Parte Geral, Damásio E. de Jesus, 28 ed, 2006, p. 252

O CP, no art. 13, § 2.º, regulamentando a relação de causalidade normativa nos delitos comissivos por omissão (ou omissivos impróprios) e, assim, adotando a teoria da omissão normativa, determina: "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: 1 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".

Dessa forma, nos delitos omissivos impróprios só responde pelo resultado quem tinha o dever jurídico de agir, impedindo-o pela ação. Nota-se, contudo, que o capuz da disposição, ao estatuir que se considera causa não só a ação como também a omissão, sem a qual não teria ocorrido o resultado, adotou a teoria naturalística ou mecanicista da omissão, em contradição com o § 2.º, que prevê a doutrina normativa. Heleno Cláudio Fragoso já havia notado o mesmo no Anteprojeto do CP de 1969, que, segundo ele, não considerou que a equiparação normativa da omissão à ação não se coaduna com a teoria da condição negativa, que foi acolhida no caput da disposição. Ou a omissão é causa, como condição negativa do resultado, ou só é relevante como causa nas hipóteses em que o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado" (Op. cit. p. 60 e 61. In: Direito Penal, volume 1, Parte Geral, Damásio E. de Jesus, 28. ed., 2006, p. 252).

O primeiro caso de dever jurídico de agir ocorre quando existe um mandamento imposto pela lei determinando a realização da conduta impeditiva do resultado. Ex.: a mãe deixa de alimentar o filho, que vem a morrer de inanição. Está descumprindo uma obrigação imposta pela lei (CC, art. 1.634). A obrigação de cuidado, proteção ou vigilância advém das relações de poder familiar, casamento, família, tutela, curatela, adoção etc.

No segundo caso, a doutrina não fala mais em dever contratual, uma vez que a posição de garantidor pode advir de situações em que não existe relação jurídica entre as partes. O importante é que o sujeito se coloque em posição de garante da não-ocorrência do resultado, haja contrato ou não, como nas hipóteses

em que voluntariamente assume encargo sem mandato ou função tutelar. Exs.: guia alpino e alpinista; enfermeiro e doente; salva-vidas e mau nadador. Suponha-se que o guia alpino, após o término do contrato para levar o alpinista até certa altura da montanha, resolva gratuitamente guiá-lo mais alguns dias. Trata-se de posição de garantidor, não havendo contrato entre as partes. Como já foi dito, "não é propriamente do contrato que surge o dever jurídico, mas de sua projeção social, como espécie de dever de direito público, exercendo-se não em relação ao outro contratante, mas ao corpo social. Por isso mesmo, as limitações impostas pelo contrato, e que se fundam no direito privado, não têm relevância" (Exposição de Motivos do CP de 1969, n. 9).

No terceiro caso, o sujeito pratica um fato provocador do perigo de dano, tendo por isso ação de impedir o resultado. Ex. Um exímio nadador convida alguém a acompanhá-lo em longo nado e, em determinado instante, vendo que o companheiro está perdendo as forças, não o socorre, deixando-o morrer. Cuida-se de crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, Forense, 1977, v. 1, p. 71. In: Direito Penal, volume 1, Parte Geral, Damásio E. de Jesus, 28 ed, 2006, p. 253).

A relação de causalidade nos crimes omissivos impróprios é normativa: não há nexos de causalidade entre a omissão e o resultado, mas sim, entre o resultado e o comportamento que o agente estava juridicamente obrigado a fazer, mas se omitiu. Não se pune o comportamento físico negativo em si, mas a omissão ilegal, isto é, não ter o agente cumprido um dever legal.

É necessária, portanto, a conjugação de dois fatores: que aquele que se omitiu tivesse o dever de agir e pudesse de fato agir (dever legal + possibilidade real). Tanto a consciência da obrigação de agir como a possibilidade real de fazê-lo, sem risco pessoal, devem estar presentes. Todavia, a omissão só se torna penalmente relevante quando o agente pode agir, sem pôr em risco sua própria vida, pois a lei não obriga ninguém a ser herói.

No julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça do HC 94.543/RJ (Rel. p/ o acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.2009), consignou-se que, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal, isto é, uma situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor. Assim, ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – no caso em exame, o poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta.

A estrutura do tipo omissivo tem um aspecto objetivo e um subjetivo: o primeiro "requer que a conduta devida seja fisicamente possível, o que encontra fundamento no princípio geral de direito que impede que este ordene o impossível"; o segundo "requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão de causalidade" (ZAFFARONI e PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, Vol. I: parte geral – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 465/469). Afirmam, ainda, que o resultado dá-se com "um nexo de evitação, isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado" (op. cit., p. 465).

Os sujeitos ativos dos delitos omissivos, segundo os referidos doutrinadores, são "aqueles que se encontram na posição de garantidor, isto é, numa posição tal em relação ao sujeito passivo que lhes obrigue a garantir especialmente a conservação, reparação ou recuperação do bem jurídico penalmente tutelado" (op. cit., p. 466).

O Superior Tribunal de Justiça adota o referido entendimento, consoante trechos de decisões que ora transcrevo:

"(...) Sabe-se que nos crimes comissivos por omissão, o resultado típico não pode ser debitado a qualquer um, mas a determinadas pessoas

que, de antemão, apresentem um vínculo com o bem jurídico tutelado. Assim, assinala Alberto Silva Franco, "só será autor da omissão aquele que tiver especial dever de garantia no sentido da não realização do tipo, ou melhor, quem for garante da integridade do bem jurídico como diz Hans Welzel, "somente aquele que tem uma posição de garante efetivo a respeito do bem jurídico e, nessa posição, não evita o resultado típico, apesar de poder fazê-lo" ("Código Penal e sua interpretação - doutrina e jurisprudência", 8ª ed. - São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 122). Nos crimes dessa natureza a causalidade não é fática, mas jurídica, consistente em não haver o omitente atuado, como devia e podia atuar, para impedir o resultado (STF, RTJ 116/177). Nessa situação enquadram-se os acusados, uma vez que estavam, os três, na obrigação de fiscalizar o processo seletivo simplificado, não só por força das funções que assumiram no processo seletivo, mas também dos cargos que exerciam na Administração Municipal. A posição de "garante" não pode ser atribuída a qualquer pessoa, senão àqueles que, em virtude de sua especial proximidade com o bem jurídico protegido, estejam investidos nesta qualidade, possuindo o real poder de agir (...)" (Agravado em Recurso Especial n. 368.326-MG, julgado em 9.6.2014).

"(...) 3. Nas imputações pela prática de crime comissivo por omissão, para que se configure a materialidade do delito, é imprescindível a descrição da conduta (omitida) devida, idônea e suficiente para obstar o dano ocorrido. Em crime de homicídio, é mister que se indique o nexos normativo entre a conduta omissiva e a morte da vítima, porque só se tem por constituída a relação de causalidade se, com lastro em elementos empíricos, for possível concluir-se, com alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida (no caso vertente, o atendimento imediato pela recorrente) fosse realizada. Se tal liame, objetivo e subjetivo, entre a omissão da médica e a morte da paciente não foi descrito, a denúncia é formalmente inepta, porquanto não é lícito presumir que do simples não comparecimento da médica ao hospital na noite em que fora chamada para o atendimento emergencial tenha resultado, 3 (três) dias depois, o óbito da paciente. (...)" (STJ, RHC 39627 / RJ, DJe 30/04/2014).

"(...) Não há como acatar o pleito de atipicidade da conduta. Isso porque, pelo que consta dos autos, a paciente concorreu, na forma omissiva imprópria, para a prática do crime de homicídio culposo em questão, pois podia e devia ter agido a fim de evitar o resultado, nos moldes do que preconiza o art. 13, § 2º, do Código Penal. Na condição de mãe da criança que veio a óbito em decorrência do acidente automobilístico, possuía dever específico de proteção, notadamente por ter pleno conhecimento da maneira habitual que seu companheiro e corréu conduzia o veículo e, mesmo assim, entregou a menor sem se assegurar das precauções tomadas para seu transporte. Era de se esperar que o companheiro e pai da menor não fosse se cercar das condições de seguranças minimamente necessárias para a condução da criança, ante seu histórico relatado pelas testemunhas e pela própria paciente, razão pela qual a omissão teve relação direta com o resultado morte produzido. Possuía a paciente como mãe e, portanto, garantidora - ante o estreito e inequívoco vínculo com o bem jurídico

protegido -, a obrigação de impedir o resultado que, no caso, como já dito, era amplamente previsível e esperado - embora não pretendido, hipótese em que estaríamos diante do crime de homicídio doloso -, razão pela qual todos os contornos de sua ação subsumem-se ao tipo imputado e que resultou em sua condenação. Se a paciente devia e podia ter agido de forma eficaz para evitar o óbito de sua filha, resultado do qual depende o delito em apreço, esse deve a ela ser imputado. Não há sequer como se invocar o princípio da confiança se, segundo consta dos autos, a paciente conhecia o rotineiro modo do corréu conduzir seu veículo, sendo muito possível, ante a convivência diária, concluir pelo risco a que expunha a filha recém nascida e antever o provável dano à sua integridade física e até mesmo a morte. (...). Assim, considerando a existência de uma situação típica e a omissão da paciente no sentido de evitar o resultado que lhe era previsível, embora possuísse condições concretas de fazê-lo, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal (...)" (STJ, HC 166810 / SP, DJe 13.3.2012).

Pode ocorrer que haja risco para aquele que se omite, indagando-se assim se deve ser responsabilizado pelo delito caracterizado pela omissão, ou seja, se é responsável pelo resultado quando se omitiu pelo perigo existente para um bem jurídico próprio ou alheio que lhe causaria a ação exigida para evitar o resultado. É preciso verificar se a ação era juridicamente exigida ao omitente. Embora preveja a lei que o dever de agir só existe quando o sujeito pode agir, deve ele arrostar, enfrentar o perigo desde que no caso haja a probabilidade de evitar o resultado. A conclusão se impõe pelo sistema do Código Penal. Basta verificar que, ao tratar do estado de necessidade, a lei nega a justificativa àquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo (artigo 24, § 1º). Se se adotasse a solução oposta, chegar-se-ia à conclusão de que a lei contém uma contradição: de um lado permitiria a justificção pela existência de risco para o omitente (art. 13, § 2º) e de outro excluiria a justificativa do fato quando houvesse perigo para quem tem o dever de enfrentá-lo.

## VI – CONCLUSÃO.

Para o Estado, como órgão do direito, devem ser estabelecidos limites precisos de modo a torná-lo um Estado liberal e social, ou seja, um Estado de Direito. Além das garantias constitucionais e processuais penais, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos, quatro dogmas fundamentais não podem ser descuidados: o da reserva legal, o do bem jurídico, o da ação e o da culpabilidade. Pelo dogma da reserva legal, que impede a analogia, deve-se evitar, o quanto possível, os tipos penais abertos. Pelo dogma do bem jurídico, que deve se caracterizar pela precisão, devem-se combater os dogmas políticos, pretensamente fundamentados em exigências sociais e históricas, cujos caminhos sacrificam a certeza do direito e o valor da justiça nos altares do oportunismo e das circunstâncias adversas juridicamente vencíveis. Pelo dogma da ação, resguarda-se a intimidade e a liberdade da pessoa humana, evitando-se a persecução penal da opinião e do pensamento. O dogma da culpabilidade, limitando-se subjetivamente aos fatos penalmente relevantes, traça uma linha divisória entre a moral e o direito, deixando ao homem um largo campo de atividade na ordem social, sem a preocupação e a ocupação com deveres ilegítimamente impostos pela ordem do Estado.

De todo exposto, conclui-se que, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir, a posição de garantidor e possibilidade de agir sem risco pessoal à vida. Nesse ponto, pode-se afirmar que a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se alinhada ao posicionamento da doutrina brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MARQUES, José Frederico, *Tratado de Direito Penal, Volume II*, Bookseller, Campinas, 1997.
- JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal, volume I, parte geral, 28. Ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2005.*
- NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal volume 1 (Introdução e Parte Geral)*, 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal A Nova Parte Geral*, 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- STIVANELLO, Gilbert Uzêda, R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul/set. 2003.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Alemanha*, 1992.
- \_\_\_\_\_ *A Teoria da Imputação Objetiva*. Trad. Luis Greco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 38, São Paulo, abril-junho, 2002.
- MONTALVO, J. Antonio Choclán. *Deber de Cuidado y Delito Imprudente*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 152.
- DIAZ, Cláudia Lopes. *Introducción La Imputación Objetiva*. Bogotá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 108.
- JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2000
- AGUADO, Mercedes de La Cuesta Paz. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Argentina: Cuyo. P. 150.
- GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro. Impetus, 2002
- F. ANTOLISEI, *Manual di Diritto Penale, Parte Ger.*, 1952, PP. 145-146.
- HUNGRIA, Nelson, *Comentários do Código Penal*, vol. I, p. 239
- FRANCESCO ANTOLISEI, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, p. 1934
- SOLER, Sebastian, *Tratado de Derecho Penal*, 1948, vol. I, p. 337
- ERNEST VON BELING, *Esquema de Derecho Penal*, p. 326
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 2:60, 1963.