

o auxílio de outros critérios que comportem uma avaliação empírica.

O grande mérito de JAKOBS está em procurar eliminar do direito penal todos os elementos derivados de uma concepção teológica ou ontológica, que jamais foram, objetivamente, demonstrados. Nisso se inclui sua crítica às referências ao chamado homem prudente e consciencioso, e às derivações do juízo de reprovabilidade, de conteúdo moral, para o âmbito jurídico. Mas, não obstante, sua substituição por fundamentos sistêmicos distanciados da pessoa humana, como individualidade por sociabilidade, portadora de um destino que não se identifica necessariamente com o do Estado, compromete, substancialmente, sua teoria.

Mais claro é, sem dúvida, o pensamento de MUÑOZ CONDE, que não se deixa enganar pela ideia de fidelidade ao direito. Quanto à estrutura do tipo dos delitos culposos, como mescla elementos finais com os critérios da imputação objetiva, muito se aproxima da construção de CLAUS ROXIN e JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, aplicando-se-lhe as mesmas observações já anteriormente apresentadas. Por outro lado, se é válida sua crítica ao princípio abstrato do poder agir de outro modo, e coerente a busca por um fundamento material da culpabilidade, que ele mesmo quer encontrar na *motivabilidade*, deveria levar ao extremo essa crítica e regressar a outros posicionamentos que tomara, de inserir, no conceito de culpabilidade, todos os elementos relativos ao papel social do agente quanto à proteção de bem jurídico.⁵⁶² Estes velhos pensamentos refluem na atualidade como elementos de garantia da liberdade individual, porquanto só admitem haver culpabilidade quando o sujeito estiver, em face da norma, capacitado socialmente de atender aos seus apelos, por ser partícipe da consecução de suas finalidades. Se isto se der, então, já se estará situando o direito penal em uma própria teoria crítica da sociedade.

Finalmente, afiguram-se insubsistentes as tentativas de se formular um conceito de ação a partir de seus dados negativos. A crítica maior que se poderia fazer a essas teorias reside em que o direito penal não é um instrumento ideológico de formação de personalidade adequada à norma, nem o Estado deverá ser tratado como senhor absoluto, ao qual se deve obediência. A norma, em lugar de instituir unicamente deveres jurídicos a serem cumpridos por todos, tem a finalidade de dimensionar as respectivas zonas de sua atuação, em face de resultados lesivos ou perigosos aos bens jurídicos. Para tanto, a imposição de deveres não deve ser a regra, mas a exceção, ou somente ser usada na medida em que limite ainda mais a extensão daquela lesão ou daquele perigo. Por isso, o conceito negativo de ação, embora dogmaticamente atraente, é incompatível com as finalidades da própria norma.

562. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Über den materiellen Schuldbeffriff", in Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1978, p. 74 et seq.

SEGUNDA PARTE

POSIÇÃO ADOTADA

CAPÍTULO 1

APRECIACÃO SISTEMÁTICA

SUMÁRIO: 1. A tendência dos sistemas - 2. As perspectivas metodológicas - 3. Proposição para um conceito de ação - 4. Estrutura normativa - 5. A divisão delictos dolosos e negligentes - 6. O sistema adotado e o Código Penal - 7. Conceito - 8. Denominação.

1. A TENDÊNCIA DOS SISTEMAS

Todos os sistemas discutidos no capítulo anterior, que procuram abarcar a problemática da teoria do delito em geral e do fato culposo em particular, têm dois objetivos comuns: o esclarecimento do conteúdo do injusto penal e a determinação dos pressupostos da responsabilidade pessoal. Qualquer observação mais aprofundada das proposições debatidas, desde VON LISZT até a atualidade, chega facilmente à conclusão de que esses objetivos perseguidos pela doutrina ainda não foram suficientemente alcançados, pois não é possível afirmar-se, com certeza e convicção categóricas, que algum dos sistemas tenha elucidado as questões fundamentais do tipo de injusto e da culpabilidade, de modo a superar todas as contradições.

A dificuldade já se inicia pela conceituação de conduta, tomada no sentido mais diverso e que adquire foros de dignidade a partir do momento em que passa a ser considerada como elemento indispensável da estrutura do delito. Apesar disso, esse conceito vem sendo atacado de vários modos, através de orientações recentes, a ponto de não se tornar algo definitivo e indiscutível, devendo ser, no mínimo, questionado em seu próprio sentido de existência e necessidade.

No tipo de injusto, por outro lado, mantêm-se incertezas acerca da validade da subjetivação finalista, bem como da fórmula simplista calçada na verificação do resultado, ou mesmo da substituição do critério da violação da norma de cuidado pelo do incremento do risco.

Na culpabilidade, tanto pela introdução cada vez mais crescente de elementos normativos, quanto pela substituição do princípio da liberdade de vontade por outros critérios de valor e de política criminal, ou de inadequação em face da estabilidade da

isto tanto pode significar uma exagerada subjetivação psicológica, quanto uma penosa investida contra as liberdades do cidadão, através do fortalecimento da teoria do ânimo adverso ao direito, ou da consecução de um direito penal do inimigo.

Tudo isto está a demonstrar que a evolução do conceito doutrinário de delito não parou nem mesmo com a estrutura finalista ou as modernas teorias funcionais, nem deve estancar nos próximos anos, como se poderia acreditar dogmaticamente. Maiores dificuldades advirão provavelmente também com a pretensa vinculação do direito penal às correntes criminológicas, que, como já aconteceu com o positivismo italiano, exigem mudanças radicais na conceituação do delito e em seus elementos.

No setor dos delitos culposos, em especial, o desentendimento é ainda mais acen- tuado. Não se pode afirmar que algum dos sistemas tenha condições de impor suas regras de modo incontestável, nem englobar em seus meandros toda a variedade de manifestações do comportamento humano. Se, por exemplo, no causalismo, a negligência era desconsiderada em sua real importância, devido à deficiente com- preensão de seus elementos na culpabilidade, e à impossibilidade de ser superado este obstáculo sem reformulações estruturais, os outros sistemas, inclusive o fina- lista e o funcional, se apresentam impregnados de contradições e incongruências, embora – tanto o finalista quanto o funcional – tenham contribuído para melhorar a visualização e o tratamento jurídico-penal dos fenômenos jurídicos, a partir do conceito de ação ou da estrutura do próprio tipo de injusto, bem como discutir com amplitude a questão da imputação, como complemento da causalidade.

Mas o problema básico dos delitos culposos continua sem solução: a determinação precisa da composição do tipo e a delimitação da responsabilidade do agente.

A composição do tipo de injusto é necessária como corolário do princípio da lega- lidade, pois, desde que este exija a definição da ação delitosa, de modo estrito, está claro que se o código se limita a apenas prever sua realização como ação culposa, isto não satisfaz. Será preciso, além disso, que se caracterize, com precisão, essa ação culposa. Neste passo, é insatisfatória a conclusão da teoria causal, que se contenta com a verificação do resultado, sem questionar acerca das qualidades da condição que o produzira. No exemplo, sempre citado, do motorista que dirige seu veículo regularmente, segundo os mandamentos do trânsito e de acordo com as normas de cuidado exigidas na ocasião, e vem a se chocar com outro, que fecha uma curva na contramão, a adoção pura e simples do critério causal representa indiscutível injustiça para o primeiro motorista, que, assim, teria realizado um fato injusto, quando, na realidade, quem o realizou fora outro. Este critério pode valer, talvez, para o direito civil em que o ius...

No direito penal, contudo, a diferenciação entre injusto e culpabilidade deve ser tratada minuciosamente, a fim de se garantir um máximo de justiça e um mínimo de incriminação, sem deixar de lado a questão do bem jurídico.

Observe-se que, no direito penal, as consequências são drásticas para o autor, sem outras derivações, como a ação regressiva contra o causador do dano, daí a neces- sidade de uma rigorosa limitação de sua responsabilidade. Em contrapartida à solução da teoria causal, as demais soluções propostas melhoram consideravelmente a estru- tura do injusto, fazendo-a compreender, ao lado da verificação do resultado, também e principalmente, a lesão aos deveres de cuidado, ou melhor, o desatendimento aos cuidados concretamente exigidos na ocasião, como pressuposto necessário à demonstração da relevância de lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico. No exemplo citado, o primeiro motorista, evidentemente, não realizaria um fato injusto; sua atuação está fora do âmbito de incidência da norma penal, porque se manteve dentro do que o Estado recomenda como correto e adequado quando da condução de veículos motorizados. Atuando de conformidade com as normas de cuidado, sua conduta não constitui elemento da realização do tipo com base na demonstração da lesão do bem jurídico. Assim, estará excluído o fato injusto, sem necessidade de fazer a investigação prosseguir até a culpabilidade. À mesma correta solução chega a moderna concepção de constituir o tipo dos delitos culposos a partir do excesso do risco autorizado. No caso em debate, não se pode dizer que o motorista que dirigia em sua mão de direção atuara além dos limites do risco autorizado. Pelo contrário, dirigindo em sua mão de direção, o motorista atuara dentro dos limites do risco tolerado e, portanto, não se lhe pode imputar o resultado danoso.

A nova estruturação do injusto indica a tendência, hoje dominante, de se alargar cada vez mais o âmbito da tipicidade, com o objetivo de servir aos interesses do princípio da legalidade. Esse alargamento da tipicidade, porém, não se detém na simples determinação da lesão aos deveres de cuidado. A orientação que se observa é de pretender incluir, no tipo de injusto, também elementos da culpabilidade, de modo a superar as questões relativas aos limites dessa lesão aos deveres de cuidado.

Assim, se a maioria dos autores, partidários da concepção finalista, entre eles, notadamente WELZEL, se apega, nesse particular, a critérios semelhantes aos do *homo medius* ou da pessoa medianamente prudente ou diligente, outros buscam um critério pessoal, através da transposição, para o tipo de injusto, da investiga- ção da previsibilidade subjetiva do acontecimento, como propõem, por exemplo, STRATENWERTH e JAKOBS. Ainda que esta última tentativa pareça representar um retorno aos primórdios do finalismo, em que se mesclavam conceitos do injusto

ou *homem prudente*, decididamente uma das pedras de toque de qualquer sistema. Igualmente poderia valer no enquadramento dos delitos culposos omissivos, em que não se trabalha com critérios de homem mediano, mas, sim, com as condições pessoais do próprio agente.

A consequência dogmática dessa concepção seria a de caracterizar o delito culposo como forma especial de delito de dever, estruturado segundo o esquema proposto aos delitos omissivos em geral.

Se, no tipo de injusto, se verifica um alargamento de sua composição, a tendência, na culpabilidade, é de reduzir seus elementos a um juízo normativo acerca da possibilidade de conhecimento do injusto. A redução da culpabilidade a um juízo normativo de cognoscibilidade do injusto se manifesta paulatinamente desde a teoria causal, mas não se firma definitivamente de modo linear, comportando, pois, regresso a certa conceituação ampla e abrangente.

No causalismo primitivo, por exemplo, a culpabilidade se resumia no dolo e na negligência, sendo esta conceituada, como elemento psicológico, quase exclusivamente segundo o critério da previsibilidade do resultado. Mais tarde, com Frank, os autores causalistas ampliaram sua noção, de modo a compreender nela todos os elementos fundamentadores da reprovabilidade.⁵⁶³ Em face dessa importante contribuição de FRANK e ainda de HEGLER,⁵⁶⁴ a negligência passou a assumir mais intensamente a posição de elemento psicológico-normativo da culpabilidade, sendo investigada tanto no seu aspecto de relação psíquica para com o resultado, na forma da cognoscibilidade da extensão da ação descuidada, quanto na própria lesão aos deveres de cuidado.

Com o finalismo, a concepção normativa ganhou certa pureza, dando como consequência a exclusão de todo o psicológico da culpabilidade. Passa então a negligência a ser entendida como culpabilidade, pela previsibilidade subjetivo-pessoal do resultado e, como injusto, pela desatenção ao cuidado objetivo, tendo como limite a previsibilidade do homem mediano. Uma outra forma de tratamento metodológico chega ao extremo com MAURACH e seus seguidores, que advogam uma ruptura das categorias tradicionais, para incluir a previsibilidade objetiva no âmbito da responsabilidade pelo fato e propor uma exclusiva individualização do juízo de

563. FRANK, Reinhard. *Das Strafrechtbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1931, p. 136 *et seq.* Nesta última edição de seus famosos comentários ao Código Penal alemão, FRANK vem salientar que os fundamentos da culpabilidade não podem estar assentados, simplesmente, na subsistência do conhecimento (dolo) ou da possibilidade de conhecimento da extensão da ação descuidada (culpa), mas sim na dominabilidade individual do fato. Isto quer dizer que a culpabilidade, ao invés de se confundir com a relação psíquica entre agente e resultado, é a conclusão de um juízo de valor que se processa sobre essa relação, de modo a estabelecer a extensão da responsabilidade.

censura, através da possibilidade pessoal de conhecimento do injusto.

Atualmente, por fim, observa-se nova tendência alargadora, principalmente com ROXIN, em que se pretende associar ao juízo de reprovabilidade elementos ligados aos fins protetivos da norma, inserindo-lhe um elemento complementar, que seria a necessidade da pena. Se os ciclos se confirmarem, duas novas orientações serão possíveis: ou uma redução ainda mais drástica, o que implicaria, consequentemente, a ampliação do injusto, como decorre da teoria dos elementos negativos do tipo, ou uma reformulação da teoria do delito, de modo a se criarem elementos novos no injusto e na culpabilidade, como aliás, vem fazendo ROXIN.

Essas possibilidades parecem mais evidentes, principalmente com a ampliação da análise dos delitos culposos e omissivos. No Brasil, por exemplo, pretende-se seguir solução redutora, ao conceber-se a culpabilidade não como elemento do delito, mas, sim, como pressuposto da pena.⁵⁶⁵ Tal critério, porém, não retrata a tendência dominante nem deve permanecer, porque importaria desnaturação da teoria do delito e o regresso ao conceito unitário, há muito superado, além de possibilitar a construção de uma culpabilidade desvinculada do fato e alicerçada no caráter ou na conduta de vida do agente.

2. AS PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS

A evolução das transformações ocorridas no conceito doutrinário do fato culposo indica que o avanço mais significativo, e que se torna já praticamente definitivo, parece fixar-se na compreensão de que ele não constitui mais uma simples forma de culpabilidade, mas um tipo especial de delito, com estrutura própria acerca do injusto e da culpabilidade. Essa assertiva representa, sem dúvida, o sucesso materializado da concepção finalista de delito, que, através da crítica aos postulados causais e da determinação do conteúdo ontológico da conduta humana negligente, pôde proporcionar melhor tratamento técnico desses fatos.

Ao lado dessa compreensão do fato culposo como delito autônomo em relação ao delito doloso, a doutrina moderna ou pós-finalista tem deixado em aberto, porém, duas questões relevantes: a) da característica essencial da norma penal, que lhe dá fundamento; b) da natureza da conduta jurídico-penalmente relevante, que deve ser tomada em conta como elemento de tipificação. Em face de um direito penal

565. Originariamente este posicionamento se deve a DOTTI, René. *incerto*, Curitiba, 1976, p. 173, havendo se estendido, no Brasil, principalmente com DE JESUS, Damáso, *Direito penal*, pg. 1977, p. 400, à custa de uma interpretação equivocada da teoria finalista e de alguns tipos penais, como, por exemplo, o da receptação. Recentemente, RENE DOTTI procura revigorar esse entendimento, in *Revista de Direito Penal*, 2001, n. 335 *et seq.* Crítica a esse posicionamento.

de garantia e limitador, a solução dessas duas questões deve preceder a qualquer estruturação dogmática.

Na solução dessas duas questões - da característica da norma penal e da natureza da ação jurídico-penalmente relevante -, podemos partir de que esta tarefa não pode ser empreendida, exclusivamente, sobre a base de uma entidade abstrata, como a causalidade, a finalidade ou a evitabilidade, tomadas como elementos de um conceito de conduta individual.

Ao elaborar um conceito de conduta e fazê-lo projetar-se na estruturação do tipo de delito, a doutrina tradicional não postulava, através disso, uma perfeita delimitação do poder de punir do Estado. Ao contrário, o conceito de ação sempre foi utilizado como fundamento do poder de punir. Isto era consequência de um objetivo muito determinado: fazer com que o tipo de delito dependesse, necessariamente, do conceito de conduta. Assim, bastaria à incriminação, para a teoria causal, que o tipo descrevesse um processo de produção material de efeitos. Por seu turno, o finalismo sempre se ergueu sobre a tese da subordinação do legislador à estrutura final de conduta, e o funcionalismo elevou a tipicidade à categoria de uma definição de papéis solidificados pelo princípio da evitabilidade, tomado como elemento estrutural do conceito de conduta.

Em oposição a essas perspectivas do conceito de ação, será preciso, agora, refazer a relação entre o conceito de conduta e a tipicidade, de modo a subordinar tanto o conceito de conduta quanto sua tipificação em função do caráter limitador da norma penal. Em vez de edificar um conceito de ação como modelo para a atuação normativa, será preciso visualizar esse conceito de conduta em termos de garantia, como elemento que sirva para identificar a forma e o modo de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico. Com isso, não se reproduz uma variante de um conceito normativista de conduta, que decorreria de cada tipo de delito e, assim, seria interpretado apenas segundo as perspectivas da incriminação. Ao contrário, o que se deve fazer é encontrar um conceito de conduta que possa se ajustar à função delimitadora da norma penal, ou seja, que possa ser capaz de servir de elemento negativo de verificação e de medição da intensidade da lesão do bem jurídico. Está claro que isto poderia ser obtido, também, mediante uma análise puramente normativa da proibição, mas, na medida em que os elementos normativos vinculados a uma conduta estão na dependência de indicadores empíricos, o conceito de conduta deve refletir o propósito garantista, ou seja, deve ser compreendido dentro dos mesmos pressupostos de legitimidade da norma proibitiva ou mandamental. Nesta condição, metodologicamente, não é adequado que se postule um conceito de conduta, exclusivamente, a partir de uma posição...

da estrutura da norma proibitiva. Ao elaborar-se um conceito de conduta somente a partir de uma posição extrapenal estar-se-ia retornando ao naturalismo ou ao ontologismo. Por sua vez, fazer derivar a conduta apenas da norma, cai-se em um normativismo, deixando, então, ao legislador a tarefa de dizer acerca dos elementos do próprio comportamento, legitimando a incriminação.

Em qualquer caso, como ponto de partida desse direito penal de garantia, deve-se buscar uma proposição que preencha pelo menos dois requisitos: a) engendre um conceito crítico de ação, capaz de se possibilitar uma avaliação reflexiva negativa dos pressupostos de legitimidade da norma; b) compreenda a natureza do delito culposo em face das zonas de intervenção estatal.

Como a ação humana só tem sentido na medida em que se refira à convivência, a qual está normalmente vinculada a um sistema normativo de garantias, estas duas questões devem ser tratadas dialeticamente, de modo que uma se veja na dependência da outra. Isto tem sua razão de ser. Se o que se trata é de delimitar o exercício do poder punitivo, o ponto relevante será o de traçar os contornos sobre os quais se assentam seus limites, tanto em face da norma quanto de seus elementos empíricos, como a conduta que lhe serve de substrato.

Por isso mesmo, cada vez mais se acentua a necessidade de um contorno metodológico adequado aos delitos culposos, para o efeito de obter um cumprimento satisfatório daquelas duas proposições acima fixadas. Nessa relação dialética entre conduta e natureza da norma não se pode deixar de atentar para o fato de que, aqui, não se está tratando de uma conduta em geral, mas de um *comportamento penalmente relevante*. Neste diapasão, se afiguram como corretas as propostas funcionais de vincular toda a análise desses delitos às características do sistema no qual eles se desenvolvem, tomando-se em consideração que a conduta não pode ser vista como expressão isolada de um indivíduo abstrato, mas dentro de uma pessoa concretizável em um processo de comunicação normativa.

Como estamos tratando de um processo de comunicação normativa, o conceito de conduta não pode ser extraído, sem mais, de uma elaboração abstrata singular e descomprometida, mas sim como um produto de reflexões sistemáticas, a partir da crítica à proibição ou determinação. Como o direito não pode se afastar dos elementos de uma lógica axiomática, podemos propor uma hipótese normativa de trabalho, à qual se poderia atribuir a particularidade de servir de orientação metodológica à solução das questões acima enunciadas: o *delito culposo constitui uma forma especial de delito com conteúdo omissivo*.

Uma forma especial de delito culposo é um delito de conteúdo omissivo irá

implicar uma reconstrução de sua tipicidade, de modo a excluir, na sua constituição, a referência comparativa ao *homem prudente*. Isto, por sua vez, conduz a uma especificação de como deve ser tratado o conceito de conduta para se ajustar a essa proposição. Na medida em que se empresta ao delito culposo um conteúdo omissivo, se registra a necessidade de se delimitar normativamente a estrutura da conduta, que não pode ser agora o resultado exclusivo de juízos pré-jurídicos.

3. PROPOSIÇÃO DE UM CONCEITO DE AÇÃO

A primeira indagação acerca da proposição de um conceito de ação deve dizer respeito à sua viabilidade. Se, como se disse na introdução (primeira parte, capítulo 1), a estrutura da conduta, por si mesma, não tem aptidão para delimitar o poder de punir, pode-se questionar sua viabilidade ou sua própria utilidade na teoria do delito.

Normalmente, a conceituação da conduta vem sendo tratada pela doutrina segundo duas orientações fundamentais: se esta conduta se subordina estritamente ao prisma do direito ou se deve derivar de um conceito geral, compreensível de todo comportamento humano, quer tenha ou não relevância jurídica. Isto vale para todas as teorias: causal, final, social, normativista e, inclusive, para as teorias funcionais. Conforme se adote a primeira orientação, o conceito de conduta só pode ser visto sob o aspecto legal. Se partirmos, porém, de que a ação penalmente relevante não pode se desvincular de algum componente empírico, porque este possibilitaria a construção de elementos capazes de pôr à prova a legitimidade da proibição ou determinação, o caminho simplesmente legal não será adequado ao propósito aqui tratado. Por outro lado, há um dado empírico que não pode estar divorciado do procedimento de crítica à produção legislativa da proibição ou determinação: a conduta que se quer regular normativamente é um comportamento do homem, em sua individualidade e sociabilidade. Este fato é incontroverso, não depende de formulações subjetivas nem de considerações ontológicas.

Está claro que a opção simplesmente legalista é muito mais simples, porque desloca o problema de sua amplitude e variabilidade, para situá-lo nos limites estreitos das definições normativas. Neste sentido, o jurista não terá outro trabalho que o de investigar os elementos caracterizadores do tipo de cada delito (homicídio, furto, estelionato, etc.), para determinar se houve ou não conduta delitosa. Tal ocorre normalmente com os partidários de uma teoria puramente normativista de conduta.

A opção por uma sedimentação empírica, ao invés, requer análise minuciosa do

se amplia consideravelmente, pois aqui, então, se devem investigar, primeiramente, as características e os elementos da atividade humana em face de sua sociabilidade ou convivência; depois, sua estrutura individual e, finalmente, sua vinculação a um sistema de valores. Deste modo, será possível compreender o comportamento em todos os seus matizes e formas de aparecimento, o que torna possível formular um sistema pelo qual se proceda à crítica da produção normativa. O problema é que essa opção conduz a uma indagação infinita acerca dos elementos que devem compor o conceito de ação, o que estimula uma concorrência de ideias e proposições que tornam instáveis os pressupostos sobre os quais deverá fundar-se a norma jurídica. Foi o que ocorreu com o finalismo, que queria reduzir todos esses pressupostos a elementos ontológicos da conduta, ou com os partidários da teoria social, que, ao buscarem sua superação, acabaram por admitir que, no fundo, todas as manifestações sociais do ser humano podem ser penalmente relevantes.

Vê-se, então, que, a partir das dificuldades ou deficiências dos conceitos pré-jurídicos de ação, a tarefa de se encontrar sua substância é ainda mais complexa, não propriamente pela busca infinita ou incessante de seus elementos, mas principalmente quando o conceito de ação se veja situado como instrumento idôneo a possibilitar uma necessária avaliação reflexiva da norma, no sentido de verificar, negativamente, se o seu processo de construção traça, com nitidez, as zonas do lícito e do ilícito e é capaz de pôr à prova a regularidade do processo de imputação da conduta ao seu autor.

Se ao jurista o que realmente importa é fundar um estado de garantia da pessoa humana, que não pode ser transformado simplesmente em elemento da natureza, ou em objeto de uma construção social, ou ainda em condição neutra de uma instigação, o conceito de conduta deve estar subordinado a duas séries de perspectivas: a) uma perspectiva garantista, com base normativa e comunicativa; b) uma perspectiva dogmática, como sua realização concreta nos respectivos tipos de delito. A conjugação de ambas perspectivas conduz a eliminar-se uma subordinação do direito a um determinado enfoque naturalista, ontológico ou sociológico, como condição necessária e imprescindível à sua construção. Por outro lado, na medida em que se exija que a base normativa de uma estrutura garantista se realize dogmaticamente nos respectivos tipos de delito, se torna imperioso estabelecer algumas condições comuns a todos os delitos, a partir da consideração de que sua legitimidade se funda na lesão ou no perigo de lesão a um bem jurídico, como obra de uma pessoa humana e não como simples manifestação de um interesse institucional.

Uma vez que o conceito de conduta decorre das próprias perspectivas da dogmá-

Possa caracterizar como delituosa qualquer conduta, a teoria da ação não pode estar desvinculada dos próprios pressupostos de legitimidade da incriminação. A teoria da ação, uma vez compreendida sob o enfoque dialético de sua relação com a norma proibitiva ou mandamental, induz a que tenha que ser elaborada de modo a servir de elemento apto a verificar como essa proibição ou determinação se manifesta, ou seja, se por meio delas será possível traçar com nitidez os seus limites. A crítica do conceito de ação traz consigo, por isso, também a crítica à proibição ou à determinação.

A tentativa de formulação de uma teoria própria do delito culposo depende, por outro lado, da natureza da norma sobre a qual ele é construído. Se o que caracteriza o delito culposo é, fundamentalmente, o risco excessivamente desaprovado, a sua dogmática deve ser estruturada, também, a partir da consideração pragmática dos fatos singulares, que devem ser diferenciados segundo um conceito geral, capaz de pô-los em ordem orgânica e sistemática. Embora, hoje, se discuta a cientificidade de um conceito geral, que pareceria derivar de uma concepção holística, aos moldes do sistema hegeliano de totalidade, é ainda válido trabalhar-se com esse conceito geral, na medida em que se possa integrá-lo numa perspectiva axiomático-constitutivista, bem própria da ciência moderna.⁵⁶⁶

A fim de dar seguimento a uma fundamentação adequada desse conceito geral, não se deve deixar de considerar que o objeto da indagação jurídica - aqui identificado como conduta descuidada, ou seja, realizada para além dos limites do risco autorizado - é igualmente composto de elementos empíricos, pelos quais se deve orientar o labor constitutivo. Da mesma forma que a matemática moderna intuicionista tem por base a entidade dos números naturais, ainda que procedidos por meio de seu isolamento construído,⁵⁶⁷ a tarefa jurídica também se alicerça na observação de dados empíricos, como forma de isolar a entidade da conduta e, assim, construí-la para os efeitos de servir de parâmetro a uma avaliação reflexiva negativa da norma penal proibitiva.

A questão crítica da ciência jurídica está em que os sistemas operativos que trabalharam a teoria do delito sempre se ocuparam de sedimentá-la em termos aléticos, de possibilidade ou impossibilidade, necessidade ou desnecessidade e, mais recentemente, de ponderabilidade ou imponderabilidade. Seguindo, contudo, a tendência da ciência moderna, da qual o direito não pode se afastar, se chega à conclusão de que os conceitos jurídicos, na verdade, não estão subordinados aos termos aléticos. Ao contrário, tendo em vista os procedimentos de garantia da pessoa, a construção

566. COSTA, Newton C. A. da. *O conhecimento científico*, 2ª edição, S. Paulo, 1999, p. 94 et seq.567. COSTA, Newton C. A. da. *O conhecimento científico*, p. 88.

jurídica não pode e não deve eliminar qualquer predicado que os possa servir, ainda que sua adoção possa indicar tratar-se de um termo inconsistente para com o sistema. Assim, apesar de se descartar um conceito pré-jurídico de ação, que devesse subordinar ao seu enunciado toda a produção normativa, é possível, para viabilizar o enquadramento dogmático dos respectivos tipos de delito, partir-se de alguns pressupostos que, embora não sejam propriamente jurídicos, estão vinculados intrinsecamente à elaboração normativa.

Esses pressupostos conduzem, assim, à construção de um *conceito dogmático de ação*. Embora esse conceito dogmático possa ser elaborado em função da unidade dos respectivos tipos de delito, não pode ele se desvincular do objetivo de harmonizar o sistema jurídico às suas condições de legitimidade, quer dizer, não pode se afastar, também, dos fundamentos que assinalam seus limites normativos. Isto quer dizer que a ordem jurídica, ainda que concebida normativamente com certa independência de dados naturalísticos, não pode prescindir de alguns elementos que estão associados diretamente aos objetos que quer regular. Neste sentido, o *primeiro pressuposto dogmático* diz respeito à inserção do conceito de ação em um sistema jurídico garantista, que tenha a finalidade de preservar a pessoa humana diante de qualquer forma de intervenção no âmbito de sua liberdade. O *segundo pressuposto dogmático* é decorrência da própria condição de pessoa, que se atribui ao autor de uma conduta típica.

A tarefa de se elaborar, portanto, um *conceito dogmático de ação* é uma tarefa complexa, porque se situa, respectiva e conjuntamente, em duas fases interligadas: a) condiciona-se a um sistema normativo, sob o qual é construído e deverá valer; b) complementa-se a partir da análise da condição do homem e seu meio. Daí se dizer que se trata de um processo dialético, no qual tanto os dados da primeira quanto da segunda fase, ainda que antagônicos na sua origem - o homem não depende do direito para sua existência e nem o sistema jurídico depende de uma categoria pré-jurídica -, constituem uma unidade, da qual resulta o conceito que deve ser utilizado.

3.1. PRESSUPOSTOS DO CONCEITO DE AÇÃO

Antes de se proceder à análise do comportamento e de suas características, podemos afirmar que, em um Estado de garantias e de proteção da pessoa humana, o que ressalta aos olhos, à primeira vista, na tarefa que se destina a procurar um conceito inserido na vida de relação do homem, é que seus elementos devem ser apresentados de tal forma que possam ser objetivamente demonstrados ou até mesmo

na dependência de um modelo subjetivo de conduta. A condição de refutabilidade é, portanto, essencial para estabelecer os limites da interferência legislativa sobre as atividades humanas. Explanando acerca das dificuldades de se estabelecer a devida dimensão entre o empírico e o normativo, pondera DALLMEYER que “a realidade (empírica) limita certamente o espaço de possibilidade jurídica.”⁵⁶⁸ quer dizer, a contraprova da produção jurídica, no sentido de questionamento de sua legitimidade, só pode ser efetuada caso o enfoque normativo se veja também assentado em conteúdos empíricos (indutivos) que delimitem o espaço da manifestação e aplicação normativa.

Assim, qualquer conceito proposto só passa a ter validade científica se possibilitar seu confronto com a realidade objetiva, que é representada, no caso da conduta, pela pessoa humana. Por outro lado, como o sistema normativo está estruturado em função dessa pessoa, o *conceito dogmático de ação* deverá orientar-se em sua direção, tendo em conta suas características como ser social e com os atributos individuais que lhe são exclusivos e não, simplesmente, como elemento do mundo físico ou metafísico. Toda metodologia centrada nas ciências naturais ou em função de um projeto ontológico, como fundamento da elaboração da atividade humana, fracassa porque desconsidera que esta não se reduz, respectivamente, nem à causalidade física, nem aos instintos e impulsos da atividade animal, nem a uma finalidade meramente abstrata, fixada à conduta como seu substrato ôntico. Caso se estabeleça, por exemplo, que a investigação deve conter um mínimo de objetividade, isto significa que ela deve estar apta a sofrer refutações a partir das relações entre o conceito proposto e a realidade humana, tomada a partir da realidade social.⁵⁶⁹ Na medida em que, assim, se relaciona o sistema normativo à realidade humana e, ao mesmo tempo, à compreensão dessa realidade dentro das propostas normativas de sua proteção, ou seja, se constrói o sistema normativo, atendendo às características objetivas do ser humano e de sua vida de relação, conforme o projeto de pessoa que um Estado democrático de direito deve traçar, se passa a incorporar esse ser humano nas expectativas de sua proteção normativa e se produz o efeito de superar tanto as concepções ontológicas de conduta quanto as postulações puramente positivistas.

JÜRGEN HABERMAS propõe algumas condições de validade de um conceito de ação, tendo como pressupostos três séries de argumentos: a) a subordinação a um

568. DALLMEYER, Jens. *Beweisführung im Strafrechtsverfahren*, Frankfurt am Main, Univ. Diss, 2002, p. 23.

569. Ainda que no sentido neokantiano, REALE, Miguel, *O direito como experiência*, 1968, p. 156, esclarece a ligação entre as ciências naturais e sociais, situando-a nos seguintes termos: “[...] sendo cada estrutura social um todo de significações, determinado pela polarização de uma valoração-matriz, compreende-se a impossibilidade de compreendê-la em termos de mera causalidade, ou de puras relações formais, como pretendem certos defensores exacerbados do estruturalismo positivista, concretizado de...”

mundo objetivo; b) a racionalidade, à qual o sujeito atuante, reciprocamente, se submete; c) a pretensão de que seus atos de comunicação, ou seja, seu comportamento implique uma validade incondicional em relação aos demais interlocutores.⁵⁷⁰ Ainda que não se adotem integralmente tais pressupostos, podem eles servir de ponto de partida a uma consideração garantista, na medida em que proporcionem a sedimentação de seus elementos empíricos, como instrumentos para a avaliação reflexiva crítica da norma proibitiva ou mandamental.

O fato de subordinar-se o conceito de ação a um mundo objetivo traz à discussão se isto implica tratá-lo como um conceito universal. Ao entender que a pessoa humana, antes de ser protegida e orientada juridicamente, é um ser social, poderíamos chegar à conclusão de que o conceito de conduta humana, como tal, enquanto objeto de investigação e não como juízo de valor, deveria ser conceitualmente idêntico, tanto no campo do direito quanto de qualquer outra disciplina científica. Essa é uma questão, porém, que apresenta uma importância limitada. Ao contrário do finalismo, que quer vincular todo normativo à estrutura final de ação, sem se ocupar das suas consequências, aqui o que se busca é equacionar um conceito de conduta que, embora leve em conta as características essenciais da pessoa humana, possa servir à estruturação de um sistema normativo que tenha como fundamento a proteção dessa mesma pessoa. Assim, o conceito de conduta será universal na medida em que se situe nessa perspectiva, não porque leve em conta a essência da pessoa, mas porque tenha, em primeiro plano, sua própria proteção.

Se o conceito de conduta está subordinado a uma realidade objetiva, isto significa que sua construção deve levar em conta os elementos que lhe servem de substrato, ou seja, as características da pessoa humana dentro de um mundo objetivo. Como o mundo objetivo da pessoa humana é aquele no qual ela mesma se afirma como pessoa em função de outrem e não em função de objetos, toda conduta está subordinada a uma característica de sociabilidade. Esta característica da *sociabilidade* constitui o primeiro pressuposto daquilo que HABERMAS propõe como “mundo objetivo”. Isto quer dizer que a ação não pode ser tomada, em sua origem, exclusivamente, como elaboração espiritual ou subjetiva, mas uma construção apta a submeter-se a um processo objetivo de refutação. Com isso, descarta-se, na sua conceituação, a assertiva hegeliana, que a subordina, em primeiro plano, ao mundo das ideias.

Em relação à *racionalidade*, ao contrário do que propõe HABERMAS, que procede, nesse setor, com uma aproximação kantiana, podemos trabalhar sua questão no

570. HABERMAS, Jürgen. *Kommunikatives Handeln und deitans-empirialisierte Vernunft*, Stuttgart.

sentido que lhe empresta Newton da Costa, de estar subordinada a três dimensões: a) a de sua logicidade dedutiva básica; b) a de poder recorrer também a procedimentos indutivos de verificação; c) a de ser inseparável de uma atitude crítica, permanente e radical.⁵⁷¹ Atendendo a estas dimensões e à vista de que o mundo objetivo, representado pela sociabilidade, deve ser compreendido sob uma *perspectiva racional*, não podem os elementos do conceito de ação se limitar à relação de causalidade, ou ficar na dependência da produção de seus efeitos materiais, nem também fixar-se na finalidade. A *racionalidade* implica a conclusão de que as próprias leis da causalidade, ainda que subsistam autonomamente e sejam extraídas da experiência, se edificam segundo critérios lógicos que, uma vez comprovados, se estendem a todas as suas formas e só valem na medida que levem em consideração as características de suas partes integrantes e possam submeter-se a um procedimento dedutivo, ou seja, a causalidade só vale quando subordinada a uma teoria que a possa explicar. Por seu turno, a finalidade é, empiricamente, indemonstrável, não podendo, assim, submeter-se a um procedimento de refutação. O conceito de conduta, portanto, não deve estar associado a um elemento aleatório ou isolado. Deve estar associado, em um primeiro momento, às características da vida humana, como vida de relação, da qual emergem todos os aspectos da sociabilidade e da individualidade e pela qual o homem se materializa e se realiza, produz, cresce, organiza e adquire, através de repetições e atividades laborais cada vez mais complexas, possibilidade de formular pensamentos abstratos e propor seus respectivos objetivos. Somente mediante essa consideração, será possível construir um conceito de ação, que seja passível de uma constante reformulação crítica, que ficará sempre atenta quanto à forma como a sociabilidade e a individualidade se conjugam na norma.

A questão da racionalidade, por outro lado, diz respeito também à forma e ao modo como se identifica a realidade empírica em face do contingente normativo. Normalmente, entende-se a realidade empírica como um dado objetivo, apreensível pelos sentidos e independente do observador. Ocorre, porém, que essa realidade, na medida em que é apreensível sensorialmente, não poderá deixar de sujeitar-se aos próprios condicionamentos do observador, ou seja, na medida em que a expressão da realidade se faça por meio da linguagem, subsiste sempre um estado de tensão entre o que se percebe como objetivo e o que se representa linguisticamente como tal. Daí dizer DALLMEYER que o problema está em harmonizar a descrição do mundo, que existe independentemente dessa descrição e é idêntico para todos os observadores, com a compreensão linguística, de modo a se obter um acesso direto à realidade por meio da linguagem.⁵⁷² Isto implica, pois, a construção de um

571. COSTA, Newton C. A. da. *O conhecimento científico*, 1999, p. 203.
572. DALLMEYER, Ingo. *Rechtsphilosophie*, 1999, p. 10.

conceito de pessoa, que corresponda a este propósito.

Em face desse pressuposto, pode-se partir de que a pessoa é dotada de condições de propor a si mesma determinados objetivos, o que a situa por cima de todas as demais entidades do mundo natural. Apesar disso, porém, e independente do conceito de uma finalidade que seria inerente a qualquer de suas atividades, a limitação desses objetivos deve ser fixada em regras que, nitidamente, indiquem seus contornos e sua extensão. Assim, se, em certa medida, se poderá dizer que os delitos culposos, especificamente, "constituem uma espécie da categoria de comportamento desviante, que, por sua vez, integra a categoria geral do comportamento social do homem",⁵⁷³ se deverá agregar que essa assertiva só tem validade se vista dentro de um sistema de regras pelas quais se definam, previamente, as características do comportamento desviante e os elementos categoriais do comportamento social do homem.

A questão, pois, de se encontrar um *conceito dogmático de conduta*, como exaurimento dos objetivos de garantia da pessoa humana dentro do sistema normativo e, também, adequado a preencher todas as perspectivas da teoria do delito em geral, e do delito culposo, em particular, não pode prescindir da fixação dos critérios de determinação das características gerais do comportamento do homem na vida social. O conceito de pessoa, neste caso, não é inferido de suas características puramente empíricas, mas dos elementos que identificam seu comportamento.

Por outro lado, os elementos identificadores do comportamento devem ser analisados a partir de sua consideração em um mundo objetivo de sociabilidade. O conceito de pessoa, portanto, será obtido primordialmente dessa característica de sociabilidade, pela qual o homem se expressa como entidade comunicativa *sui generis* em um mundo objetivo. Se, contudo, essa sociabilidade e a consequente comunicabilidade são essenciais para a formulação de um conceito de pessoa, inclusive, pressupostos indeclináveis de sua responsabilidade, devem elas se ajustar, precisamente, aos preceitos de garantia, que decorrem de objetivos racionais destinados a reger condutas humanas e possibilitar, assim, a convivência.

Embora a elaboração de um conceito de ação esteja na dependência desses preceitos garantistas, a norma não pode levar em conta elementos diversos de comportamento, em oposição ao conceito que se desenvolvesse da consideração do homem no seu contexto social, ou seja, a norma que elevasse à categoria de comportamento ilícito apenas elementos subjetivos da conduta tornar-se-ia incompreensível

573. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. "As origens dos delitos de imprudência", in *Revista de Direito Penal*,

e imprestável como norma de conduta ou como delimitador do poder de punir porque, então, não teria traçado com nitidez os contornos de sua atuação, mas regulado matéria completamente diversa.

Se o homem, que é o sujeito da ordem jurídica, está comprometido com sua própria característica, de *ser social e comunicativo*, o direito não poderá desvincular-se da realidade humana e das condições assentes nessa estrutura, para a elaboração de suas normas e adoção de seus conceitos básicos e genéricos. Nesse sentido, o conceito de conduta preenche ainda outra finalidade: a de condicionar dialeticamente a norma, ou seja, a norma assinala os limites que devem ser impostos a um conceito de conduta para que sirva a um propósito garantista e, ao mesmo tempo, não pode se desvincular de que esse conceito de conduta deva ser visto em função da pessoa humana em sua sociabilidade.

Precisamente em função dessa relação dialética entre elementos vinculados à pessoa humana e à norma de garantia, poder-se-á construir um conceito de conduta seguindo dois caminhos: em um primeiro momento, estabelecendo os parâmetros relativos à pessoa; em um segundo momento, buscando comprovar sua validade em face da norma de garantia.

3.2. AÇÃO COMO ATIVIDADE ORGANIZADA

De certa forma, na vida em geral, quer humana ou animal, há determinada relação entre organismo e meio, de modo que se aquele se distingue deste, por outro lado e apesar disso, está unido a ele. Informa RUBINSTEIN que "toda forma de proceder é sempre uma unidade, que se baseia em contrastes internos, na qual o indivíduo ressalta de seu meio ambiente e de sua união com ele, permanecendo, não obstante, unido a ele".⁵⁷⁴

Sob o enfoque dessa relação indivíduo e meio, configura-se, de certo modo, uma forma de conduta, que poderia, então, ser conceituada como *toda atividade organizada que vincula o indivíduo ao seu meio*. Está claro que se a conduta, sob esta apreciação, tem como característica um elemento organizativo, pelo qual o homem se faz presente no mundo, isto implica considerar que a vinculação entre norma e realidade humana não pode se dar, simplesmente, pela causalidade. Esta poderá estar inserida no processo organizativo, mas não o esgota. Ademais, ao considerar-se que a atividade organizada é a primeira e mais primitiva forma de conduta, ela mesma também não esgota todas as características de uma conduta capaz de servir de objeto de investigação dogmática.

574. RUBINSTEIN, S. L. *Princípios de psicologia general*. México: Gaceta...

A investigação dogmática não pode ficar restrita às reações adaptativas ao ambiente, ainda que complexas, nem a componentes instintivos e automatizados, ainda que empíricos. Se a investigação dogmática deve ser feita sob uma norma valorativa, configurada historicamente, seu objeto deve estar também constituído de elementos vinculados tanto à prática social quanto à sua racionalidade.

Como a própria atividade cognoscitiva do homem surge e se estratifica como fator e aspecto de sua atividade prática,⁵⁷⁵ antes de ser tratada como atividade consciente, o conceito de conduta humana deve ser estruturado sob a característica de constituir atividade social e não, exclusiva e tão-somente, uma conduta individual.

Diante desse aspecto inicial, poder-se-ia pensar que, concordando com os partidários da teoria social, se viesse a afirmar que a *ação*, para as ciências do homem, seria *toda conduta social*. Ainda que se possa dizer, está claro, que as condutas humanas, em geral, são condutas sociais, em face do princípio reitor da sociabilidade, que preside todos os comportamentos, esta conceituação, porém, não se mostra suficiente a ponto de bastar ao fundamento da teoria do delito, pois, da mesma forma, será possível reconhecer conduta social em certos animais gregários e, por outro lado, constituiria um conceito demasiado amplo, sem a fixação de elementos concretos que lhe pudessem exprimir os limites. A peculiaridade da atividade humana, ao contrário disso, se manifesta precisamente no fato de que aqui se trata de atividade consciente acerca do meio e de suas condições variáveis, e orientada subjetivamente dentro da prática social, quer dizer, a prática social não pode ser deixada de lado nessa conceituação, como seu elemento delimitador.

Assim, o fator da sociabilidade, para que possa desempenhar algum significado no comportamento humano, deve estar agregado a outros elementos, inclusive, de características empíricas. Partindo de um dado empírico – a conscientização em face dos meios e de suas condições, bem como de sua dirigibilidade na prática social, ou seja, a relação material que se estabelece entre a pessoa, de um lado, e os dados do ambiente, de outro – se torna possível compreender como se procede à criação de vínculo ativo entre o homem e o mundo que o cerca, pelo qual "a existência representa unidade real e mútua influência entre o sujeito e o objeto".⁵⁷⁶

575. RUBINSTEIN, S. L. *Princípios de psicologia general*, p. 120. SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. *Filosofia da Práxis*, Rio: Paz e Terra, 1977, p. 185, assinala que não há que se confundir entre atividade e práxis, pois se toda práxis é atividade, nem toda atividade é práxis. Isto reflete o pensamento expresso no texto, que não pretende a identificação entre atividade e prática, mas, sim, caracterizar que, antes de ser uma atividade consciente e racional, a conduta do homem deve ser analisada dentro do seu conteúdo social, como manifestação da práxis. Igualmente não se quer dizer, com isso, que haja uma sequência cronológica entre prática social e atividade consciente. Ambas nascem e se desenvolvem conjuntamente, em unidade dialética. A divisão de suas partes componentes é necessária, porém, ao perfeito entendimento científico dessa matéria.

Uma vez que se reconheça a influência do sujeito sobre o objeto, pode-se assumi-lo como pessoa humana, a partir de sua atividade *como prática social* e extrair sua relevância do poder de que dispõe para atuar diretamente sobre os objetos que cria e persegue, bem como influir os demais homens e com eles relacionar-se. À vista disso, tornam-se, pois, *supérfluos*, nesse aspecto, os dados referentes à relevância social da conduta, como querem os partidários da teoria social da ação, com base em juízos de valor social. A conduta será relevante na medida em que possa ser contemplada em uma prática social, capaz de suscitar, na norma, uma avaliação crítica reflexiva, quer dizer, o conceito de conduta deve agregar aqueles elementos que, de um lado, possibilitem a norma de se orientar criticamente e, de outro lado, possam ser delimitados por ela.

A prática social, portanto, não é sinônimo de juízos de valor. A prática social significa que o homem não pode ser compreendido isoladamente, senão em suas relações com os demais homens no processo de produção e de sobrevivência, o que os transforma em elementos integrantes de uma comunicação recíproca. Como diz HOLZKAMP, a prática social se assenta em que a categoria da conduta congrega também "a participação individual no processo social de produção e reprodução por meio do trabalho," mas, também um "aspecto psíquico do trabalho social" e as "atividades vitais nas quais o indivíduo adquire e desenvolve sua existência pessoal".⁵⁷⁷ Ou seja, o trabalho social induz a um processo de comunicação, pelo qual o indivíduo afirma sua própria existência pessoal.

Na medida em que a norma pretenda regular uma atividade, deverá estar aberta a uma avaliação negativa, no sentido de verificar se efetivamente não está impedindo o próprio processo de comunicação, tanto no aspecto social quanto individual e, assim, se excedendo em sua tarefa regulamentadora. Mas também a prática social só pode ser aquela que se configure de modo a ser delimitada, em sua extensão, por um procedimento normativo. Embora a prática social não implique juízo de valor, deverá ser apta a ser delimitada normativamente em função dos preceitos de garantia da ordem jurídica. Esta parece ser a única forma de equacionar o conceito de conduta como um instrumento delimitativo do poder de punir.

do subjetivismo, mas, em certo sentido, da mesma forma, SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo, *Filosofia da Praxia*, p. 189: "A atividade humana é, por conseguinte, atividade que se desenvolve de acordo com finalidades, e essas só existem através do homem, como produtos de sua consciência. Toda ação verdadeiramente humana requer certa consciência de uma finalidade, finalidade que se sujeita ao curso da própria atividade". Em sentido semelhante, ainda que sob outra perspectiva, já se havia manifestado, por seu turno, WEILZEL: "Todá a vida comunitária do homem se estrutura, para bem ou para mal, sobre a atividade final do homem" (Nota 7, p. 50).

3.3. A AÇÃO NO PROCESSO DE COMUNICAÇÃO

Ainda que a prática social se exprima no processo de produção e de sobrevivência, enfim na vida de relação, não se reduz ela, porém, à mera produção de efeitos. Ao contrário, se sua relevância decorre do poder de influir sobre os demais sujeitos e com eles relacionar-se, implica, por conseguinte, um processo de comunicação humana, sem o qual não se pode falar de uma atividade dotada de sentido.

O problema, portanto, da determinação da relevância social, que traz em si, como dado normativo ou valorativo, sérias e insolúveis dificuldades, torna-se superado pela determinação de uma característica prevalente da conduta que é, precisamente, sua dirigibilidade na prática social comunicativa.

Tendo em vista que o sentido da atividade é assinalado em face do poder de relação do sujeito, a prática social implica que toda ação se insira em um processo de comunicação, pelo qual uma pessoa transmite informações a outra pessoa, de modo que constituam elementos relevantes para o seu agir. A ação individual, portanto, não se desvincula das perspectivas de ação de outrem. Por seu turno, se não visa a um determinado resultado imediato, toma-o em consideração no ato de reconhecimento de fazer valer as informações fornecidas e orientá-las. Se a ação cumpre, em um primeiro momento, uma função de orientação, isto significa que a produção de um resultado não lhe é incorporada, diretamente, como o exaurimento de um fim previamente proposto, mas como elemento de um contexto de prática social, no qual ela se desenvolve e que tem como protagonistas, também, todos os outros sujeitos. Dessa forma, as informações fornecidas e orientadas, praticamente, não podem estar desvinculadas, em uma atividade organizada, de outras atividades, com as quais se devam confrontar.

Caso a pessoa do interlocutor não tome a informação como aceitável e, assim, não se realize a pretensão inicialmente proposta, o processo de comunicação ainda subsiste, podendo se exaurir num discurso persuasivo, ou executar-se em um processo mecânico, ou em uma determinação direta. À primeira vista, poderia parecer que para se caracterizar uma ação não importaria, em princípio, o resultado que o agente quisesse alcançar, mas, antes disso, que o agente dirigisse sua atividade em face de outra pessoa como interlocutora. Ocorre, porém, que, no processo de comunicação, não basta que ação se resuma a um procedimento de mão única. Se a ação se expressa como uma forma de comunicação, na qual se sedimentam elementos capazes de dar à norma penal as condições para que ela mesma possa ser avaliada criticamente na regulação dessa atividade, os atos interlocutórios devem ser vistos sempre como atos performativos, ou seja, atos que se desenvolvem no

sentido de obter de outrem determinado comportamento. Se o resultado, assim, não integra diretamente a ação, está ele dentro do contexto no qual se desenvolve o ato performativo. Desta forma, o conceito de ação que tenha por base elementos comunicativos e não apenas causais deve ser sempre tomado em consideração com vistas à sua regulação, e não como ato isolado, constituindo, portanto, matéria que só interessa àquelas ciências que tratem da pessoa sob a perspectiva de sua relação com outras pessoas dentro de um sistema normativo. Portanto, seguindo uma metodologia construtivista, as próprias condições objetivas de sociabilidade não são condições aleatórias, mas aquelas que a ciência jurídica, por exemplo, caracteriza como relevantes para compor um sistema de garantias.

Em termos práticos, em face das consequências de um conceito de ação fundado na performatividade do ato de comunicação, e não na causalidade, importa, para afirmar a qualidade da ação de subtrair no furto, a demonstração de que o agente tenha alcançado a posse da coisa. A posse da coisa, que constitui o desenlace final de sua ação, é relevante para caracterizar sua tipicidade, ou seja, para indicar que se tratou da prática de atividade lesiva ao bem jurídico, o que delimita sua substância. Para se dizer que a ação de subtrair atende aos elementos da realidade, como prática social, não é suficiente que o ladrão tenha realizado a subtração, orientando sua atividade em face daquilo que quer subtrair (coisas alheias) ou de seus titulares, mas que incorpore, nesse plano, a lesão de bem jurídico, porque só com isso é que se aperfeiçoa o ato perlocucionário. Somente neste caso, ou seja, com a exigência da posse do objeto, com a qual interfere, comunicativamente, na vida de relação de outrem e se desvincula da relação meio e fim, é que se pode regular essa atividade, proibindo-a, porque só assim se poderá construir uma referência à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico. Está claro que a ação de subtração só se efetiva porque o processo de comunicação desencadeado entre o ladrão e sua vítima não é suficientemente persuasivo em termos de discurso. Caso fosse possível ao ladrão obter a coisa apenas na conversa, sua ação poderia resumir num discurso persuasivo, que satisfaria por inteiro sua objetividade. Caso contrário, o ladrão poderá agir diretamente, como de fato ocorre, para fazer valer sua pretensão inicial, subtraindo a coisa. Vê-se que toda ação, ao desenrolar-se em um processo de comunicação, tem como seus elementos essenciais uma manifestação exterior e objetos de referência pelos quais se orienta, agregando a isso a delimitação que a presença do outro impõe à sua atuação. Sem estes dados essenciais, não há ação.⁵⁷⁸ Convém ressaltar,

578. Para uma visão mais específica do conceito de ação como agir comunicativo, ver HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4ª edição, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 15 et seq.; idem, in *DZPh*, 1998, p. 179. Para a sua crítica, LYOTARD, Jean-François, *Der Widerwärt und Wahrheit*, München: Fink, 1989, p. 298; Ota Weinberger, *Die Wirklichkeit der Handlung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 15 et seq.; idem, in *DZPh*, 1998, p. 179. Para a sua crítica, LYOTARD, Jean-François, *Der Widerwärt und Wahrheit*, München: Fink, 1989, p. 298; Ota Weinberger, *Die Wirklichkeit der Handlung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 15 et seq.; idem, in *DZPh*, 1998, p. 179.

porém, a divergência que há entre essa concepção, aqui defendida, e aquela, re-presentada por um enfoque mecanicista da conduta. Embora cheguem ao mesmo resultado, os modernos partidários de uma concepção mecanicista de conduta, que, como, por exemplo, GERHARD ROTH, ressaltam que a conduta humana, em geral, só se distingue de meras reações físicas pela sua orientação no plano objetivo, o que seria demonstrado pela resistência que essa conduta deve enfrentar quando de sua realização prática, longe estão de um conceito racional.⁵⁷⁹ Primeiramente, os postulados dessa concepção são questionáveis, porque não tomam em consideração os aspectos valorativos que se manifestam na estratégia comunicativa do agente de fazer valer sua pretensão. Em segundo lugar, ainda que apresentem importância ao ressaltarem a possibilidade de se excluírem do processo inicial de sua conceitualização, como atividade orientada a um fim, os dados subjetivos, que sempre constituíram os elementos essenciais da teoria finalista, ou seja, de que é possível caracterizar-se uma conduta em função do fim, unicamente sob plano objetivo, pretendem subordinar a ordem jurídica a esse conceito mecanicista, o que viola a terceira dimensão da racionalidade, relativamente a não possibilitar que esse conceito seja submetido a uma crítica constante.

3.4. AÇÃO COMO CONDUTA VOLITIVA

No entanto, uma vez que se tome a conduta humana como atividade orientada e dirigida no processo de comunicação e não apenas em face de sua orientação mecânica a um fim, pode-se concluir que ela é, implicitamente, uma atividade volitiva. A característica de ser a conduta humana atividade volitiva tem assento, inclusive, na própria natureza social dessa atividade, em oposição aos atos instintivos e impulsivos. Igualmente, se a conduta humana é essencialmente conduta volitiva, afiguram-se absolutamente irrelevantes as pretensões empíricas de salientar a existência de determinados fatos sem finalidade, como, por exemplo, certos crimes omissivos culposos, em que o agente nem havia pensado na realização de algum resultado, ou nos chamados atos automatizados, que tanta preocupação trouxeram a JAKOBS e a partir dos quais passou a construir seu sistema sob o critério normativo da evitabilidade.

Por outro lado, se a conduta tem sua existência projetada no campo da prática social e no processo de comunicação daí inferido, é também irrelevante exigir-se sua

der *Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Wiesbaden-Stuttgart: Steiner, 1987, p. 214. Para uma visão geral, em especial no âmbito da teoria do conhecimento, PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Einführung in die juristische Methodlehre*, 2ª edição, Heidelberg: CF Müller, 2000, p. 37 et seq.

579. ROTH, Gerhard, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt am

Vinculação necessária a determinado fim. Assim, o reconhecimento de fatos automatizados não ilide a posição aqui assumida, pois, para a caracterização da conduta, não é relevante a descoberta da finalidade, como pretendiam os partidários do finalismo. Relevante é que a ação só pode ser caracterizada como conduta humana quando se insira conscientemente em uma prática social, quer dizer, quando se vincule conscientemente a um objeto de referência dentro de um processo de comunicação, ou seja, que se subordine a determinadas regras. Deste modo, será possível a integração entre atividade e objetos de referência concretos, isto é, entre a ação de dirigir um automóvel, por exemplo, e as regras de trânsito e os demais transeuntes. No caso penal, por exemplo, dentro de um panorama de garantia, essas regras estão vinculadas diretamente à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico, que irá demarcar sua incidência.

É inaceitável, assim, que sejam eliminados do conceito de ação todos os dados relativos ao processo de comunicação, ou seja, de que toda atividade humana é consciente e volitiva, desenvolvida em uma prática social com a pretensão de que seja tomada pelo outro como válida e, por isso, vinculada a uma regra à qual se subordina. Dialeticamente, torna-se impossível conceber uma atuação volitiva sem uma regra que lhe corresponda, porque, na prática social, os comportamentos não se orientam segundo a produção de um resultado, mas segundo uma avaliação normativa, ou seja, no direito penal, segundo a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídicos.

Por outro lado, toda regra pressupõe evidentemente um substrato empírico que lhe forneça substância e sobre o qual estará assentada, inicialmente, a vontade. Uma vontade sem fundamento empírico constitui absurdo lógico. Mas, o significado da vontade não decorre tão-só desse fundamento empírico. Também lhe está agregada a regra que determina sua manifestação no mundo exterior, como forma de comunicação. Se, na prática, for observado um comportamento singular, em que não se possa esclarecer acerca da existência real ou do fundamento empírico, ou da regra à qual se subordina, se desnatura a conduta humana volitiva como tal, vindo a tratar-se de conduta meramente impulsiva e, portanto, irrelevante sob aspecto social e também jurídico. Se faltarem a essa conduta as características que a assentam em um processo de comunicação não poderá ela ser objeto de proibição ou comando normativo. O legislador, portanto, não está legitimado a incriminar condutas que não se projetem em um processo de comunicação, porque isso impossibilitaria a verificação de sua racionalidade, isto é, a norma não teria objetos de referência para ser avaliada.

3.5. AÇÃO E ATOS IMPULSIVOS, OU AUTOMATIZADOS

Quando se discute a questão dos elementos essenciais da conduta no processo de comunicação, não se torna relevante a pretendida distinção proposta por JAKOBS entre *direção da atividade* e *direção dos impulsos*, para incluir no conceito de ação, também, os atos impulsivos e só tratá-los, separadamente, no âmbito do injusto, como problema de imputação. O objetivo de JAKOBS, com essa distinção, da mesma forma como o faz BACIGALUPO, é possibilitar a inclusão, no conceito de ação, dos atos automatizados, nos quais não se possa reconhecer, empiricamente, uma atividade de consciente, como se dá, normalmente, em atos isolados na condução de veículos.

Embora na condução dos veículos os atos de frear, trocar de marcha ou desembrear estejam incorporados na memória do motorista, de modo que não precisem de atualização consciente cada vez que tenham que ser realizados, isto não desnatura a atividade de dirigir como uma atividade consciente e volitiva, porque o motorista não dirige sozinho em um mundo devastado e desabitado. Em qualquer condição, estará ele, primeiramente, submetido às regras de direção e, depois, a sofrer estímulos de outros motoristas, das condições da pista, das variações climáticas, da advertência dos guardas e da conversa de seus passageiros, que são fatores de sua própria vida de relação. Deste modo, em todas essas vezes, terá de orientar conscientemente sua atividade conforme essas regras e todos os demais fatores de referência, que funcionam como pontos de comunicação entre esse motorista e o mundo. Caso esse motorista nada sinta em relação a isso tudo, porque padecera, momentos antes, um colapso que o colocara inconsciente, ou caso se encontre sob o efeito de uma coação física absoluta (por exemplo, por estar sofrendo uma tortura física permanente por parte de outrem), ou se ache em estado de hipnose ou sonambulismo, falta a essa atividade a característica de conduta humana, por não se tratar de uma conduta consciente e volitiva. Portanto, as hipóteses tratadas pela doutrina majoritária como *ausência de ação* adquirem, assim, um novo fundamento: não apenas faltará aqui a consciência – de fato, a consciência não estará, aqui, presente –, mas principalmente a possibilidade de o agente orientar sua atividade frente a parâmetros de referência, pelos quais se manifestaria essa consciência. Voltar-se-á a esse tema mais adiante.

Por outro lado, já na hipótese de o motorista dirigir em lugar desabitado, a característica de sua atividade como ação humana dependerá da existência ou não de um objeto de comunicação, como parâmetro de referência. Havendo qualquer forma de objeto de referência, de modo que o motorista, estando consciente de sua existência, possa estabelecer, em função disso, uma pretensão de validade para sua atividade, haverá ação. Caso contrário, o ato é irrelevante como prática social

3.6. AÇÃO E OBJETOS DE REFERÊNCIA

Os parâmetros, ou objetos de referência, dizem respeito a um conjunto de fatores que disciplinam a conduta como ação comunicativa. Neles se incorporam fatores empíricos e normativos, como os objetivos perseguidos pelo agente (A quer matar B), a não realização de certos atos (A deixa de saudar B), o descumprimento de determinados deveres (A deixa de socorrer B), ou a aceitação ou não de ordens, mandamentos ou normas (A realiza uma conduta cuidadosa, ou dirige em excesso de velocidade). Os parâmetros (objetos) de referência podem ter, portanto, diversos matizes. A diferença fundamental, no entanto, entre um conceito comunicativo de conduta e aqueles que se atêm exclusivamente à relação entre meio e fim, ou entre fatores causais e resultado, reside na relação que se forma entre o agente e seus interlocutores. Na verdade, não se pode falar de ação, salvo sob aspecto puramente causal, se não se tiver em vista essa relação. Por outro lado, toda ação está vinculada normalmente a regras ou normas, o que implica dizer que sua execução está condicionada a pontos de orientação funcional, ou seja, na relação social a relevância da atividade dos agentes só é salientada na medida que possa influenciar os demais, vencendo-lhes a resistência e impondo-se, assim, com pretensão de validade. A pretensão de validade não tem aqui, porém, os contornos que lhe empresta HABERMAS, no sentido de fazer valer o melhor argumento e, assim, alcançar o consenso dentro de uma perspectiva estatista. Uma coisa é conceber a ação sob ponto de vista político, como coadjuvante de uma sociedade democrática, outra será, então, dotar-lhe de sentido de conformidade com a orientação normativa à qual está subordinada. A pretensão de validade significa, assim, orientar a atividade de tal forma que incorpore, em seu sentido, todas as normas que a atividade tem, quer para acatá-las, quer para infringi-las e ainda obter a concordância dos interlocutores ou vencer-lhes a resistência. Isto se torna mais claro, ao ver-se que a conduta do homem, como atividade inserida na prática social, ou, dito de outro modo, no processo social de produção e comunicação, não pode desvincular-se da consideração das normas de convivência, ainda que seja para não as observar.⁵⁸⁰

580. O sentido da atividade em uma ordem de convivência sempre foi associado a um conteúdo moral. Assim, REALE, Miguel. *O direito como experiência*, p. 193: "De resto, já observei ser inerente ao pensamento selvagem em geral, do selvagem, inclusive, um apetite natural de ordem". Assim também, RUBINSTEIN, S. L. *Princípios de psicologia geral*, p. 591: "A conduta do ser humano conduz implicitamente, como aspecto determinante, a relação com respeito às normas morais, mais essencial disso o conteúdo social, ideológico e moral". Este apelo à moral já era identificado na filosofia tomista. Neste último sentido, assim se pronuncia JOLIVET, Regis. *Tratado de filosofia*, vol. II, 1967, p. 563: "O homem que tem fome, posto nas condições em que pode apoderar-se de um pão, representa-se esse pão não só como capaz de lhe dessaltar a fome, mas também como propriedade alheia, isto é, o pão é representado sob diferentes aspectos que lhe definem o valor sob o ponto de vista do bem". Na sociologia crítica retoma o tema ADORNO, Theodor. *Sociologia*, Buenos Aires: Proteo, 1971, p. 47.

Assim, a conduta humana é aquela em que mais se afirma o caráter consciente acerca da relação com os demais homens, com a sociedade e com as normas que regulam a vida comunitária. Esta relação entre a atividade individual e as determinações da vida coletiva não implica a aceitação da tese dos normativistas de que toda atividade juridicamente relevante é só aquela que o direito qualifica como tal através da tipicidade. Isto até pode ser correto, em certa medida. Mas a questão deve ser pensada sob outros aspectos. Se é certo que o conceito de conduta só tem relevância na medida em que se destine a preencher os elementos do tipo de delito respectivo - daí sua perspectiva garantista -, os elementos comuns dessa atividade típica se assentam nos pressupostos de que essa conduta, para ser tratada como conduta humana, deve ser observada em seus aspectos de prática social, que indicam suas particularidades como conduta humana em geral e fixam seus elementos e seu conteúdo. Quer dizer, as qualificações de uma conduta juridicamente relevante não se assentam apenas na norma. Se assim fosse, a norma que definisse essa conduta não poderia ser questionada. Mas o cerne de toda essa indagação está situado, precisamente, na exigência de que o conceito de conduta se mostre apto a também possibilitar uma crítica frente à norma.

Essa atividade, assim concebida, pode ou não estar vinculada a um fim socialmente útil e aprovado, juridicamente proibido e penalmente punido ou simplesmente irrelevante. Fundamental não será, aqui, o fim perseguido pelo agente, mas o parâmetro de referência ao qual, conscientemente, se deva ligar e pelo qual possa orientar sua atividade, de modo a pretender que essa atividade seja tomada como válida pelos seus interlocutores e possa, assim, se constituir de elemento primeiro da crítica à norma.

Mesmo na realização de uma conduta contrária às expectativas do interlocutor, a pretensão do agente é de que esse interlocutor aceite, de qualquer modo, sua conduta como válida, ou através de persuasão ou por outro meio, inclusive pela força, como normalmente ocorre nas atividades proibidas.

Nesse particular, parece equivocada a pretensão da teoria do agir comunicativo, principalmente aquela proposta por HABERMAS, de sedimentar o conceito de ação exclusivamente no discurso, com vistas a um consenso, sem levar em conta que o processo de comunicação não se resume a esse discurso e deve pressupor, inclusive, o próprio dissenso. A comunicação envolve não apenas um ato de persuasão, mas qualquer forma de manifestação da vontade. O ponto nodal do processo de comunicação reside na orientação do agente em função de parâmetros (objetos) de referência, de modo a fazer com que sua pretensão venha a

chegarmos a esse ponto da atividade humana, socialmente orientada, podemos discutir sua compatibilidade com todas as formas de manifestação da conduta delituosa, em especial a negligência.

Como aqui não importa a finalidade da conduta, são inócuas e ficam sem efeito as críticas que foram opostas em geral à concepção finalista de conduta, as quais sempre insistiram em que esta postura seria incompatível com a atividade culpável, pois nesta não se vislumbra qualquer finalidade, notadamente na forma da negligência inconsciente, em que o agente atua sem haver sequer pensado no resultado possível.

Falhou, neste aspecto, o finalismo ao insistir na demonstração da finalidade nos delitos culposos e omissivos, a ponto de inventar uma finalidade potencial ou um fim juridicamente irrelevante, ou pressupor esta finalidade, sem qualquer demonstração e passar a trabalhar com o tipo de injusto, como pretendeu WELZEL nas últimas edições de sua obra. Na verdade, na negligência, não se contempla uma vontade dirigida no sentido do resultado proibido, derivando daí as dificuldades do sistema finalista e a oportunidade de seus críticos de o acoimarem de incompatível com os delitos culposos.

Se observarmos melhor, porém, o conteúdo da conduta negligente, sem pressupor uma finalidade real ou potencial, ou a expectativa da realização do tipo de injusto, chegamos à conclusão de que também nela subsiste uma conduta volitiva. Neste caso, a volição não está ligada ao resultado juridicamente proibido. A volição é a expressão de ser da própria atividade, conforme sua orientação em face dos parâmetros de referência, que, como já se disse - e convém repetir -, são multifacéticos, englobando, ao mesmo tempo, determinado objetivo empírico e uma regra de conduta. Pode, portanto, exaurir-se na própria projeção exterior da atividade.

3.7. AÇÃO E CULPA INCONSCIENTE

A questão da culpa inconsciente, por sua vez, não interfere no conceito de ação. Mesmo na culpa inconsciente, é perfeitamente possível reconhecer-se uma atividade de volitiva, pois o que é nela *inconsciente* é a relação entre o agente e os limites do risco autorizado. Antes dessa avaliação, que se faz, porém, em uma segunda fase, também no âmbito do tipo, a atividade é, de qualquer modo, consciente em relação à *existência* dos riscos que pesam sobre essa atividade, ainda que o agente não os reconheça no caso concreto.

Quem dirige em excesso de velocidade, mesmo que não preste atenção no velocímetro, sabe, naquele momento, que há uma regra ou norma que disciplina a condu-

forma de dirigir e que serve de parâmetro de referência a qualquer motorista, como sabe que todos os carros devem seguir na faixa da direita. É, pois, consciente quanto à existência de um objeto de referência para aquela respectiva atividade, que o afeta e também os demais. Há uma série enorme de argumentos acerca da culpa inconsciente, que são relevantes para diminuir sua extensão ou até para descaracterizá-la. Esses argumentos, porém, não interferem na assertiva de conceber-se a conduta como atividade consciente e volitiva. Quanto ao problema específico da culpa inconsciente, será tratado mais adiante.

3.8. AÇÃO E OMISSÃO

Por seu turno, a conduta omissiva, embora adquira relevância em função de um dever de agir ou de impedir o resultado típico, também é uma forma de conduta volitiva, pois tem como pressupostos parâmetros de referência, expressos em uma norma mandamental e em uma atividade que o sujeito poderia realizar.

Essa norma mandamental e a atividade que poderia realizar são a forma pela qual o agente mantém contato com o meio. FRANCISCO MUÑOZ CONDE quer ver, nesta atividade possível, o conteúdo ontológico da omissão, que serve juntamente com os dados normativos mandamentais para caracterizar essa conduta como uma ação significativa.⁵⁸¹ Essa conceituação significativa de conduta, que é também seguida na Espanha por VIVES ANTÓN,⁵⁸² parece correta, mas para manter-se esse entendimento não há necessidade, porém, de se invocar qualquer fundamento ontológico. O conceito significativo de ação pode ser tomado dentro dos pressupostos do tipo.

A atividade possível ou, como querem alguns, a ação esperada constitui ponto de referência do processo de comunicação e, assim, deve integrar juntamente com a norma mandamental o conceito de conduta no sentido de prática social. Ainda que a norma mandamental decorra do sistema jurídico, tal fato não desnatura o conceito de ação, como um conceito que se desenvolve a partir dos pressupostos de comunicação. Isto demonstra que este conceito, conforme as características da prática social, não é um conceito isolado, mas um conceito produzido na unidade dialética dos contrários. Ao mesmo tempo em que a atividade se converte em manifestação do sujeito, em oposição à sua configuração jurídica, esta regulação jurídica a condiciona como prática social e possibilita sua existência. É justamente dessa relação que nasce o conteúdo da omissão em face da atividade socialmente esperada, fazendo-se dessa atividade esperada seu objeto de referência no processo de comunicação.

O erro dos opositores e dos adeptos do finalismo está em não atentarem para o

581. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN. Nota 8, p. 270.

582. ANTÓN VIVES. *Elementos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 205.

fato de que, antes de se afirmar a característica final da conduta, se deve ressaltar sua vinculação com a realidade como prática social. A conduta não é entidade abstrata, mas o resultado de uma redução conceitual dos componentes concretos da atividade humano-social. A esta conclusão, procurou chegar, entre nós, ainda em sua fase neokantiana, HELENO FRAGOSO, ao afirmar que por ação se deve entender o "comportamento social referido à vontade".⁵⁸³

3.9. CARACTERÍSTICAS DA VONTADE

Outro aspecto de destacada importância na determinação do conceito de ação diz respeito às características, dimensão e configuração da vontade como elemento imbricado, indissolivelmente, na atividade humana juridicamente relevante.

O grande drama e as inúmeras discussões das teorias sobre a ação se assentam em duas questões: a) se nela se deve ou não investigar o conteúdo da vontade; b) se será possível afirmar-se a vontade em todos os atos humanos. A última questão já está praticamente respondida em parte, diante da assertiva de que todas as condutas humanas são volitivas. A primeira questão, todavia, ainda perdura diante daqueles que, vendo a ação humana exclusivamente pelo seu lado externo-causal, se satisfazem para afirmar a existência de uma ação com a conclusão de que a atividade não tenha sofrido coação absoluta no momento de sua manifestação, isto é, quando da alteração do mundo exterior.

O conceito de vontade, para a concepção aqui defendida, não deriva de ato isolado da psique do indivíduo, nem tampouco de reações reflexológicas. De vez que se reconheça na atividade humana, pelo menos, a existência de dois componentes básicos, a sociabilidade como prática social e a vontade, claro está que esta vontade só pode ser conceituada a partir da relação entre o impulso socioindividual e as regras e os objetos referenciais pelos quais ela se orienta no processo de comunicação.

Por outra parte, conforme se fixe a atividade em função de seus parâmetros de referência, a determinação da vontade e sua conceituação não podem ser excluídas da relação com a utilização dos fatores causais, quando naqueles parâmetros se inserir o objetivo perseguido pelo agente. Um ato só é querido quando a vontade se completa na manifestação da causalidade sobre a realização do objeto pretendido ou acolhido nos inúmeros e intermináveis interesses e necessidades que cercam a vida humano-social. Há de se distinguir, também, entre ato querido e ato desejado. Ato querido é ato de vontade, e ato de vontade só pode existir na medida em que se conjugue com a dirigibilidade do processo causal. Já o ato do desejo é

583. FRAGOSO, Heleno. *A conduta nuncível*, p. 177.

matéria da cogitação interna do homem. Por exemplo, alguém pode desejar dirigir um automóvel, mas só terá vontade de fazê-lo quando, efetivamente, puser em marcha os instrumentos causais que irão satisfazer aquele desejo que se projeta, pois, como vontade já na medida em que se empreendam estes atos ou, caso isso não se faça imediatamente, quando se fará em tempo próprio, ou se faria caso fossem empreendidos.⁵⁸⁴ Analisando justamente esta relação entre ato volitivo e manifestação causal, pondera HARRY FRANKFURT que o conceito de vontade não pode ser confundido com o simples propósito de realizar alguma coisa, pois pode acontecer que esse propósito seja alterado e nada produza. Portanto, haverá vontade apenas quando o sujeito efetivamente executa aquilo a que se propôs, ou quando, embora não o faça, assim mesmo o executaria caso atuasse ou de qualquer modo o executará, quando agir.⁵⁸⁵

Justamente porque a atividade humana constitui conduta sociorracional é que se chega, quando se trata de ato volitivo, à produção da dirigibilidade dos fatores causais e, inclusive, dos próprios objetivos ou objetos. Se a conduta humana fosse tão-somente o resultado de reflexos condicionados, inexistiria vontade, porque tudo se resumiria na fórmula do estímulo-resposta. Se a conduta fosse unicamente te uma indagação de ordem subjetiva, sem correspondência externa, não haveria necessidade de sua relação com o processo causal. Este último posicionamento, que contemplava a vontade como simples ato psíquico interno, traduz uma velha fórmula espiritualista do conceito de vontade, devido à filosofia idealista, hoje totalmente superada. Por outro lado, não pode mais subsistir uma concepção puramente empírica de ato volitivo, que corresponde principalmente à teoria psicológica de WUNDT.⁵⁸⁶ Uma vez que se compreenda a atividade humana como uma atividade de prática social e comunicativa, caem por terra tanto os postulados puramente idealistas quanto puramente empíricos.

584. Também faz uma distinção entre desejo e volição, LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, p. 86, para quem o desejo constituiria a primeira etapa do ato volitivo, o qual se comporia, ainda, de uma etapa deliberativa e de, por fim, uma etapa executiva. No campo da filosofia, há uma grande especulação, desde DESCARTES até nossos dias, sobre a relação entre os mundos material e espiritual, dividindo-se as teorias entre as que, por um lado, dão prioridade à vida mental (como DESCARTES, com seu princípio do *cogito ergo sum*), e, de outro, as que asseveram a sua redução ao plano da causalidade (como Kim com o *princípio da reversibilidade*). Há ainda uma posição intermediária, defendida por KARL POPPER, com base no *princípio dos três mundos*, que muito se aproxima daquela referenciada por LUIZ LUISI, embora sob outras perspectivas. POPPER quer fazer valer, de conformidade com sua teoria, a função do mundo dos dados internos (o segundo mundo) como um instrumento de ligação entre o mundo das ideias (o terceiro mundo) e o mundo da causalidade (o primeiro mundo), de modo a possibilitar uma condução da vontade sobre um processo executivo (POPPER, Karl. *Objektive Erkenntnis*, Hamburg: Hoffmann und Campe, 1973, p. 175).

585. FRANKFURT, Harry. "Willensfreiheit und der Begriff der Person", *Analytische Philosophie des Geistes* (Org. Peter Bieri), Beltz: Weinheim, 1981, p. 290.

586. WUNDT, Wilhelm. *Grundzüge der physiologischen Psychologie*, Leipzig, 1874, especialmente o capítulo 4º, no qual introduz a formulação de que a vontade se revela como um acontecimento psíquico e do sentimento.

GILBERT RYLE já demonstrou que não há uma vontade estranha à ação, na forma de um impulso espiritual.⁵⁸⁷ Aplicável essa assertiva ao direito, pode-se dizer que a vontade só pode ser caracterizada, no sentido de um fato delituoso, se for tomada como uma ação direcionada em função de um objeto de referência, ou seja, em função da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico. A chamada manifestação externa da vontade não é, portanto, o resultado de uma atuação mental, mas sua forma terminativa.⁵⁸⁸ Deste modo, é impossível reconhecer, neste processo, duas instâncias distintas, uma da espiritualidade e outra da causalidade. Isto, evidentemente, não implica reduzir toda a vida espiritual à mera causalidade. A vida espiritual, como atividade psíquica da pessoa, existe, é um dado real e sensível, mas a vontade, compreendida como um fenômeno, não pode ser apreendida senão quando se manifesta na condução de uma atividade material.

Por seu turno, a sociabilidade do ser humano induz a que todos os impulsos ou desejos se manifestem de acordo com determinado sentido e se concretizem em certos objetivos sociais, através de processo consciente. Se isto acontece, dizemos que a atividade humana é consciente e volitiva. Assim, se, por um lado, a vida social estimula o alcance de certos objetivos, criando, portanto, os impulsos, por outro, esta mesma vida produz os objetos materiais que concretizam ou possibilitam a concretização desses impulsos, de modo que se os interesses sociais servem a motivos do agir (impulsos para o ato), ao mesmo tempo constituem a finalidade ou a referência do agir (objeto do ato).

Somente a compreensão recíproca entre o objetivo, como referência, e o impulso permite, sob prisma global da sociabilidade da conduta, a formulação de um conceito de vontade metodologicamente superior às criações da psicanálise e à do condutivismo reflexológico. Para o jurista, com maior razão, esta análise da vontade torna-se mais prática e mais eficiente, pois não requer indagações de ordem psíquica. Por outra parte, nos termos assinalados por PETER ZIMA, a edificação da vontade sobre a base concreta de execução de uma tarefa permite a construção do conceito do próprio sujeito, como sujeito atuante, no sentido de fixar, no processo de comunicação, como objetos de referência, os demais indivíduos e com eles interagirem de conformidade com as normas sociais de convivência.⁵⁸⁹

Equacionado dessa forma o problema do conceito de vontade, torna-se consensualmente que esta vontade só se caracteriza como tal, se observada, inclusive, no seu conteúdo. A investigação sobre o conteúdo da vontade, porém, não implica o

587. RYLE, Gilbert. *The concept of mind*, Chicago: University of Chicago Press, 1984, p. 62 et seq.

588. MCCANN, H. "Volition and basic action", in *Philosophical Review*, N. York: Cornell, 1974, n.º 83.

589. ZIMA, Peter. *Theorie des Subjekts*, Tübingen und Basel: UTR, 2000, p. 10.

reconhecimento da imputabilidade ou da imputabilidade, nem por isso mesmo a emissão de juízo de valor acerca do "poder" do agente. Mesmo um imputável pode agir, possui vontade, pois pode propor-se objetivos, escolher e dirigir os meios causais para alcançá-los, e manifestar-se de conformidade com regras, pelas quais dirige sua atividade como ação comunicativa.⁵⁹⁰

por outra parte, ao dizer-se que na ação se investiga o conteúdo da vontade, não importa reconhecer um fato como doloso ou culposo. Isto constituiria, como já afirmado, tarefa que se desenvolve em outras fases da análise do tipo de injusto, pois o dolo, por exemplo, não se identifica com a vontade, nem está isento de valorações jurídico-legais. Agir volitivamente, em sentido genérico, não corresponde à realidade do atuar doloso; agir dolosamente significa querer realizar determinado tipo legal, obtendo, alcançando os objetivos visados ou, pelo menos, pretendendo alcançá-los, com vistas à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico.

A confusão que se fez na crítica ao finalismo, de identificar vontade e finalidade e concluir que os delitos dolosos se compunham fora do tipo, o que tornaria essa teoria incompatível com os delitos culposos, pode ser aqui, perfeitamente, superada. A vontade não integra a ação como elemento ôntico, contrariamente, portanto, ao que postulavam os finalistas. A vontade só integra a ação na medida em que esta se manifesta como uma atividade comunicativa.

Se os tipos de delito, dolosos ou culposos, estão assentados em uma atividade, pois do contrário não poderiam ser delitos - não há delito sem ação -, devem subordinar-se aos pressupostos mínimos dessa atividade. Uma vez superada a questão da causalidade e do simples normativismo, para edificar-se a ação como processo de comunicação, é imprescindível que seja nela inserida a vontade como seu elemento configurador. Sem vontade, não há comunicação e, sem comunicação, não há ação. O problema relativo à distinção entre as atividades dolosas e culposas não pode ser visto, assim, sob o prisma exclusivo da existência ou inexistência de vontade, mas sim em função dos parâmetros (objetos) de referência, que a orientam. Os delitos culposos, portanto, decorrem de uma mesma base dos delitos dolosos, qual seja, a realização de uma ação dotada de vontade, mas dele se diferenciam, porque esta base está orientada por parâmetros de referência diversos.

Por seu turno, tendo em vista a característica de que a negligência está substancialmente centrada na violação do risco autorizado, sua investigação só se torna

590. Sobre a capacidade de agir do imputável, MAURACH, "O conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito", in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 1966, n.º 14, p. 32. É importante salientar, todavia, que mesmo se admitindo que o imputável atue volitivamente, este juízo é relativo, pois se efetivamente se demonstrar sua total falta de consciência não há

viável a partir do momento de se proceder à diferenciação e respectiva valoração de parâmetros de referência, na fase específica subsequente, portanto, na fase de sua complementação típica. Isto não implica que, para os delitos dolosos ou para os delitos culposos, se torne necessário um conceito pré-jurídico de ação, que os unifique. A unificação dessas duas espécies de delito se pode dar dentro da análise dos pressupostos dos próprios tipos. Sua diferenciação entre delitos dolosos e culposos se processa, então, na análise subsequente de seus parâmetros de referência, que fazem encaminhar a conclusão para um ou outro dos tipos específicos, em função das limitações que devem ser impostas pelas respectivas normas.

Ademais, examinar o conteúdo da vontade significa tomá-la como fenômeno material e não apenas simbólico. Evidentemente, na determinação da conduta como ação, importante é apenas salientar que aqui não se trata de mera voluntariedade, termo por demais ambíguo e incerto, mas de vontade, derivada como elemento de relação da execução causal dos propósitos do agente, dirigida à consecução material de seus objetivos e orientada conforme os parâmetros de referência em um processo de comunicação.

Como toda conduta humana é, por sua própria origem social, conduta volitiva, não haverá ação, como já se disse, quando o sujeito não puder orientá-la segundo um parâmetro de referência, tal como na coação física absoluta (*vis absoluta*), nos movimentos reflexos ou estados de inconsciência, em suma, quando não se efetive verdadeiramente uma atividade consciente. Diversamente, porém, da sistematização da doutrina dominante, as hipóteses de *ausência de ação* não podem ser deslocadas de sua avaliação típica, uma vez que os parâmetros de referência não são constituídos apenas de dados empíricos, mas também de normas, como, por exemplo, da norma que delimita penalmente o risco autorizado. Nesse sentido, poder-se-á dizer que o que está em jogo nas hipóteses de ausência de ação é um pressuposto de análise da própria conduta típica, em função dos parâmetros de referência por ela admitidos. Assim, a exclusão da ação, nesses casos, não constitui a conclusão amparada sobre um dado puramente naturalístico, como se costuma dizer, mas uma conclusão decorrente da impossibilidade de se estabelecer um processo de comunicação. Haverá ausência de ação toda vez que o agente não puder complementar seu processo de comunicação, seja porque não atua consciente ou volitivamente, seja porque sua submissão a uma coação externa descaracteriza sua pretensão de validade.

Será sempre conveniente ressaltar que a contemplação da vontade como elemento da atividade humana, integrante de conceito geral e abrangente, não importa ainda no estudo e na afirmação da liberdade de ação ou de vontade.

tarefa exige a complementação de juízos de valor acerca do poder individual do agente que escapam ao âmbito de um conceito básico em função das garantias inseridas no tipo de injusto. Uma tarefa é a de visualizar a conduta como elemento comum a todas as atividades típicas, outra a de afirmar a sua validade em face de pressupostos de sua motivação. O que aqui se pretende com o conceito de conduta é estabelecer uma etapa indispensável a ser seguida no processo de imputação.

Voltando às questões dos atos automatizados, já discutidos mais atrás em face das objeções de JAKOBS,⁵⁹¹ mas, agora, em atenção àquelas levantadas especificamente por ROXIN,⁵⁹² SCHEWE⁵⁹³ e outros, de que há ações sem vontade, cuja conclusão já havia sido aduzida por HELENO FRAGOSO, com base em Bertrand Russel,⁵⁹⁴ por se tratar, na maioria dos casos, de condutas automatizadas, cabe redarguir que nem sempre as condutas automatizadas indicam, *tout court*, a existência de atividade involuntária.

Em oposição a essa tese, a psicologia, por exemplo, tem afirmado o conteúdo volitivo do ato automático. LEWIN salienta que, nesse caso, como a direção dos meios causais é por demais conhecida e já está incorporada na memória do indivíduo, passa ela despercebida a um observador comum, embora o início desses atos tenha sido consciente e voluntário. O mesmo se dá com o fim de agir, que condiciona volitivamente esse automatismo.⁵⁹⁵ Assim, se desejo ir à cidade com meu automóvel, não preciso aprender todo o trajeto novamente nem manipular os meios causais como se fosse a primeira vez que dirigisse um veículo e naquelas condições. Os atos de direção e de orientação, de escolha do trajeto, da atenção à sinalização e às placas e às normas de cuidado se desenvolvem automaticamente, mas todos estão condicionados à atividade de dirigir para, conforme o exemplo, chegar à cidade. Aqui, há evidentemente vontade, mesmo que o trajeto seja interrompido ou que o automatismo da atividade causal conduza à concretização de outros objetivos diferentes, como é corrente acontecer, por exemplo, nas hipóteses de culpa inconsciente.⁵⁹⁶

591. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 2ª edição, p. 145.

592. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 212.

593. SCHEWE, Günter. *Reflexbewegung, Handlung. Vorschau: strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht*, Lübeck: Schmidt-Römhild, 1972.

594. FRAGOSO, Heleno. *Concluta punível*, p. 173; Bertrand Russel, *Religion y ciencia*, 1956, p. 114.

595. LEWIN, Kurt. *Vorschau, Wille und Bedürfnis. Mit Vorbemerkungen über die psychischen Kräfte und Energien und die Struktur der Seele*, Berlin: Springer, 1926. Sobre uma explicação mais detalhada acerca disso e das propostas de KURT LEWIN, ver KOPFKA, Franz, *Principios de psicologia da Gestalt*, 1975, p. 427 et seq. Sobre a atividade voluntária e comportamentos aprendidos, ver LE NY, Gustav. *Condicionamento e aprendizagem*, 1975, p. 187, o qual salienta o papel dos reforços na aquisição de conhecimentos e formas instrumentais de conduta, mas não deixando de considerar que esses atos automatizados também se incluem em uma atividade global voluntária.

596. Também com esta conclusão, LUISSI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*,

3.10. AÇÃO E ESQUECIMENTO

Da mesma forma, podemos dizer que nos atos de esquecimento, que são importantes nos casos de omissão de atividade devida (por exemplo, quando o guarda-freios esquece de acionar os binários na hora marcada, ou o controlador de voo deixa de comunicar a uma das aeronaves a existência de outra na mesma direção), ao contrário do que se supunha, não se trata de mera falha de memória, mas de uma questão vinculada ao complexo da atividade volitiva.

Nesse sentido, a psicologia salienta que o esquecimento se pode verificar por dois processos: a) ou como apagamento dos traços da memória pelo decurso do tempo (o chamado esquecimento irreversível); b) ou por simples ato falho, resultante de processo seletivo de atividades volitivas em tensão. No primeiro processo, não há atividade consciente e, assim, não há ação. A conduta é mero desenrolar causal sem parâmetro de referência e, portanto, imprestável como agir comunicativo. O segundo aspecto interessa particularmente ao enfoque da conduta, sendo reforçado especialmente pelas investigações de BIRENBAUM, LAUENSTEIN, VON RES-TORFF e KOFFKA.⁵⁹⁷ Aqui, o processo se vê caracterizado dentro daquilo que se denomina de *zona de tensão*, na qual os traços de memória podem ser fixados de forma coesa, podem ser substituídos por outros dados ou podem ser intercomunicados, em uma relação constante entre eles mesmos e o sistema do *ego*.

Mediante esses estudos, pode-se concluir que se o ato falho não está subordinado a uma conduta consciente como tal no momento de sua ocorrência, seu processo de elaboração depende, principalmente no tocante à disponibilidade dos dados, do traço (ou dado) que se determinou como importante ou juridicamente relevante (por exemplo, não esquecer de acionar os binários na hora marcada, ou de comunicar oportunamente a existência de outra aeronave no mesmo espaço), bem como dos interesses da pessoa e de seu domínio naquele campo de tensão. O controlador de voo, por exemplo, está inserido num campo de tensão, porque lhe estão subordinados vários conhecimentos, lembranças, atenções e normas, que se encontram incorporados na sua memória e dos quais se deve valer em todos os momentos. Aqui se dá a mesma estrutura dos atos automatizados, nos quais a ação memorizada corresponde em seu momento inicial a um ato volitivo e consciente.

O chamado *campo de tensão*, que é uma consequência da atividade consciente

597. KOFFKA, Franz. *Princípios de psicologia da Gestalt*, p. 430. Tratando o problema do esquecimento associado ao da atividade volitiva, também, na filosofia HUIJSMAN VERGEZ. "O conhecimento", in *Compendio moderno de filosofia*, 1978, vol. II, p. 36 et seq. Também compreendendo o esquecimento em função do estado de organização das lembranças, JOLIVET, Régis. *Tratado de filosofia*, vol. II, p. 278 et seq., assinalando ainda que o esquecimento se torna impossível nos casos em que a lembrança está incorporada a estruturas solidamente articuladas.

inicial, pode ou não fazer com que um acontecimento se ponha em condições de ser recordado a qualquer momento e, assim, permaneça vivo na lembrança do agente. Para manter tal fato em condições de vivacidade, será necessário estabelecer uma contínua e permanente comunicação entre esse e outros acontecimentos gravados em novos sistemas de traços, de modo a ampliar e estabilizar o sistema preferido. Esta comunicação constante entre os dados estabiliza e impede a esbatificação dos sistemas de traços de memória em prejuízo do processo total, deixando sempre à mostra o fato a ser recordado. Assim, afirma-se conclusiva e afirmativamente, todo o processo de recordação e esquecimento são determinados a afirmação de BARTLETT, subscrita por KOFFKA, de que os traços e, consequentemente, todo o processo de recordação e esquecimento são determinados e "levados pelo interesse".⁵⁹⁸

Por meio da psicologia experimental, desde a *Gestalt* até a psicologia cognitiva moderna, principalmente pela obra de LARRY SQUIRE, foi possível constatar, inclusive, que todas as formas e modalidades de memorização podem ser classificadas em dois grandes grupos: a *memorização declarativa* e a *memorização procedimental*.⁵⁹⁹

A *memorização declarativa* diz respeito a três sequências de registros relativos, respectivamente, aos *fatos do contexto pessoal do sujeito* (quem é, onde esteve em determinada data e o que fez em certo momento, etc.), aos *fatos objetivos de memória* (que se referem a pessoas, locais, tempo, fórmulas, dados, independentemente do contexto pessoal, como, por exemplo, $2 + 2 = 4$, Marte é um planeta, o Pão de Açúcar fica no Rio de Janeiro) e aos *conhecimentos particulares* (dados que possibilitam um juízo sobre sua constituição ou confiança). Todos esses dados interagem mutuamente, de modo que os fatos pessoais estão vinculados aos fatos objetivos e estes, por sua vez, influenciam os conhecimentos particulares. Um sujeito não poderá recordar-se, às vezes, de fatos de sua vida pessoal sem se valer de dados e fatos conhecidos, e nem poderá formar um juízo sobre estes dados, sem levar em conta como eles se deram e repetiram. Esta modalidade de registro de fatos apresenta uma particularidade: é sempre consciente, mas a atuação volitiva inicial, às vezes, é mínima, salvo quando se trate de objetos de aprendizado. Por esta particularidade, esta forma de memória é a mais suscetível de apagamento pelo decurso do tempo e só interessa ao âmbito da ação como pressuposto para a realização de outras atividades (por exemplo, a memória de dados é imprescindível em alguns

598. KOFFKA, Franz. *Princípios da psicologia da Gestalt*, p. 536. Também LUIJSI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, p. 95, compreende o esquecimento da ação esperada nos delitos omissivos como um ato volitivo.

599. ROTH, Gerhard. *Fühlen, Denken, Handeln*. Frankfurt am Main, 2001, p. 151; Larry Squire, *Memory*

concursos públicos ou certames, ou para poder se orientar no trânsito ou prescrever um medicamento).

A *memorização procedimental*, por sua vez, se refere às *habilidades*, ao uso de *especiais conhecimentos*, à *classificação de modelos de atuação*, aos *condicionamentos clássicos*, aos *conhecimentos aleatórios*, às *noções de direção* e a tudo o que disser respeito às condições de execução das atividades do sujeito. Neste último aspecto, como os dados dizem respeito à vida de relação do sujeito, inscrevem-se diretamente no âmbito da atividade volitiva e seu esquecimento pode ser avaliado segundo o interesse demonstrado no seu registro e na sua atualização.

Assim configurados os fatos da memória, pode ocorrer que os atos de esquecimento importem uma forma particular de ausência de ação, quando não for possível a interação entre interesse e memória. Isto se dá, normalmente, na presença de certas enfermidades (por exemplo, na doença de Parkinson, em acidentes vasculares ou alterações psíquicas), quando o sujeito, sem o saber, está impossibilitado de atualizar sua memória procedimental, embora não tenha perdido sua memória declarativa.⁶⁰⁰ O mesmo não se dá, em contrapartida, em alguns casos de amnésia, em que o sujeito perde sua memória declarativa (não sabe quem é, onde está, qual sua profissão, etc.), mas conserva sua memória procedimental (sabe conduzir automóvel, conhece as regras do trânsito, etc.). Neste último caso, haverá ação, mas poderá ser excluída a culpabilidade, porque o agente seria inimputável, ou porque o fato não lhe seria evitável ou porque esse desconhecimento o dever de atuar cuidadosamente (o controlador de voo, por exemplo, ainda que tenha mantido as habilidades pessoais, deixa de exercer o controle de aeronaves, porque em virtude da amnésia desconhece que está a isto obrigado).

3.11. AÇÃO E IMPUTABILIDADE

A referência à perda da memória por enfermidades ou outras causas sugere, aqui, a discussão entre o conceito de ação e de imputabilidade. Cabe ressaltar que a afirmação de que toda atividade humana é essencialmente atividade consciente e voluntária não se choca com os conhecimentos acerca da perda e eliminação da consciência e da vontade, principalmente, por transtornos mentais ou retardamentos. Se, em consequência disso, ficar demonstrado que não há consciência ou vontade na conduta causalmente observada, nada obsta a que se declare a ausência de ação. Se, entretanto, ficar demonstrada apenas uma perturbação da atividade consciente ou volitiva, então se tratará de caso relativo à capacidade de culpabilidade ou imputabilidade.

A diferença entre as hipóteses de ausência de consciência ou vontade e de perturbação da atividade consciente ou volitiva é relevante, porque a compreensão da conduta humana como atividade consciente e volitiva pode sugerir a adoção da tese hegeliana de que a imputabilidade constitui pressuposto da própria ação, de modo que os inimputáveis estariam fora do direito penal criminal, ficando sujeitos a normas especiais.

Essa tese, que tem precedentes em MERKEL⁶⁰¹ e está associada ainda a BINDING⁶⁰², segue mantendo seus representantes no estrangeiro e no Brasil,⁶⁰³ e deriva de que o conceito de vontade é tomado no sentido de um querer interno, fruto do idealismo, ou da compreensão da ação como objeto de um sujeito relacionado a juízos de valor. Mesmo que não se negue que a ação humana esteja subordinada a valores sociais, Mesmo que não se negue que a ação humana esteja subordinada a valores sociais concretos, isto não implica a consideração de que, para a conceituação dessa ação, se torne necessário o dado referente à capacidade de valoração do sujeito.

3.12. CONCLUSÃO SOBRE O CONCEITO DE AÇÃO

Finalmente, deve-se dizer que a posição aqui assumida no que toca ao conceito de ação não se identifica com a concepção mantida por WELZEL e demais finalistas, nem com a teoria social de ação de JESCHECK e WESSELS, nem com os funcionalistas. Ao contrário dos finalistas e partidários da teoria social da ação, aqui não se admite um conceito pré-jurídico de ação, vinculante para o direito, por considerar insustentável associá-lo a um dado ôntico e, também, por considerar desnecessária a indagação acerca de sua relevância social no âmbito da conduta. Por sua vez, também se diferencia dos funcionalistas, porque não vincula o conceito de ação exclusivamente, a um sistema ou ao processo de imputação. Ainda que a indagação acerca dos elementos que devam integrar a ação sob sua apreciação típica constitua uma etapa necessária no processo de imputação, não pode ser reduzido a servir de base ao modelo de conduta para o efeito de sua criminalização ou para a garantia da estabilidade da norma. A discussão em torno dos elementos materiais da ação, a partir de um enfoque comunicativo, é relevante como recurso metodológico para

601. MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Ferdinand Enke, 1889, p. 51: "Somente tal indivíduo pode ser sujeito de um delito, de cuja vontade resultam acontecimentos plenamente relevantes, que, ao caracterizá-lo, lhe podem ser em consequência atribuídos".

602. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Uebertragung*, vol. II, p. 170

603. Por exemplo, com esta ideia, MAYER, Max Ernst. *Strafrecht*, AT, p. 107. No Brasil, adota-a, também, REALLE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*, 1974, p. 52, e *Instituições de direito penal*, 2002, p. 208; na primeira de suas duas obras, assim se manifestava: "Se entendemos a ação como a atividade carregada de significado valorativo, o evento em seu sentido humano e social e o dolo iluminado pelo significado do que se deseja, é imprescindível que a imputabilidade constitua um pressuposto do crime", já na última, ressalta: "A imputabilidade, portanto, não é pressuposto da culpabilidade, nem obstáculo à culpabilidade, mas dado distintivo da pessoa humana, razão pela qual constitui um elemento desta ocorrência de uma opção valorativa. O inimputável, neste sentido, não

proporcionar uma delimitação normativa daquilo que se poderia atribuir ao sujeito, de modo a fazer com que sua descrição como ação típica deva ser submetida, constantemente, a um procedimento de prova de sua legitimidade. Por outro lado, esses elementos, ainda que sejam apreciados sob o enfoque de uma prática social, portanto, como expressão do sujeito em uma comunidade comunicativa, só valem na medida em que possam servir, normativamente, como fatores limitativos da incriminação. Isto significa que todos os elementos comunicativos, que caracterizam a ação como prática social e, portanto, a vinculam a um sujeito, não têm, por si mesmos, o menor significado, senão como elementos inseridos no processo normativo de sua avaliação como redutores da incriminação, quer dizer, como objetos aptos a fundamentarem uma dogmática crítica do delito.

Atendendo a esses objetivos, que são, na verdade, consequência de uma ordem jurídica democrática, o conceito de conduta só pode ser enunciado a partir de seus pressupostos dogmáticos. Assim, em função do que deva resultar dessa associação entre tipo e atividade comunicativa, poderíamos, em sentido lato, enunciar que *ação é toda conduta conscientemente orientada em função de parâmetros (objetos de referência e materializada tipicamente como expressão da prática social do sujeito).*

Desta conceituação se infere, por conseguinte, como já foi dito, que toda ação é atividade volitiva e, assim, consciente. A menção à prática humano-social significa que a atividade do homem deve ser entendida como manifestação de sua sociabilidade, influente sobre os demais homens e vinculada às normas de convivência, como forma de união entre indivíduo e meio, que se estrutura em um processo contínuo de comunicação.

A ligação entre a conduta e as normas de convivência não induz à conclusão de que se trate de um conceito puramente normativo de ação, mas, exclusivamente, de um conceito de relação, pois o homem não pode se subtrair às regras da estrutura social no sentido de uma dessocialização, mas pode, através de sua própria atividade, impulsionada por outras regras, modificá-las e transformá-las. Esta relativa independência do homem é que possibilita que se pronunciem sobre ele juízos de valor afirmativos ou negativos.

A menção à volição da conduta e sua sociabilidade ficaria sem efeito, se não se pudesse estabelecer um elemento concreto para sua afirmação. Dizer-se, pois, que a ação se materializa como expressão da prática humano-social significa ainda que a vontade só se torna objetivável e, portanto, empiricamente apreensível, a partir do momento em que se estabelece como relação entre o motivo do agir e o objeto do agir, especificamente, como fator determinante e condicionante da

escolha, emprego e manipulação dos meios causais disponíveis à integração dessa ação à atividade global do sujeito. Por outro lado, ao assinalar que a sociabilidade da conduta se materializa tipicamente, o que se faz é excluir uma concepção pré-jurídica de conduta, que, desde longa data, tem suscitado inúmeros e controvertidos problemas e, ao mesmo tempo, vincular a proibição aos dados do conflito social que se desencadeia com sua violação.

O conceito de conduta aqui formulado considera o homem como ser integral, fazendo daí derivar a análise de seu comportamento como consequência necessária dessa sua característica de estar inserido em uma determinada formação social e de ser sujeito de um processo de comunicação. Com isso se pressupõe ao conceito de ação uma noção própria do sujeito. Em qualquer das teorias da ação, há uma noção prévia de sujeito. Para a concepção aqui desenvolvida, o sujeito é quem se encontra capaz de orientar socialmente sua conduta em função dos parâmetros de referência propostos dentro de um contexto prático, portanto, como pressuposto de uma delimitação do processo de imputação típica.

4. A ESTRUTURA NORMATIVA

A doutrina moderna tem entendido que a função do direito penal é, primordialmente, a proteção dos denominados bens jurídicos.⁶⁰⁴ Isto sempre foi assumido como consequência de postulado de garantia, pois teria como objetivo impedir a intensificação de aspectos subjetivos da conduta, estranhos à realidade social, bem como a interferência autoritária do poder punitivo sobre condutas que, ainda que aparentemente tenham relevância jurídica, não ofendem esses bens jurídicos.

4.1. A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO

Essa concepção do bem jurídico como elemento essencial de proteção na configuração dos tipos legais e, conseqüentemente, na estruturação das normas de conduta sancionadas criminalmente não indica, porém, por si só, acerca do substrato social dessas normas e do direito penal. Este é um defeito básico de toda concepção que assenta o bem jurídico como objeto de proteção do direito penal. Aliás, o conceito de bem jurídico tem sido usado também de suporte argumentativo da doutrina para explicar o porquê de certas incriminações, mas a partir do pressuposto puramente

604. BRUNO, Anibal. *Direito penal*, vol. I, p. 14; BETTOL, Giuseppe. *Direito penal*, vol. I, p. 193; LISZT, Franz von. *Direito penal alemão*, p. 93; de certa forma também BAUMANN, *Strafrecht*, AT, p. 9; FRAGOSO, Heleno. "Objeto do Crime", in *Lições de direito penal*, 1972, apêndice ao 2º volume; JESCHKEK-WEIGEND, Nota 7, p. 7; MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, AT, A, p. 212; ROXIN, Claus. Nota 225, p. 11; SCHMIDHAUSER, Eberhard. Nota 31, p. 111; STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 33; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 1982, p.

formal de que a norma penal teria como escopo sua proteção, ou seja, admitindo, desde logo, sua legitimidade.

Sob a observação das perspectivas do direito penal, já alertava HASSEMER acerca da falácia da proposição de interpretar as normas penais segundo a sua finalidade de proteger bens jurídicos. Explicava HASSEMER que, com isso, o que, no fundo, se conseguia, era intensificar e fortalecer o poder punitivo, em vez de limitar o seu alcance.⁶⁰⁵ Por isso mesmo, a melhor orientação é a de elevar o bem jurídico a uma outra categoria. Em vez de ser tratado como objeto de proteção, deve assumir a posição de objeto de referência necessário da incriminação.⁶⁰⁶ Isto implica exigir, em qualquer incriminação, a demonstração de a conduta haver lesado ou posto em perigo o respectivo bem jurídico. Caso a incriminação não possa ter como objeto de referência a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico, é ela inválida por não representar a norma um instrumento adequado do processo de comunicação que se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito.

Por outro lado, a investigação da relação interesse-norma-valor, que está no fundo da elaboração normativa, pressupõe, evidentemente, a adoção de um princípio construtivista, em oposição fundamental ao positivismo jurídico, pois este não se importa e, ao contrário, desconsidera qualquer indagação fora do âmbito puramente legal.

Afora o positivismo jurídico, ninguém nega que o direito não está alheio aos interesses da estrutura social, nem pode sobreviver por muito tempo sem eles. Há, portanto, uma relação necessária entre a norma jurídica e o interesse que lhe serve de substrato. Essa relação, por sua vez, tem engendrado uma série de posturas, que dizem respeito mais à finalidade das normas do que, propriamente, ao modo como elas se estruturam.

Geralmente, pode-se ver essa relação sob duas perspectivas: a) a primeira, tomando-se a norma, simplesmente, como instrumento de proteção imediata do interesse; b) a segunda, subordinando-a a um processo de avaliação. Ao se adotar a primeira perspectiva, a norma seria concebida como a forma estatal de manutenção e proteção de interesses sociais relevantes ou dominantes. Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto. Pela segunda, a norma jurídica, em todas as suas fases, estaria submetida a um processo de verificação de legitimidade e validade, de modo que o interesse só pudesse nela se inserir na forma de valor

605. HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 22.

606. No Brasil, como adepto desta concepção, BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Alameda, 2015.

jurídico, cuja lesão ou perigo de lesão condicionaria a intervenção estatal.⁶⁰⁷ De acordo com a primeira perspectiva, chegaríamos ao mesmo pensamento de KELSEN de que o direito não existe sem o Estado e que tudo se resume na proteção estatal, quer dizer, a norma deve ter, necessariamente, um caráter sancionatório. Na outra, ao contrário, embora se expresse através do Estado, por meio de formulações definidas, o direito deve ser concebido em um sistema global de formulações sociais e, portanto, submetido a limitações quanto à sua validade. Há inúmeras outras formas de tratar a relação da norma para com seus objetos, bem como de explicar o fenômeno jurídico.⁶⁰⁸ Isto demandaria, porém, outra pesquisa. Por isso, pode-se ficar aqui com essas duas orientações, que ainda que se mostrem incompletas, como ocorre com qualquer formulação jurídico-filosófica, apresentam-se praticamente capazes de enfocar o fato em face da função da norma, independentemente de desvios ideológicos.⁶⁰⁹

A adoção de qualquer das teses acima enunciadas implica, conseqüentemente, concepções diversas na estrutura da norma penal e na formulação do direito. Se a norma nada mais é do que a formalização do interesse, torna-se demasiadamente simples sua construção, não restando senão investigar-se o bem jurídico ou o interesse protegido e a respectiva infração ao mandamento ou proibição promulgados para a sua proteção. Com isso estaria realizada toda a tarefa científica, tal como propõe o positivismo jurídico e a escola de ROCCO.⁶¹⁰ Se, ao invés, for adotada a tese de que o direito está inserido num sistema de formação social, então será imperiosa a pesquisa acerca desse sistema e de suas implicações, assim como dos modelos axiológicos e suas expressões normativas, contidos nos tipos legais.

Foge, porém, ao objetivo aqui traçado a pesquisa acerca dos interesses sociais que

607. Não é outra, ademais, a formulação que dessa delimitação da norma penal faz nascer direitos subjetivos, indistintamente, a todos os cidadãos em face dos poderes estatais. Assim, afirma HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*, tradução castelhana, Barcelona: 1991, p. 189. "No estado democrático de direito, o exercício do poder político está duplamente codificado: o tratamento institucionalizado dos problemas propostos e a mediação regulada proceduralmente dos correspondentes interesses devem poder ser entendidos ao mesmo tempo como a realização de um sistema de direitos".

608. Por exemplo, MIGUEL REALE (*O direito como experiência*, p. 7 *et seq.*) reconhece que todas as explicações em face do binômio direito-experiência podem ser reduzidas a três perspectivas filosóficas fundamentais: a posição imanente, a posição transcendente e a posição transcendental. A primeira afirma não se poder dissociar o direito dos eventos históricos, considerando que os problemas jurídicos estariam permanentemente inseridos nesses eventos e só seriam explicáveis segundo essas relações; a segunda atesta a existência de um direito baseado não só em fatos, mas também em paradigmas ideais, em certas exigências imutáveis; a terceira insere o direito em dois aspectos, um quanto à sua gênese e outro quanto às suas condições de possibilidade e validade, afirmando, por conseguinte, que o direito não resulta do fato nem lhe é imanente, mas não pode, por outra parte, ser compreendido sem a vinculação aos eventos históricos. Esta última posição está alicerçada na filosofia kantiana.

609. Para outras formulações, ver PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Einführung in die juristische Methodlehre*, p. 55 *et seq.*

610. ROCCO, Arturo. L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena. Roma: Società editrice del "Foto italiano", 1932; idem, Il problema e il metodo

compõem as relações sociais definidas em certa formação sistêmica, que constituiria objeto mais afeto à criminologia ou à sociologia. O que, efetivamente, importa no caso é a determinação do porquê da estrutura normativa, como proibição ou comando, ou seja, o problema da formação da norma penal.

4.2. O PROCESSO DE FORMAÇÃO NORMATIVA

Pode-se começar, salientando que todos os interesses sociais apresentam uma dupla carga de características: uma *subjetiva*, vinculada aos seus portadores, representada pelos desejos, intenções ou perspectivas, e outra *objetiva*, de condicionamentos materiais. Tanto os elementos subjetivos quanto os objetivos estão inseridos numa prática social na qual o sujeito se orienta. Para caracterizar-se, pois, um interesse, será preciso situá-lo na relação recíproca entre as condições sociais objetivas e a atividade prática das classes sociais atuantes no campo global das formações ou modos de formação social. O interesse de que aqui se trata, portanto, não pode ser confundido com o interesse psicológico, normalmente identificado com o motivo de conduta.

O interesse social que engendra a formação normativa e é delimitado reciprocamente por ela, através de via indireta, significa basicamente, para usar uma terminologia bastante peculiar de NICOS POULANTZAS, a extensão-limite da atuação prática das classes sociais nas suas relações havidas no complexo das estruturas social, econômica, política, ideológica e jurídica, que compõem uma formação social.⁶¹¹ Isto quer dizer que a atividade humana, tanto na sua aceção de conduta atribuível a um sujeito, quanto de prática social de grupos ou forças dominantes ou hegemônicas atuantes nas estruturas estatais, tem limitações e extensão que se condensam nos respectivos interesses. Esses interesses, tomados, primeiramente, em sua aceção objetiva, como formas, pressupostos e condições da vida material, no sentido de estabelecer uma ordem-limite da prática social e, depois, conforme sua visão subjetiva, enfocados como objetivos condicionantes da atividade social, não existem independentemente de determinada formação social, isto é, fora das estruturas social, econômica, política, ideológica e jurídica.

Os interesses, entretanto, não devem ser apresentados como elementos de uma dessas estruturas, mas como elementos mediadores entre as condições da vida material e as formações ideais que nela se desenvolvem. Essa característica instrumental do interesse, no sentido de fator determinante e, ao mesmo tempo, limitador das atividades práticas das classes sociais que se realizam nessas estruturas

611. Mais ou menos nesse sentido, POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1977, p. 108.

conforme o grau de sua hegemonia, é que induz, muitas vezes, à sua confusão com o bem jurídico.

Por outro lado, como essas estruturas se mantêm, muitas vezes, na atual formação social capitalista, relativamente desvinculadas umas das outras, o interesse poderá variar em uma e outra dessas estruturas, de modo que, se conservadores no campo jurídico, se mantenham progressistas no campo econômico.⁶¹² Isto, porém, não deve ser visto como desatualização do direito, em face do progresso social, mas como consequência natural da diversidade hegemônica das classes sociais nas várias estruturas.⁶¹³ Pode suceder, inclusive, o inverso, isto é, que, no campo econômico, os interesses estejam vinculados a condições conservadoras, enquanto se mostrem progressistas no jurídico. Neste último caso, por exemplo, é de se mencionar o Código Criminal brasileiro de 1830 que, embora promulgado durante a vigência do Poder Moderador, continha disposições liberais avançadas diante da formação social calcada nos grandes proprietários e, por isso, autoritária. Da mesma forma, atualmente, pode-se verificar o progresso liberal da legislação referente à prisão aberta em vários Estados, apesar da manifestação autoritária de poder na estrutura política, que projeta uma imagem discriminatória dos condenados e concentra sua atenção na maior repressão aos delitos patrimoniais, tal como no passado.

4.3. INTERESSE E VALOR

Por outra parte, os interesses não podem ser retratados em sua integralidade se forem limitados, exclusivamente, a seus aspectos objetivos e subjetivos. Para que se torne completa sua análise, será preciso relacioná-los aos dados materiais da vida social, aos denominados bens materiais, assim como aos dados ideais, os bens culturais.

Na medida em que os interesses se relacionem com esses bens, que existem concretamente na vida social com o sentido de valores históricos, se produz um condicionamento destes valores, que deixam de ser valores autônomos e passam a fazer parte desses interesses ou a se cunharem como sua forma condensada. Assim, a vida humana, por exemplo, constitui um bem da pessoa e da comunidade, que pela sua importância como valor social se torna objeto igualmente dos interesses

612. POULANTZAS, Nicos. *Hegemonia y dominación en el Estado moderno*, tradução castelhana, 1977, p. 115 *et seq.*

613. POULANTZAS, Nicos. *Hegemonia y dominación en el Estado moderno*, p. 121: "Dito de outro modo, esses desajustes históricos do jurídico com relação ao econômico não constituem avanços ou retrocessos da estrutura do direito sobre a estrutura econômica. Formam parte de uma mesma estrutura, que é a do conjunto de uma formação social historicamente determinada com níveis, que possuem historicidades próprias e cujo desenvolvimento desigual é função desta mesma estrutura". Com outro enfoque quanto ao desenvolvimento desigual da estrutura social, ver POULANTZAS, Nicos. *O desenvolvimento desigual da estrutura social*, tradução castelhana, 1980.

jurídicos das classes sociais hegemônicas. O mesmo ocorre com outros valores sociais, como a integridade corporal, a liberdade, a honra, o patrimônio, etc. Os interesses, portanto, incorporam esses valores. Uma vez que esses valores se vejam incorporados nos interesses, possibilitam a edificação da chamada ordem jurídica, cuja construção, por uma particularidade da formação social capitalista, deve encarnar, simbolicamente, o consenso público.⁶¹⁴ O problema está, no entanto, como delimitar a incorporação desses valores, cunhados em interesses, à norma penal como bens jurídicos e também como caracterizar esse processo de incorporação em termos racionais.

Inicialmente, pode-se dizer que os interesses não passam a fazer parte, direta e automaticamente, da norma como interesses juridicamente protegidos, mas como condensação de valores concretos, historicamente configurados, correspondentes a uma determinada formação social e incorporados à ordem jurídica por um procedimento que costuma ser chamado de racional. É necessário frisar que se esses valores não possuem autonomia absoluta dos interesses que lhe servem de substrato, porquanto, no fundo, são inferidos de seu relacionamento, por sua vez, não se encontram na dependência imediata e direta daqueles interesses. Há, na verdade, uma relativa autonomia dos valores. Se, por uma parte, se encontram impregnados dos interesses, de outra, estabelecem os limites e o âmbito de realização prática desses interesses no campo das estruturas social, econômica, política, ideológica e jurídica. Essa relativa autonomia dos valores e a sua consecução por um procedimento orientado pelo consenso pode ser adequada a explicar sua expressão, independentemente de sua utilidade, como produtos simbólicos da criação do homem e de sua capacidade, embora subordinados, indefectivelmente, aos condicionamentos na prática social.

O procedimento orientado pelo consenso, que modernamente vem sendo encarado como racional, pode gerar concretamente algumas contradições. Pode acontecer, por exemplo, que sejam criados valores abstratos, formais, sem correspondência real e direta com aspectos da pessoa ou da vida social. Esse é o grande problema suscitado pela chamada espiritualização do bem jurídico. Geralmente, entende-se que se esses valores, porém, mesmo sendo de criação abstrata, integrem a norma e passem a fazer parte de seus pressupostos, juntamente com os valores sociais concretos, podem ser tomados como bens jurídicos. Ocorre que a incorporação desses valores de criação artificial à norma penal, por si só, não pode implicar a sua consideração como bens jurídicos.

614. Para uma visão exaustiva desse problema, NEVES, Marcelo. *Zwischen Thesis und Antithese. Die Autonomie Rationales*. D. V.

O processo de construção dos bens jurídicos a partir da incorporação dos valores aos interesses vem sendo reconhecido, ultimamente, como racional, na medida em que corresponda ao consenso. Parece, no entanto, que o consenso não é suficiente para legitimar essa forma de incorporação. Na verdade, o processo de incorporação dos valores à norma só será racional se preencher algumas outras condições, além do consenso.

Em primeiro lugar, o procedimento será racional mediante sua submissão a um processo indutivo e dedutivo, que possibilite identificar, com precisão, seu enunciado; em segundo lugar, deverá ser constantemente submetido à crítica e refutação para que não se torne estagnado; em terceiro lugar, deverá estar relacionados à pessoa humana, como expressão de sua vida pessoal e social. Esse mesmo raciocínio deve se estender à delimitação de todos os demais valores concretos que se transformem em bens jurídicos.

Na medida que se edifique um conceito de conduta capaz de ser objeto de referência de uma norma penal e, ao mesmo tempo, se deixar por ela delimitar criticamente, a partir da concepção de pessoa dentro de uma prática social comunicativa, a construção de uma teoria do bem jurídico deve levar em conta, também, esses mesmos pressupostos. Daí se dizer que a concepção do bem jurídico só será racional se for posta em função de preceitos limitadores da incriminação.

O conteúdo da norma penal é constituído pela definição de condutas (tipo) que lesem ou ponham em perigo bens jurídicos, caracterizando tal definição a matéria da proibição ou do comando jurídicos. Entre norma e tipo, por conseguinte, não há diferença essencial, desde que se compreenda que o tipo encarna tão-somente a matéria-prima formalizada do preceito normativo, de maneira que a realização do tipo já encerra em si a confecção do proibido ou a não confecção do juridicamente imposto.

A afirmação do ilícito, contudo, não pode derivar exclusivamente da infração à norma, resultante da realização da conduta proibida ou da não-realização da ação imposta, porquanto a norma penal incriminadora não se encontra isolada do ordenamento jurídico. A infração à norma proibitiva ou mandamental só se ultima quando não subsistam determinadas permissões (normas permissivas). Entre normas permissivas e incriminadores há, assim, completa interação. A completa interação entre essas diversas normas é devida à separação relativa da estrutura jurídica de outras estruturas que compõem a formação social. Uma vez que goze dessa relativa autonomia, a estrutura jurídica pode, perfeitamente, conjugar seus interesses no sentido de conformar coerentemente todas as suas normas.

Essa separação relativa da estrutura jurídica requer, entretanto, três condições: a) que se proceda à separação dos bens jurídicos, como valores, dos interesses que os inspiraram; b) que se insira a lesão ou o perigo de lesão a esses interesses como pressupostos da norma; c) que se proceda à vinculação harmônica e coerente de todo o conjunto normativo abstrato e formal, no sentido de verdadeira ordem jurídica, e na qual toda e qualquer norma possa ser tomada como objeto de orientação dos sujeitos.

Estas condições acima fixadas constituem os verdadeiros pressupostos de legitimidade para as normas penais, pois possibilitam a união, na ordem jurídica, do que HABERMAS chama de *faticidade* da instituição do direito estatal com a *validade* do procedimento de sua aplicação segundo uma pretensão racional. Com isso, pode-se liberar o sujeito de suas amarras ao regime autoritário, de forma a tomar a norma como uma "limitação fática de seu campo de ação e se situar, estrategicamente, em face das consequências jurídicas de sua possível violação, ou de querer seguir, performativamente, as leis, em atenção aos resultados de uma comum formação de vontade sob a pretensão de sua legitimidade".⁶¹⁵

A antijuridicidade se encontra ligada, assim, a esses pressupostos, na medida em que a infração normativa, para estabelecer-se como atividade ilícita, tenha que atentar contra os bens jurídicos e, ao mesmo tempo, estar subordinada à condição de que se tenha posto à disposição do sujeito um objeto claro de orientação, consoante à proibição ou à determinação de sua conduta.⁶¹⁶

A concepção teleológica neokantiana de MEZGER e a teoria pessoal do injusto do finalismo pretenderam compreender esse fenômeno da relação tipo-antijuridicidade, mediante o suporte do fim da norma e o papel dos sujeitos na elaboração do injusto. Igualmente, JESCHECK e os partidários da teoria social da ação animam-se do propósito de veicular, por meio da norma penal, a finalidade ou o conteúdo ideológico da formação social, enxergando, no conjunto normativo, a função teleológica de orientação de valor destinada a atingir todos os cidadãos, como objetos-educando, independentemente da infração. O mesmo se dá com o funcionalismo, que exige uma relação de motivos entre sujeito e norma. O direito penal serviria, assim, de instrumento ideológico de impregnação de certa postura social.⁶¹⁷

615. HABERMAS, Jürgen. "Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie", in *Zum Begriff der Verfassung*, org. Ulrich Preuss, Frankfurt am Main: Fischer, 1994, p. 85. Por uma antijuridicidade materializável, pugna também MIGUEL REALE JR., *Antijuridicidade histórica*, p. 136, para quem a doutrina scheleriana de normas-valor padecerá da referência ao plano do sentido e o alcance do valor tutelado estão como que imanentes ao tipo, compreendendo-se também a ação concreta de conformidade com esse contexto cultural.

617. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1. ed., Berlin: Springer, 1988, p. 10. Assim, por exemplo, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. "A Dialética da Norma de Conduta", in *Revista*

As análises do neokantismo, do finalismo e da teoria social da ação apresentam, na verdade, aspectos parciais da questão, pecando todas pelo unilateralismo e culturalismo. Se, por exemplo, pode-se questionar o enunciado da tipicidade de MEZGER como *ratio essendi* da antijuridicidade, por impossibilitar, de certa forma, a crítica da proibição, por outro lado, não menos criticáveis devem ser as elucubrações de WELZEL e JESCHECK, respectivamente, pela subjetivação do injusto e pela transformação do direito penal em instrumento ideológico. Igualmente, padece de fundamento orgânico a proposta funcional de querer extrair da relação entre sujeito e norma o pressuposto da motivação normativa estabilizante do sistema, se não puder incorporar esse sujeito em uma determinada formação social.

Parece-nos que a verdadeira análise do problema deve partir da realidade social e de suas múltiplas facetas para a criação da norma, como preceito específico da estrutura jurídica. Como tal, deve esse preceito ser tomado, objetivamente, com relação aos sujeitos e manifestado sobre uma conduta estrita, sob o pressuposto da lesão ou do perigo de lesão ao respectivo bem jurídico singular. Fora disso, torna-se praticamente impossível a elaboração de uma ciência do direito penal, com objeto próprio.

4.4. PROIBIÇÕES E COMANDOS

É comum, nos manuais e tratados jurídicos, a assertiva de que as normas incriminadoras em geral se compõem de proibições e comandos, em correspondência às atividades positivas e negativas.

Interpretando a norma jurídica em função de seu conteúdo, entendem alguns, porém, que não se deve falar, alternadamente, de proibições ou comandos, mas de unidade de proibições e de comandos, a ponto de se dizer que sempre que o direito proíbe uma conduta, ao mesmo tempo determina uma outra.⁶¹⁸ Esta afirmação, se bem que insuficiente, pois é possível o cumprimento da proibição através da mera abstenção de qualquer conduta, traz à luz da discussão um aspecto deveras relevante, que é o da vinculação recíproca entre proibição e comando no contexto da norma, o que tem particular importância no estudo dos delitos culposos. Para ser correta, esta assertiva deve ser compreendida no conjunto normativo global e não apenas em função de uma norma singular.

Os delitos dolosos, por exemplo, trazem em seu bojo a condução da atividade humana, objeto da norma, consciente e voluntariamente, de modo contrário ao bem jurídico. No crime doloso, portanto, a atuação se dirige contra o bem jurídico

618. Assim, por exemplo, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. "A Dialética da Norma de Conduta", in *Revista*

ou contra o sistema de conduta necessário a evitar o perigo ou a lesão do bem jurídico. Esta atuação consciente e voluntária tanto pode ser positiva quanto negativa, derivar de proibição ou de determinação. O que efetivamente vale é a direção da conduta contrária ao sentido da norma. O que é valorado, por conseguinte, é tanto a direção contrária à norma (**desvalor do ato**), quanto a consecução do objetivo visado pela conduta e proibido pela norma (**desvalor do resultado**).

O desvalor do ato e o desvalor do resultado se integram em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta através do outro. Às vezes, a infração normativa está assentada sobre o desvalor do ato, pois com isso a conduta já se postou na zona do proibido. Isto se dá, principalmente, nos delitos de perigo abstrato, nos quais o legislador quer prescindir da demonstração concreta da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico, presumindo essa lesão ou o perigo de lesão ou face das características da própria atividade. Outras vezes, a conduta possui graus de valoração, quando não basta para a completa infração normativa tão-só o desvalor do ato, mas também o desvalor do resultado. Neste último caso, o bem jurídico só passa a ser efetivamente atingido quando se materializa o desvalor do resultado como consequência do desvalor do ato. Este último, porém, só se manifesta como tal, na medida em que se põe em vinculação com o desvalor do resultado, tal como acontece, por exemplo, no homicídio doloso.

Quando se analisam essas relações entre atividade e resultado para o efeito de fazer incidir sobre elas a norma penal, devem ser estabelecidos alguns parâmetros para que a infração normativa não se converta em mera desobediência a deveres de organização, tal como ocorre nos *delitos de perigo abstrato*. Ainda que esses delitos se vejam cada vez mais frequentes na legislação, sua ilegitimidade só não será, de antemão, reconhecida, caso se proceda a uma avaliação da atividade como perigosa, de modo a permitir uma contraprova da presunção legal. Isto quer dizer que o desvalor do ato, inferido da mera realização da ação típica, só se poderá efetivar na medida em que se reconheça sua potencialidade para lesar ou colocar em perigo o bem jurídico. Não se trata, como poderá parecer, à primeira vista, de transformar os delitos de perigo abstrato em delitos de perigo concreto. Nos delitos de perigo concreto, o resultado de perigo tem que estar presente como elemento essencial da tipicidade. Nos delitos de perigo abstrato, se prescinde desse resultado concreto de perigo, mas se deve, não obstante, exigir um exame da potencialidade lesiva da própria atividade.

Esse sistema de valoração proposto no contexto da norma demonstra, de modo claro, a função do direito penal de fixar os pressupostos delimitadores do poder punitivo, em face da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico.

formas de manifestação da atividade humana.

A proibição e a determinação existem, no sistema normativo, como instrumentos ou formas de avaliação da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico, podendo, em cada caso, manifestar-se reciprocamente, o que pode tornar correta a conclusão de que, numa mesma norma, são passíveis de subsistência proibição e determinação, dependendo da conduta realizada.⁶¹⁹ Isto está muito claro nos delitos omissivos, quando às vezes o agente realiza outra atividade que não a devida. A realização desta outra conduta é proibida, em face da determinação daquela específica. Nos delitos omissivos, por outra parte, nem sempre subsistem proibição e comando num mesmo contexto, pois a proibição pode ser satisfeita sem a consequente imposição de outra conduta; basta que o agente não realize uma conduta contrária à norma; tudo o mais pode ser por ele realizado ou não realizado, que não altera a sistemática em torno da afetação do bem jurídico.

O problema, assim, da proibição ou da determinação dentro da norma está relacionado diretamente à forma de conduta concretamente realizada.

Nos crimes dolosos, em que a conduta é dirigida, consciente e voluntariamente, à consecução do resultado proibido ou à não-realização da atividade mandada, a proibição e a determinação se tornam passíveis de identificação direta. É que, nesse caso, há identidade entre o que se proíbe ou se manda e o que o agente efetivamente realizou ou não-realizou, conforme a dirigibilidade de sua atividade, com vistas a lesar ou pôr em perigo o bem jurídico.

Nos crimes culposos, ao invés, a proibição e a determinação não estão expressas na definição da conduta incriminada, em face das inúmeras possibilidades de conjugação, no mesmo momento, de preceitos proibitivos e determinativos que incidem sobre a conduta concretamente realizada. Isto deriva do fato de que, aqui, o agente tanto pode ter tido atividade não-proibida e com isso haver acarretado uma consequência proibida, quanto também pode haver realizado atividade proibida e com isso produzido um resultado proibido, ou ainda não realizado uma atividade mandada e com isso produzido um resultado proibido, ou, em casos raros, só encontráveis na legislação especial, haver infringido uma determinação normativa, independentemente do resultado. Pode também haver realizado uma atividade proibida e não haver causado resultado proibido. A definição da conduta incriminada, portanto, não pode abarcar todo o complexo de aparecimento e de

619. Esta configuração concreta dos modos de coação jurídica fora já tratada por BOLDT, Gottfried. "Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat", in ZStW, 68, p. 346-347, que concebia a estrutura normativa com base na imposição de uma conduta para os delitos culposos e os dolosos. Ao mesmo tempo, porém, conforme o modo de atividade concretamente realizada, a fórmula da imposição se materializava em

execução da conduta concretamente realizada.

Essa variedade de formulações indica, além disso, que, nos delitos culposos, não há identificação entre o que o agente, consciente e voluntariamente, pretendia e aquilo que efetivamente ocorreu. Pode-se notar que, em todos os casos citados, a proibição da atividade está relacionada, em primeiro lugar, à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico e, em segundo lugar, à conduta concretamente realizada pelo agente. Isto decorre da estrutura normativa desses delitos, que não podem ser identificados, antecipadamente, senão frente à atividade efetivamente realizada. Esta relação entre a atividade definida normativamente e aquela concretamente executada conduz à construção de uma estrutura complexa, que produz uma vinculação inseparável entre a norma proibitiva, que regula a atividade definida normativamente, e uma norma mandamental, que deve atender à atividade concreta. Só neste sentido é que se pode, então, construir uma estrutura normativa dos delitos culposos, na qual possam subsistir proibição e determinação. A norma determinativa só adquire sentido, por sua vez, quando se veja confrontada com a atividade concreta, em face dos limites do risco autorizado. Como, ademais, a norma determinativa é, na verdade, uma norma de imputação, somente a conduta perigosa que tenha violado, concretamente, os limites do risco autorizado e, assim, posto em perigo ou lesado um bem jurídico, pode ser objeto desse procedimento. A partir dessa assertiva, a norma mandamental incide sobre essa atividade concreta e pode exigir sua abstenção ou sua execução dentro de certos padrões de cuidado, por parte do sujeito. Com efeito, a proibição da morte no homicídio culposo está relacionada à imposição de uma conduta concreta cuidadora, em face dos limites do risco autorizado. Se, nos crimes comissivos dolosos, a proibição está diretamente enunciada na definição normativa da conduta, nos delitos culposos essa proibição só adquire relevância na medida em que se vincule a uma determinação frente a uma conduta concreta. Essa forma de manifestação da determinação implica a ninguém está submetido, de antemão, a qualquer obrigação de se abster ou de atuar cuidadosamente, salvo quando tenha que empreender uma atividade concreta que viole ou esteja em vias de violar os limites do risco autorizado.

O direito penal deve estar estruturado sob os pressupostos de lesão e de perigo de lesão ao bem jurídico e não, simplesmente, da mera infração normativa. A conclusão de que, nos delitos culposos, a proibição só adquire relevância quando vinculada a uma norma determinativa frente à atividade concreta, diversamente, portanto, dos delitos comissivos dolosos, vale para assinalar que sua estrutura é autônoma daquela do delito doloso e, ao mesmo tempo, deve estar ajustada à forma como a ação se desenvolve para lesar ou por em perigo o bem jurídico.

consideração, todas as infrações seriam iguais.

por seu turno, a dependência da proibição para com a determinação é ainda mais nítida nos *delitos culposos omissivos*, nos quais o comando incorpora, quase sempre, a proibição. Já nos *delitos culposos comissivos*, a proibição vem sempre relacionada a uma determinação, o que as faz reciprocamente dependentes. Por sua vez, nos *delitos dolosos comissivos*, a proibição pode subsistir isoladamente. O agente quer matar e mata, realizando, pois, a conduta proibida. Caso o agente não queira matar, sua conduta, em princípio, é livre. Mas desde que realize uma atividade perigosa, só deve executá-la cuidadosamente ou, simplesmente, não a fazer, porque essa conduta deve pautar-se dentro dos limites fixados para o risco autorizado.

4.5. DEVER DE CUIDADO E CONDUTA PERIGOSA

Os atributos do cuidado estão, portanto, inseparavelmente atados à realização de uma conduta perigosa, daí a relevância atribuída por ROXIN ao incremento ou aumento do risco e não, propriamente, à infração à norma que o institui. Tem razão ROXIN quanto ao aspecto de que, nos delitos culposos, relevante é a realização de uma conduta perigosa.

O problema está, entretanto, em determinar, no âmbito da estrutura normativa desses delitos, como essa atividade perigosa é tratada pela ordem jurídica, a fim de ajustá-la aos pressupostos de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Por isso mesmo, o perigo não se integra à norma penal pura e simplesmente, mas tão-só como atributo de uma conduta. Por outro lado, atendendo a que a ordem jurídica deve preservar, em primeiro plano, a liberdade de atuação, uma conduta perigosa, por si mesma, não pode ser objeto de referência de uma norma proibitiva ou mandamental, senão na medida em que tenha ultrapassado os limites do risco autorizado.

O risco autorizado é que irá demarcar, então, os parâmetros da incidência da norma penal. Em princípio, uma conduta perigosa pode ser proibida pelo direito administrativo, no sentido de que só seja realizada cuidadosamente, ou até mesmo não seja realizada. Mas a sua imputação penal depende de que a essa conduta, assim caracterizada como descuidada, sejam agregadas outras condições de modo a estabelecer uma perfeita delimitação das zonas do lícito e do ilícito, o que se faz mediante o processo argumentativo, por exemplo, da noção de criação ou aumento do risco, tal como o propõe ROXIN.

Nas atividades de circulação de veículos, torna-se visível essa assertiva. Para a con-

o motorista saiba distinguir o cuidado ou os cuidados a que está obrigado, mas também que saiba conduzir um veículo cuidadosamente. A condução do veículo descuidadamente é proibida. Estas são condições administrativas impostas aos condutores. Um motorista pode ser multado, por exemplo, por haver transitado em alta velocidade, ainda que não haja causado qualquer acidente.

A questão do cuidado, porém, quando no âmbito penal, deve ser melhor elucidada. O cuidado que se impõe ao motorista, ainda que decorra da sedimentação de observações empíricas efetuadas sobre essas atividades de circulação de veículos, que, por seu turno, podem até estar contidas em instruções ou normas administrativas, está indissolavelmente vinculado à própria proibição, daí se poder dizer que esse cuidado desempenha uma função específica, de estabelecer, previamente, os limites do risco autorizado.

Ao argumentar-se com a conduta descuidada, pode-se chegar à compreensão da bilateralidade da norma. Na medida em que se autoriza a prática da direção, se tem em vista que a execução concreta dessa atividade está submetida a uma imposição de conduta que é a seguinte: desde que alguém queira dirigir veículos motorizados, será necessário que efetue atos de direção cuidadosa; isto porque a atividade de dirigir veículos é considerada em si mesma uma atividade perigosa, ainda que permitida, ou seja, tendo em vista a necessidade de se traçarem, com nitidez, os contornos das linhas divisorias do ilícito, parte-se do argumento de que a direção de veículos contém os pressupostos para caracterizar uma intromissão no âmbito do proibido. Por outra parte, na própria execução da atividade, não pode o agente descurar-se de que, nesse caso, tem também como objeto de referência, ademais daqueles que são próprios da atividade de conduzir, os dados normativos que lhe traçam os parâmetros da direção. A atividade de conduzir, como é uma atividade que deve contar com a participação necessária de outrem, só terá eficácia caso atenda ao modo como os demais se conduzem e reagem à conduta descuidada do agente, o que, por seu turno, está indissolavelmente ligado às indicações de condução traçadas pela norma, que, no fundo, é, também, uma norma de cuidado e uma norma prática de eficácia.

O delito culposo encerra, assim, no seu conteúdo normativo, uma referência de que há, com relação ao agente e à sua atividade, um dever jurídico de cumprir essa tarefa cuidadosamente, mas, ao mesmo tempo, assim o fazendo, estará possibilitando a própria execução dessa atividade. Isto vale tanto para os crimes comissivos como para os omissivos e tem ainda aplicação nos delitos qualificados pelo resultado. Nestes últimos, o conteúdo determinativo vem assinalado no fato de que se o agente está realizando uma conduta inicial dolosa e, pois, perigosa, pode ter contra si a imputação de consequências mais graves, a título de nota.

extensão dessa sua conduta. Não pode o agente omitir-se, pois, da prática de certas ações cuidadosas quando sua atividade seja perigosa, tanto quando não quer aquilo que a norma proíbe, como quando quer realizar uma conduta proibida. Mas, assim o fazendo, ou seja, cumprindo o cuidado, estará assegurando a eficácia de sua atividade dentro dos limites que, inicialmente, teria traçado.

Essa aparente contradição que se manifesta nos delitos qualificados pelo resultado deriva da conjugação de dois preceitos num mesmo dispositivo legal e é consequência do sistema normativo, quando se intercalam, formalmente, disposições proibitivas e mandamentais.

A razão de ser dessa diversidade de estruturas normativas entre fatos dolosos e culposos reside em que o conjunto normativo, como dado formal, deve ser ajustado a espécie de conduta realizada, como dado material.

Esse dado material da conduta efetuada pelo agente constitui o objeto de referência da norma e, por conseguinte, seu delimitador. Ao mesmo tempo em que a norma estabelece os círculos de atividades contrárias ou adequadas aos pressupostos de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico, sofre a influência da configuração prática da conduta humana, que pretende avaliar. Essa influência da conduta concreta sobre a forma de atuação normativa se subordina, igualmente, aos elementos configuradores da conduta, como atividade orientada em função de parâmetros de referência e materializada como realidade humano-social. Isto quer dizer que a conduta perigosa, para ser considerada como atividade prática, a uma avaliação pela ordem jurídica em função de sua aprovação ou desaprovação.

Nos delitos culposos, particularmente, se mostra clara a relação dialética entre os elementos da conduta derivados da prática social e sua referência obrigatória ao cuidado a que deve estar subordinada. Destarte, o conteúdo da conduta humana, com seus elementos dinâmicos de direção consciente da causalidade ou possibilidade dessa direção, se situa diante da norma sob duplo enfoque: a) serve, em primeiro lugar, de objeto de incidência normativa e de configurador de sua forma de expressão; b) toma a norma de cuidado como seu próprio objeto de referência, pelo qual se poderá orientar praticamente.

Vê-se, então, que a conduta humana perigosa não resulta da simples produção causal, mas do modo como seus elementos se configuram na prática social e na sua estrutura normativa. Na medida em que a conduta, com seus elementos materiais, atua sobre a norma e engendra o dever jurídico de agir cuidadosamente, porque se trata de uma conduta que carrega componentes capazes de produzirem efeitos

danosos ao bem jurídico, também toma esse mesmo dever jurídico como seu objeto de referência para o efeito da tipificação dos delitos culposos. Essa relação dialética entre os elementos materiais da conduta e sua vinculação a um objeto de referência normativo demonstra, com clareza, nos delitos culposos, a insubsistência de um conceito pré-jurídico de ação, em face de sua inaptidão para compreender essa forma de relação. Por outro lado, o conteúdo de dever da norma determinativa nos delitos culposos constitui especificação concreta do dever normativo em atenção às formas de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico, sem as quais não se poderia afirmar sua tipicidade.

Essa especificação do dever é necessária para impedir não só a criação de um dever geral de atuação e evitar, assim, que, nos delitos de perigo abstrato, a conduta descuidada seja simplesmente presumida, como também para obstar a que o direito penal se transforme em instrumento ideológico, meramente sancionador e repressivo. Na medida em que se vincula a formação do delito culposo a uma determinação normativa, se desnatura também a concepção que quer retratar o cuidado em sentido ôntico. Não existe um cuidado em si mesmo, senão associado a uma conduta normativamente determinada.

De conformidade com a Constituição, só deve o homem fazer aquilo que lhe é prescrito especificamente na lei (art. 5º, II, CR), ou seja, sua atividade em geral é livre e só poderá ser limitada quando a lei assim o faça taxativamente. No caso dos delitos culposos, essa taxatividade apresenta-se defasada, em face da inexistência, no tipo legal, de uma descrição exaustiva das atividades cuidadas devidas. Isto tem origem, inclusive, na própria organização da estrutura jurídica e nas possibilidades de verificação concreta da conduta perigosa, cuidada ou descuidada. Este fato situa os delitos culposos no setor daqueles em que o princípio de garantia ainda não foi inteiramente observado. Desde que se deixe ao juiz a faculdade de afirmar a forma de conduta cuidada ou que o agente deveria ter realizado, se faz *tabula rasa* do princípio da legalidade. Daí a necessidade de se traçarem, com nitidez, os contornos exatos das normas de cuidado, que assinalam, valorativamente, a relevância da ação perigosa, bem como de se estabelecerem limites empíricos e normativos à relação entre ação descuidada e resultado. Esta última exigência conduz, modernamente, ao desenvolvimento cada vez mais intenso de critérios de imputação, que se devem estender desde a reformulação do conceito de causalidade até a vinculação da ação descuidada ao sistema lógico e valorativo da ordem jurídica.

4.6. DELITO CULPOSO E DELITO OMISSIVO

O dever jurídico, criado do mútuo influxo da norma f...

faz nascer, no delito culposo, um conteúdo semelhante àquele dos delitos omissivos, com a diferença de que nestes a atuação é sempre obrigatória, enquanto que naqueles o agente pode ou não realizar a atividade. A incriminação da atuação culposa só se efetiva se da forma dessa realização resultar, concretamente, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Por seu turno, o fato de que, nos delitos omissivos, a atividade é obrigatória e nos culposos é facultativa, tem como consequência, respectivamente, a exigência ou não de vinculação prévia dos agentes na configuração do tipo.

No crime omissivo, o dever jurídico ou legal vincula, *previamente*, o sujeito e se deixa por ele fundamentar. Só deve atuar aquele sujeito que traz em sua pessoa as condições para o agir e se obrigou a fazê-lo, conforme o âmbito de suas relações, ou aquele sujeito que se encontra inserido nas situações típicas previstas normativamente, que assinalam sua relação para com a necessidade de sua atuação. Aqui, antes mesmo de se omitirem tipicamente, os sujeitos já estão submetidos a deveres que os vinculam ao bem jurídico, ou na forma de deveres especiais de impedir o resultado ou como deveres gerais de assistência.

No crime culposo, o dever resulta da configuração da atividade perigosa, como cuidada ou não, em face da determinação, concreta, dos limites do risco autorizado. O problema dos agentes não importa, *previamente*, na configuração do tipo, ainda quando a negligência se basear na assunção de atividade para o qual o autor não estava habilitado. Nesse último aspecto, tratando-se de agente incapaz, em face do cuidado, sua execução poderia ser proibida. Mas, tendo em vista que, aqui, como em qualquer outra atividade, o que se deve considerar é a realização concreta de uma atividade perigosa, que tenha violado os limites do risco autorizado, o delito culposo não pode resultar simplesmente da execução dessa ação, mas da execução por parte de um agente incapaz e, ao mesmo tempo, descuidado. Está claro que, muitas vezes, a incapacidade é de tal ordem que haverá uma conduta descuidada já com a sua realização. No entanto, essa conduta deverá estar associada ao risco autorizado e somente se poderá dizer que o agente deveria dela se abster, mesmo antes de executá-la, se a autorização para sua execução for, efetivamente, também vedada, em razão de estar ela vinculada a um agente capaz. É que neste caso, os limites do risco impõem que o agente se abstenha da atividade. Por exemplo, quem não entenda de radares ou não tenha preparo suficiente não poderá executar a atividade de controle de voo. Mesmo assim, poder-se-ia resumir o problema à mera verificação das condições de realização concreta da própria atividade, sem a necessidade de se pesquisar o conteúdo das possibilidades do agente em face

produtoras do perigo. Isto acontece, com frequência, nas atividades de direção de veículos, em que o agente, sem possuir habilitação ou habilidades, empreende a condução desses veículos. Ainda neste caso, deve-se investigar se a atividade foi ou não descuidada e se, efetivamente, a falta de habilitação se caracterizou como condição para a omissão da direção cuidada. Por seu turno, nos delitos omissivos, o dever de agir não é gerado pela forma de atividade, mas pelas relações do agente em face da ordem jurídica, quer como garantidor, quer como portador das condições típicas de assistência.

Apesar de nos delitos culposos não se levar em conta, previamente, a condição do agente, isto não obsta a considerá-los como *delitos de dever*, como se verá mais adiante quando se tratar da matéria relativa ao concurso de pessoas.

Poderia parecer, à primeira vista, que ao tratar os delitos culposos em face dos limites do risco autorizado, estar-se-ia conduzindo a descaracterizá-los como delitos de dever. ROXIN, inclusive, deixou de considerá-los como delitos de dever, procedendo, portanto, a uma alteração de sua concepção inicial. Ocorre, porém, que essa configuração está centrada na vinculação entre a proibição ou determinação e o processo analítico de argumentação, extraído da determinação do cuidado. Uma vez assentado o pressuposto da proibição ou do comando como resultante de ação que contenha em si todas as condições de violar o risco autorizado, pode-se dizer que isso só teria sentido se estivesse conjugado também a um dever de só praticar essa conduta quando dela não se possa esperar o desfecho lesivo ao bem jurídico. Neste caso, o bem jurídico continua, ainda, a desempenhar um papel preponderante para a norma determinativa, porquanto só haverá o dever de não realizar a ação, quando demonstrado o risco concreto de lesão a esse bem jurídico. Isto significa, assim, que a delimitação do risco autorizado não pode ser feita, exclusivamente, pela noção argumentativa do cuidado, mas, principalmente, por sua relação concreta com a lesão de bem jurídico. Por outro lado, a vinculação da proibição a um pressuposto de dever serve para adotar-se uma plena diferenciação no processo de imputação pessoal, delimitando com mais especificidade o círculo de autores e fazendo com que a lesão de bem jurídico também se ajuste a essa particularidade. A caracterização do delito culposo, como delito de conteúdo omissivo, não significa, portanto, que se trate de delito propriamente omissivo, mas de *delito sui generis*, com conteúdo próprio de injusto e de culpabilidade e configurado sob uma norma determinativa, como fundamento da proibição.

Trata-se de delito de conteúdo omissivo, porque a norma proibitiva que assinala seu injusto só adquire relevância quando associada a uma norma mandamental

que lhe serve de base para regular a execução concreta da conduta, conforme os limites do risco autorizado, traçados pela forma como devam ser empregados os meios para a execução dessa ação. A norma proibitiva é, assim, configurada sob a não-realização de uma conduta cuidada, a partir da realização de uma atividade que, concretamente, se ponha em relação direta para com a lesão do bem jurídico. Vê-se, então, que a proibição da conduta não terá o menor sentido, se estiver divorciada da norma impositiva de cuidado, porque a proibição como tal não pode ser exercida genericamente.

Ainda resta uma dúvida. Como se fala de infração a uma norma de cuidado, como pressuposto da configuração dos delitos culposos, surge a questão de como harmonizar essa afirmação com aquela de que, nesses delitos, o que, efetivamente, vigoram são a forma e o modo de imputação centrada na infração aos limites do risco autorizado. Há, evidentemente, aqui uma questão metodológica que deve ser resolvida e que poderia conduzir à opção em favor de uma ou de outra estrutura, ou seja, ou o delito culposo estaria fundamentado na norma de cuidado ou na infração dos limites do risco autorizado. Já se afirmou, no início, que os delitos culposos constituem uma criação de ordem jurídica, o que os caracteriza em função dos elementos que fundamentem sua imputação a um agente determinado. Com isso, o que se afirma é que a culpa, tomada no sentido de negligência, não possui uma existência natural, assim como ocorre, por exemplo, com a vontade que vem a fundamentar o dolo. Aqui, a ordem jurídica tem um problema a resolver: como enfrentar a realização de condutas empiricamente perigosas em face dos limites que lhe são impostos? Está claro que a ordem jurídica não pode proibir todas as condutas concretamente perigosas. Se assim o fizesse, tornaria impraticável a vida social, porquanto quase todas as condutas contêm em si mesmas uma dose considerável de carga lesiva, não apenas aquela da direção de veículos, mas até mesmo a simples utilização de um chuveiro elétrico ou a utilização de um lápis por parte de uma criança, com o qual poderia se ferir ou ferir outros. Como estas condutas são condutas da vida diária, não podem ser estritamente regulamentadas e nem teria sentido fazê-lo em um Estado democrático, no qual se assegura a liberdade, como condição essencial da pessoa. Há, portanto, a necessidade de se limitar a vedação dessas condutas, ou seja, há uma necessidade de se limitar o poder regulamentador do Estado. Há que se guardar, entre a proibição e a carga lesiva da conduta, uma relação pela qual se possa estabelecer que essa conduta esteja em vias de, efetivamente, produzir um dano no bem jurídico. Portanto, parece que o fundamento da proibição reside na demonstração de que essa conduta é lesiva a um bem jurídico determinado. Daí que o pressuposto do tipo dos delitos culposos está assentado no

processo de imputação dessa conduta. Como todo processo de imputação, resulta ele de um conjunto de argumentos analíticos em face do sentido da atividade desenvolvida como atividade lesiva.

O que se pretende, então, é estabelecer que essa imputação está condicionada a três elementos: a) que o agente tenha infringido uma norma de cuidado incidente sobre a execução concreta da conduta; b) que a infração à norma de cuidado implique violação dos limites do risco autorizado; c) que com a violação dos limites do risco autorizado se tenha, concretamente, lesado ou posto em perigo um bem jurídico. Nesta última hipótese, está claro, desde que se conte com a existência legal de delitos culposos de perigo.

5. A DIVISÃO DELITOS DOLOSOS E CULPOSOS

Mesmo que no direito positivo os crimes culposos não venham descritos exatamente nos respectivos tipos, a proposta de que constituem *delitos sui generis*, com conteúdo próprio de injusto e de culpabilidade, é perfeitamente compatível com o sistema jurídico vigente.

É justamente da análise do direito positivo que se pode construir um subsistema jurídico do delito culposo dentro do sistema penal. Está claro que a lei não nasce isolada do contexto social, daí ser imprescindível que a estrutura normativa seja posta em consonância com seu substrato. A relação do substrato com a norma e a configuração desta em face das modalidades concretas de conduta só se faz tendo em vista as definições e as previsões do Código Penal. Isto é, aliás, uma consequência inexorável do princípio da legalidade.

No sistema proposto, ficou demonstrado que a conduta culposa é, por excelência, atividade consciente e voluntária com relação aos objetos de referência de sua execução. A afirmação de que a conduta é atividade consciente e voluntária, ainda que resulte de uma consideração do próprio homem e de sua atividade prática, é também levada em conta pela norma e se deixa por ela influenciar, pois esta não pode prescindir de sua ponderação no momento em que se procede à análise da forma como se dá a relação entre a atividade causal e o dever de cuidado, tomado como objeto de referência no seu processo de comunicação. Uma vez que em qualquer atividade humana se afigura como imprescindível sua consideração como atividade consciente e voluntária, em face de essa atividade expressar uma relação para com outrem, essas características da atividade como tal se inserem como proposições adequadas à realidade das coisas e formuladas como condição de um sistema de garantias e limitações.

A conclusão de que o delito culposo possui um conteúdo omissivo, embora decorra da estrutura normativa, não elucida a questão da característica substancial da conduta negligente dentro do tipo legal.

Assim, será necessário estabelecer também diante do direito positivo a diferença legal, que serve de base à construção do tipo de injusto, entre crimes dolosos e culposos. Por meio desta investigação, pode-se afirmar que o fato de o delito culposo constituir um crime *sui generis* não resulta apenas da estrutura normativa, mas da necessidade, como condição de garantia, de se estabelecer sua diferença para com os delitos dolosos. Esta diferença não ilide a afirmação inicial de que toda atividade humana é consciente e voluntária. Ao invés, a diferença assinala que a dirigibilidade consciente e voluntária dos meios causais pode, às vezes, não seguir o curso desejado do pelo agente, mas essa defasagem entre o objetivo proposto e o que efetivamente acontece se inclui no conceito de conduta consciente e voluntária. Isto se dá porque, com a afirmação da existência de um objeto de referência para a conduta, o que se está fazendo é criar as condições para pôr à prova sua tipificação.

Ninguém nega, por exemplo, que os atos habituais foram voluntários e diretamente conscientes em seu momento de formação, como também ninguém nega que, em face de um conceito amplo, a ausência de dirigibilidade correta dos meios causais e a consequente obtenção de objetivos não queridos possa se incluir no âmbito do que se compreende por conduta humana. O problema, portanto, não se situa na determinação pré-jurídica das características da conduta humana como atividade negligente, mas na determinação concreta da diferença entre esta e a atividade dolosa. Como este não é um assunto isento de valores jurídicos, tal só pode ser tratado e solucionado a partir da consideração da estrutura típica.

A diferença entre ação dolosa e ação culposa tem importância tanto para a identificação prática do tipo legal de delito, quanto também para a forma como se expressa a norma jurídica.

Através de indagações acerca da formação normativa, ficou assentado que a função do direito penal se materializa na determinação dos pressupostos da incriminação, como lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos, bem como que essa função é formalizada na lei e concretizada na incidência desta sobre a conduta do agente. Pois bem, a origem dos delitos culposos radica precisamente nesse enfoque de formalização-concretização. Se a norma só pode ser aplicada sob o pressuposto de que a conduta tenha causado lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos, só terá um caminho a seguir: ajustar seus mandamentos e proibições à forma e ao modo de como essa conduta se desenvolve na realidade prática. Conforme essa

modalidade de conduta, a norma terá, então, ao seu dispor, tanto a proibição de qualquer atividade, quanto a imposição de certas atividades, possibilitando, com isso, sua aplicação.

Quando se assinala que é a forma e o modo da atividade concreta que condiciona a atuação normativa, não se está querendo com isto adotar-se a tese de WEIZEL de que o crime culposo apenas se constitui através disso, isto é, da forma ou do modo de execução da ação, considerados como socialmente indesejáveis. A questão deve ser colocada em outros termos.

A forma e o modo da atividade perigosa, ou seja, o fato de que nem sempre a atividade perigosa está orientada corretamente de acordo com o previamente projetado pelo agente gera a necessidade de se prever também, para esses casos, um modo especial de atuação normativa. Com isso não se está afirmando que essa atuação normativa sempre tenha que se concretizar através de imposições sobre a forma e o modo como a atividade perigosa deva ser realizada. É possível, inclusive, diante da incapacidade do agente, por exemplo, ou de outras condições, que a atividade não deva nem ser executada. Esse fato, porém, não tira a validade da assertiva de que a norma se condiciona pela forma e pelo modo da atividade perigosa. Pelo contrário, indica que a norma, condicionada pela forma especial dessa atividade, institui como pressuposto de configuração da conduta proibida que esta não devesse, inclusive, ser realizada, o que vem a indicar a relação recíproca entre conduta e norma, no sentido de que se a primeira condiciona a segunda, esta reage sobre aquela, segundo os pressupostos que lhe são fixados pelos procedimentos racionais de sua aplicação.

A chamada dialeção da norma não pode ser entendida através de ação e reação verificáveis em dois segmentos isolados dos fatos em relação, mas mediante um aporte global de todo o complexo da atuação normativa. Por seu turno, a exigência de abstinência da execução da atividade não ilide a conclusão de que o crime culposo constitua um delito de conteúdo omissivo. A norma que impõe a atividade cuidadosa, é portadora, igualmente, da proibição de qualquer outra atividade perigosa que não seja cuidadosa. O agente que, sem condições concretas de cuidado, executa a atividade perigosa, opõe-se tanto à proibição quanto à determinação, pois, agindo, não respeita os ditames da norma que clamavam, no caso, em favor da abstinência, e, ao mesmo tempo, omitiu-se do cuidado necessário e, consequentemente, não atendeu ao que determinava a norma.

A razão de ser da norma de cuidado, que vem constituir o fundamento do tipo de injusto do delito culposo, está, pois, na graduação que se verifica na forma e no modo de execução da ação perigosa e suas diferenças, que dão os contornos da

risco autorizado. No crime doloso, a norma simplesmente exerce uma atuação diretamente proibitiva ou mandamental. Contudo, à medida em que a orientação empreendida pelo agente não corresponde ao real desenvolvimento dos meios causais, a atuação direta da norma vai cedendo lugar a imposições cada vez mais tênues, até que esta não possa mais ser exercida e se considere o fato estranho ao direito penal. É justamente nesta graduação da atividade perigosa, em face da direção consciente e voluntária de sua execução, que nasce o sentido e a valoração jurídico-penal do cuidado, em que se estabelecem os delitos dolosos, de um lado, e os culposos, de outro, e se manifestam as classificações do dolo (direto e eventual) e da negligência (consciente e inconsciente). A questão, portanto, da compatibilidade entre a negligência inconsciente e o direito penal não deve ser discutida no âmbito da ação, como pretenderam fazer as diversas teorias da ação, mas no âmbito do tipo de injusto e da culpabilidade.

As elaborações doutrinárias para diferenciar dolo e negligência, principalmente, dolo eventual e culpa consciente, expressas pelas teorias da probabilidade, sentimento, sentimento e outras,⁶²⁰ só se mostram válidas, quando tomadas no complexo da situação de fato ou, mais precisamente, no contexto global da execução dos meios causais, conforme a relação entre a orientação da conduta e seu objeto de referência.

Na realidade, a conduta dolosa importa também uma repartição da relação volitiva do agente para com seu objeto de referência. Adotando-se, analogicamente, o esquema metodológico da teoria finalista, que é adequado à determinação do dolo, podemos admitir três espécies dessa relação: a) o objeto de referência é tomado como objetivo final; b) o objeto de referência se constitui como objetivo típico, vinculado a outro objetivo final, típico ou extratípico; c) o objeto de referência está vinculado às consequências concomitantes ou paralelas da conduta, resultantes do emprego dos meios ou da própria atividade perigosa.

Nessa sequência, tanto se pode verificar o dolo direto quanto o dolo eventual, 620. A teoria da probabilidade entende que a diferença entre dolo eventual e negligência consciente se efetiva através do processo de representação: se o resultado era provável ao agente, trata-se de dolo eventual (nesse sentido, SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Strafrechts nach Umriß einer Rechts und Sozialphilosophie*, 1921, pág. 618; também, MAYER, Max Ernst. *Strafrecht*, AT, pág. 121). A teoria do consentimento exige para a caracterização do dolo a aceitação ou a conformação do agente para com a realização do tipo e a verificação do resultado, daí a invocação das famosas fórmulas de Frank, destinadas a servir de modelo de orientação para pesquisar-se a verdadeira intenção do agente (nesse sentido, entre outros, BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht*, AT, p. 410; CALLON, Cuello Calón. *Derecho Penal*, (atualização), 1968, p. 420; MAÜRACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 263; ONECA, Anton. *Derecho penal*, pg. 1949, pág. 202). A teoria do sentimento desenvolve-se com base na teoria do ânimo e pretende estipular a diferença no elemento subjetivo da "desconsideração" ou indiferença do agente para com o resultado: se este resultado for indifferente ao sujeito, há dolo eventual (essim. ENGISCH, Karl. *Universitungen über Vorschatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pág. 233). Para uma visão de outras teorias, *chungen über Vorschatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2ª edição, 2002, p. 334 et seq.

dependendo da qualidade da vinculação volitiva com a direção objetiva dos fatos causais. Esta vinculação volitiva se estrutura, aqui, atendendo, portanto, a certa gradação na dirigibilidade da conduta, ou seja, à forma e ao modo de sua execução. Normalmente, há atividade dolosa quando toda a execução se liga, segundo critérios objetivos de necessidade ou possibilidade, à condução volitiva destinada a lesar ou a pôr em perigo um bem jurídico. Especificando melhor, haverá atividade dolosa quando o agente dirige os meios causais de tal ordem que neles se reflete sua orientação, de modo direto e perfeito, ou como expressão necessária dos próprios meios, ou como consequência necessária da execução ou do alcance do objetivo (todos os casos de dolo direto), ou como consequência possível da execução ou do alcance do objetivo, desde que o agente se conforme com isto (dolo eventual) ou do isso com vistas a lesar ou pôr em perigo um bem jurídico.

Em todos esses aspectos, há uma gradação na infração à norma, que vai desde a contrariedade frontal até à contrariedade conformada. No entanto, ocorre sempre aqui um confronto entre proibição ou determinação, de um lado, e atividade dolosa de realização ou não-realização, de outro, pois mesmo aquele que apenas concorda, tendo em vista as condições objetivas globais, pode querer também realizar ou não realizar, respectivamente, a conduta típica proibida ou mandada e lesiva ou perigosa ao bem jurídico.⁶²¹

Se o agente, porém, não concorda ou não se conforma com a realização ou não-realização da conduta penalmente proibida ou mandada, a proibição ou determinação não sofre contrariedade, senão na medida em que a execução se desenrola de modo contrário ao cuidado exigido objetivamente, segundo critérios pragmáticos, em face do perigo ou da lesão ao bem jurídico, ou seja, na medida em que sejam ultrapassados os limites do risco autorizado, pondo em perigo ou lesando bens jurídicos. O cuidado de que se trata não é, assim, um cuidado genérico, que na verdade seria incompreensível, mas o cuidado como o conjunto de técnicas, atenção e diligência que são impostas concretamente à execução de uma conduta, frente à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico.⁶²²

621. MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 262.

622. BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo derecho penal*. Hammurabi: Buenos Aires, 2006, p. 328, considera que a diferença essencial entre dolo eventual e culpa consciente reside na qualidade do perigo produzido pelo agente: se for perigo direto, haverá dolo eventual, se for perigo indireto, culpa consciente. Com esta postura, afasta-se BACIGALUPO da concepção tradicional sobre o dolo, que o ampara na relação volitiva entre agente e fato, para situá-lo exclusivamente no plano do perigo, o que conduz a tomar o dolo eventual como paradigma de sua concepção. Esta construção, embora bastante engenhosa, se choca frontalmente, porém, com o art. 18, I, do CP, que fixa o conteúdo do dolo no elemento volitivo do agente. Modernamente, pode-se ver, ademais, que a filosofia tampouco deixou de lado o elemento volitivo para caracterizar as condutas humanas. Ver, por exemplo, *John Martin*, *op. cit.*, p. 100.

A imposição do cuidado, ou melhor, dessas técnicas de execução, portanto, serve de suporte analítico para a identificação acerca da infração normativa e vem assinalar a característica da conduta culposa. O que marca, pois, a diferença entre a atividade dolosa e a culposa não é apenas a possibilidade de que, com a execução ou com o alcance do objetivo pretendido, se verifique um acontecimento lesivo ou perigoso ao bem jurídico, sendo isto consentido pelo agente (dolo eventual) ou por ele afastado de verificação (negligência consciente). Na atividade culposa, a infração à norma não se dá imediatamente com a realização de uma atividade geralmente perigosa para o bem jurídico, mas somente com a execução dessa atividade perigosa em oposição àquelas técnicas, atenção ou diligências que se lhe impunham na sua execução. Só dessa forma, ademais, se poderá dizer que, analiticamente, se configurou uma invasão para além dos limites do risco autorizado. Quando se fala, portanto, de conduta descuidada, o que se está querendo indicar é que, normativamente, se impunha à execução de uma atividade uma série de preceitos de atenção, que, na realidade, não foram levados a efeito. Assim, quando se afirma que certo motorista atuou descuidadamente na direção do veículo, implica considerar, por exemplo, que, diante da intensidade do tráfego, dirigiu em excesso de velocidade, ou não respeitou o sinal vermelho, ou não atendeu à distância mínima para com o veículo imediatamente à frente, etc. Em todos esses atos do motorista, o que se está levando em consideração é a execução de uma atividade em desacordo com as imposições normativas do código de trânsito, não em face de um cuidado abstrato, que não existe.

A tarefa diferenciadora entre dolo e negligência, por conseguinte, se efetua em duas etapas: a) da confrontação entre conformar-se e não conformar-se; b) da infração normativa, imediata ou mediata.

Pela primeira, deve-se fazer um aporte geral sobre todo o processo da dirigibilidade, a fim de se poder afirmar que, efetivamente, o agente incluiu no plano de sua atividade o que realmente ocorreu. Caso isso se dê, ou seja, caso o agente se conforme com o resultado, já se poderá antever o momento inicial de uma atuação dolosa, que será complementada na segunda etapa. Nesta segunda etapa, evidencia-se a estruturação do respectivo tipo de delito, em que assume importância o desvalor do ato (conduta perigosa descuidada) e do resultado (acontecimento material ou conduta tipificados como decorrência da conduta descuidada), com relação à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico. Caso o resultado tenha ocorrido por

para saber o que está fazendo. Para tanto não necessita observar a si mesma, basta que possa explicar e identificar seu próprio comportamento. Justamente esse domínio volitivo é que deve ser levado em

força, unicamente, da infração ao dever de cuidado e de seu desdobramento na produção material do resultado lesivo, estar-se-á frente a um delito culposo. Com base na teoria do duplo efeito, pela qual se procede à diferenciação entre resultado diretamente querido e consequências concomitantes ou supervenientes, tem-se questionado a legitimidade de uma imputação por dolo eventual como forma de imputação dolosa, uma vez que o conformar-se com o resultado não implicaria atuar com vontade de produzir o evento.⁶²³ Como, no entanto, o Código Penal brasileiro ainda mantém a dicotomia entre dolo direto e dolo eventual, acolhendo o dolo eventual como modalidade de dolo, será importante, então, proceder-se a uma ainda mais rígida distinção entre dolo e culpa. Uma vez que não se possa justificar que a conduta do agente se tenha vinculado volitivamente ao resultado, haverá culpa e não dolo. Nesse sentido, o conformar-se com o resultado, para constituir elemento de dolo eventual, deve ter o respaldo de elementos empíricos que demonstrem que a execução da ação não possa ser contornada pelo agente, segundo um juízo subjetivo em face de sua capacidade de evitá-lo ou a expectativa de sua não ocorrência.

6. O SISTEMA ADOTADO E O CÓDIGO PENAL

Ao estabelecer-se um sistema acerca do fato culposo, em que se acentuam seus componentes normativos e limitativos, torna-se também necessário confrontá-lo com o respectivo direito positivo (lei penal) para mostrar sua logicidade e compatibilidade.

A primeira objeção que opõem os partidários do causalismo a qualquer outra teoria é no sentido de que, segundo a norma do art. 13 do Código Penal, o legislador brasileiro adotou taxativamente as conclusões do sistema LISZT-BELING e que, portanto, qualquer outra formulação estaria situada *contra legem*. Será isto, efetivamente, verdadeiro?

É necessário dizer que o art. 13 induz a uma primeira conclusão: de que o Código Penal exige, previamente a qualquer indagação jurídica, a fixação de um conceito de ação. Isto parece estar evidenciado, quando, ao conceituar a causalidade, esse dispositivo deixa de conceituar ação: "*Considera-se causa a ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido*". Assim, para se saber como se pode formular o juízo de eliminação hipotética, é preciso decidir como caracterizar o primeiro de seus elementos, que é a ação. Se assim não se proceder, perdendo-se a noção do primeiro elemento, torna-se inócua a relação de causalidade e, conseqüentemente,

623. MANRIQUE PÉREZ, María Laura. Acción, dolo eventual y doble efecto. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: MarcialPons, 2012, p. 265 et seq.

a definição pretendida.

Em face da necessidade, pois, da prévia conceituação de ação, já se descarta de nosso direito positivo a pretensão extremada da teoria normativista, que entende deva desaparecer do direito penal a problemática da ação. Como está sendo visto no decorrer da exposição, é possível, porém, a construção de um conceito de ação sem ser puramente normativo ou pré-jurídico.

Por outro lado, da disposição contida no art. 13, não é forçoso concluir-se que a ação seja tomada, exclusivamente, no sentido de causa, a ponto de implicar a adoção pura e simples da teoria causal-naturalista, nem outrossim que o Código Penal tenha substituído a relevância da causalidade pela finalidade da conduta.

6.1. A ESTRUTURA LÓGICA DO ART. 13

Tratando-se, como é o caso, de norma definidora de causa, com características de proposição universal afirmativa, podemos afirmar que dela deve resultar a seguinte conclusão: *toda causa que importa ao direito penal é uma ação sem a qual o resultado não teria ocorrido*. Com isso se estará estabelecendo, todavia, uma noção de causa segundo a teoria da condição e não um conceito de ação, quer dizer, disso não se pode inferir imediatamente a conclusão de que *toda ação é, exclusiva e tão-somente, uma causa*. Este método de conversão é incompatível com a proposição universal afirmativa. Só vale, no plano da lógica formal, para as proposições universais negativas e particulares afirmativas.

Em uma proposição universal afirmativa, tal como a do art. 13, o sujeito está distribuído nela (Todo S é P), mas o predicado não está distribuído por ela (Todo P não é S), ou seja, toda causa é uma ação, mas nem toda ação é causa. A conversão de uma proposição só se torna viável, se efetivada através da limitação de sua extensão, isto é, quando a convertenda não contém os termos com uma extensão maior que a convertida.⁶²⁴

Na proposição universal do art. 13, a noção de causa é tomada de modo a compreender que *toda causa é parte das ações*, pois o atributo (ação) é compreendido apenas numa parte de sua extensão. A proposição desse art. 13 sofre, antes da definição de causa, uma outra limitação imposta pela primeira parte do dispositivo, assim consignada: "*o resultado de que depende a existência do crime só se imputa a quem lhe deu causa*".

Isto quer dizer que, para o direito penal, o importante não é só a causalidade física

624. MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Lógica formal - lógica dialéctica*, tradução brasileira, 1979, p. 153.

ou natural, mas, sim, a causalidade posta em marcha por alguém, daí a necessidade de se tratar a configuração do delito, também, em função do processo de imputação. Tal dispositivo indica que o código, ao adotar a teoria da condição, abriu a oportunidade para que se lhe pudessem opor as correções necessárias, traçadas por outras teorias ou outros critérios, de modo a só imputar um resultado a alguém, se puder ser afirmado como obra sua e não do acaso ou de outras circunstâncias. Ainda que se procurasse admitir, no plano da lógica, que a definição do art. 13 pudesse resultar de uma inferência imediata por subalternação, isto não seria possível, pois entre a proposição universal defendida pelos causalistas de que *toda ação é exclusivamente causa* (superalterna) e a universal, que está no código, de que *causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*, não há subalternação. Com efeito, na primeira (superalterna), o sujeito é *ação* e, na segunda (suposta subalterna), o sujeito é *causa*, o que implica uma conversão anterior, e isto não é possível porque a convertenda (toda ação é causa) tem os termos maiores do que a convertida (toda causa é ação).

Haveria subalternação, se o código definisse ação de modo particular, quer dizer, afirmando que *algumas ações são causa*. Mesmo assim, entretanto, a inferência imediata disso conduziria a uma proposição universal indeterminada, uma vez que, na subalternação, os resultados verdadeiros só se processam da superalterna para a subalterna e não vice-versa, isto é, da afirmação de que *algumas ações são causa* se poderia inferir que *algumas causas são ações*, mas não o contrário. Mas, afinal, o que seriam as causas que não constituíssem ações? Aqui se poderia ponderar, inclusive, que essas causas seriam as chamadas causas cegas, sem finalidade. Tudo isso, porém, é incerto em termos lógicos.

Igualmente, pelo raciocínio silogístico não se obtém outro resultado. Partindo-se da definição legal do art. 13, como premissa maior, jamais se chega à conclusão de que "toda ação é causa", nem por inúmeros e variáveis sorites, pois, ou se pratica a falácia da equívocação, tomando um único termo em mais de um sentido, ou se comete o equívoco do ilícito menor. Com efeito, a sequência de silogismos ficaria assim:

Toda causa é a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Ação é aquilo sem o que o resultado não teria ocorrido.

Logo, toda causa é aquilo sem o que o resultado não teria ocorrido.

Aquilo sem o que o resultado não teria ocorrido é ação

Logo, toda ação é causa.

cadeia é tomado em dois sentidos diversos: um, como conceito estrito, relativo à produção de um resultado; outro, como conceito genérico de causa, derivado de inferência imediata por conversão, processo incompatível com a proposição universal afirmativa, contida na premissa maior. O silogismo possui, portanto, apenas dois termos, e não três. Na segunda cadeia, notamos a introdução de um termo médio perfeto "aquilo sem o que o resultado não teria ocorrido", mas o termo menor "ação", distribuído na conclusão, não o está na premissa menor, praticando-se, com isso, o chamado ilícito menor. A fim de que se pudesse dar validade à segunda cadeia, a conclusão deveria ser que "toda causa é uma ação" e não o contrário.

É de salientar-se ainda que - diante da proposição do art. 13, de que "causa é a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido" - não se deve realizar uma conversão por limitação, de modo a extrair a conclusão de que "alguma ação é causa", fato que muito alegraria aqueles que pretendem superar o sistema LISZT-BELING com a combinação de postulados desse sistema com o finalismo, tal como o faz MAURACH, para quem, nos crimes culposos, se trataria de compreender a ação e, consequentemente, o preenchimento do tipo de injusto pela causalidade, enquanto que, nos crimes dolosos, esse mesmo tipo de injusto só se complementaria com a ação finalisticamente orientada.⁶²⁵

Mesmo que, empiricamente, se possa afirmar que, às vezes, se torna difícil entrar, na atividade humana, o conteúdo volitivo que a orienta e dirige, não se pode imediatamente concluir da definição do Código Penal que o legislador entendeu haver ações que funcionam, exclusivamente, como causa de um resultado e nada mais.

Para determinar-se a validade de tal assertiva não basta a conversão por limitação, pois esta nem sempre apresenta resultado correto.⁶²⁶ Assim, por exemplo, dizer-se que algumas ações são causa implica uma divisão no plano da conduta em ações que, desde o começo, são tomadas exclusivamente como causas de um resultado e aquelas que, desde o começo, são causa e mais alguma coisa, como, por exemplo, causa e vontade consciente acerca do sujeito. Entretanto, se concluíssemos dessa forma, cometeríamos a falácia existencial, pois estaríamos pressupondo a existência de ações diversas, quando o legislador não o fez, procurando retratar a causalidade a partir da consideração de um resultado típico imputável a um autor. Está claro que essa impossibilidade lógica no âmbito da causalidade não interfere na consideração de outros critérios normativos que fundamentam o processo de imputação.

Destarte, por meio da conversão limitada, torna-se indeterminada a validade da

conclusão de que algumas ações são tomadas exclusivamente como causa. Isso tudo, o que se pode concluir da interpretação do art. 13 é o seguinte: o código exige previamente a conceituação de ação, não havendo por parte do legislador qualquer impedimento nesse sentido, nem muito menos adoção do sistema causal-naturalista. Também pode-se concluir que a conversão por limitação, feita da definição de causa do art. 13, retrata apenas a possibilidade de se proceder à separação entre ação e omissão, ou seja, de que as causas são às vezes ações e às vezes omissões, fato que é ditado pelo próprio legislador, sem que isto signifique renúncia expressa a uma concepção de ação. Isto quer dizer que o legislador deixou em aberto o sistema que se poderia adotar e a formulação em torno do conceito de ação, na medida em que esse conceito possa ser utilizado para determinar os parâmetros da imputação.

6.2. AS IMPLICAÇÕES TELEOLÓGICAS DO ART. 13

Ao salientar que a omissão constitui causa, quando sem ela o resultado não teria ocorrido, ao contrário do que pode parecer, o código não impõe que a questão da causalidade seja tratada sob aspecto puramente físico ou material. Ao invés, o código fomenta com isso a formação do raciocínio de que o problema da omissão deve estar afeto à formação da estrutura normativa, pondo em destaque a valorização do não-agir, tanto no aspecto social como no jurídico-penal. Nesse passo, o art. 13 tem que ser interpretado juntamente com o que é ditado pelos seus parágrafos, não valendo o conceito de causa isoladamente.

O mesmo ocorre em relação à causalidade em geral, que deve ser tratada no âmbito do tipo de injusto como um dos elementos do processo de imputação. A regra contida no art. 13 refere-se, portanto, igualmente a um dado material e a um dado normativo. Isto está bem claro quando se procede à sua interpretação à luz dos preceitos do seu § 2º, que subordina o conceito de omissão em geral a determinados deveres que lhe dão substância, pois, só desta maneira se poderá entender que uma inatividade possa causar alguma coisa. A causalidade, então, passa a ser tratada normativamente e não mais como relação empírica.

A regra do código, entretanto, não implica necessariamente a adoção de uma pura teoria normativista. Se assim fosse, não estaria exigindo que a causalidade se vinculasse na sua própria definição a uma conceituação de conduta. Por outro lado, na medida em que a causalidade não se resume a um dado empírico, mas conjuga esse dado com preceitos normativos, ou deles até prescinde, como ocorre na omissão, não poderá subordinar-se a um conceito pré-jurídico de ação, que pressupõe ou dados puramente empíricos (como na teoria causal), ou elementos ónticos (como na teoria finalista), ou dados exclusivamente...

na teoria social de ação). Em nenhum desses casos seria possível retratar com fidelidade a omissão, sem uma referência a um dever de agir, nem, por outro lado, construir um sistema da teoria do delito em que tanto a ação quanto a omissão estivessem subordinadas àqueles pressupostos.

Uma vez que a ação irá implicar a consecução de um resultado material, e a omissão seria uma forma de atribuição de responsabilidade por um resultado que dela não deriva empiricamente, uma teoria da ação não poderá ser nem pré-jurídica nem puramente normativa. Com isso poder-se-á proporcionar o verdadeiro transporte da concepção comunicativa de ação, antes proposta, à estrutura da norma e, conseqüentemente, ao tipo de injusto e à culpabilidade.

A disposição legal acerca da causalidade pode ser ressuscitada, portanto, dentro de novo espírito interpretativo, servindo de base ao sistema proposto. Observe-se que, embora a lei se ocupe aqui da diferença entre ação e omissão, não se preocupa ainda com a diferenciação entre crimes dolosos e culposos. Ao contrário do que propunha a teoria causal-naturalista, a norma do art. 13 não induz à conclusão de que a negligência e o dolo devam ser estudados na culpabilidade. Apenas os des-carta da problemática da causalidade e da caracterização da ação.

6.3. AS IMPLICAÇÕES SISTEMÁTICAS DO ART. 18

Em complemento ao disposto no art. 13, o art. 18 do Código Penal estabelece muito bem a posição sistemática dessa indagação, ao enfatizar que, no delito culposo, se trata de causar o resultado mediante imprudência, negligência ou imperícia. Sistemáticamente isso significa que a diferenciação entre delito doloso e culposo se efetua na estrutura do tipo de injusto. A menção à causalidade praticada por imprudência, negligência ou imperícia indica a realização do *desvalor do ato* e do *desvalor do resultado*, com independência da mera produção causal e do atuar doloso.

Não basta, assim, à configuração do tipo do delito culposo, que o resultado se tenha produzido apenas pela ação do agente. É imprescindível que a causalidade se desen-volva mediante a infração aos deveres de cuidado. A falta de expressa menção aos deveres de cuidado não ilide essa conclusão, visto que esses deveres estão implícitos nas formas de *imprudência*, *negligência* e *imperícia*. Mediante esses elementos impostos pelo legislador como elementos analíticos, tem-se a formulação da culpa dentro de um processo de imputação.

Na verdade, estas velhas modalidades já perderam a razão de ser, diante da moderna...

e harmônico, de acordo, aliás, com sua estrutura normativa.⁶²⁷ Como se trata de, faticamente, omissão ou não-cumprimento do cuidado objetivamente exigido em face da execução de uma ação perigosa, todas essas fórmulas podem ser resumidas na negligência, que expressa esse conteúdo.

Afirmando-se, assim, que a negligência se caracteriza, porque o agente causa um resultado através da infração aos deveres de cuidado, objetivamente impostos nas circunstâncias, afasta-se definitivamente da compreensão da teoria causal de que todo o fenômeno devesse ser tratado na culpabilidade.

Como a infração aos deveres de cuidado é resultado da forma e do modo de aparição da própria atividade perigosa em função do risco autorizado, se verifica na estrutura normativa como instrumento de graduação do ataque ao bem jurídico, conforme os parâmetros traçados pelo processo de imputação. Por conseguinte, não se trata de fato relativo ao autor, mas, sim, à configuração do delito em si, de sua tipificação. Está isso bem claro, além do que dispõe o art. 18, pelos tipos de delito culposos em espécie, previstos no Código Penal. Não há neles, meramente, uma diferença de culpabilidade, mas de injusto e de pena.

6.4. TIPOS CULPOSOS DERIVADOS E AUTÔNOMOS

Com efeito, há ainda, na legislação penal brasileira, exemplos marcantes de delitos culposos que se encontram tipificados de modo inteiramente independente dos delitos dolosos. Assim, afora os casos de crimes culposos previstos no Código Penal, que encerram uma valoração diversa do conteúdo de injusto, prevê-se, no Código Penal militar, o delito de "fuga culposa de preso", cujo tipo do art. 179 constitui delito independente e autônomo com relação ao art. 178. O mesmo caso se verifica nos arts. 210 e 255 do diploma castrense. Como o direito penal é compreensivo de um todo, tão-só um conceito de delito culposos que atenda às diferenças ocorrentes no próprio tipo de injusto e não apenas na culpabilidade seria apto a servir-lhe de modelo de construção dogmática.

Quando o legislador prevê um fato como agravante ou atenuante especial, fá-lo ou na forma de delito qualificado, ou agravado, ou de delito privilegiado, mantendo, em todos os casos, certa coerência técnica.

Relativamente ao delito culposos, porém, o legislador não retrata nem um privilegiado, nem uma qualificativa ou simplesmente uma agravação, senão um *aliud*, quer

627. Com esta mesma conclusão, TORTIMA, José Carlos. "A imperícia e o domínio da vontade nos crimes culposos", in RT 666/400. "Com efeito, não parece coerente admitir-se imperícia como modalidade de conduta culposa, quando se sabe que esta pressupõe, como já salientado, uma ação ou omissão voluntária do agente que, entretanto, não deseja o resultado, loc. cit., p. 333."

dizer, revalora as ações em face da forma ou do modo de atentado ao bem jurídico. Esta técnica está representada no Código Penal em todos os delitos culposos pela previsão de outra pena, menos rigorosa que a atribuída ao delito doloso correspondente, indicando que se trata de fato, cujo conteúdo de injusto é menor e não, simplesmente, que o agente mereça pena menos rigorosa. Se assim fosse, não seria preciso a previsão isolada do delito culposos, pois poderia constituir meramente uma circunstância atenuante prevista na parte geral. A proposição apresentada acerca do sistema do fato culposos a partir de um conceito comunicativo de ação é, por conseguinte, compatível com o direito positivo.

7. CONCEITO DE NEGLIGÊNCIA, OU CULPA

A evolução do conceito de culpa, separada do dolo, deve ser atribuída à ciência penal italiana dos séculos XV e XVI.⁶²⁸

No Direito Romano, longe das discussões em torno de sua validade ou se, efetivamente, nele se compreendeu ou não o delito culposos, a terminologia empregada não corresponde ao atual desenvolvimento da matéria e não se adapta às noções estabelecidas no direito positivo. Na verdade, o Direito Romano não conheceu uma sistemática do delito culposos e da negligência em geral, mantendo, de um lado, a sistemática do delito culposos e da negligência só podia ser identificada com a *culpa dolus* e, de outro, o *casus*. A negligência só podia ser identificada com a *culpa levis*, que não se contrapunha à *culpa lata*, o dolo. Pelo contrário, a culpa e o dolo constituíam um conjunto único.⁶²⁹

Na ciência penal italiana, ao contrário, já aparecem os contornos esclarecedores da culpa com a divisão entre *culpa lata*, *levis* e *levissima*, em que, na primeira, se desenvolve a noção de *culpa dolo proxima*, compreendida como subespécie de negligência, ou como *dolus praesumptus*, ou como forma especial de culpabilidade, ou até mesmo como dolo.⁶³⁰

Através dessa concepção, ainda um pouco confusa, a culpa começa a ganhar corpo dentro da doutrina jurídico-penal, dando lugar à divisão entre *delictum verum* ou doloso e *quasidelictum* ou negligente.⁶³¹

628. JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 563; HIPPEL, Robert von. *Deutsches Strafrecht*, Berlin, 1925, reimpressão, Scientia Verlag, 1971, vol. II, p. 355.

629. DEVESA, Rodríguez. *Derecho penal español*, pg. p. 402-403; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, vol. V, p. 686-687; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 89.

630. DEVESA, Rodríguez, ob. cit., p. 403; também ENGELMANN, Waldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung: eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, 2ª edição, reimpressão, Aalen: Scientia Verlag, 1965, p. 139; LÖFFLER, Alexander. *Die Schulformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig, 1895, reimpressão Kiep, 1995, p. 99 et seq.

A identificação da negligência, aliás, como forma de culpabilidade e como forma especial de delito já pode ser encontrada de modo rudimentar em DECIANO, para quem "*culpa enim est nomen generis, quod continet non modo quiquid negligentem peccatum est sed et dolose et malitiose*".⁶³² Esta conclusão só se tornou possível graças à tentativa dos pós-glosadores de conciliar o dolo do Direito Romano com as regras da responsabilidade objetiva do Direito Germânico.⁶³³

A influência dos pós-glosadores italianos se fez sentir na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que compreendeu tipos particularizados de delitos culposos, respectivamente nos arts. 146, o qual definia o homicídio culposo; 134, que previa o homicídio causado por médico e 180, que tratava da custódia de presos, traçando-lhes, rigidamente, os limites com os crimes dolosos.⁶³⁴ Um conceito geral, porém, de negligência, independentemente dos tipos em espécie, foi dado no Direito Geral para os Estados Prussianos de 1794 (ALR), Parte II, Título 20, § 28.⁶³⁵

Ainda que se notem exceções,⁶³⁶ os códigos em geral não conceituam a culpa, deixando-a a cargo da doutrina e da jurisprudência. O Código Penal brasileiro de 1969, dispenha originariamente, em seu art. 17, que atua culposamente quem, "*deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever, ou prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo*".

Esta constituiu, basicamente, uma tentativa de superar o causalismo do Código Penal de 1940, substituindo-o por uma fórmula compreensiva, tanto da infração ao dever de cuidado, quanto da previsibilidade do evento, em que se promove igualmente a diferenciação, não fundamentalmente necessária, entre negligência consciente e inconsciente. Se bem que, embora revogado, o Código Penal de 1969 deixou sua marca indelével no art. 33, II, do Código Penal militar.

Ao conceituar-se a culpa, pode-se partir de seus elementos essenciais: a) a realização de uma ação contrária ao dever de cuidado e perigosa ou lesiva ao bem jurídico; b) a execução dessa ação para além dos limites do risco autorizado; c) a produção típica do resultado como materialização da ação perigosa descuidada; d)

632. *Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930, DEVESA, Rodríguez. Derecho penal español, pg. p. 403.
633. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, Frankfurt am Main: Fischer, 1991, capítulo I, 7, 9.

634. *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V von 1532*, organizada por GUSTAV RADBRUCH e ARTHUR KAUFMANN, Stuttgart: Reclam, 1975, p. 89 et seq.

635. Este texto é considerado como verdadeiro precursor do conceito legal de negligência. Nesse sentido, JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 563; MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, vol. II, p. 34.

636. Por exemplo, Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica e Itália

a atribuição pessoal do resultado evitável.

O primeiro aspecto deflui automaticamente da estrutura normativa, como esclarecido anteriormente, bem como da formulação de um conceito que tenha em consideração a adequação dos pressupostos da incriminação à forma e ao modo da execução de uma ação perigosa para o bem jurídico. O segundo aspecto desperta interesse para a imputação do evento, como instrumento de caracterização dos desvalores incidentes sobre a conduta e sua atribuição ao autor. A perfeita integração entre desvalor do ato e desvalor do resultado é condição essencial à conceituação do delito culposo e da negligência em geral, servindo não só à sua caracterização dentro do injusto, como também na culpabilidade. O terceiro aspecto é indispensável em face da necessidade de delimitar o âmbito de incidência da causalidade. O quarto constitui fundamento para uma atribuição de culpabilidade.

Ao admitir-se uma nova estrutura do delito, a fim de compreender as formas de atividade perigosa não diretamente contrárias à proibição ou determinação normativa, deve-se, concomitantemente, vincular a conceituação dessas modalidades de delito àquela nova estrutura, de sorte a integralizar, num corpo comum, todos os seus elementos, isto é, a ação injusta e culpável. Nessa tarefa, representa a ação injusta o ponto de partida fundamental da estrutura normativa, expresso na lesão a um dever de cuidado.

Assim, poder-se-á conceituar a culpa como a *forma de imputação de uma conduta humana caracterizada pela realização do tipo de um delito, centrado na violação do risco autorizado por meio de ação contrária ao dever de cuidado e lesiva ao bem jurídico, materializável em um resultado proibido e cuja culpabilidade se assenta no fato de não haver o agente evitado sua realização, apesar de capaz e em condições de fazê-lo*.

Não há necessidade na conceituação de se estabelecerem diferenças entre culpa consciente e inconsciente, pois os dados comuns a ambas as espécies já se encontram abrangidos pelo processo de imputação, que poderá valer-se inclusive dos critérios complementares da previsibilidade e evitabilidade culpável do resultado. Por seu turno, esta definição abarca também, basicamente, a imputação do resultado. Na verdade, o resultado, como se verá adiante, só deve ser tido como relevante, quando constitui a concretização da ação perigosa descuidada, ou seja, a materialização da lesão ao dever de cuidado em face dos limites do risco autorizado.

Ao afirmar-se que a negligência constitui a forma de imputação de uma conduta caracterizada segundo um tipo de delito centrado na violação do risco autorizado por meio de ação contrária ao dever de cuidado e lesiva ao bem jurídico, já se pressupõe, e, portanto, que isto só pode ser feito mediante a omissão desse cuidado,

ou seja, das técnicas, atenção e diligências vinculadas diretamente à execução da conduta (pois, caso contrário, não haveria outro modo de se violar um dever) e, na maioria dos casos, igualmente do resultado, de vez que o tipo dos delitos culposos se alicerça, basicamente, sobre um resultado e não estaria preenchido ou realizado sem a verificação deste.

Pode-se ainda dizer que a evitabilidade do evento, para efeitos de culpabilidade, não prescinde de uma vinculação à respectiva previsibilidade. No entanto, isto se faz desnecessário na definição, tendo em vista a renúncia intencional à caracterização das espécies de culpa consciente e inconsciente, as quais também devem atuar na culpabilidade. Para essa análise, parte-se do pressuposto de que o agente só pode sofrer um juízo de culpabilidade se fosse capaz e estivesse em condições não só de evitar, como de prever o resultado. A previsibilidade, portanto, deve funcionar como um momento anterior da evitabilidade.

As fórmulas originárias adotadas nos códigos penais brasileiros de 1940 e de 1969, e ainda na atual parte geral, contêm algumas falhas, principalmente por desconsiderarem os elementos estruturais do fato culposo e partirem de uma base, exclusivamente, empírica e pragmática (código vigente), ou de concepções mais elásticas, mas evadidas de certo dogmatismo intransigente. A definição do Código Penal vigente, contida no art. 18, II, da nova Parte Geral de 1984, a partir da indicação de que a culpa se caracteriza por haver o agente causado o resultado por imprudência, negligência ou imperícia, não satisfaz à disciplina cada vez mais dinâmica do direito moderno, que busca amparo na estruturação normativa, a fim de construir a teoria do injusto sob a perspectiva da superação de regras práticas e casuísticas.

A interpretação das expressões *imprudência*, *negligência* e *imperícia* induz o julgador a aplicar a lei sob ponto de vista exclusivamente mecânico, ou seja, mediante a definição formal dessas expressões, o que impossibilita um estudo mais profundo do conteúdo da norma e, por conseguinte, decisões mais adequadas ao sistema de garantias. O mesmo defeito se opera no Código Penal italiano (art. 43), cuja doutrina tem sentido a necessidade de correção e, por isso mesmo, se dirige à solução de compromisso entre a velha concepção casuística e as recentes construções da dogmática estrutural.⁶³⁷

Por sua vez, a definição contida no Código Penal revogado de 1969 e no vigente Código Penal militar, apesar de correta quanto à característica básica da omissão do cuidado ou cautela a que estava obrigado o autor em face das circunstâncias, desconhece inteiramente o fundamento da ação perigosa em função da violação do risco

637. Paradigmática de uma nova construção, ainda que vinculada à velha regra casuística é a de FIANDACCA-MUSCO, cuja crítica foi feita anteriormente.

autorizado e da lesão de bem jurídico e mantém-se ainda fiel ao sistema diferenciador das espécies de culpa consciente e inconsciente. Não atenta, ademais, para a relação entre ação perigosa descuidada e resultado e cria, ainda, por importação do direito alemão, um novo fator de culpabilidade, a *leviandade* (*Leichtfertigkeit*), que nem sempre ocorre em todos os fatos concretos e que só tem importância em face de falha grosseira e absolutamente inadmissível do agente, como, por exemplo, a verificada por desatenção, por parte de profissionais habilitados (motoristas profissionais, médicos, engenheiros, etc.), às normas técnicas mais elementares ao exercício das respectivas atividades.⁶³⁸ A leviandade, por conseguinte, pode faltar e, mesmo assim, haver delicto culposos.

A insistência de se diferenciar entre culpa consciente e inconsciente na própria definição legal importa, em primeiro lugar, a assunção expressa de que a culpa inconsciente constitui modalidade inteiramente compatível com o direito penal, fato este nem sempre aceito sem reservas pela doutrina e, assim, não muito definitivamente estratificado; em segundo lugar, procura emprestar demasiada importância à diferenciação dessas espécies de culpa, que, na realidade, não têm maiores consequências, pelo menos em termos de definição legal, já que, no fundo, essas duas espécies se equivalem quanto à valoração normativa e não decidem a respeito do conteúdo de injusto do fato.⁶³⁹

O legislador, como tal, deve deixar as questões controversas em aberto, a fim de possibilitar maior desenvolvimento da matéria pela doutrina e jurisprudência, sempre que isto, é lógico, não implique ameaça à segurança do cidadão. As espécies de culpa não influem no conteúdo de injusto do fato, nem alteram a estrutura normativa do direito penal, que estão calcados na lesão ou no perigo de lesão ao bem jurídico em face de uma ação perigosa violadora do dever de cuidado em função do risco autorizado, e não na representação ou ausência de representação do agente acerca da ação e do resultado, que servem apenas de pressuposto da conceituação da conduta, mas não do tipo. É evidente, por isso, o acerto da decisão de se deixar de lado a respectiva diferenciação entre culpa consciente e inconsciente, ganhando-se com isso precisão técnica, com possibilidades mais amplas de reformulações liberais.

638. JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 569; MAURACH, Reinhard. *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 536; WESSELS-BEULKE, Nota 234, p. 225. Criticando a redação do projeto HUNGRIA, cujo art. 16 deu lugar ao art. 17 do revogado Código Penal de 1969 e ao art. 33, II, do vigente Código Penal Militar, HELENO FRAGOSO: "Não nos parece, também, que se deva manter a expressão *leviandade*, pois lhe falta a necessária precisão" ("A reforma da legislação penal", in: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 2, p. 65).

639. A esta conclusão chegou a comissão de juristas e professores de direito penal, encarregada do projeto alternativo de Código Penal, parte geral, para a Alemanha de 1966, ao justificar o § 18: "Não há importância para a diferenciação entre culpa consciente e inconsciente, no tocante às consequências penais".

8. DENOMINAÇÃO

Tendo em vista a esquematização normativa acima proposta para o delito culposo, torna-se necessário também reelaborar-se sua nomenclatura jurídica. Esta tarefa, aliás, não esteve alheia à elaboração jurídica em geral, salientando-se desde o Direito Romano, como corolário da posição adotada. Entretanto, nem sempre se manteve coerente e uniforme, podendo-se afirmar, sem qualquer receio, que desde o aparecimento da culpa no direito penal, trava-se uma verdadeira batalha para se chegar a uma solução definitiva de como ela se deve denominar.

A denominação tradicional "culpa" aparece no Direito Romano para indicar tanto a imputabilidade quanto a negligência ou luxúria.⁶⁴⁰ No Direito Penal Comum, era frequente, ao lado de *imprudência* ou *negligência*, o uso da expressão *quase-delito*,⁶⁴¹ que é encontrada nas obras de CARMIGNANI⁶⁴² e CARRARA⁶⁴³ e perdura ainda em alguns códigos penais.⁶⁴⁴

Os autores de língua francesa usam sobretudo a palavra "falta", significando a negligência e a culpabilidade em geral. Autores há que empregam, todavia, a denominação "imprudência", mas o próprio Código Napoleônico, do mesmo modo que FERRI, se refere ao "delito involuntário" (art. 319), em oposição ao delito doloso.⁶⁴⁵ O novo código francês continua usando, inclusive, a denominação de "falta" (art. 121-3).

A expressão "imprudência" é contemplada nos códigos penais espanhol (arts. 5, 10, 12, 14, 81, 136) e federal mexicano (art. 8), como também é utilizada por autores modernos.⁶⁴⁶

640. DEVESA, Rodríguez. ob. cit., p. 402-403; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, vol. V, p. 678.

641. DEVESA, Rodríguez. ob. cit., p. 403.

642. CARMIGNANI, Giovanni. *Elementos de derecho criminal*, tradução castelhana de Antonio Forero Otero, Bogotá: Temis, 1979, p. 47.

643. CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*, tradução brasileira, vol. I, p. 92.

644. Por exemplo, Chile (art. 2º e 4º), Honduras (art. 2º) e Costa Rica (art. 18, §2o) se as denominações "delitos não-intencionais" (p. 159), "homicídio involuntário, por imprudência ou mesmo sem falta" (p. 168); GARRAUD, Roger. *Traité de droit pénal*, 1888, emprega a denominação ou "falta", como a palavra "culpa", mas para diferenciar da culpabilidade agrega-lhe o atributo "simples" ou "não-intencional" (p. 377); por sua vez, HAUS, Jacques-Joseph. *Droit pénal*, 1879, p. 232, critica a expressão "delito involuntário" e se filia à corrente da denominação "falta", mais recentemente, SOYER, Jean-Claude, classifica as infrações em "intencionais" e "não-intencionais" (p. 104), acentuando que estas últimas compreendem, por sua vez, tanto as contravenções quanto os "delitos de imprudência e aqueles ditos materiais, que existem independentemente da intenção ou da má fé" (p. 108), numa clara tentativa de sistematização perante o art. 319 do código napoleônico (*Droit pénal et procédure pénal*, 1976). FERRI, Enrico. *Principii di diritto criminale*, p. 443.

645. Entre nós, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. in *Revista de Direito Penal* n. 23, pág. 55; nos autores de língua espanhola, MALAMUD GOTTI, Jaime. *El delito imprudente* (hoje está abandonada pelo próprio autor esta denominação, ver *La estructura penal de la culpa*, 1976); DE ILLANO, Gerardo. *La imprudencia punible en el uso de vehículos*.

No entanto, mesmo que em alguns códigos se especifique uma denominação dominante (culpa, imprudência, negligência, delito involuntário, quase-delito, imperícia), esta não fica isolada das demais, notando-se certa mescla confusa e assistemática de todas elas, como ocorre, por exemplo, no Código Penal espanhol.⁶⁴⁷ Essa ausência de uniformidade designativa decorre naturalmente da falta de sistema homogêneo do delito culposo e de sua considerada secundariedade em relação ao delito doloso.

A preocupação deste trabalho é propor pontos convergentes acerca da estrutura do fato não-doloso, de modo a torná-lo compreensível dentro de um sistema global, em que se estabeleçam não só seus traços essenciais do tipo de injusto e da culpabilidade, como também de ordem terminológica.

A denominação "negligência", originariamente proposta neste trabalho, tem origem bastante antiga. Sua utilização ganha relevância, porém, nos autores e no direito da Europa Central.⁶⁴⁸

Modernamente tem ela sua razão de ser no sentido de poder retratar o conteúdo do fato que quer significar. Partindo-se da análise de que o cerne dos fatos puníveis que ela caracteriza é constituído pela omissão, por parte do agente, do cuidado objetivamente exigível em face da ação perigosa que empreendera, deve-se, conseqüentemente, concluir que a denominação "negligência" encarna, com clareza, esse conteúdo de sentido da estrutura normativa dessa espécie de fato.

Por outra parte, a expressão "culpa" tem a acentuada desvantagem de, além de criar embaraços de compreensão popular, confundir dois sentidos diversos: a negligência, como forma de imputação e como juízo de atribuição pessoal, tomada como culpabilidade. Torna-se isto ainda mais nítido, ao propor-se a estruturação do fato culposo como delito autônomo e não mais como simples forma de culpabilidade, pois é possível que haja negligência no sentido puramente objetivo, sem que se verifique a culpabilidade. Até mesmo nos autores brasileiros tradicionais filiados a outras concepções, é constante a afirmação de que a "negligência" corresponde a uma noção ampla, abrangendo também outras formas de infração ao dever de cuidado, tais como, por exemplo, a imperícia e a imprudência.⁶⁴⁹

647. Nos arts. 118, 1º e 120, 1º, o código espanhol de 1995 emprega as expressões "culpa" e "negligência", ainda que se tenha inclinado, quanto à definição geral, pela expressão "imprudência".

648. Isto vale tanto para o direito penal alemão, como para o direito penal austriaco e suíço-alemão. Assim, por exemplo, GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, vol. I, p. 259: "A rigor a palavra negligência seria suficiente para ministrar todo o substrato da culpa. Mas costuma-se aludir também à imprudência e à imperícia. Essas duas ideias poderiam caber dentro da de negligência. Assim também, NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposo*, p. 91. Por sua vez, BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, vol. II, p. 88, conclui que embora o Código Penal tenha adotado a classificação "em algum"

Do mesmo modo, etimologicamente, as expressões "culpa" e "negligência" apresentam variações. Segundo COMMELEERAN Y GOMEZ, a origem da palavra culpa (do latim *culpa, ae*) é mais obscura do que de negligência, derivando, talvez do sânscrito *Kulpha*, com o sentido de mal, enfermidade, mancha que se contrai pelo mal.⁶⁵⁰ Ao invés, a expressão negligência, derivada do vocábulo latino *negligentia, ae*, tem primitivamente o significado de descuido, incúria, preguiça, cuja ação, estribada no verbo *negligere*, indicava desatender, no sentido, portanto, da perspectiva da estrutura da norma penal.⁶⁵¹ Esta origem latina é correspondente ao significado da origem germânica de *fahrlässig*, derivado do vocábulo formado no século XV *varlessig* dos componentes do meio alto alemão *varn lan*, com o sentido de descuidar, desleixar.⁶⁵²

Está claro que, em termos semânticos, a origem etimológica, por si só, não basta para caracterizar ou descaracterizar a validade atual de um vocábulo. Entretanto, se conjugarmos essa origem etimológica com o propósito e a estrutura do direito penal contemporâneo, podemos, facilmente, concluir ser muito mais adequada a expressão *negligência* do que *culpa*.

Analisando-se, sistematicamente, a expressão culpa, emerge a consideração de que, se com ela se quer igualmente designar a negligência, se está partindo de ponto de vista estritamente vinculado à concepção psicológica de culpabilidade, que via nesta exclusivamente as formas de dolo e negligência, de tal ordem a transmitir a um de seus elementos, justamente o menos manifesto em termos de contrariedade à ordem jurídica, seu próprio teor terminológico.

Aliás, essa identificação de termos entre culpabilidade e negligência (culpa em sentido amplo e culpa em sentido estrito, como dizem os clássicos) tem sua razão de ser histórica na própria confusão do Direito Romano e Direito Penal Comum, relativamente ao tratamento dos fatos dolosos e não dolosos.⁶⁵³

Finalmente, é de se considerar que a caracterização da "culpa" como imprudência, negligência ou imperícia, conforme a postura assumida pelo Código Penal, foge ao

momento do processo inicial da culpa, existe sempre uma omissão da diligência necessária para evitar o resultado típico.

650. COMMELEERAN Y GOMEZ, Francisco. *Diccionario clásico-etimológico latino-español*, Madrid: Imprenta Perladó, 1912.

651. COMMELEERAN Y GOMEZ, Francisco. *Diccionario clásico-etimológico latino-español*, Madrid: Duden, Ethymologie, Francisco. *Diccionario clásico-etimológico latino-español*, 1912; Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Mannheim, 1963; KLUGE, F. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Culpa y finalidad*, 1967, p. 11 et seq.

652. DEVESSA, Rodríguez. ob. cit., p. 402, informa, com base em BINDING, NEBRIJA e CRUZ HERRERA, que a palavra "culpa", ainda que não usada nos editos da época republicana antiga, adquire também o significado de *culpa levis*, mas conserva, como já explicado no texto, a aceção igualmente de culpabilidade.

aspecto de conteúdo, para fixar-se no lado causal do acontecimento. O importante, na estruturação e na conseqüente denominação que lhe corresponde de um fato punível ou de qualquer instituto de direito penal, não é a causalidade, mas, sim, sua essência normativa. Em termos normativos, a denominação "culpa" tem outro significado; as expressões imprudência, negligência e imperícia jamais poderiam ser compreendidas do mesmo modo, pois não se trata de mecanismo de compreensão, mas de denominação de sentido. O jurista não se deve impressionar apenas pelas possíveis diferenciações práticas da imprudência, tomada como ato positivo, da negligência, vista como omissão, e da imperícia, entendida como violação das regras técnicas. Deve buscar uma denominação que consigne e expresse o sentido essencial da forma de atividade, em face das exigências garantistas do direito penal.

Para caracterizar o delito negligente não será necessário determinar-se se a produção causal do resultado transcorreu ou não mediante movimento do agente ou de descuido de regras técnicas, senão de que sua conduta perigosa constituiu omissão do cuidado que, através dos acontecimentos e circunstâncias concretas, lhe era exigível em função do risco autorizado e em face da lesão do bem jurídico. Nem sempre, aliás, é mais grave o delito, porque o agente infringiu regras técnicas ou porque desenvolveu um movimento ou ficou parado. O que vale não é isto, mas a lesão do dever de agir cuidadosamente, quando o agente tenha realizado uma atividade perigosa em face dos limites do risco autorizado, de tal forma que a lesão do bem jurídico lhe possa ser imputada. Daí a necessidade de se modificar a terminologia causal e passar-se à adoção de uma terminologia de essência.

Conforme esse entendimento, a negligência, por conseguinte, nada tem a ver com a forma de "culpa" de outrora. Exprime ela, hoje, conceito de conteúdo, consubstanciado na omissão das cautelas devidas no momento da execução da ação perigosa, como forma de lesão ou perigo de lesão relevante ao bem jurídico. Esta denominação não é estranha ao nosso direito. Nesse mesmo sentido, já a empregava o projeto Sá Pereira, ao estipular no art. 34: "As penas cominadas neste Código estarão sujeito quem lhe infringir as disposições por vontade ou negligência". Seguiu neste passo, inclusive, a tradição do direito português, cujo código de 1886, no art. 2º, era elucidativo tanto na questão terminológica, quanto na compreensão normativa: "A punição da negligência, nos casos especiais determinados na lei, funda-se na omissão voluntária de um dever". Fiel a esse entendimento, a doutrina portuguesa é concorde também em empregar a expressão negligência para designar essa modalidade de fatos.⁶⁵⁴ Foi o que ocorreu, inclusive, no erudito projeto EDUARDO CORREIA,

654. Por exemplo, CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, 1963, vol. I, p. 421; DIAS, Jorge Figueiredo. *Tratado de direito penal*, Coimbra: Almedina, 1969, p. 235 et seq.

cujo art. 10 constava: "Só é punível quem age com *dolo* ou com *negligência*"; e no art. 12: "Age com *negligência* quem não representa o dever objetivo de cuidado adequado a evitar a realização de um tipo legal de crime, podendo ou sendo capaz de o representar". O mesmo tratamento foi adotado no Código Penal de 1982, bem como no recente Código Penal português de 1995 (art. 13°).

Apesar de a denominação "negligência" parecer mais correta, como se demonstrou, sua utilização, na prática judiciária e na doutrina penal brasileira, não tem sido levada em consideração, por força da expressão "delito culposo" empregada no Código Penal para designar os fatos praticados com negligência.

Atendendo, assim, a uma razão de ordem prática e até mesmo filosófica, a partir da transformação que se processou na obra de WITTGENSTEIN, de utilizar no discurso científico as mesmas expressões da linguagem comum,⁶⁵⁵ cabe ponderar que o emprego de uma expressão no campo do direito deve preencher um requisito básico, que é o de possibilitar, com o maior grau de clareza possível, a identificação do objeto que quer significar. Por outro lado, em se tratando de um sistema no qual a norma penal deve estar submetida a uma constante comunicação de sua legitimidade, mediante um procedimento racional, a questão da comunicação de suas proibições ou comandos deve preceder a qualquer outra, inclusive aos rigorismos dogmáticos.

Relativamente à negligência, o que se observa hoje é uma dupla tendência de linguagem. Conforme a variação da terminologia, é comum se fazer, na linguagem diária, uma confusão entre fato culposo e culpabilidade. Ainda que perdure na linguagem comum a ideia de que a culpa, tomada no sentido de negligência, se confunde com a culpabilidade ou, em alguns casos, até mesmo com o dolo, por exprimir com este um denominador comum de reprovabilidade, isto está se transformando. Tanto na linguagem jurídica quanto na linguagem comum se está tornando compreensível o vocábulo culposo para ações não dolosas, o que demonstra que a linguagem comum está se apropriando da linguagem jurídica para exprimir os mesmos objetos.

Por força de instrumentos de comunicação de massa, ainda que imperfeitos, a diferenciação entre culpa (negligência) e culpabilidade se faz sentir na esfera pública, já com certa dose de estratificação. Justamente para não se contrapor a esta tendência, que não pode ser alterada simplesmente pela influência de uma obra dogmática, mas por mecanismos mais poderosos de comunicação, só disponíveis em âmbitos

MAIA GONÇALVES. *Código Penal português na doutrina e na jurisprudência*, 2a edição, Coimbra: Almedina, 1972, p. 8 et seq.

655. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, tradução de MONTAGNOLI e revisão de...

mais amplos de discussão, será preciso refazer a proposta inicialmente contida neste livro. Assim, em vez de se forçar a utilização do vocábulo "negligência", que poderá ser mais correto, o melhor será conjugá-lo com os de "culpa", "delito culposo", "fato culposo" ou "ação culposa", de modo a tornar mais apreensível seu significado.

Embora essa atitude possa implicar uma alteração na terminologia científica, estará atendendo, de outra parte, à necessidade de ajustar-se a dogmática penal a um sentido do prático, sem o qual o próprio direito perderia sua utilidade. Independentemente disso, porém, a expressão "negligência", por seu turno, talvez não seja adequada a compreender todo o desdobramento do processo de imputação, alicerçado não apenas na violação da norma de cuidado, mas sobretudo na violação dos limites do risco autorizado e na lesão efetiva do bem jurídico, subsistente como pressuposto necessário de tipo de injusto. Por isso mesmo, a expressão "culpa", ainda que deficiente, como já se viu, talvez possa servir de instrumento mais adequado a retratar essa forma de imputação criada pela ordem jurídica.

Em função disso, as expressões "negligência", "culpa", "culposo", "ação culposa" ou "fato culposo" devem ser empregadas indistintamente. A expressão "negligência", porém, deve ser usada sempre em oposição ao "dolo", toda vez que houver necessidade de se diferenciar entre fato culposo e culpabilidade, ou seja, sempre que se queira evitar confusão entre as expressões "culpa" e "culpabilidade". Fora dessa relação, não obstante as ponderações antes apresentadas, podem ser utilizadas também as expressões "culpa consciente" e "culpa inconsciente" para retratar as características da conduta e do sujeito em face da regulamentação normativa. Assim, foi em face dessa finalidade prática que, no texto, se foram alternando essas denominações, conforme o sentido da exposição e atendendo à necessidade de tornar mais claros seus fundamentos. Poderia parecer que a questão da terminologia é de somenos importância no tratamento dos delitos, mas as expressões aqui invocadas podem gerar efeitos diversos, conforme representem significados confusos e mal digeridos, que tornem impróprio o processo de comunicação normativa. Na medida em que a norma proibitiva deixe margem a confusões, ainda que em virtude de suas expressões, se vê inviabilizada também sua construção dogmática, tomada como um conjunto de princípios e critérios a limitar o poder de punir. Nesse sentido, desde que atendidas, portanto, às particularidades da exposição, o uso daquelas expressões pode ser tido como adequado, o que não obsta, está claro, a se continuar usando a expressão "negligência", sempre que o texto necessite de clareza.

CAPÍTULO 2

O TIPO DE INJUSTO NO FATO CULPOSO

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais – 1.1. A questão do tipo aberto – 1.2. A perspectiva de divisão dos delitos culposos – 2. A ação típica – 3. A lesão aos deveres de cuidado – 4. Delimitação e conteúdo dos deveres de cuidado – 5. A importância das normas de trânsito e regulamentos profissionais – 6. O princípio da confiança – 7. A imputação do resultado – 7.1. A questão do resultado – 7.2. A relação de causalidade – 7.3. A imputação normativa – 8. As fases de realização do tipo.

1. ASPECTOS GERAIS

O tipo de injusto dos delitos culposos se compõe da ação violadora dos limites do risco autorizado e, geralmente, do resultado e das condições de sua atribuição ao agente. A ação violadora dos limites do risco autorizado corresponde a uma ação perigosa, desaprovada pela ordem jurídica e lesiva aos deveres de cuidado. Por seu turno, a imputação do resultado configura o processo pelo qual se possa traçar, negativamente, a relação entre ação descuidada e resultado, no plano da causalidade e no plano normativo. O processo de imputação, portanto, não é aferido aqui positivamente. Conforme as particularidades próprias do Estado democrático, o qual assegura, em primeiro plano, a liberdade pessoal, o tipo de injusto deve constituir uma condição de garantia dessa liberdade e não um modelo abstrato de legitimação do poder de punir.

1.1. A QUESTÃO DO TIPO ABERTO

A inclusão, no tipo de injusto, de elementos normativos, como a lesão aos deveres de cuidado e o risco desautorizado, aliada à inexistência de definição legal quanto ao modo e à forma de sua execução, sugere a questão se os delitos culposos não seriam delitos de tipos abertos.⁶⁵⁶ A teoria dos tipos abertos implicaria reconhecer que, faltando a imagem diretora específica para o preenchimento do tipo, praticamente não se encontraria na lei uma diferenciação entre proibição e permissão, o

656. Assim eram tratados por WELZEL, Hans, Nota 7, p. 187. Hoje, a maioria dos autores acolhe essa classificação. MUNOZ CONDE-GARCIA ARAN, Nota 8, 323; ROXIN, Claus, Nota 225, p. 950; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Nota 146, p. 549. Entre nós, COSTA JUNIOR, Heitor, Nota 187, p. 55; FRAGOSO, NI, Eugenio Raúl, Nota 1076, p. 230; CIRINO DOS SANTOS, Juarez, Nota 93, p. 86.

que levaria à necessidade de suprir essa lacuna por meio de elementos positivos da antijuridicidade.⁶⁵⁷ Esta posição reflete o inverso da teoria dos elementos negativos do tipo. Enquanto esta última transborda o tipo, de forma extensiva, sobre a antijuridicidade, aquela o diminui para aquém de seus elementos verdadeiros. Essa concepção dos tipos abertos é relevante, porque mostra claramente a necessidade urgente de se analisar o conteúdo da norma penal e de se estabelecerem regras legislativas que impeçam a violação do princípio da legalidade.

A análise da norma penal induz a considerar que o pressuposto da realização do tipo, representado pela lesão ou pelo perigo de lesão ao bem jurídico, só se torna materializado quando a proibição ou o comando jurídico se interliguem a ações concretas, tomadas segundo a forma e o modo de execução. Se, por um lado, a modalidade da conduta concreta influi sobre a conformação da estrutura normativa, a relevância dessa conduta em face do direito penal só se impõe, quando haja correspondência entre a compreensão normativa e a forma como essa conduta se expressou na realidade. Para esse liame, não será preciso, é evidente, que se parta da indução de condutas concretas singulares, o que seria quase que impossível em face da forma multifacética de sua execução. Basta que se estabeleça um parâmetro de conduta concretizável, em face da realidade social, e sobre ele se edifique e articule a definição legal, mas sob a condição de que a conduta, assim, definida, possa ser empiricamente avaliada.

A questão dos tipos abertos, por conseguinte, está intimamente ligada à estrutura normativa, destinada a indicar os aspectos relevantes da ação perigosa, mediante a garantia de que a intervenção estatal só se dará se ocorrer, de fato, uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico. Daí a necessidade de uma definição que possa servir de objeto de referência empírica dessa lesão ou desse perigo. Esta exigência não é mero capricho dogmático, mas o resultado de uma conquista histórica da humanidade, condensada nos direitos fundamentais da pessoa humana. Apesar de os delitos culposos não estarem dispostos na lei, como ocorre com os delitos dolosos, e servirem-se de elementos normativos, basicamente, do risco desautorizado e da lesão ao dever de cuidado, isto não implica qualificá-los como de tipos abertos.

Se tipo de injusto é hoje tomado como a descrição definitiva dos elementos que caracterizam a conduta proibida, só resta concebê-lo como tipo fechado, pois, do contrário, estaria praticamente afetada a segurança jurídica e descaracterizada sua função como elemento fundamentador de garantia.⁶⁵⁸ Também o que marca o tipo

657. Sobre a caracterização e crítica da teoria dos tipos abertos, ver JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 247; indicação também em FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, pg. p. 199; há investigação exaustiva em ROXIN, *Offene Tatbestand und Rechtspflichtmerkmal*, 1970.

658. Com esta conclusão, mas com outros fundamentos, JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 247; PRADO Luiz Regis. Nota 198, p. 302; STRAËNWERTH, Günter. Nota 10.

é precisamente o fato de ser *injusto tipificado*, isto é, injusto específico, legalmente consignado. Isto tem como consequência de que nele devam estar incluídos, sem exceção, todos os elementos caracterizadores do conteúdo de injusto de uma espécie de delito, que assinalam as delimitações das zonas do lícito e do ilícito.

Como condição de garantia, o tipo deve possibilitar que a análise do delito se proceda em etapas bem determinadas. Se assim não se der, estar-se-á diante de uma incriminação ilegítima. Isto não impede, por outro lado, que, nessa análise do delito, possam ser antecipados alguns de seus elementos, uma vez se mostram necessários a verificar se a ação estava excluída de apreciação do direito penal, porque justificada ou não culpável. A fixação dos elementos do tipo, por conseguinte, como tipo de garantia, não implica que sua análise sempre, e em qualquer caso, preceda à da antijuridicidade e da culpabilidade. Como todos esses elementos do delito são instituídos normativamente, a orientação básica é de proteção da liberdade e não de legitimação do poder. Uma vez que se percebe a incompatibilidade da atuação do poder de punir para com a ordem jurídica democrática, em qualquer dessas etapas do delito, a antecipação de sua análise passa da condição de mero capricho dogmático à de instrumento necessário a fazer cessar imediatamente a intervenção penal indevida.

Nesse procedimento dialético, a antijuridicidade, que normalmente é aferida após a afirmação da tipicidade, de forma negativa, quer dizer, desde que realizado o tipo, já se estabelece um indicio de antijuridicidade (que somente se torna excluído, mediante a confrontação com normas permissivas de toda a ordem jurídica), passa a desempenhar um outro papel, que é o de dar ao tipo elementos de valoração que comprometam a sua relevância. Aqui, deve-se partir do raciocínio de que só haverá tipo quando não existir em favor do sujeito elementos que autorizem sua conduta, daí a relevância da caracterização do risco desautorizado, como pressuposto normativo indispensável à demonstração do processo de imputação.⁶⁵⁹

Assim, a complementação pelo juiz de elementos normativos, contidos no tipo dos delitos culposos, isto é, da comprovação acerca da conduta perigosa, da violação do risco autorizado, da lesão aos deveres de cuidado e da imputação, não significa um juízo positivo da ilicitude, mas exclusivamente uma tarefa relativa à confrontação entre tipo e normas permissivas, que figuram como elementos objetivos de valoração. Isto, evidentemente, não conduz à conclusão de que se trate de tipos abertos, os quais o julgador se encarregaria de complementar segundo seus próprios critérios.

Eberhard. Nota 31, p. 158.

659. Para essa relação dialética entre tipo e antijuridicidade, permito-me remeter ao meu livro *Teoria do*

Trata-se de tipos fechados, nos quais há, primeiramente, uma previsão legal sobre a forma de sua realização, se dolosa ou culposa; depois, a demonstração acerca da desautorização da conduta, aliada à verificação empírica de uma condição para a sua afirmação, resultante da análise das normas de cuidado e dos critérios para a imputação que delimitam a conduta perigosa.

É importante salientar a diferença entre as partes integrantes do juízo de valor (objetos sobre os quais ele recai, ou objetos de valoração) e o próprio juízo de valor. A antijuridicidade, como tal, é juízo de valor que envolve toda a ordem jurídica e não se limita pelos objetos integrantes do tipo de delito. Mas nos delitos culposos, os objetos de valoração que integram o juízo de antijuridicidade estão compreendidos nos respectivos tipos, como condições limitadoras de sua configuração. Está claro, porém, que mesmo contornando a teoria dos tipos abertos por meio de um enfoque dialético da relação tipo-antijuridicidade, é imprescindível que os delitos culposos venham expressamente previstos na lei, em atenção aos princípios da legalidade e da excepcionalidade, consoante o disposto nos arts. 1º e 18, parágrafo único, do Código Penal. Em face desses princípios, a conduta culposa deve conter uma expressa indicação de sua característica como culposa e vir descrita na lei em seus elementos essenciais. Estas exigências decorrem, inexoravelmente, do fato de que as normas penais só podem ter legitimidade na medida em que indiquem, de modo claro, seu conteúdo e a forma de autorização à intervenção do poder punitivo.

Como a intervenção do poder punitivo sobre o sujeito está condicionada à legalidade quanto ao modo como é executada a ação perigosa e verificados a lesão e o perigo de lesão aos bens jurídicos, tanto no plano objetivo quanto subjetivo, são inadmissíveis, portanto, criações judiciais ou doutrinárias quanto a esses elementos essenciais, salvo no sentido de delimitar-lhes o alcance e a extensão.

Não basta, assim, aos preceitos de um Estado democrático de direito, que de tipos esparsos se infira uma conduta culposa, quando não haja nem previsão nem parâmetros legais para a sua identificação.⁶⁶⁰ Antes, portanto, de se buscar a classificação dos tipos culposos, deve-se estabelecer a necessidade de uma tipificação mais eficiente e completa desses fatos, como objetivo imediato de política criminal de garantia. Como, entretanto, a reformulação legislativa nesta matéria, além de morosa, é de difícil concretização, em face da variedade múltipla da conduta violadora do risco autorizado e do dever de cuidado, cabe à doutrina fixar, mais

660. São inadmissíveis, assim, as modalidades culposas que poderiam ser inferidas dos delitos capitulados nos arts. 130 (perigo de contágio venéreo), 174 (induzimento à especulação) e 180, § 1º (receptação qualificada) do Código Penal, ainda que a proibição se faça em consonância com a infração a um dever de reconhecimento da situação por parte do agente. Nestes casos, o dever de reconhecê-la não indica o dolo eventual e não o caracteriza.

precisamente possível, os elementos que o delimitem.

1.2. A PERSPECTIVA DE CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS CULPOSOS

A assertiva de que o fato culposo constitui modalidade especial de delito de conteúdo omissivo não obsta a que se reconheçam delitos culposos comissivos e omissivos, de resultado e de mera atividade, de dano e de perigo. Como, entretanto, ao tratar-se da estrutura normativa, se salientou que o dever de atuação imposto pela norma é infringido pela omissão de atividade cautelosa, é preciso delimitar suficientemente as características dessas formas de aparecimento do fato negligente, a fim de não se produzir uma série infundável de contradições.

É lícito afirmar-se que tanto o delito culposo omissivo quanto o delito culposo comissivo têm a lesão ao dever de cuidado como referência à violação do risco autorizado. Além disso, porém, no delito culposo omissivo, subsistem outros deveres: o de garantidor, imposto pessoalmente ao sujeito, segundo suas relações de proteção a determinados bens jurídicos ou de responsabilidade por determinadas fontes de perigo, ou um dever geral de assistência e, ainda, outras circunstâncias típicas. Assim, culposamente realizados, podem ser tanto os crimes omissivos próprios (*dever geral de assistência*), como impróprios (*dever de garantidor*), desde que legalmente previstos como tal.

É rara, evidentemente, a ocorrência dos delitos omissivos próprios culposos. Só são encontrados na legislação militar e extravagante. O Código Penal Militar, aliás, contempla número significativo desses delitos, como, por exemplo, arts. 179 (fuga de preso ou internado), 196, § 3º (descumprimento de missão), 199, parágrafo único (omissão de providências para evitar danos), 200, parágrafo único (omissão de providências para salvar comandados), 322 (condescendência criminosa), 324 (inobservância de lei, regulamento ou instrução) e 381 (tolerância culposa), em que a característica da incriminação, orientada pelos preceitos de hierarquia e disciplina, dá cabimento a essa possibilidade. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) prevê delitos omissivos próprios culposos, por exemplo, arts. 228 e 229. Da mesma forma, o Código do Consumidor (Lei 8078/90), nos seus arts. 63, § 2º, e 66, segunda parte, § 2º. Igualmente, a Lei Ambiental (Lei 9605/98), em seu art. 68, parágrafo único.

Os crimes omissivos impróprios culposos, por sua vez, não necessitam de tipo especial para subsistirem, pois se integram, juntamente com os delitos comissivos, nos tipos culposos em geral e se subordinam ao princípio da excepcionalidade

estabelecido no art. 18, parágrafo único, do Código Penal.

Por seu turno, a divisão entre delitos de resultado e de mera atividade não influi na violação do risco autorizado. Os delitos culposos, em sua grande maioria, são de resultado, nos quais se prevê a verificação necessária de um evento material separável da ação, o que traz, como consequência, a obrigatoriedade da indagação acerca da causalidade e da imputação desse resultado. A expressão "resultado", que fundamenta esta divisão, só pode ser entendida sob aspecto empírico e não normativo-jurídico. Se tal não fosse, a divisão não teria razão de ser, porquanto todos os delitos possuem resultado no sentido jurídico. Em contrapartida, os delitos de mera atividade, nos quais se devem incluir os crimes formais, são extremamente raros, mas se encontram previstos em disposições do próprio Código Penal, como, por exemplo, os arts. 270, § 2º (Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal), 278, parágrafo único (Outras substâncias nocivas à saúde), e 280, parágrafo único (Medicamento em desacordo com receita médica), além das já citadas, previstas no Código Penal Militar e na legislação extravagante que combinam as características da atividade com a omissão. Como o direito positivo brasileiro, conforme estatui o art. 14, II, do Código Penal, não admite a hipótese de tentativa de fato culposo, a divisão entre delitos de mera atividade e de resultado só tem relevância quanto à caracterização ou não do desvalor do resultado, como condição de preenchimento do tipo, já que em todos eles se compreende um desvalor da ação.

A divisão em delitos culposos de dano e de perigo tem guarida também no direito positivo. Na maior parte dos casos, trata-se de delitos de dano, no que correspondem quase que integralmente aos delitos de resultado. Contudo, entre os crimes contra a incolumidade pública, muitas são as figuras de delitos culposos de perigo, que podem, inclusive, expressar-se através das formas de perigo concreto ou abstrato. Entre os delitos de perigo abstrato, por exemplo, citam-se os previstos nos arts. 270, § 2º (Envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal), e 273, § 2º (Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais). A questão da compatibilidade dos delitos culposos de perigo abstrato com o princípio da conduta voluntária e com a constituição de uma culpabilidade de vontade, bem como as exigências de sua delimitação, serão analisadas oportunamente.

2. A AÇÃO TÍPICA

A ação que compõe, nuclearmente, o tipo dos delitos culposos conjuga em si duas características: a) de conduta voluntária; b) de...

risco autorizado.

A questão da ação típica é, sem dúvida, bastante complexa nos delitos culposos, pois envolve tanto os elementos constitutivos da conduta humana como conduta comunicativa, quanto os requisitos da estrutura normativa, expressa no dever de cuidado. Aqui se trata de saber, primeiramente, se a noção de conduta, antes formulada, pode adaptar-se ou não aos fatos culposos. Em segundo lugar, como se configura uma ação que se contrapõe, simultaneamente, a uma norma proibitiva e a uma norma mandamental.

2.1. A AÇÃO TÍPICA COMO CONDUTA VOLUNTÁRIA

A primeira característica da ação típica, como conduta voluntária, pressupõe a compreensão do que efetivamente ocorre no fato culposo em oposição ao fato doloso, em termos de desenvolvimento do processo causal.

No *fato doloso*, o agente, desde logo, vincula a realização do tipo em torno de seu objeto de referência, quer como seu objetivo, quer como meio necessário ou como consequência superveniente ou concomitante, necessária ou possível, do emprego dos meios ou do alcance daquele objetivo, de tal modo que se coloca de acordo com isso.

No *fato culposo*, ao contrário, o sujeito não vincula, desde logo, ao seu objeto de referência, tomado no sentido de seu objetivo, a realização do tipo de delito específico. Este ocorre, sem que o agente o tenha esperado. Por exemplo, em um atropelamento, o motorista não o situa como objeto de referência de sua atuação como motorista, ou seja, não dirige o automóvel exclusivamente em função do atropelamento e nem da morte do pedestre, mas sim das condições de tráfego e condução que lhe são impostas. O atropelamento e a morte da vítima decorrem de circunstâncias que estão fora de sua relação volitiva. A relação volitiva do motorista está sedimentada basicamente no próprio processo de condução do veículo.

Essa diferença do fato doloso e culposo assinala, assim, que, no primeiro, há certa congruência entre a relação volitiva e o resultado, por um lado, e o transcorrer da atividade material-causal, de outro, enquanto, no último, o processo causal se complementa contrariamente ao que estava programado na relação volitiva. A rigibilidade do processo causal continua existindo, mas se torna insuficiente para *in concreto* manobrar esse processo, de acordo com as pretensões do agente.

A falta de correspondência concreta entre a relação volitiva e o processo causal não induz, por conseguinte, à conclusão de que inexista, no fato culposo, qualquer

vontade do sujeito. Pelo contrário, só será compreensível esta falta de congruência, quando se pressuponha e se admita que o agente atue volitivamente. É que aqui a vontade não se liga ao resultado ou, no caso de delitos de mera atividade, à realização do tipo mediante uma infração à norma de cuidado, mas integra a conduta humana, como seu elemento essencial, para os efeitos de sua apreciação dogmática.

Essa exigência de que a conduta que integra o tipo deva ser voluntária, independentemente de sua apreciação como conduta descuidada, é consequência de um procedimento que deva levar em conta, na conferência dos elementos da tipicidade, a possibilidade de que essa conduta seja capaz de tomar como referência de um processo de comunicação os dados normativos que sobre ela incidem, para caracterizá-la como descuidada ou não. Em outros termos, a condição de conduta voluntária, neste caso, não importa como dado naturalístico, mas sim como dado sem o qual não seria possível proceder-se a uma vinculação entre essa conduta mesma e a norma de cuidado e, daí, caracterizá-la como violadora do risco autorizado. Como poderia, por exemplo, o agente orientar sua conduta segundo a norma de cuidado, se atuasse involuntariamente? Inclusive, caso o motorista atue involuntariamente, ele simplesmente não dirige, seria um autômato, o que, na realidade, é incompreensível. Na medida em que a norma de cuidado, o que, se insere como um objeto de referência para a atividade do agente, pressupõe que essa atividade seja, no mínimo, voluntária. O finalismo chega a esta mesma conclusão, por outra via, a de considerar a vontade como elemento essencial da conduta, tomada em seu estereótipo pré-típico. Mas para tanto não é necessário proceder-se à elaboração de um conceito pré-jurídico voluntário de conduta. A própria estrutura do tipo dos delitos culposos impõe que a conduta descuidada deva ser voluntária, pois, caso contrário, não poderia ser atribuída ao agente. Precisamente, neste ponto, é que se juntam dogmaticamente as disposições legais e as feições humano-sociais da conduta.

Está claro, também, que antes de ser objeto de valoração legal, como cuidadosa ou descuidada, a conduta congrega seus elementos humano-sociais, que lhe dão corpo e estrutura. Mas esses elementos humano-sociais só têm importância na medida em que possam ser objetos de uma ponderação normativa. A questão se com esta conduta o agente realizou ou não um tipo de delito que ele não queria, isto é, que não se associava à direção volitiva dos meios causais, não ilide nem molesta a constituição dessa conduta em si como atividade volitiva. Mas, por outro lado, a conduta como atividade volitiva só tem significado em face das propriedades que possa oferecer à sua sistematização dogmática, ou seja, a questão da voluntariedade é elemento condicionante e condicionado da estrutura normativa.

pois, de uma conduta como voluntária só tem sentido e significado em função da norma que disciplina a atenção, diligência ou o cuidado que o agente deve ter na direção de sua atividade.

A consideração, no tipo de injusto, do objeto de referência da conduta, em termos de objetivo do agente, toma, portanto, duas vias: uma primeira via, de fazer valer, na constituição do tipo, como elementos próprios da conduta, aqueles dados ou fatores relativos ao processo de comunicação; uma segunda via, de tomar esses dados em sentido limitativo da atividade típica, mas ao tempo condicioná-los ao processo de sua avaliação. A avaliação normativa dos dados comunicativos, nos quais se incluem as condições essenciais da conduta, entre as quais o fator de ser ela conduta voluntária, é significativa sob a perspectiva de limitar o processo de imputação.

Nos crimes dolosos, por exemplo, o objetivo do agente está valorado no tipo de injusto, associado a uma atividade voluntária, já caracterizada como tal por imposição normativa. Nestes delitos, a constituição da conduta como voluntária e comunicativa corresponde reciprocamente à sua avaliação normativa, ou seja, a conduta será voluntária não apenas porque isto constitui condição de sua apreciação como conduta humana, mas principalmente porque o tipo de delito assim o exige. Por razões de ordem normativa, pode o direito entender que a valoração do objetivo do agente seja relevante por si mesmo, como nos delitos dolosos, e pode dispor, também, de modo contrário, como acontece nos crimes culposos, que trabalhem exclusivamente sob as características descuidadas da conduta, que esse objetivo só tem relevância na medida em que se associe a uma ação violadora do risco autorizado. Nestes, a estrutura normativa, diante da realização causal concreta da atividade, despreza o objetivo como elemento típico e passa a atuar com base na proibição ou comando indiretos, justamente, da imposição de conduta cuidadosa. Quanto à condução de veículos, por exemplo, a relevância da incidência normativa está centrada nas próprias condições de risco desenhadas por essa atividade, ou seja, na forma como o motorista deva dirigir o veículo, da velocidade imprimida, da atenção à sinalização, da distância para com os veículos que seguem à frente, do uso dos faróis e da própria manutenção do veículo.

Por desprezar essa relação material-normativa entre conduta e tipo, é que não se tornou possível, até agora, compreender a função do tipo nos crimes culposos e se concluiu, apressadamente, que se trata de delitos estruturados sobre uma base inteiramente causal.

Autores há, como já visto quando se tratou das particularidades da conduta, que contestam não só a compatibilidade entre a concepção de uma atividade volitiva

e o tipo de delito, como também afirmam ser ela por demais limitada para abarcar toda as formas de atividade, especialmente nos casos de esquecimento e quando o agente não se propunha o alcance de qualquer objetivo. A esses pode-se redarguir que tanto o esquecimento é um ato de vontade, conforme já demonstrado atrás, como também há vontade, quando o agente não se tenha proposto qualquer objetivo especial.

O objetivo de uma ação não deve ser entendido de modo absoluto, como algo imutável, perseguido por todos, em todas as obras, nem como algo mecânico, na forma de que as peças de uma engrenagem sejam feitas para alcançar o conjunto (fim). O objetivo deve ser compreendido concretamente como limite no espaço e no tempo.

No processo de comunicação, os objetos referenciais se situam entre si em uma relação de finitude, quer dizer, a ação visa especialmente a gerar, no interlocutor, sua aceitação como inexorável. Uma vez, assim, proposto, o objetivo do agente também pode surgir como meio de transição, de mediação, de passagem de uma coisa à outra.

Em uma abordagem bastante plástica da relação de finitude entre os objetos referenciais, lembra LEFEBVRE que se a margem é o lugar onde termina o mar, é também onde se finda o continente, portanto, limite de um e de outro. Entretanto, esta margem é uma realidade concreta, pois o mar corrói o continente e este, resistindo, eleva-se ou se rebaixa, disto resultando que, tanto o mar quanto o continente, enquanto se limitam numa linha comum, são também causas desse limite, uma vez que este resulta da interação de ambos, em sua luta contínua. O objetivo, nestas condições, diante da reciprocidade de ações, também se realiza na causa.⁶⁶¹

Para compreender-se a relação entre a ação do agente e seu objetivo, não deve o intérprete analisar exclusivamente o fato segundo um único elemento singular, mas no seu todo complexo. No delito culposo, ao mesmo tempo em que o agente delimita seu agir (propõe seus objetivos) e não o conduz de modo correto, quer esteja ou não consciente acerca disso, está inserindo no contexto novos limites (objetivos), que podem ser causa de outros pretendidos. Aqui se observa, destarte, um conjunto de objetivos, delimitadores do agir.

Se, por exemplo, A quer chegar à cidade e para isto dirige seu automóvel, o objetivo, ou limite da atividade de dirigir, está fixado no fato de alcançar a cidade. Se, porém, no meio do caminho, ultrapassa inadvertidamente um sinal vermelho e vem a colher o pedestre B, o objetivo (de chegar à cidade) também foi causa do atropelamento; por sua vez, este constitui o objetivo concreto da direção do veículo

661. LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal*.

e causa do resultado delituoso. Nesta sequência, o que se vê é que o processo causal está delimitado, precisamente, pelos objetivos situados pelo agente, ou seja, se encontra inserido no próprio processo de comunicação, que engloba diversos objetos de referência, tais como chegar à cidade, dirigir adequadamente para atender a este objetivo e subordinar-se à disciplina normativa do trânsito.

No complexo da atividade, pode-se estabelecer um objetivo volitivo (chegar à cidade), perseguido mediante meios causais volitivamente dirigidos (direção do veículo) e um objetivo involuntário (atropelamento), limite e causa de um fato legalmente proibido. A conduta do agente, no entanto, orientava-se voluntariamente no sentido de um objetivo pretendido e se limitou no resultado proibido. Uma vez que o resultado proibido não correspondeu ao objetivo voluntário, a delimitação dos pressupostos da tipicidade relativos à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico só pode ser efetivada através da imposição de uma conduta cuidadosa. Disso resulta, então, que a forma dessa lesão se deve expressar como conduta perigosa e descuidada, mas em razão da norma, não por um apelo ontológico, que dizer, o cuidado não pode ser produto exclusivo de um decisionismo nem mera expressão linguística.

2.2. A AÇÃO TÍPICA COMO CONDUTA DESCUIDADA

A segunda característica da ação típica como conduta descuidada está vinculada à natureza da norma dos delitos culposos. Nestes delitos, subsiste uma norma proibitiva, até porque os respectivos tipos são, normalmente, construídos por derivação dos tipos dolosos (veja-se, por exemplo, o delito de homicídio culposo), mas esta norma proibitiva só tem sentido se associada a uma norma mandamental. À vista disso, há, aqui, portanto, uma perfeita interação entre a realização de uma conduta descuidada e a omissão de uma conduta cuidadosa.

Ao mesmo tempo em que o agente realiza uma conduta contrária ao cuidado que deveria ter, porque estava executando uma ação perigosa ao bem jurídico, viola a imposição normativa que o obrigava a atuar de outro modo, precisamente do modo segundo o qual o direito estabelece. Ao executar uma ação perigosa descuidada, viola a norma de cuidado, que é mandamental e, pois, também a proibição. Por exemplo, o motorista dirige com excesso de velocidade e vem a causar um atropelamento: neste caso, não atendeu ao cuidado que a norma lhe impunha, de dirigir em velocidade adequada ao tráfego e, por outro lado, violou a proibição de não lesar bem jurídico alheio, ao causar o atropelamento. Neste exemplo do atropelamento, fica evidente que a norma proibitiva incidente sobre a lesão do bem jurídico (vida

mandamental (dirigir em velocidade adequada).

Para se compreender a relação recíproca, neste caso, entre comando e proibição, é necessário ter sempre em vista que o motivo da imposição normativa reside no fato de o agente executar uma ação perigosa ao bem jurídico. Como já afirmado anteriormente - e convém novamente frisar -, em princípio, a execução de uma ação perigosa ao bem jurídico, não se tratando de fato doloso, não é proibida. A transformação dessa conduta perigosa, não proibida, em atividade proibida, depende de alguns fatores: a) a violação de uma norma mandamental, que impõe ao agente a obrigação de, ao executá-la, cercar-se de determinados cuidados; b) haver a conduta violado os limites do risco autorizado. Ao violar a norma mandamental e, assim, os limites do risco autorizado, o agente, simultaneamente, viola a proibição e realiza a conduta típica.

A violação da norma mandamental pode se dar de dois modos: a) quando o agente simplesmente não agir e com isso contrariar igualmente a imposição jurídica (nos delitos omissivos culposos); ou b) quando agir e deixar de efetuar conduta cuidada (nos delitos comissivos culposos). No primeiro caso, a omissão do cuidado se preenche pela omissão de uma atividade cuidadosa; no último, a omissão do cuidado se efetiva com a prática de uma atividade positiva descuidada.

Na determinação da tipicidade de uma conduta concreta, a tarefa consiste em perquirir se esta conduta, efetivamente, foi realizada cuidadosamente ou não, segundo a necessidade objetiva de delimitar a extensão do perigo ou do dano ao bem jurídico ou, no caso de omissão, em que figura ainda o problema do dever de garantir ou do dever legal tipificado, se a não realização da conduta implicou concretamente a ausência de conduta cuidadosa, esperada também pela mesma necessidade delimitativa à intervenção estatal.

3. O CRITÉRIO DA MEDIDA DO CUIDADO

Tendo em vista uma orientação limitativa, torna-se relevante, também, estabelecer os critérios pelos quais se possam aferir os contornos do cuidado que deveria ter sido atendido pelo agente. Desde logo, afirma-se, como condição de um direito penal de garantia, que, na aferição da tipicidade da conduta, *não se deve*, em caso algum, ter por base a figura do *homem prudente, consciencioso e diligente*, com cuja conduta imaginária se deveria comparar a conduta realizada pelo agente.

Esta figura do homem prudente nada mais é do que uma sofisticação do conceito de *homo mediús* da teoria causal, que tantos problemas já apresentou e que não possui qualquer fundamento científico. Na realidade dos fatos,

será inferida de juízo subjetivo-pessoal do próprio julgador e não de um padrão objetivo e coerente. É uma ilusão imaginar que tal figura possa servir de orientação ao seu juízo.⁶⁶² Na verdade, em vez de fixar um padrão ou modelo orientador objetivo, o julgador se transfere, com todos os seus componentes, conhecimentos e traumas pessoais, à situação do agente e daí, segundo seu arbítrio (pois não há padrão legal que o contenha), determina a conduta que deveria ser levada a efeito por ele. Assim, o critério do homem prudente seria, simplesmente, aquele que fosse fixado pelo julgador e nada mais.

Por outro lado, em um Estado democrático de garantias, cada cidadão deve ser tratado segundo sua individualidade, ou seja, a cada um se assegura um mínimo de liberdade de projetar socialmente sua existência pessoal e não segundo um padrão causal e estatístico, ou simplesmente aleatório. Dentro desta perspectiva de individualização, convém frisar que, na própria investigação científica mais moderna, o procedimento padronizado ou estatístico está também em franca decadência. Já não será possível afirmar, por exemplo, que determinado elemento do átomo tenha sempre uma forma de manifestação padronizada. Com muitas indicações, praticamente incontestáveis, informa POLKINGHORNE que por conta do experimento realizado com partículas no chamado *efeito túnel* se chega à conclusão de ser praticamente impossível estabelecer um parâmetro pré-determinado de comportamento dessas partículas, quer dizer, ainda nas ciências naturais inexiste um fundamento para se inferir um conceito de comportamento médio.⁶⁶³

A operação comparativa entre a conduta realizada pelo agente e a conduta que teria um homem prudente, como pretendem WELZEL e outros autores,⁶⁶⁴ está em desacordo, também, com a constituição do tipo de delito culposo e fere o princípio da legalidade, pois cria, a par da realidade típica, outro padrão de conduta a ser levado em consideração para determinar a tipicidade. A norma não exige e não permite que tal espécie de operação supra as deficiências da matéria de proibição no tipo de injusto. O que a norma impõe é a realização de ação cuidadosa, cuja característica deve estar diretamente ligada à realidade concreta, em que o agente atuou, com vistas a atender sua finalidade delimitativa do poder punitivo.

Façamos, porém, uma abordagem mais aprofundada desta questão do homem

662. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, vol. 1, p. 182, também reprova o critério do homem médio, considerando-o inaceitável, insuficiente e desnecessário, visto que "cada um de nós fabrica o seu tipo de homem médio, cuja figura muitas vezes não será sequer a imagem de nós mesmos".

663. POLKINGHORNE, John. *Quantentheorie*, p. 89.

664. WELZEL, Hans. Nota 7, p. 187, 191; entre nós, BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 2008, p. 80; FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, pg. p. 239; GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Lisboa, aafal, 2005, p. 54; CRÍNO DOS SANTOS,

médio, ou homem prudente, que tanto impressiona a doutrina a ponto de penalistas de escol se haverem por ela orientado (por exemplo, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, LUIZ GRECO e NILO BATISTA). Para poder abordar essa questão de modo mais didático, poder-se-ia enfocá-la sob dois ângulos. O primeiro em relação ao conceito de homem prudente, o segundo em relação à sua fundamentação em face de dados empíricos.

O conceito de homem prudente conduz, na verdade, a uma elaboração livre da doutrina, ou seja, a um simples decisionismo, porquanto não existe um parâmetro legal em toda a ordem jurídica que discipline este conceito. O decisionismo se dá, justamente, quando a fixação dos elementos de um objeto fica na dependência exclusiva do observador (ou julgador), sem que se lhe sejam traçadas as linhas divisórias desses elementos. Em um Estado de garantias, no qual se postula que as decisões sejam tomadas não apenas em função do consenso, aferido na esfera pública, mas principalmente do dissenso, uma orientação puramente decisionista é absolutamente incompatível com sua estrutura democrática. Já por este aspecto se vê, então, que o conceito de homem prudente é insustentável em face do direito.

Ao verificar-se, ademais, sua confrontação com dados empíricos, pode-se concluir que, definitivamente, este conceito não tem fundamento. Para seguir um raciocínio empírico, o chamado homem prudente só poderia resultar de um processo de observação de comportamento daqueles que não teriam realizado um ato imprudente, ou da comparação, por inferência, da conceitualização de homem imprudente. Por meio, então, de uma generalização se chegaria à conclusão de que o homem prudente seria aquele que realizaria ou não realizaria a conduta de certa forma, ou que não realizaria certa conduta, por exemplo, que o motorista prudente não dirigiria o veículo com aquela velocidade, ou não ultrapassaria pela direita, ou circularia de noite com os faróis acesos, ou não dirigiria caso houvesse tomado algumas cervejas a mais do que o recomendado. Este processo de comparação, embora tenha a aparência de empírico, porque induz à impressão de que se está produzindo uma observação dos comportamentos individuais, não pode, no entanto, desvincular-se do normativo. O observador, no caso o julgador, só poderá dizer se o motorista conduziria com velocidade adequada ou não ultrapassaria pela direita ou circularia com os faróis acesos, em face da norma que disciplina essa atividade de direção. O julgador (observador) não poderá, pela simples observação, concluir, por exemplo, que o motorista deve deixar de dirigir se beber algumas cervejas a mais, salvo com o auxílio normativo, que irá vedar esse tipo de atividade. Portanto, a conclusão acerca do homem prudente, feita sobre um procedimento de comparação, é abso-

seja, motorista (homem) prudente será aquele que não é imprudente em face da norma e motorista imprudente será aquele que não foi prudente. Como implica tautologia, o conceito resulta de puro decisionismo.

Ademais, no primeiro caso, em que o conceito de homem prudente é aferido com base na generalização das condutas daqueles que atuem ou não atuem de certa forma, que poderíamos chamar de "conceito positivo de homem prudente", o conceito estaria ligado a uma observação empírica impossível, ou seja, os objetos padronizados tomados como medidas do prudente, que seriam as condutas de outros que não o autor, são inservíveis, porquanto observados, em todas as hipóteses, em condições absolutamente diversas daquelas da conduta chamada imprudente. Novamente, o julgador simplesmente imagina que todas as pessoas assim atuem prudentemente. Para que a conduta generalizada fosse aferida mediante um procedimento válido, deveria ser levada em conta nas condições que o autor atuou. Mas uma vez que leve em conta as condições concretas do autor, o conceito do homem prudente já perde seu padrão, porquanto, então, passa a admitir que as condutas observadas não são aquelas que são na verdade observadas, senão aquelas que poderiam ser observadas, caso fossem realizadas nas condições em que se encontrava o autor. Essa produção empírica é, assim, inválida, porque sua conclusão não resulta de um dado realmente existente, mas daquele que poderia estar presente. Por exemplo, os motoristas que conduzem seus veículos pelas ruas não cometem, de maneira geral, atropelamentos, isto está claro, porque se cometessem a todo momento atropelamentos, o trânsito de veículos seria impossível. Por não cometerem atropelamentos, seriam assim incluídos no conceito de homem prudente. Ocorre, porém, que pelo fato de não haverem cometido atropelamentos, justamente por este fato, estes motoristas não poderiam ser tomados como medida comparativa, já que estariam situados em condições diversas daquelas em que se encontrava o autor que cometeu o atropelamento. Se, ao contrário, esses motoristas forem tomados em consideração nas condições em que se encontrava o autor, igualmente suas condutas já não são objetos empíricos confiáveis, porque passam a depender exclusivamente de um juízo de possibilidade formulado pelo julgador. Na realidade, os motoristas em geral não se encontram nas condições do autor. Quem os coloca nesta condição é o julgador, que, com essa inferência, contamina o dado empírico. Se, ademais, o conceito fosse inferido mediante a comparação com a conduta imprudente, embora se tivessem, então, em mãos elementos mais concretizáveis para essa inferência (as normas dizem o que se deve fazer ou não fazer), o conceito de homem prudente seria inútil, porquanto a conduta imprudente já seria caracterizada pela própria norma e não necessitaria, portanto, de uma medida extralegal.

Transportando essa análise para o campo analítico, teríamos o que FRANZ EXNER retrata como *acaso*. O julgador, para determinar a medida do cuidado, está imbuído, por exemplo, do raciocínio do homem prudente e inicia um procedimento empírico para sua determinação. Tem em conta, por exemplo, os comportamentos dos motoristas M1, M2, M3, M4, cada um tomado individualmente e independentemente dos demais. Em face de que esses motoristas não teriam cometido atropelamentos, chega à conclusão de um conceito de motorista prudente MP, resultante da conjugação das condutas dos demais. Este seria um conceito empírico de homem prudente. Aparentemente parece perfeito o raciocínio de que, frente a diversos motoristas (M1, M2, M3 e M4) que não cometam atropelamentos, esses podem ser tomados como padrão de homem prudente. Na realidade, porém, o que se está procurando produzir é um conceito causal de homem prudente, ou seja, da observação dos comportamentos M1, M2, M3 e M4 resulta, provavelmente, o padrão MP. Mas como diz EXNER, nos processos empíricos de observação, é preciso atentar para o fato de que quando se toma cada acontecimento individualmente e independente dos demais (e não se teria outro modo de proceder, no caso dos motoristas, porque os homens não são entidades robóticas), o processo não pode conduzir a um resultado, porque então não vigoraria uma lei causal geral, senão um grande acaso.⁶⁶⁵ No entanto, se os motoristas fossem todos unidos pelos dados comuns do autor, já não seriam, então, outros motoristas, senão o próprio autor. Não haveria, pois, nem objeto de comparação nem necessidade de um conceito de homem prudente.

Ao contrário dessa postulação do homem prudente, a característica da *conduta cuidada* deve ser inferida das *condições concretas*, existentes no momento do fato, e da *necessidade objetiva*, naquele instante, de estabelecer os pressupostos do perigo e da lesão do bem jurídico, ou seja, a medida do cuidado não pode ser feita, exclusivamente, por um procedimento empírico, mas sim sob o complexo empírico-normativo. Sem a delimitação normativa se torna impossível a fixação dos elementos empíricos que configurariam a medida do cuidado.

Na identificação dessa conduta cuidada que deveria ter sido realizada pelo agente, está claro que o julgador necessita de uma orientação, e esta orientação não pode ser tomada com a criação de uma figura abstrata, como é a do homem prudente. Desde há muito tem-se pretendido formular um critério para essa orientação. Um critério mais realista, por exemplo, é o da *experiência geral da vida*, como na proposta feita

665. EXNER, Franz. *Vorlesungen über die physikalischen Grundlagen der Naturwissenschaften*, Deuticke: Leipzig, 1922, p. 681, conforme ERHARD SCHEIBE, *Die Philosophie der Physiker*, Beck: München: 2007, p. 233.

por JOÃO MESTIERI.⁶⁶⁶ Até se pode adotar esse critério como ponto de partida para a medida do cuidado, mas convém delimitá-la normativamente para não transformá-la em uma fórmula vazia. Não se trata aqui de buscar uma fórmula para possibilitar e fundamentar a tipificação de uma conduta. Ao contrário, a fórmula da *experiência geral da vida* só vale na medida em que sirva de parâmetro empírico negativo do cuidado instituído pela norma, ou seja, não haverá conduta descuidada desde que tenha sido realizada de conformidade com a experiência geral da vida. Com isso se possibilita traçar com maior nitidez os desdobramentos causais que tal conduta acarreta, como pressuposto para medir a extensão do perigo ou do dano ao bem jurídico. Sem tal medida, torna-se absolutamente inviável qualquer processo de imputação.

A fim de evitar uma contestação de que aqui se estará trabalhando também com um conceito abstrato, convém esclarecer melhor acerca do conceito de *experiência geral da vida*. Sem querer revisitar toda a filosofia da ciência, pode-se considerar a experiência geral da vida no sentido que lhe presta OSKAR NEGTE, a partir da consideração da experiência desenvolvida com o trabalho, primeiramente, como forma específica de produção e transformação da realidade e, depois, como reação ativa sobre essa realidade.⁶⁶⁷ Atendendo a esses dois sentidos, pode-se dizer que a experiência geral da vida é uma forma de experiência na qual a transformação da realidade e sua atuação sobre ela são vivenciadas por todos, em função do trabalho que socialmente desenvolvem, e, por isso mesmo, integrante do processo de cognição dos sujeitos que se orientam em determinada formação social. Esta experiência geral da vida não é, como poderá parecer, uma fórmula abstrata. Como é cunhada pelas pessoas em seus laboratórios concretos de atuação frente à realidade, como atividade laboral, está presente em todos os regulamentos profissionais, bem como nas relações interpessoais como forma comunicativa de desempenho de atividades produtivas e de seus reflexos na atuação geral. A experiência não terá sentido se não estiver associada a uma relação interpessoal, ou seja, uma experiência só pode ser tomada em consideração como dado empírico pela norma se puder se associar a um objeto de referência da conduta.

Mas, como o que se trata é de estabelecer a medida do cuidado, a experiência geral da vida, aliás, como já se disse, só poderá valer como critério medidor quando

666. MESTIERI, João. *Curso de direito criminal*, p. 89. Aqui, MESTIERI utiliza a fórmula na culpabilidade, mas nada obsta e até seria recomendável que se transferisse o critério para o tipo de injusto. Também crítico em relação ao conceito de homem prudente, homem normal ou bom motorista, se situa VILLAVICENCIO, Felipe. *Código Penal comentado*, 3ª edição, Lima: Grijley, 2002, p. 70; idem, *Derecho penal*, pg. Lima, 2007, p. 388.

667. NEGTE, Oskar. *Öffentlichkeit und Erfahrung. Zur Organisationsanalyse von bürgerlicher und*

situada no contexto da norma. Na execução de várias atividades, há inúmeras regras para seu desempenho, algumas escritas, outras não escritas. Mas, ainda que não escritas, são regras de comportamento que são acolhidas por todos os que desempenham aquela atividade específica. O sentido proposto por NEGTI, de configurar a experiência em função do desempenho do trabalho, corresponde, evidentemente, à forma como a pessoa se insere no próprio mundo. Uma vez inserida no processo produtivo, que é necessário para sua própria subsistência, a pessoa faz de sua experiência nesse campo específico da produção de bens também uma forma de comunicação a ser levada a efeito em suas relações interpessoais, na medida em que estas se desenvolvem em determinada formação social.

Vejam os um exemplo concreto da medida do cuidado. Se A, médico, esquece, no abdômen de certa paciente, uma compressa de gaze e B, outro médico, resolve tirá-la, mas sem respeitar as normas de cuidado, suas condutas podem ou não ser tomadas como culposas. Isto irá depender da atividade concreta que ambos praticaram.

Em relação a A, por exemplo, pode ser que, segundo o padrão de homem prudente, tal esquecimento constituísse fato objetivamente imprevisível. A não teria, pois, atuado culposamente. Entretanto, pode acontecer que A tenha esquecido a compressa de gaze porque não realizara uma prévia contagem daquelas outras que foram efetivamente usadas e das que levou para usar, antes da operação. Como esta era uma tarefa necessária a impedir que as compressas impregnadas de sangue se confundissem com partes do organismo, sua conduta foi negligente. Pode até ser que este fato seja imprevisível, mas, para o profissional médico, situado concretamente na sala de operações, o esquecimento foi produto de uma atividade descuidada, pela omissão da conduta necessária de contar e verificar a falta das compressas de gaze. O que valerá, portanto, para determinar se houve uma conduta cuidadora ou não, serão os elementos da experiência geral da atividade médica à qual o médico A estava subordinado, aliados às regras específicas relativas à sua conduta laboral. Vê-se aqui que a experiência geral não está relacionada a uma atividade puramente abstrata, mas a uma conduta de trabalho médico.

Por outro lado, quanto a B, que retira as compressas e acarreta lesões na paciente, ao contrário, pode ocorrer que o padrão de conduta indique que o fato era previsível, mas as circunstâncias concretas, por exemplo, a urgência da intervenção, as condições do hospital, as características do paciente ou mesmo do material empregado induzam-no a realizar aquela atividade, tal como de fato aconteceu. Neste caso, a figura-padrão do médico prudente se tornou excessiva em face dos limites

normativos do cuidado inferidos da situação fática. A experiência da atividade médica indicará, então, que, frente àquelas adversidades, sua conduta se manteve dentro dos limites do risco autorizado.

Está claro que a solução pelo critério do homem prudente poderia ser complementada com a exigência de que lhe fossem estendidas as mesmas condições em que se encontrava o sujeito concreto. Mas daí não se estará medindo o cuidado segundo o homem prudente, mas segundo o autor concreto. O problema está em eliminar-se do direito penal todo e qualquer elemento meramente fictício ou subjetivo. O conceito de homem prudente é, evidentemente, uma ficção. A experiência geral relativa à execução de uma atividade é, ao revés, um elemento concreto, aferível, inclusive, empiricamente, o que pode servir de elemento objetivo de referência para a norma mandamental. Por exemplo, na atividade cirúrgica, é comum a ocorrência de se confundirem compressas e partes do organismo, daí a indicação da experiência no sentido de se proceder a um rigoroso procedimento de contagem dessas compressas, antes e depois da intervenção.

Com esses exemplos, pode-se demonstrar também que a medida do cuidado está, por outro lado, vinculada ao desdobraimento causal da conduta, pois, para determinar-lhe os limites, será necessário valer-se de uma ponderação sobre a extensão dessa causalidade e os critérios que devem ser utilizados para, sobre essa extensão, fixar as demarcações da zona do ilícito. Em face disso, a moderna teoria do delito culposo passou a se ocupar mais dos critérios normativos da imputação do que propriamente da delimitação do cuidado. Com isso, procedeu-se, inclusive, a uma mudança radical na compreensão do tipo de injusto, que foi se transformando em um conjunto de elementos que caracterizam a violação do risco permitido e não mais, simplesmente, apenas da norma de cuidado. Não obstante esta postura haver recebido a adesão de quase toda a doutrina contemporânea, a adoção da teoria do risco não impede que se continue a ter em vista, como etapa preliminar, a violação à norma de cuidado como fundamento do tipo dos delitos culposos.

Como se verá adiante, o tipo dos delitos culposos pode comportar, assim, uma dupla análise: em um primeiro momento, proceder-se-á à verificação se houve ou não violação à norma de cuidado; em um segundo momento, se fará a análise concreta do processo de imputação em face do risco autorizado e seus desdobramentos. Uma vez que se tenha negado a violação à norma de cuidado, não haverá necessidade de se cogitar dos desdobramentos do processo de imputação, que terá como seu pressuposto a causalidade. É que pelas características dos delitos culposos, de se assentarem fundamentalmente sobre uma norma mandamental como forma de tal

forma que sua primeira etapa seja a de uma investigação normativa e não causal. A análise dos parâmetros normativos do cuidado deve, ademais, servir de condição necessária e preliminar da aferição da imputação do resultado.

4. A QUESTÃO DO TIPO SUBJETIVO

Diante das características da ação típica, ainda que se reconheça, na ação culposa, tanto o componente subjetivo, representado pela relação volitiva entre o agente e sua execução, quanto o objetivo, expresso na causalidade, *não é recomendável a divisão do tipo em subjetivo e objetivo*, como se costuma fazer com o tipo doloso. É que, neste caso, a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência. Portanto, dogmaticamente, não há razão para se incluir, nos delitos culposos, um tipo subjetivo, ainda que nele se busque equacionar a chamada culpa consciente. Na verdade, a culpa consciente, como se verá mais adiante, é uma questão que está vinculada diretamente à forma e ao modo como o agente se relaciona com a norma mandamental e não com o resultado proibido. Relacionar-se a culpa consciente ao resultado é uma velha argumentação da teoria causal e da concepção de conduta centrada na relação meio e fim e não como um processo de comunicação. A relação subjetiva entre o agente e o resultado proibido, que se manifesta na culpa consciente, é questão que só pode interessar à culpabilidade e não propriamente à tipicidade. Dizer-se, ademais, que o tipo subjetivo seria importante para retratar uma reprovação subjetiva do agente é absolutamente impróprio. Primeiro, porque, no âmbito da tipicidade, não se trata de reproabilidade, nem mesmo para aqueles que aceitam, sem mais, uma culpabilidade jurídica como reflexo de uma culpabilidade moral. Segundo, porque a chamada reproabilidade subjetiva conduz a verdadeiro decisionismo, deixando nas mãos do julgador a decisão final acerca da violação da norma de cuidado, sem se ater às suas delimitações objetivas. Igualmente, buscar-se edificar um tipo subjetivo para nele incluir a previsibilidade é não só impróprio como um retrocesso na identificação dos elementos que a ciência moderna tem agregado à sua determinação. A previsibilidade não é mais um indicativo de mera falta de atenção, ou um vício da inteligência como queriam, respectivamente, a antiga teoria italiana de PESSINA e IMPALLOMENE e aquela de CARRARA, resultante dos pós-glosadores. Hoje a previsibilidade, como se verá mais adiante, sofreu uma profunda remodelação que não pode ficar resumida a elementos subjetivos. Quando a previsibilidade, ademais, é enfocada segundo a perspectiva do agente, isto não se trata de tipicidade, mas de imputação.

Por outro lado, toda a matéria referente à consciência e vontade do agente situada como objeto de valoração, só tem importância nos delitos dolosos. No processo de imputação dos delitos dolosos faz-se necessário proceder-se à distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo, porquanto isto facilita a delimitação da ação proibida ou mandada, assinalando com nitidez as etapas e a intensidade da produção do perigo e da lesão ao bem jurídico. Por outro lado, a divisão do tipo em dois segmentos só tem validade, quando se torne possível a congruência entre as suas partes subjetiva e objetiva, isto é, entre a manifestação objetiva causal e a vontade conscientemente vinculada a um objeto de referência, tomado como objetivo do agente.⁶⁶⁸ A questão da incongruência dos tipos foi, inclusive, muito bem retratada por MAURACH, para o efeito de disciplinar melhor o âmbito da tentativa e diferenciá-la do erro, mas não para solidificar um tipo subjetivo nos delitos dolosos. A própria estrutura normativa dos delitos culposos, que, hoje em dia, tem chamado a atenção, inclusive, para proceder-se à nova distinção entre dolo eventual e culpa consciente com base na produção do perigo e não mais na consciência do agente, não comporta uma subjetivação.

5. A LESÃO AOS DEVERES DE CUIDADO

5.1. DELIMITAÇÃO E CONTEÚDO DOS DEVERES DE CUIDADO

Deve-se estabelecer a distinção entre o dever de cuidado, associado à norma jurídica, e a lesão a este dever. O dever de cuidado tem características exclusivamente normativas e se impõe, de modo concreto, a todos os que vivem em sociedade e desenvolvem atividades que não se dirijam direta ou eventualmente à realização de um tipo de delito ou a um resultado típico, na medida em que essas atividades impliquem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. A lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções de delimitação da atividade proibida. A comprovação da lesão ao dever de cuidado se faz negativamente: se a ação realizada pelo agente era adequada ao

668. Neste sentido, MAURACH, Reinhard. *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 530; STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht*, Nota 126, p. 408. Entre nós, FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, pg. p. 240:

"Nenhuma função exerce aqui a distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo, dada a incongruência entre o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo do comportamento nos crimes culposos"; também COSTA JUNIOR, Heitor. Nota 187, p. 69. Contrariamente a essa formulação, MESTIERI, João. *Curso de direito criminal*, p. 74: "Forma-se o tipo subjetivo do tipo culposo de homicídio com uma das modalidades previstas no art. 17, II, do Código Penal, correspondente à natureza da conduta objeto do juízo de desvalor"; também CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Nota 93, p. 108: "essa atitude subjetiva configura um estado psíquico necessariamente diferente da disposição psicológica e emocional do dolo e da imprudência consciente, mas suscetível de ser definido como tipo subjetivo da imprudência dolosa"; também STRATENWERTH, Eberhard. *Grundrissen des*

objetivamente exigido, será cuidadosa e, portanto, não será típica. Caso contrário, haverá a lesão ao dever de cuidado, porque, na condução da atividade, foram omitidas as exigências impostas pela norma em face da lesão ou do perigo ao bem jurídico. Apesar de a moderna teoria da imputação objetiva haver caracterizado o tipo dos delitos culposos em razão da violação do risco autorizado e não da norma de cuidado, nada obsta a que se estabeleçam ainda aqui os parâmetros relativos à infração do dever de cuidado, que servem de etapas necessárias aos fundamentos da própria imputação. Inclusive, esta separação entre a análise da infração à norma de cuidado e os critérios de imputação é absolutamente necessária em face dos delitos culposos de mera atividade, que se apresentam cada vez mais frequentes na legislação penal e nos quais seria inaplicável a limitação da causalidade, porquanto inexistiria a referência material (o resultado) para torná-la efetiva.

Ademais, a comprovação da lesão ao dever de cuidado é indispensável em um sistema no qual a ação do agente se afirma como uma atividade de comunicação, isto é, que se oriente em função de um objeto de referência. Quando do enunciado do conceito comunicativo de ação, foram feitos os necessários aportes à fundamentação e justificação desse conceito e ficou ressaltada a necessidade de que a ação se oriente por parâmetros de referência, como forma de vinculação entre agente e meio. Em se tratando de ação típica culposa, o parâmetro de referência não poderá ser o resultado, uma vez que este está fora do processo de comunicação. O agente não se relaciona ao resultado que efetivamente vem a ocorrer. O resultado só está situado como objeto de referência da conduta nos delitos dolosos. Aqui o objeto de referência só pode ser a norma de cuidado, ao lado das condições fáticas de realização da própria atividade, daí a sua relevância como elemento essencial na configuração do tipo culposo. Isto terá, inclusive, uma consequência prática imediata: todo o procedimento penal deverá expressar, de modo claro e insofismável, acerca de qual norma de cuidado se trata e de que forma fora violada.

Tendo em vista a estrutura da norma proibitiva nos delitos culposos, o conteúdo do dever de cuidado se manifesta de duas formas: primeiramente, pelo *dever de reconhecimento do perigo para o bem jurídico*, resultante da ação a ser realizada (cuidado interno), e, depois, pelo *dever de se abster dessa ação perigosa ou somente efetuar-la sob cautela* (cuidado externo).⁶⁷⁰

5.1.1. O DEVER DE RECONHECIMENTO DO PERIGO (CUIDADO INTERNO)

Localizado no plano intelectual do autor, constituindo *dever preliminar*, como

dizem BINDING e JESCHECK, situa-se o dever de reconhecimento do perigo.⁶⁷⁰ Esse dever constitui, logicamente, um pressuposto do cuidado externo, pois não é possível o atendimento de uma medida cautelar ou cuidadosa sem o dever de reconhecê-la. Nesta área, é de se levar em conta o conhecimento especial do autor, bem como a gravidade do perigo e as qualificações do bem jurídico.⁶⁷¹ Assim, por exemplo, o conhecimento especial que tem o autor de que, em determinado cruzamento e certa hora, a rua estará cheia de escolares, faz com ele deva esperar que surjam pessoas diante do veículo.⁶⁷² A mesma expectativa se verifica diante de crianças brincando em ambos os lados da rua. Isto se estende igualmente a outros fatos. No exemplo da compressa na cirurgia, o especial conhecimento do médico de que essa pode ser confundida com órgãos do paciente faz com que esse médico tenha o dever de reconhecer que, na manipulação de compressas, isso possa acontecer.

O dever de reconhecimento do perigo consiste, praticamente, no atendimento de condições relativas ao exercício de uma atividade, incluindo a condução causal e eventuais variações das circunstâncias e do desenvolvimento do perigo. O anestesista, portanto, deve reconhecer a possibilidade de reações alérgicas, tendo em vista o tipo de anestesia empregado, o estado do paciente e os efeitos secundários do produto. Da mesma forma ocorre com o patrão no tocante à comunicação que determinada máquina apresenta defeito e está em desacordo com as normas de segurança do trabalho.

Deve-se evitar, contudo, qualquer extensão exagerada das exigências de cuidado, quando seja absolutamente impossível o seu reconhecimento ou este ultrapasse a medida do que pertence à experiência geral da vida diária.⁶⁷³

Por exemplo, o motorista não deve reconhecer o fato de que alguém, em ação de suicídio, se atire de um edifício em queda livre sobre seu carro. Deve, porém, contar com a possibilidade de os freios não funcionarem a contento, quando em velocidade excessiva, ou trafegando com lonas ou pneus molhados ou sobre areia. Dadas, ademais, as características do veículo, por exemplo, em se tratando de carro novo, o motorista não tem o dever de reconhecer defeitos de fabricação dos componentes, ainda mais quando garantidos de modo manifesto pelo produtor. Uma

670. BINDING, Karl. *Die Normen*, I, p. 499; JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 578.

671. Neste sentido, JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 578; orientando-se unicamente pela própria atividade e não pelo bem jurídico, SEILER, Robert. "Die Bedeutung des Handlungsurwertes im Verkehrstrafrecht", in *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 86; "o núcleo da responsabilidade em delitos negligentes situa-se em que o autor permaneceu aquém do dever de cuidado e não que ele tenha causado uma lesão ou perigo concreto ao bem jurídico".

672. JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 579; WESSELS-BEULKE, Nota 234, p. 227.

673. Mais ou menos neste sentido, JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 579; WELZEL, Hans. Nota 7, p. 227.

vez que esse dever prévio não possa ser cumprido, porque inexigível, não há que se falar, então, de delito culposo.

5.1.2. O DEVER DE REALIZAR CONDUTA CUIDADOSA OU DELA SE ABSTER (CUIDADO EXTERNO)

Desde que o agente deva reconhecer o perigo para o bem jurídico como resultado de sua ação, é de exigir-se-lhe, em consequência, conduta adequada aos preceitos proibitivos e mandamentais. Esse dever pode consubstanciar-se ou na total abstenção da conduta perigosa ou na execução de ação sob as medidas adequadas de cuidado. A divisão, nestes dois aspectos, do dever de evitar a realização do tipo, conduz a um aperfeiçoamento da prática judiciária, vindo a atender à mais perfeita incidência da norma sobre situações concretas diversificadas. O atendimento do chamado cuidado externo se manifesta com a *abstenção da conduta perigosa* e a *execução da ação cautelosa*, aliadas ao *dever de atenção, controle e guarda* e ao *dever de prévia informação e preparação*.

5.1.2.1. A abstenção da conduta perigosa

A *primeira consequência* do reconhecimento do perigo ao bem jurídico deve ser, via de regra, a *abstenção da conduta perigosa*. Esta abstenção deve ser imediata e repentina e tomada sempre em vista, desde que o agente, com a atividade, não se encontre em condições efetivas de evitar o perigo.

Aquele que, apesar da inaptidão, realiza uma atividade perigosa, para a qual não estava preparado, infringe especialmente o dever de cuidado. Aqui se dá o caso que a doutrina chama de "culpa pelo excesso".⁶⁷⁴ Tal não implica necessariamente habilitação profissional, mas, sim, aptidão ou capacidade concreta de efetuar a atividade. Por exemplo, o motorista recém-habilitado não deve aventurar-se a conduzir veículos em ruas de tráfego intenso, se não estiver suficientemente prático e experiente para isso, nem deve participar de competição automobilística. O mesmo se passa com o médico recém-formado com relação aos atos de extrema delicadeza e habilidade.⁶⁷⁵

Nesses casos, a infração ao dever de cuidado não resulta da forma de execução

674. DREHER, Eduard. *Strafgesetzbuch*, 1976, p. 73; JESCHECK-WEIGEND. *Deutsches Strafrecht*, 24ª edição, München, Beck, 2001, p. 99; MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 576. " [...] a negligência não se situa, nesse caso, na ação arriscada (que o autor, materialmente, não podia realizar melhor do que efetivamente o fez), mas na assunção de uma *nella circolazione stradale*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 178.

675. MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 576: " atua negligentemente e, em geral, quando o encaminhamento do processo é..."

da atividade, mas da própria realização dessa atividade. Isto não significa que a forma de atividade negligente não condicione a norma, como já exposto atrás, mas que a forma concreta da execução dessa atividade negligente, às vezes, não é a única modalidade de infração ao dever de cuidado. Por exemplo, o leigo que resolve fazer em alguém uma operação delicada não infringe o cuidado apenas porque se tenha saído mal na intervenção, mas por não se abster de realizá-la.

5.1.2.2. A execução da ação cautelosa

A *segunda consequência* do dever de reconhecimento do perigo é a *execução da ação, tomando-se as devidas precauções para não ultrapassar os limites do risco autorizado*. Esse dever vem ligado, na doutrina jurídica, às atividades do chamado "risco permitido", que se destina a encontrar uma solução dentro do direito para a permissão de certas atividades, consideradas perigosas por natureza, mas, ao mesmo tempo, tidas como socialmente úteis. Isto se refere especialmente à utilização dos meios rápidos de transporte, à implantação de indústrias de gás, eletricidade ou nucleares e à confecção de substâncias venenosas para a agricultura ou para o consumo doméstico e assim por diante. No sistema finalista, essas atividades estariam compreendidas no que WELZEL denominou de ações socialmente adequadas.

A teoria do risco permitido, na verdade, chega, em certos casos, a uma conclusão *sui generis*: de identificar o cuidado devido com o próprio risco permitido. Como a questão não estaria em se determinar o cuidado devido, mas em delimitar a extensão do risco autorizado, toda atividade perigosa em geral, mas que é socialmente útil, poderia ser considerada dentro do cuidado objetivamente devido. Isso pode gerar, por um lado, a visão de que a norma encerra uma proibição geral de perigo, conforme os padrões de utilidade social. Este ponto de partida não é correto, pois não observa que todo perigo só constitui objeto de proibição, na medida em que se concretize em determinada atividade e sua forma de execução, ou seja, quando efetivamente seja potencialmente danoso ao bem jurídico. De conformidade com Bina Vince se pode afirmar que perigosa não é a instalação industrial como tal, mas a atividade realizada no exercício dessa indústria em relação a um bem jurídico concreto.⁶⁷⁶ Esta consideração tem relevância, porque a simples subsunção da conduta à atividade industrial permitida não a classifica como cuidadosa, nem socialmente útil. Tudo depende, portanto, da forma e do modo de execução dessas atividades. Além do mais, hoje se questiona, com propriedade, a prática de certas atividades industriais, em face de sua ação destruidora do meio ambiente, bem como do próprio equilíbrio e harmonia da natureza, a tal ponto de comprometer-lhes a própria

funcionalidade social. O problema, portanto, se desloca do âmbito da tipicidade para aquele dos próprios fundamentos do injusto.

Está claro que há certa espécie de atividade, que, pela possibilidade de acarretar perigos incalculáveis, necessita de uma limitação e de normas rígidas de segurança, como medidas preventivas a sérios desastres ecológicos e humanos. Sua autorização ou proibição não pode ficar, assim, exclusivamente, na dependência de sua utilidade social. Por outro lado, na medida em que estas atividades perigosas se situem como objeto de valoração do tipo culposo, suas características de perigosidade e risco devem submeter-se aos parâmetros das normas de cuidado, a fim de possibilitar a exata dimensão desse perigo e de seus efeitos. Aqui, já não se está tratando de medidas de proteção, mas de elementos a determinarem se esse perigo, apesar de sua utilidade social, ultrapassou ou não os limites fixados normativamente para a sua admissibilidade.

Não obstante, como se verá adiante ao se tratar do processo de imputação, o risco permitido poderá servir de elemento limitativo, quando for levado em conta como fator que intervenha na relação entre a infração à norma de cuidado e o resultado danoso.

5.1.2.3. O dever de atenção, controle e guarda

Uma vez atendido o risco produzido pela execução de certas atividades, é de se levar em conta o *dever de atenção, controle e guarda* a todos os que se encontrem interessados na realização dessas atividades.⁶⁷⁷ Esse dever de atenção, controle e guarda tem que se associar ao tipo de atividade concretamente realizada, pois, caso contrário, se cairia na teoria dos riscos gerais. A atividade concreta que se desenvolve sob as condições da atividade potencialmente perigosa é que estabelece os requisitos e especificações do cuidado a ser atendido. Relativamente às atividades da vida social que, pela sua natureza, encerram uma potencialidade de perigo, pode-se aceitar o princípio de JESCHECK de que quanto maior valor social ela significar, menor deverá ser o perigo que se deve esperar de sua execução.⁶⁷⁸

Esta ponderação de JESCHECK tem lugar no tratamento ao trânsito de veículos, bem como, até em maior grau e escala, na forma e no modo de execução da atividade laboral, efetivada nas grandes indústrias e outras fontes produtivas, onde se criam condições ótimas de concretização de perigos e danos à integridade física, à saúde e a vidas humanas, devido sobretudo à substituição da proteção e defesa desses valores

677. Neste sentido, mas fiel à teoria do risco permitido, JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 580; também SAMSON, Erich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, comentário 16 ao §. 16.
678. JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 581.

individuais, indispensáveis à vida coletiva, pela instrumentalização do lucro.⁶⁷⁹

5.1.2.4. O dever de prévia informação e preparação

Ligadas ao dever de cuidado na execução da atividade concreta estão também as exigências de *prévia informação e preparação* a serem tomadas como medidas preliminares a essa execução.⁶⁸⁰

A esse dever de se informar e se preparar para a execução de uma atividade, está por igual associado o dever, já anteriormente mencionado, de reconhecimento do perigo para o bem jurídico. Tendo em vista este binômio reconhecimento do perigo-informação e preparação, como cuidados prévios, é que se estipula, por exemplo, a norma impositiva de só se permitir a condução de veículos por pessoas habilitadas segundo regras e exames convencionados.

Essa norma, por sua vez, não encerra a amplitude e a espécie desse dever. Pode tanto se referir, por exemplo, a uma habilitação para dar rápido diagnóstico acerca do perigo, quanto a assenhorear-se acerca de atividade concreta determinada. Essa norma impositiva da prévia habilitação se estende desde a condução de veículos até atividades profissionais ou de execução perigosa ao bem jurídico.

Assim, no tocante à possibilidade de diagnóstico da situação de perigo, ali se incluem o diagnóstico médico de identificar prontamente certa enfermidade e ainda a previsão, a um físico nuclear, de acidente em determinado reator, conforme o conhecimento informativo e preparatório que tiveram ou que deveriam ter tido. Há que se estabelecer, também, o dever de informar-se sobre as condições de uma atividade concreta. O agente, antes de executá-la, deve tomar as devidas precauções, segundo as informações que dela deveria ter. Assim, por exemplo, o motorista deve informar-se acerca das disposições e regras do trânsito vigentes em certo país, antes de aventurar-se a executar a condução do veículo.

Aqui, no entanto, do mesmo modo como ocorre com o dever de reconhecimento do perigo, não se deve entender demasiadamente esta exigência, mas apenas associá-la concretamente à atividade que é desenvolvida pelo agente e nas circunstâncias concretas em que ela se realiza. Caso contrário, tornar-se-ia impossível a prática de qualquer atividade, pois, na maioria das vezes, devido mesmo às circunstâncias vitais, a prévia informação detalhada de tudo não se materializa na execução dessa atividade, como, por exemplo, em relação às normas

679. Ver o sempre atual relatório de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. "As origens dos delitos de imprudência", *Revista de Direito Penal*, n.º 23, p. 59 et seq.

680. Por esta exigência prévia, ENGISCH, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, n.º 200; JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 581.

direcionais vigorantes para certa cidade.

Há que se mencionar ainda que esse dever de informação e preparação não deve ser tomado em sentido genérico, mas individualizado para o caso específico da ação a ser realizada. Assim, por exemplo, um médico não será descuidado pelo fato de não haver estudado adequadamente no seu tempo de Faculdade, mas, sim, porque executou ação concreta para a qual não estava habilitado no momento dessa execução.⁶⁸¹ Da mesma forma, embora o motorista deva informar-se acerca das regras de condução em uma cidade, antes de empreender a atividade de conduzir, não será culpado por não se haver informado previamente do sentido de uma determinada via, mas pela sua desatenção às placas indicativas desse sentido.

Tal como ocorre com a caracterização da ação descuidada, a medida do cuidado não pode ser dada, aqui, nem pela concepção do homem prudente, consciencioso e diligente, ainda que postado na posição e papel concreto do autor e associado ao critério da previsibilidade objetiva, com referência à profissão, ao círculo social e às circunstâncias da vida diária,⁶⁸² nem pela capacidade individual do próprio autor.⁶⁸³ No primeiro caso, estaríamos jogando com o conceito abstrato do *homo medius*; no segundo, com elementos individualizantes, referentes à culpabilidade, o que implicaria caracterizar o tipo de injusto com a lesão a um dever de cuidado individualmente imposto ao autor e não mais pela lesão a um dever de cuidado objetivo (que seria obviamente o resultado da estrutura normativa).

Essa individualização do dever de cuidado, apesar de representar tentativa de superação do critério do *homo medius* por algo mais concreto, implica confundir entre as imposições da norma em abstrato e a conduta concreta. A conduta concreta, evidentemente, pertence ao homem que a realiza, mas, no tipo de injusto, ela é tomada como objeto de incidência normativa e não em relação ao seu sujeito.

Não há critério definitivo e perfeito para estabelecer a medida desse dever de cuidado. Embora a melhor solução possa ser a de utilizar-se o *critério da previsibilidade objetiva*, baseado no que seja efetivamente necessário para dimensionar efeitos danosos ou perigosos de uma determinada conduta,⁶⁸⁴ o critério individualizador pode ser empregado, porém, no âmbito da limitação da causalidade, em face de situações nas quais a previsibilidade deve ser aferida pela posição do autor concreto.

681. ASSIM, ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, p. 396; KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*, p. 157; MAYER, Max Ernst. *Strafrecht, AT*, p. 131; FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, pg. 241; JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 582; WESSELS-BEULKE. Nota 234, p. 227.

682. COSTA JUNIOR, Heitor. Nota 187, p. 61; JAKOBS, Günther. *Studien zum Fahrlässigen Erfolgsdelikt*, p. 69; STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 411; OTTO, Hans. *Grundkurs Strafrecht*, vol. I, p. 172.

683. BLEI, Hermann. *Strafrecht I*, p. 265. Vinculando-se à apreciação *ex ante* da situação de perigo, sem maiores indagações. JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 582.

Isto será visto mais adiante quando da análise dos critérios próprios de imputação. Desde que não seja possível a aplicação do critério de previsibilidade, porquanto se trate, por exemplo, de delito culposos de mera atividade, pode ser invocada também, como medida do dever de prévia informação, a regularidade com que se realiza a atividade sem produzir perigo ou lesão ao bem jurídico. Em função dessa regularidade, será possível afirmar-se, em consequência, se o resultado era ou não objetivamente evitável, segundo a experiência da vida diária, quer dizer, se podia, nas circunstâncias concretas em que se encontrava o agente, ser tomado a sério por ele, segundo sua profissão, papel social, grau de instrução e facilidades de reconhecimento do perigo e de informação, e de seu preparo diante da execução da atividade concreta.

Nisso tudo, devem ser eliminados do tipo de injusto todos os *processos causais anormais* ou inadequados, segundo juízo *ex ante* da situação do perigo. Não se deve, entretanto, considerar um processo como anormal ou inadequado e, assim, descaracterizar a exigência de cuidado, quando o descuido defluir da maneira como vem sendo executada uma forma determinada de atividade. Mesmo que todas as pessoas atuem descuidadamente de certa maneira, tal atividade pode ser tida como descuidada, tudo dependendo de como foi executada no caso concreto.⁶⁸⁵

No tráfego urbano, é incomum no Brasil, por exemplo, o atendimento de muitas regras de direção, sobretudo, da preferência da direita, como estipula o Código de Trânsito brasileiro e as normas internacionais da condução de veículos. Nem por isso essa atividade pode ser antecipadamente considerada como irrelevante, por inserir-se no contexto de processo causal anormal ou inadequado, ou seja, porque todos assim agem. Há que se distinguir, entretanto, entre a habitual infração à norma de cuidado e a regularidade da prática da respectiva atividade. Se, por um lado, o costume é o de infringir a norma de cuidado em determinadas condições, disso não se pode concluir que se trate de conduta juridicamente irrelevante. Mas se o costume estiver associado a um procedimento de regularidade, de modo que disso não resulte, normalmente, perigo ou lesão ao bem jurídico, isto implica uma limitação ao dever de cuidado. Outros desdobramentos dos processos causais anormais serão tratados mais adiante quando da limitação da causalidade.

São numerosos os casos de condutas que, habitualmente, infringem normas de cuidado, por exemplo, a ultrapassagem pela direita, o uso indiscriminado e fornecimento de antibióticos pelas farmácias, sem a devida receita médica e sem

685. BLEI, Hermann. *Strafrecht I*, p. 265. Vinculando-se à apreciação *ex ante* da situação de perigo, sem maiores indagações. JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 582.

conhecimento da enfermidade real e das reações peculiares do paciente, o não-atendimento de normas de segurança do trabalho, como não usar cintos fixadores nos andaimos, a aquisição comum de mercadorias sem nota (importante para a caracterização de uma receptação culposa, etc.). Em todos esses casos, embora o dever de cuidado se veja violado, o fato pode comportar igualmente outra análise no âmbito da imputação do resultado, inclusive, para excluí-la, conforme os critérios que regulam a fixação dos limites do risco autorizado.

5.2. AS NORMAS DE TRÂNSITO E OS REGULAMENTOS PROFISSIONAIS

Ao chegar-se à medida do cuidado e sua extensão, bem como ao problema dos processos causais anormais ou inadequados, ressalta a questão da influência, na configuração do tipo de delito culposo, da infração às normas do trânsito ou técnicas de profissão e regulamentos de certas atividades. Esta matéria será também tratada mais adiante, quando da análise dos critérios limitativos da imputação pelo fim de proteção da norma. Aqui o que interessa é situar a relação entre estas regras profissionais e o dever de cuidado integrante do tipo de delito culposo.

Essas regras estão contidas, geralmente, em disposições esparsas e se destinam, em princípio, a servirem de modelos e preceitos de execução das atividades sociais ali abrangidas. Para se determinar a importância dessas normas no tocante à lesão ao dever de cuidado do tipo de injusto, deve-se, antes de tudo, esclarecer acerca de sua natureza jurídica. Pode-se, em princípio, afirmar que tais normas constituem, na verdade, preceitos diretivos, preliminares da norma penal. Devido à predestinação desses preceitos à norma penal, viável será incluí-los no chamado direito de ordem pública, parte do direito administrativo que engloba regras de conduta social, cujos destinatários são ou a coletividade em geral ou certas pessoas que se dedicam a uma atividade particular; isto é, os motoristas profissionais e amadores, os médicos, farmacêuticos e dentistas, os engenheiros, os industriais, etc.

Geralmente, a infração a estas normas acarreta sanção de ordem administrativa, imposta pelo Estado na forma de multa, impedimento ou suspensão da atividade, ou seja, na forma de advertência, a fim de que o fato não se torne a repetir.

Os autores em geral têm mantido uma contínua divergência na determinação de sua natureza jurídica, havendo quem entenda constituírem essas infrações exclusivamente atentados a bens administrativos e não a bens jurídicos,⁶⁸⁶ terem

como consequência somente efeitos sociais específicos e não lesão individual ou cultural,⁶⁸⁷ esgotarem-se na desobediência e não se submeterem a qualquer desvalor de ordem ética ou representarem um conteúdo de injusto insignificante em face do direito penal.⁶⁸⁸

Outros, ao contrário, têm suscitado objeções à autonomia de infrações administrativas de tal categoria frente ao direito penal, como o fazem, por exemplo, MATTES e BERISTAIN. O primeiro, autor de alentado estudo sobre o tema, rechaça a teoria da autonomia em geral, concluindo que: a) inexiste um direito penal administrativo autônomo; b) as infrações à ordem pública implicam uma lesão de bem jurídico e têm base ética como qualquer delito; c) as infrações à ordem pública são uma decantação do direito penal de polícia e de administração, isto é, direito penal contravenacional.⁶⁸⁹

BERISTAIN complementa a tese de MATTES, assinalando que: a) os delitos de trânsito têm dimensão ética, não só *de lege ferenda*, como em face do direito positivo; h) essa proteção formal pressupõe e encerra um conteúdo material; c) as infrações de tal espécie referem-se ao bem jurídico público *salus publica*, coincidente com o sentido de justiça e seu pressuposto.⁶⁹⁰

Para se compreender bem a característica e a natureza dessas infrações, será, antes de tudo, imprescindível dizer que não há, no direito brasileiro, tal preocupação, pois não possuímos uma lei como a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 1968, cuja origem remonta a uma lei de 1952 na Alemanha. Essas infrações à ordem, aliás, já vinham sendo objeto de inúmeros projetos de reforma do velho código alemão de 1871, desde 1911, mas só vieram a se tornar realidade após o término da Segunda Grande Guerra, com a edição, primeiramente, em 1949, da lei das infrações penais econômicas. A lei de 1968 tem amplitude muito maior do que as meras infrações às regras do trânsito, chegando a congregar efeitos semelhantes aos previstos em nossa lei de contravenções. Isto pode ser explicado

687. WOLF, Enk. "Die Stellung der Verwaltungsdelikt im Strafrecht", *Frank-Festschrift*, p. 524.

688. MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 5, 18; Eberhard Schmidt, *Strafrecht und Disziplinarrecht*, 1950, p. 871; SCHMIDHAUSER, Eberhard. Nota 31, p. 207 (contraditório).

689. MATTES, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, obra póstuma, org. por Herta Mattes, Berlin: Duncker Humblot. Entendendo, praticamente, que as infrações à ordem se distinguem dos delitos pela natureza da sanção, BRENNER, Karl, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, München: Vahlen, 1996, p. 3. Por sua vez, GÖHLER-KÖNIG-SEITZ, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München: Beck, 2002, p. 3 *et seq.*, entendem, por um lado, que as infrações à ordem se diferenciam, formalmente, dos delitos, por implicarem a imposição de uma pena de multa administrativa (Buße), e não uma pena de multa criminal ou uma pena restritiva de direitos ou de liberdade; por outro lado, consideram que, em face de decisões da Corte Constitucional, contêm essas infrações um menor conteúdo de injusto do que os fatos criminais.

690. BERISTAIN, Antonio. *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, Madrid: Reus, 1963, p.

686. Nesse sentido, outrora, MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tradução espanhola de Juan Córdoba Roda, 1962, vol. I, p. 21.

historicamente, pois, através da primeira lei de reforma do direito penal alemão de 1969, conjugada com a lei de infrações à ordem pública de 1968, excluíram-se do Código Penal as contravenções, fazendo com que ou se incluissem algumas nos delitos, ou outras, nas infrações à ordem pública. Antes disso, porém, o regulamento de trânsito de 1968 passou a compreender também infrações que se regiam pela parte geral da lei de infrações à ordem pública (§ 49). Desde então, a lei disciplinadora dessas infrações congrega tanto aspectos das contravenções, quanto fatos relativos às normas de direção de veículos e outras regras. Daí tornar-se extremamente complicada sua natureza jurídica.

A doutrina considera, sobretudo, que todas as infrações do trânsito que não constituam delitos, bem como outras infrações referentes ao direito tributário, às normas de proteção ao meio-ambiente, ao comércio de medicamentos, ao regulamento das atividades práticas da arte de curar, etc., estão incluídas no âmbito das infrações à ordem pública.⁶⁹¹

Pela própria estrutura dessas infrações à ordem pública, pode-se considerá-las como relativamente independentes do direito penal, pois, se, algumas vezes, congregam elementos desse ramo do direito, referindo-se a conteúdo material, a objeto vinculado a um valor, a bens jurídicos e a aspectos éticos, por outras vezes, dizem respeito exclusivamente a regras diretivas, sem qualquer conteúdo ético-social.

Essa relativa independência está mais evidente ainda no direito brasileiro, em que as regras de trânsito, bem assim as normas técnicas de profissão (médicos, farmacêuticos, dentistas, engenheiros) ou regulamentos industriais, não se situam num contexto legal comum, nem mantêm com o direito penal qualquer semelhança estrutural, mas o tomam como uma instância mais elevada, desde que, através das infrações, se efetive uma lesão de bem jurídico-penalmente relevante.⁶⁹²

O problema da classificação dessas normas dentro dos ramos existentes no direito não está afeto diretamente ao fato culposo. Aqui, o que se pretende saber é se, infringido um regulamento diretivo ou uma regra técnica de profissão, arte ou ofício, se pode automaticamente pressupor a lesão ao dever de cuidado e, portanto,

691. Referências em JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 57 *et seq.*; MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, AT*, p. 8 *et seq.*; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Nota 31, p. 207 *et seq.*; GÖHLER-KONIG-SEITZ. *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2002, p. 1 *et seq.*

692. Desde o projeto governamental de 1979, relativo aos crimes de trânsito (DOU de 15.6.79), se pretendeu fazer valer, no Brasil, a proposta de transformar simples infrações regulamentares em infrações penais (delitos). Neste projeto de 1979, se consignava, por exemplo, como delito o seguinte: Art. 10. *Violar regra de trânsito, expondo a perigo a vida, integridade física ou a saúde de outrem*; Art. 14. *Conduzir veículo motorizado que não tenha licença ou autorização especial para circular*; Art. 14. *Conduzir identificação ou com placas ou selos falsos ou ilegíveis*. Com tais disposições, a finalidade do projeto era a de criminalizar as infrações regulamentares em grau mais alto do que simplesmente prevenir acidentes de trânsito. Isto está demonstrado com o art. 14, que pretendia considerar delitivo a utilização de veículo sem placa. Felizmente estas propostas não foram aprovadas.

conduzir ao preenchimento do tipo de injusto penal culposo. Do mesmo modo, se, atendidas inteiramente essas normas, se tem como inadequado o processo causal e, por conseguinte, irrelevante para fins de realização desse tipo de injusto culposo, tendo em vista não se caracterizar qualquer lesão ao dever de cuidado.

Com base nas conclusões referentes à relativa autonomia das normas do trânsito e regras técnicas de profissão com relação ao direito penal, ressaltada ainda mais pelas particularidades de nosso direito positivo, não se pode reconhecer, de antemão, nas infrações a essas normas, um apêndice do processo causal ou da lesão ao dever de cuidado relevante para fundamentar o injusto penal. Ao contrário, o que ocorre é apenas o descumprimento de meras e simples indicações, com apoio na experiência comum e repetida, de como se deve praticamente conduzir veículo, ou realizar certa atividade de modo racional e de forma que não ocasione perigo à ordem ou à segurança pública. São, portanto, normas práticas de eficiência e não normas de cuidado nos termos em que se vislumbra nos tipos de injusto dos delitos culposos.

Apesar de essas normas disciplinarem tarefas específicas de certas profissões, não são suficientemente abrangentes para atender as diversas situações perigosas ocorridas em concreto, como exige o dever objetivo de cuidado.⁶⁹³ Assim, como não se pode afirmar a adequação ao dever de cuidado da conduta que se conserva nos limites das normas regulamentares, por se exigir atenção ou cuidados maiores, segundo as circunstâncias concretas (por exemplo, manter a velocidade permitida, quando a situação de perigo impõe a imediata abstenção da atividade, como a parada instantânea do veículo diante de escolares que saem do colégio), do mesmo modo não se pode afirmar já, na infração a essas normas regulamentares, lesão ao dever de cuidado objetivamente exigido nas circunstâncias (por exemplo, ultrapassar a velocidade permitida em local absolutamente desabitado ou deserto).⁶⁹⁴

Há um erro comum, principalmente, na jurisprudência, de considerar que a forma grosseira como são infringidas estas normas conduziria à lesão ao dever de cuidado e até mesmo à assunção do risco do resultado, o que implicaria, neste último caso, a configuração de um delito doloso. É perfeitamente possível que um motorista, por exemplo, conduza em excesso de velocidade e, ainda assim, não tenha infringido a norma de cuidado em face das circunstâncias concretas do caso. Uma vez que

693. WELZEL, Hans. Nota 7, p. 190.

694. BLEI, Hermann. *Strafrecht I*, p. 265; JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 582; MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, AT*, p. 560; STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 412; WELZEL, Hans. *Deutsches Strafrecht, AT*, p. 560. *Technische Normen und Fahrlässigkeit*, in Nota 7, p. 190. Entre nós, filiando-se a Lenckner, *Technische Normen und Fahrlässigkeit*, p. 490 *et seq.*, entende FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, pg. p. 241, que a observância da norma regulamentar exclui a tipicidade da conduta. Na doutrina italiana, a violação de regras especiais estipuladas nos regulamentos constitui praticamente uma presunção de negligência (assim, BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penal*, vol. II, pág. 122 e a maior); a jurisprudência, porém, superando o positivismo jurídico, desde há muito, tem entendido de modo diverso (referência a *circolarione stradale*, p. 121 e 129).

a norma de cuidado só tem relevância na medida em que se relacione à conduta concreta, porque só a partir daí é que se pode dizer que efetivamente essa conduta estará relacionada à norma proibitiva, a infração às regras de trânsito, por exemplo, não é suficiente por si mesma para configurar uma conduta descuidada (e, muito menos, dolosa). Caso se aceite o argumento contrário, estar-se-á fundando o injusto penal a partir da criação de um dever geral de proteção, o que viola o princípio da legalidade, que exige que cada dever esteja previamente configurado no tipo de delito e não na ordem jurídica como um todo.

A infração à norma regulamentar constitui apenas indício da lesão ao dever de cuidado, imposto pela norma penal.⁶⁹⁵ O importante é, assim, o que deveria ser concretamente realizado para se evitar o perigo e não a infração abstrata de norma de trânsito ou de regulamento destinado a traçar regras técnicas de profissão, arte ou ofício.⁶⁹⁶

Se o que devesse concretamente ser realizado o fosse de tal monta que excedesse a medida do normalmente previsível e evitável, segundo um juízo concreto de adequação, não se pode inquirir de defeituosa a conduta do agente, apesar de haver ocorrido a lesão do bem jurídico.

É evidente, porém, que, nesse juízo, como se ponderou, deve também ser levado em consideração o conhecimento especial do agente no tocante ao caso concreto e à situação vigorante no momento da realização da atividade. Um neurologista, por exemplo, deve saber, em face de seus conhecimentos especiais, que, em caso de púrpura hemorrágica, há sempre o perigo concomitante de hemorragia cerebral e que, com esse quadro, uma punção lombar produzirá inevitavelmente a morte do paciente. Um exímio nadador ou guarda-vidas não pode desenvolver a atividade de nadador principiante ou inexperiente e, assim, chegar ao local de socorro no mesmo ritmo de braçadas em que este chegaria, ou empregar as mesmas técnicas de salvamento de um leigo, permitindo que a vítima se afogue, antes do socorro definitivo. Nestes dois exemplos, pode acontecer tanto ao médico quanto ao salva-vidas executarem suas tarefas, atendendo às normas técnico-cirúrgicas ou da arte de salvar e, mesmo assim, devido ao conhecimento especial de ambos e às características concretas das respectivas ações, lesarem o dever de cuidado. Isto, está claro, não pode implicar automaticamente a realização tipo de injusto culposo. Além da violação da norma de cuidado, há que se proceder à análise da imputação normativa.

695. WELZEL, Hans. *Nota 7*, p. 190.

696. Esta concretização do cuidado é que efetivamente marca a relação normativa da dimensão do perigo ao bem jurídico para com a forma de atividade.

Especificamente ao caso do médico, depois de longa discussão realizada em Frankfurt (Alemanha) com o professor costarriquenho Gustavo Chan Mora, que está dedicado a estudar as particularidades da responsabilidade no âmbito da arte de curar, chegamos à conclusão de que os conhecimentos especiais que aquele neurologista disponha não poderão, por si só, conduzir à infração à norma de cuidado, porque esta norma não lhe impõe o dever sobre-humano de curar, mas apenas de evitar a morte ou lesão no paciente. Tudo depende, portanto, do enfoque que se deva dar à norma de cuidado. Haveria, entretanto, violação da norma de cuidado por omissão, caso o médico se obrigasse diretamente com o paciente a usar seus conhecimentos especiais e não o tivesse feito, embora pudesse fazê-lo. É que aí, então, em face dessa obrigação assumida diretamente para com o paciente, o médico estaria situado na posição de garantidor do bem jurídico e teria o dever de impedir o resultado.

Muitas vezes, a infração à norma regulamentar coincide com a lesão ao dever de cuidado, na medida em que essa infração esteja medida de conformidade com as condições concretas de execução da atividade. Há inúmeros exemplos em que a lesão ao dever de cuidado coincide com a infração à norma regulamentar. Assim, quando o motorista cometa seguidas infrações de trânsito que impliquem um perigo ao bem jurídico (dirigir em velocidade só compatível numa pista de corridas, mas em uma rua estreita; dirigir na contramão em avenida de tráfego intenso e durante o período mais crítico do dia); ou quando se determinar que um operário da construção retire, em meio à tempestade e sem usar luvas e sapatos de material especial ou qualquer isolante corporal, fios elétricos que estejam caídos nos andaimas; ou se autorizar o tráfego de veículos pesados sobre viadutos novos, sem a prévia prova de carga, havendo veículos ou pessoas que circulem em vias que possam ser alcançadas por eventuais desabamentos de seus pilares, etc. Embora, em todos esses exemplos, se possa dizer, então, que a infração regulamentar coincidiu com a lesão objetiva de cuidado, convém observar que isso só ocorreu porque o cuidado imposto normativamente deixou de ser atendido, concretamente, pelo autor. A coincidência das infrações, portanto, não implica que uma possa determinar a outra.

6. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Na doutrina penal moderna, tem-se particularmente salientado, como limitador concreto do dever de cuidado, o chamado *princípio da confiança*. O princípio da confiança foi desenvolvido pela jurisprudência, especialmente, no direito de trânsito. Hoje tem aplicação mais ampla, estendendo-se a todos os setores em

que haja uma atuação conjunta, ou seja, atividades comunitárias ou em divisão de trabalho.⁶⁹⁷ Alguns autores, inclusive, como JAKOBS, o utilizam como critério geral de imputação.⁶⁹⁸

Segundo este princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente.⁶⁹⁹ A consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em pensamentos fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade. Em face disso, pode-se compreender o princípio da confiança sob dois aspectos: como critério limitador do dever concreto de cuidado ou como delimitador do risco autorizado, conforme se dê, respectivamente, maior ênfase à estrutura normativa ou aos contornos empíricos da norma proibitiva. Na verdade, tanto em um como em outro caso, as soluções conduzirão ao mesmo desfecho, que será o de limitar a incidência da norma criminalizadora ao caso concreto. Parece, à primeira vista, que, atendendo à postulação de que o tipo dos delitos culposos está assentado sobre a violação do risco autorizado, se pode dizer que o princípio da confiança implica um critério de delimitação daquele risco, ou seja, a incidência do princípio da confiança impede o reconhecimento de que a ação do agente incrementou ou aumentou o risco de produção do resultado. Este é o raciocínio empreendido por ROXIN e que, talvez, deva prevalecer no doutrina jurídica.⁷⁰⁰ Tendo em vista, porém, esse duplo enfoque, será correto também conservar-se o princípio da confiança no âmbito da estrutura do dever de cuidado, o que poderá implicar ainda uma delimitação da extensão das normas que disciplinam expressamente a atividade arriscada, como, por exemplo, as normas de trânsito. Mas convém observar que, como será absolutamente impossível exigir-se de cada pessoa uma atenção extraordinária, que pudesse ir além daquela que lhe era atribuível, segundo juízo concreto de adequação, este princípio vigora como limitador, precisamente, no âmbito da atividade concreta, quer esteja ou não expressamente disciplinada.⁷⁰¹ Como o princípio da confiança é extraído de uma atividade concreta, convém destacar alguns grupos de casos para dar maior clareza aos seus contornos.

697. ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*, 4ª edição, vol. I, p. 1070; STRATENWERTH, Günther. Nota 126, p. 427; WESSELS-BEULKE, Nota 234, p. 228.

698. JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT*, 2ª edição p. 208 *et seq.*

700. WESSELS-BEULKE, Nota 234, p. 228.

701. ROXIN, Claus. Nota 697, p. 1070.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT*, 2ª edição, p. 208 *et seq.*, entende que o princípio da confiança constitui um critério de exclusão da imputação objetiva e não propriamente um limitador da extensão do dever de cuidado.

6.1. PERIGO POR AÇÃO NATURAL E POR AÇÃO HUMANA

Na elaboração desse princípio, deve-se proceder, previamente, à distinção entre o perigo produzido pelas forças naturais e aquele criado por ação de outra pessoa. Tratando-se de perigo produzido pelas forças naturais (por exemplo, o resultante de inundação ou qualquer calamidade), tem-se estabelecido que vigora o preceito de que todo e qualquer risco deve ser evitado por todos, desde que previsível e não admissível, segundo uma razão mais elevada de utilidade social.⁷⁰² Quando, porém, o perigo provém de atividades humanas singulares, teria aplicação regra inversa: neste caso, o perigo não precisa ser calculado, uma vez que a pessoa humana que o produziu é, por si mesma, responsável por essa produção, de tal modo que toda desgraça, levada a efeito através de sua conduta contrária ao cuidado, lhe deva ser, exclusivamente, computada. Estes critérios são criados a partir de decisões estratificadas dos tribunais alemães. Apesar de expressarem um pensamento bem elaborado, convém esclarecer melhor sua aplicação. Está claro que quando se trate de perigos resultantes de forças naturais, pelo fato mesmo de que não podem ser atribuídos à atuação específica de alguém, devem ser levados em consideração por todos. Ocorre, porém, que esse dever de cuidado que se impõe a todos deve ter uma limitação centrada na intensidade dos perigos que podem resultar diretamente aos bens jurídicos em decorrência de atuação concreta dos agentes diante das condições naturais adversas. Neste caso, não vale uma regra geral de dever. É preciso que se verifique, primeiro, se o dever pode ser atendido fisicamente pelo agente. Por exemplo, diante de um tornado, parece que muitos deveres de cuidado, que poderiam ser exequíveis em outras condições, são de cumprimento impossível, dada a variação que se processa na própria produção do perigo. Dizer-se, por exemplo, que, neste caso, se deve ficar em casa e não na rua, ou que não deve ou se deve dirigir veículos, tem o mesmo significado. Em um terremoto, por exemplo, pode ser adequado deixar as residências, criando-se então um dever de assim se proceder em relação a alunos de uma escola. Mas se o terremoto é de tal intensidade que produz rupturas nas próprias ruas, aquele dever se torna sem sentido. Afinal, qual das atividades será a mais adequada? Cria-se, na verdade, uma situação de conflito insolúvel. Por outro lado, tem-se que verificar até que ponto a questão da utilidade social está ou não associada diretamente à lesão do bem jurídico. O agente só estará obrigado ao cumprimento de um dever de atuação ou de omissão naquelas hipóteses em que essa atividade ou inatividade estejam diretamente associadas à lesão do bem jurídico, não imitando a utilidade social de sua atuação.

Salvo na hipótese de ação conjunta e vinculante, ninguém, em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros. Ao invés, pode até mesmo confiar em que todos os demais atendam aos respectivos deveres de cuidado.⁷⁰³ Modernamente, está associado a esse dever o *princípio de autorresponsabilidade*, que é, na verdade, um critério de limitação da imputação e não, propriamente, de limitação do dever de cuidado. Um exemplo, no qual se estipulam as duas espécies de produção de perigo e as respectivas responsabilidades, é mencionado por STRATENWERTH: deve um motorista contar que certa galeria de estrada se tornou obstruída por detritos de toda ordem, durante longo tempo (perigo ocasionado por ação natural, que todos devem evitar), mas não precisa contar que os encarregados da limpeza dessas galerias e, por elas responsáveis, se omitiram de as desobstruir, contrariando, assim, o dever de cuidado.⁷⁰⁴

6.2. CONDUTA DE OUTREM PROVAVELMENTE PERIGOSA

É preciso considerar que este princípio, que foi elaborado, precisamente, para estabelecer *limitação concreta* do dever de cuidado, não vigora quando, em virtude de *circunstâncias especiais*, resultar absolutamente provável, segundo a experiência da vida diária, que a conduta de outrem lesará o dever de cuidado. Nessas *circunstâncias especiais* situam-se as distrações manifestas, os casos de embriaguez, os defeitos físicos, a idade avançada, a imaturidade, bem como as *condições concretas* da atividade em certa localidade.

Assim, por exemplo, nas localidades onde não se atende à preferência dos veículos vindos da direita (como no Brasil), é indispensável que o condutor cuidadoso não confie em que os outros motoristas executarão, também, condutas cuidadosas.⁷⁰⁵ Igualmente, por exemplo, se o médico-assistente está embriagado, não pode o médico-chefe confiar em que aquele irá efetuar um diagnóstico perfeito ou prescrever o medicamento adequado. Está claro, todavia, que estas circunstâncias não abalam o princípio da confiança, quando não interfiram diretamente na lesão de bem jurídico. Por exemplo, se o médico-assistente é cego, mas sua atuação se limita apenas a escutar os batimentos cardíacos, o médico-chefe pode confiar nas suas informações.

6.3. DEVERES ESPECIAIS DE CONTROLE

Tem-se assentado, também, que não se pode aplicar o princípio da confiança nos

703. STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 427; WELZEL, Hans. Nota 7, p. 191.

704. STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht, AT*, 2ª edição, 1976, p. 314.

705. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 927.

casos em que o dever de cuidado esteja dirigido, exatamente, no sentido de controle, fiscalização e guarda de condutas de outrem,⁷⁰⁶ principalmente quando dizem respeito a ações de crianças ou enfermos mentais ou a realizações difíceis e arriscadas, compreendendo-se aí cirurgias ou experimentos científicos, a utilização de energia nuclear, o trabalho em máquinas de ação automática, etc.⁷⁰⁷ Por exemplo, o engenheiro que é encarregado da supervisão de todos os trabalhos executados em uma obra não pode confiar em que seus supervisionados cumpram seus respectivos deveres, porque a fiscalização se estende também à verificação concreta desse cumprimento. Igualmente, aqui, ainda que o engenheiro tenha como ocupação o controle da atividade dos demais, o seu dever estará limitado à verificação das atividades concretas dos subordinados que estejam diretamente ligadas à lesão do bem jurídico. Por exemplo, o engenheiro que fiscaliza uma escavação não pode confiar em que as estacas de contenção lateral tenham sido colocadas pelos empregados, deve ele mesmo verificar se isto de fato ocorreu. Mas não precisa verificar o número de empregados utilizados na colocação dessas estacas, quanto a isso pode confiar na adequação da mão-de-obra realizada pelo feitor.

6.4. CONDUTA DE OUTREM CONTRÁRIA AO DEVER

Normalmente, diz-se que é irrelevante a alegação da confiança como limitador do dever de cuidado por quem atua, por si mesmo, de modo contrário a esse dever.⁷⁰⁸ Assim, o motorista que dirige pela preferencial, mas em excesso de velocidade, não poderia confiar em que outros atendessem à sua preferência, até porque, ao cruzar uma via preferencial, o motorista que se encontra em via secundária também espera, para calcular o tempo que lhe resta para fazer o cruzamento, que o motorista da preferencial circule em velocidade adequada. Por outro lado, o médico não está, em princípio, encarregado de fiscalizar os atos privativos das enfermeiras, porque pode neles confiar. Contudo, se o médico estiver embriagado e, neste estado, prescrever medicamentos, não poderia confiar em que essas enfermeiras se conduzissem de conformidade com o cuidado exigido, porque, diante da condição do médico, ainda que este prescrevesse os medicamentos corretamente, poderiam as enfermeiras desconfiar da correção de seu ato e, assim, igualmente não cumprir sua determinação. Por sua vez, o engenheiro que não fiscaliza setor de sua responsabilidade não poderia, igualmente, confiar em que seus subordinados o façam cuidadosamente, porque estes poderiam também contar que seus próprios erros

706. Assim, em conclusão, PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 135.

707. MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, AT*, p. 563; STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 428.

708. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 927; MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, AT*, p. 563; STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 429.

passem pelo crivo da fiscalização.

De qualquer modo, esta regra não deve valer de modo absoluto, sendo de se acolher, aqui, a ponderação de ROXIN no sentido de que o importante será determinar o que, efetivamente, produziu o resultado, isto é, se o resultado decorreu ou não da violação ao dever de cuidado. Assim, embora o motorista esteja dirigindo em estado de embriaguez, deve ter excluída sua culpa se o acidente resultar, exclusivamente, do não-atendimento do cuidado pelo outro condutor (por exemplo, que não observa a via preferencial). Neste caso, o emprego do princípio da confiança está justificado em face do critério normativo suplementar de imputação, de se excluir aqui a negligência, se o acidente não puder ser evitado, ainda que o motorista estivesse sóbrio.⁷⁰⁹

Diferente é, todavia, o caso do excesso de velocidade mencionado no parágrafo anterior, que deve ser visto sob outro ângulo. Se o motorista em velocidade normal pudesse evitar o acidente, ainda que o outro houvesse desrespeitado a via preferencial, o princípio da confiança não o socorre, ainda que respaldado pelo critério normativo suplementar da conduta alternativa. É que, neste caso, o resultado foi exclusivamente obra sua, sem a interferência do outro motorista. Como veremos mais adiante, o critério da conduta alternativa é também utilizado em todos os momentos do processo de imputação.

6.5. A PARTICIPAÇÃO CULPOSA EM AÇÃO DE OUTREM

Além dos casos específicos dos delitos culposos, pode-se aplicar, ainda, o princípio da confiança para solucionar questões da participação culposa em ação subsequente de outrem. Esta participação pode ocorrer de duas formas: a) quando a ação subsequente de outrem é culposa; b) quando a ação subsequente é dolosa.

Como se sabe, não é possível a participação culposa em crime doloso, de modo que o autor culposos possa responder como se tivesse em concurso de agentes com o autor doloso. Mas há casos em que o agente atua com violação da norma de cuidado e, em virtude disso, contribui para que outrem possa realizar uma ação dolosa. A questão aqui é determinar se o agente culposos, embora não seja coautor ou partícipe do crime doloso, responde pelo crime culposos correspondente e até que medida isto realmente é admissível.

JESCHECK entende, por exemplo, que, nesta matéria, devem ser diferenciados dois grupos de casos: a) no primeiro caso, a infração ao dever de cuidado já congrega em si mesma o perigo de verificação do resultado típico; b) no segundo caso, a infração

709. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 928.

ao dever de cuidado não constitui um risco juridicamente abusivo.⁷¹⁰

No primeiro caso, tratar-se-ia de comportamento de tal forma desatento que o agente efetivamente poderia prever, sem maiores problemas, o resultado típico. Assim, por exemplo, realizaria o tipo do delito culposos de homicídio o farmacêutico que tivesse vendido ao homicida, mediante infração à norma de cuidado, a substância venenosa, sabendo que esta era altamente perigosa e que só poderia ser fornecida sob estrita vigilância e teria restrita aplicação terapêutica. Da mesma forma, seria autor de delito culposos de homicídio o médico que liberasse da internação um paciente psicopata, sem a cautela de comunicar o fato a seus familiares, embora soubesse que aquele poderia assassinar, como o fez, sua própria família, porque isto lhe fora repetidas vezes relatado.⁷¹¹ Seria ainda autor do crime culposos de homicídio aquele que emprestasse seu automóvel para que outrem o dirigisse, embora não tivesse para isso habilitado e nessa condição (lesando a norma de cuidado) atropelasse e matasse um pedestre. Em todas essas hipóteses, a atuação subsequente dolosa ou culposa seria manifesta, e o agente, ao saber dessas circunstâncias, infringiria, por sua vez, grosseiramente uma norma de cuidado relativa ao exercício de atividade que lhe era própria.

No segundo caso (em que a violação da norma de cuidado não constitui um risco desmedido), o agente só seria responsável pelo delito culposos, se tivesse um conhecimento especial acerca das circunstâncias, do contrário restaria impune, por não ser permitido um regresso causal infinito.

Ainda que o critério utilizado por JESCHECK seja válido como forma de particularizar a extensão da violação do dever de cuidado e poder, assim, equacionar melhor as delimitações da responsabilidade do autor antecedente, convém proceder-se, nestes dois casos, a uma diferenciação entre as atividades dolosas e culposas relativas à atuação subsequente.

Quando se trate de atuação dolosa subsequente, o critério a ser usado deve atender aos mesmos parâmetros do princípio da confiança que vigoram nos casos em que o autor antecedente atua cuidadosamente. Aquele que atua cuidadosamente, salvo em casos especiais, não precisa preocupar-se com o fato de que outrem possa atuar dolosamente.⁷¹² Os casos especiais são justamente aqueles nos quais é manifesta a atuação dolosa de outrem.

Por exemplo, o caso do farmacêutico tem que ser desdobrado em algumas variantes.

710. JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 572 et seq.

711. JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 573.

712. JESCHECK-WEIGEND. Nota 126, p. 430.

Se ele tivesse tomado todas as precauções na venda do veneno, não precisaria preocupar-se com que essa substância pudesse ser utilizada para matar uma pessoa pelo comprador. Sua atuação se situaria dentro do dever de cuidado e isso não lhe poderia prejudicar. Problemática é a hipótese em que o comprador já demonstrasse a inequívoca intenção de utilizar o veneno para matar. Aqui, como era manifesta a intenção quanto à lesão de bem jurídico, se poderia dizer que o farmacêutico não poderia invocar em seu favor o princípio da confiança, independentemente se atuara cuidadosa ou descuidadamente quanto à exigência de receita ou quanto à identificação do medicamento.

Convém, no entanto, analisar melhor a última hipótese. A pergunta que daí resultaria seria a seguinte: está o farmacêutico obrigado a verificar, quando vender qualquer medicamento, a intenção do comprador? Em princípio, a resposta seria negativa. Não se insere, no dever do farmacêutico, o dever de verificar a intenção do comprador de seus remédios, até porque este comprador poderá fazer com o medicamento o que bem entenda, tudo dentro de sua própria atuação e responsabilidade. Mas, e se o comprador manifestar sua intenção de matar? Neste caso, a atuação do farmacêutico deverá ser apreciada sob outras regras: se a atuação do farmacêutico de entregar ao comprador o medicamento constituir um recurso indispensável para a consecução do plano criminoso subsequente, pode-se-lhe imputar o resultado morte, a título de culpa, porque sua atuação constituiria uma contribuição idônea para a realização desse delito doloso, de modo a se poder dizer que, com isso, violou também uma norma de cuidado, a de não fornecer instrumentos idôneos para a consecução de resultados lesivos subsequentes, quando estes resultados dependem de sua conduta; se, porém, a atuação do farmacêutico se situar apenas como mais uma via de consecução do delito subsequente, além de outras, sua conduta não teria um grau de idoneidade suficiente para servir de suporte à produção do resultado, podendo, então, invocar em seu favor o princípio da confiança.

Quando se trate, por outro lado, de atuação culposa subsequente, o emprego do princípio da confiança apresenta contornos distintos. Para esses casos, que se referem a acontecimentos em que não se concretiza um objetivo diretamente contrário à norma, é sempre mais fácil prever-se uma conduta descuidada ou cuidadosa subsequente do que para os fatos dolosos, em que a relação volitiva se encaminha no sentido oposto à proibição legal. É o que se dá na entrega da direção do automóvel a uma pessoa incapacitada de exercer essa atividade, porquanto será sempre possível prever-se que, da sua execução, algum resultado indesejado pode decorrer. Neste aspecto, quando a atuação do sujeito for descuidada, mas não constituir um risco desmedido, deve ser atendida a ponderação do dano.

JESCHECK, de que só haverá realização do tipo culposo se a produção do resultado subsequente (aquele que o agente cometer culposamente), for não apenas uma consequência possível, mas, principalmente, seu único fim possível.⁷¹³ Assim, por exemplo, só realizará o tipo culposo de lesão, por omissão, o dono do bar que vender bebida alcoólica a um motorista que vem a atropelar e ferir um pedestre, caso aquele já demonstre não estar mais em condições de dirigir e responder por seus atos.⁷¹⁴ Neste exemplo, tanto a atuação descuidada do motorista quanto o resultado eram mais do que previsíveis e a conduta do dono do bar, servindo mais bebida ao motorista, contribuiu para sua atuação culposa subsequente, caso o resultado do acidente tenha decorrido, está claro, da embriaguez do motorista e não de outros fatores. Aqui não pode ele invocar o princípio da confiança.

Por outro lado, relativamente aos fatos dolosos subsequentes, torna-se insuficiente o critério da simples previsibilidade, pois com ele se tornaria impraticável qualquer atividade social, já que tudo pode ser previsível em termos abstratos. Tratando-se de ações dolosas de outrem, o critério da previsibilidade deve ser modificado mediante o uso do princípio da confiança, no sentido de que esta confiança possa ter maior extensão do que normalmente conteria em se tratando de fatos culposos subsequentes de outrem. Em face disso, somente quando se possa reconhecer que a conduta de terceiro se dirige, *direta e imediatamente*, no sentido de um crime doloso e que a atuação do agente seja meio idôneo para sua consecução, é que não se pode nela confiar, daí resultando, como consequência, um delito culposo autônomo.

Nesse contexto, pode ser solucionada uma série de fatos, que até hoje perambulam na culpabilidade, como, por exemplo, da pessoa que empresta um revólver a seu amigo para ser por este utilizado em defesa pessoal, diante de atos de roubo, mas que é surpreendida ao saber que fora utilizado para matar, por motivo de pura vingança; ou do comerciante que vende soda cáustica a uma dona de casa e esta vem a empregá-la para envenenar o marido.

A mera solução de previsibilidade não basta para caracterizar o tipo de injusto desses fatos, pois, dependendo da situação, era o fato previsível, mas não se poderia reconhecer que fosse o objetivo imediato do sujeito. Nestes casos, pode-se dizer que ao sujeito não se poderia exigir uma ponderação acerca da inevitabilidade do resultado, como extensão do dever preliminar de reconhecimento do perigo. É que, em se tratando de ação dolosa de outrem, o dever de evitar o resultado só opera quando a

713. STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 430. Confira. JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des*

ação do agente constitua uma contribuição inequívoca para produção do resultado.

A adoção da tese da previsibilidade se torna ainda mais discutível em casos de exercício profissional. Por exemplo, o médico psiquiatra, perante o qual o paciente se trata de crise nervosa e passional, prescreve-lhe fortes calmantes, sem submetê-lo, contudo, a isolamento. Se os calmantes não são adequadamente tomados, vindo o paciente a cometer homicídio, porque os ministrou em grande quantidade à sua mulher, está claro que, aqui, diante da crise emocional, era previsível tal desfecho, mas o médico não o poderia evitar, sob pena de não exercer mais sua profissão.

Se o médico prescrever o medicamento adequado e específico, não tendo diante de si um quadro reconhecível de imediato homicídio, pode confiar em que seu paciente seguirá o tratamento ministrado. Veja-se que esta hipótese é diversa daquela mencionada mais atrás, na qual o médico toma conhecimento de que o paciente está decidido a exterminar sua família, mas, mesmo assim, o desinterna e não avisa seus familiares sobre o seu real estado de saúde. Neste último caso, como já se disse, não será possível aplicar-se o princípio da confiança, porque a própria atividade do médico é, em si mesma, descuidada e associada diretamente à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico. Ao médico psiquiatra não incumbe apenas administrar medicamentos ou fazer diagnósticos dentro das normas profissionais específicas, mas também verificar os efeitos de seus atos, tendo em vista os perigos representados pelo transtorno mental do paciente e as atividades que dele se possam esperar.

Para se afirmar que existe um quadro reconhecível de atividade contrária à esperada, será sempre necessário fazer-se uma análise do contexto no qual a atividade se desenvolve, levando-se, então, em conta a exteriorização de desejos, a expressão referencial a tal ato e outras condições objetivas indicadoras dessa conduta. A razão de ser do emprego do princípio da confiança, nesses casos, radica precisamente na necessidade de se limitar o dever de cuidado dos delitos culposos, tendo por base uma fórmula coincidente e harmônica para com os delitos dolosos. Uma vez que se trata de fatos nos quais se mesclam duas atividades, uma negligente e outra dolosa, o que valer para os fatos dolosos, deve também valer para os culposos. Assim como nos delitos dolosos não se reconhece instigação quando o agente principal já estiver decidido acerca do fato (*omnimodo facturus*),⁷¹⁵ também não se deve reconhecer delito culposo quando, através de uma conduta, se tenha fornecido ao sujeito principal, já decidido acerca desse fato, apenas um meio para cometê-lo.⁷¹⁶

715. BATISTA, Nilo. *Curso de agentes*, 2008, p. 184; BLEI, Hermann. *Strafrecht I*, p. 251; Paal Bockelmann, Nota 7, p. 185; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, p. 248; JESCHECK-WEIGEND, Nota 7, p. 689; MAURACH, Reinhard. *Deutsches Strafrecht, AT*, p. 687; STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 342; WESSELS-BEULKE. Nota 234, p. 185.

7. A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO

7.1. A QUESTÃO DO RESULTADO

Nos delitos de mera atividade, o tipo de injusto culposo quase sempre estará preenchido com a lesão ao dever de cuidado, na forma e nas condições ali descritas. Nestes delitos, toda tarefa valorativa incidente sobre o fato se resume, praticamente, no que se convencionou chamar de “desvalor do ato”. Nos delitos de resultado, entretanto, o tipo de injusto culposo é complementado com a verificação desse resultado, que se caracteriza por ser um acontecimento material abstratamente separável da ação típica, segundo juízo naturalístico.⁷¹⁷ A afirmação, entretanto, de que, nos delitos culposos de mera atividade, a realização do tipo se reduz à infração à norma de cuidado não implica adotar-se um simples juízo objetivo de constatação, mas, como já assinalado atrás, submetê-los aos controles normativos adequados que estão inseridos nos desdobramentos da norma mandamental.

Por sua vez, não se deve tratar o resultado nem como lesão ao comando normativo nem como lesão ao bem jurídico. A lesão ao mandamento normativo pode-se configurar através da produção de perigo ou de dano ao bem jurídico. O perigo e o dano, porém, não se confundem com o resultado, embora possam identificar-se com ele, algumas vezes. Assim, nos delitos de perigo, o resultado será quase sempre identificado com um perigo concreto; nos delitos de dano, o resultado será visto dentro da lesão material efetiva. Pode haver, entretanto, fatos em que a produção do resultado não corresponde à característica dos delitos e não é identificado com a forma de ofensa ao bem jurídico. Nas formas qualificadas dos delitos de perigo comum, por exemplo, em que se prevê o cometimento culposo do delito básico, com resultado de perigo, que conduz à produção de resultado de dano, dentro de um contexto geral de perigo, expressa-se, de modo claro, esta diferença. Aqui, o resultado morte ou lesão corporal (resultados individualizados), apesar de danosos, são capitulados não como dano, mas como perigo ao bem jurídico denominado “incolumidade pública” (por exemplo, art. 267, § 2º). O mesmo se dá na modalidade culposa do crime de epidemia (art. 267, § 2º), na qual se verifica um resultado de dano (epidemia), que, no contexto geral, constitui um perigo à saúde pública. Nestas hipóteses, o resultado não se confunde com a lesão ao bem jurídico, o que

WEIGEND (Nota 7, p. 574), para quem ela não deve prevalecer quando haja pontos de contacto indicativos de que a conduta do agente irá auxiliar o cometimento do crime doloso de outrem. Esta crítica, contudo, não tira validade à limitação proposta, porque, evidentemente, se for reconhecível à primeira vista o cometimento de fato doloso de outrem, ao qual será agregada a atuação do agente, cai por terra igualmente o princípio da confiança. Ocorre, porém, que, em se tratando de fato doloso de outrem, a adoção desse princípio deve subordinar-se a regras menos rígidas daquelas vigorantes para fatos culposos de terceiro.

mostra a distinção que se deve fazer entre a produção do resultado, como característica do próprio tipo de delito e a lesão ao bem jurídico, como elemento do injusto. Está claro que tudo isso também deverá estar na dependência da caracterização de determinados bens jurídicos coletivos, como a incolumidade pública ou a saúde pública, que apresentam disparidades quanto à sua constituição e que devem estar associados a um bem jurídico pessoal, para que possam valer como bens jurídicos. Mesmo nessa hipótese de não reconhecimento de um bem jurídico coletivo, que é correta, porque os bens jurídicos devem permitir uma verificação empírica de seu conteúdo, o que não ocorre com os chamados bens coletivos espiritualizados, é sempre possível proceder-se à separação entre resultado de dano e lesão de bem jurídico. Voltando ao tema da "incolumidade pública", podemos dizer que esse bem jurídico, ainda que a doutrina o considere como coletivo, na realidade, está vinculado diretamente a bens pessoais ou, pelo menos, é passível de uma reflexão a partir da pessoa, em face de perigos que lhe possam afetar de um modo geral. Isso não implica, assim, a constituição de um bem jurídico coletivo, abstrato e incompreensível, salvo sob ponto de vista estritamente normativo, como uma imitação de um suposto "inconsciente coletivo". O bem, aqui, é referenciado à pessoa e pode ser comprovado empiricamente pela demonstração de que é passível de sofrer perigo derivado de ações concretas de perigo ou de dano individualizado. Quando se fala, por exemplo, que o perigo, aqui, atinge um número indeterminado de pessoas, isso quer dizer que esse perigo é de tal intensidade que pode se espalhar além da vítima concretamente afetada. Mas, de qualquer forma, está sempre vinculado a uma vítima concreta. No crime de explosão, por exemplo, se no local não houver pessoa alguma e ali nem poderia estar qualquer pessoa, por lhe ser vedado o acesso naquele momento, está claro que o perigo, ainda que abstrato, era impossível de concretizar-se, ou melhor, a falta de uma possível relação com uma pessoa concreta, qualquer de seja, descaracteriza a presunção de perigo resultante da ação. Apesar de alguns autores modernos darem maior atenção à ação descuidada e, assim, orientarem-se pelo desvalor da ação, vendo, no resultado, unicamente um "momento fortuito"⁷¹⁸ ou até mesmo uma "condição objetiva de punibilidade",⁷¹⁹ será mais correto proceder-se a uma prévia diferenciação, para tal efeito, entre delitos de resultado e de mera atividade. Nos delitos de resultado, este integra

718. WELZEL, Hans. *Nota 7*, p. 184 et seq.; BINAVINCE, Emilio. *Die vier Momente der Fahrlässigkeitselemente*, p. 222.

719. ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 341 et seq.; KAUFMANN, Armin. "Das fahrlässige Delikt", in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, p. 41; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*, p. 606; VANNINI, Ottavio. *Trattato di diritto penale*, vol. 1, p. 100.

necessariamente o tipo como seu elemento essencial e, portanto, jamais poderá ser tomado como simples elemento referencial da punibilidade. O correto será, pois, fundar-se o tipo tanto na infração à norma de cuidado quanto na imputação do resultado. A necessidade da determinação de uma medida de imputação, aferida objetivamente, corresponde ao princípio da lesividade, como condição essencial do direito penal de um Estado democrático.⁷²⁰

Dentro do contexto do fato culposo, assim como nos delitos dolosos, ambos os conceitos "ação" e "resultado" se vinculam, reciprocamente, de maneira que se torna absolutamente impossível dizer-se que este se sobrepõe àquela, ou vice-versa. Esta compreensão mútua corresponde exatamente à estrutura da norma, que se esgota na proibição de ações e resultados, como condição à precisa delimitação dos setores do lícito e do ilícito, bem como na dimensão das formas de ofensa ao bem jurídico respectivo. Assim, a determinação das zonas do lícito e do ilícito, que se projetam e se medem de conformidade com a forma de ataque ao bem jurídico, sempre se concretiza ou na própria ação perigosa, ou em resultados de dano ou perigo. Embora o resultado dos delitos culposos não esteja vinculado à relação volitiva, não pode ser descartado de consideração na norma penal.⁷²¹ Deve-se ponderar, ademais, que essa divisão entre crimes de mera atividade e de resultado é mais didática do que científica, porque, no fundo, se considerarmos por resultado uma alteração no mundo exterior, todos os crimes produzem resultados. As condutas, uma vez projetadas no espaço, produzem alterações empíricas. Mesmo aquelas que são simplesmente normativas, têm também seu componente empírico, real ou possível. Nos crimes omissivos, por seu turno, que não têm uma conduta empiricamente manifestada no mundo exterior, há, de qualquer forma, uma referência empírica a um resultado indesejado e pelo que se atribui ao sujeito a responsabilidade de não o haver evitado, suscitando, com isso, também a discussão se era ele evitável ou não. Podemos dizer, então, que os crimes de resultado seriam aqueles em que a alteração no mundo exterior se apresenta como manifesta, de modo a ser possível distingui-la do procedimento que a produz, enquanto que os de mera atividade seriam aqueles nos quais a alteração exterior se confunde com o próprio processo de sua produção. Isso será importante, porque facilitará a identificação das ações inidôneas a gerarem um perigo ou um dano ao bem jurídico.

720. Assim, também, figurando a lesividade como fundamento de qualquer incriminação, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 91 et seq.

721. Assim, também, BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penal*, vol. II, p. 119; FRAGOSO, Helene. *Lições de direito penal*, pp. p. 243. "O resultado é elemento do tipo dos crimes culposos e não condição objetiva de punibilidade, ao contrário do que afirmam alguns autores. E isto porque a previsibilidade do resultado constitui elemento fundamental para a ilicitude e a culpabilidade dos crimes culposos". *Tratado de direito penal*, vol. 1, p. 100.

7.2. A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Como corolário do disposto no art. 13 do Código Penal, o primeiro pressuposto para que o tipo de injusto dos delitos culposos de resultado seja preenchido, integralmente, é que esse resultado tenha sido causado pelo autor.

Na determinação do conceito ou da qualificação de causa, deve-se partir, primeiramente, de dados empíricos, formulados logicamente de conformidade com a teoria da equivalência das condições. Neste primeiro momento, causa será, com efeito, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Não importa, nesta aferição, que o agente não tenha querido o resultado, bastando que, através do critério de eliminação hipotética, se caracterize que, excluída mentalmente a ação, automaticamente se excluirá o resultado.

Já neste primeiro momento, porém, a teoria da equivalência das condições deve sofrer algumas correções, a fim de torná-la adequada a estabelecer uma causalidade que possa ser juridicamente operante, isto é, uma causalidade em torno de ações humanas.

Assim, por exemplo, se A e B injetam em C, ao mesmo tempo, idêntica quantidade de veneno, cada qual suficiente para produzir-lhe a morte, esse resultado mostrar-se-á duvidoso em face do critério puro e simples da eliminação hipotética de cada ação respectiva, pois, excluída uma delas, ainda haverá a permanência da morte. Aqui se deve, então, orientar a causalidade por meio de critério suplementar, de que, havendo concorrido para o resultado várias ações, cada uma suficiente para acarretá-lo, é de se afirmar também a causalidade, quando, eliminadas todas elas, incontinenti torna-se eliminado o resultado.⁷²² Este raciocínio independe se o fato é doloso ou culposo.

A questão se torna complexa, entretanto, ao se tratar da investigação da causalidade no âmbito dos órgãos diretivos de empresas. Por exemplo, o conselho de certa empresa resolve, por maioria, que devem ser lançados, na rede pluvial, os dejetos de uma substância tóxica por ela produzida, de cujo contacto resultam graves alterações na saúde de algumas pessoas. Tendo em vista apenas razões de política criminal no sentido de não permitir que tal fato fique impune, a jurisprudência e a doutrina europeias trabalham, nesta hipótese, com o critério de uma "causalidade geral", que, segundo o princípio da exclusão, fornecido pelo Supremo Tribunal da Alemanha, seria constituída de "princípios da experiência que servem de base, no caso concreto, à constatação da causalidade e que normalmente tornam de

tal forma provável a relação entre causa e efeito que autorizam, razoavelmente, excluir-lhe as dúvidas.⁷²³

Essa noção de causalidade, contudo, tem gerado enormes controvérsias. Primeiramente, faz *tabula rasa* de todos os conhecimentos empíricos sobre a produção dos fenômenos. Depois, desconhece a subordinação das normas penais ao princípio constitucional da presunção de inocência. Não possibilita, ademais, excluir da relação de causalidade aquela contribuição que, efetivamente, só por mera fantasia poderá ser nela inserida. Finalmente, nos termos assinalados por KLAUS VOLK, torna impossível a distinção entre delitos de resultado e de mera atividade, porque subordina a produção do resultado exclusivamente a um juízo negativo, calcado na exclusão de dúvidas e não, propriamente, na afirmação de um evento naturalmente separável da ação.⁷²⁴

Aqui se trata, conforme a expressão de HASSEMER, de uma "caixa preta", daquelas utilizadas pelos mágicos, na qual tudo se joga e da qual tudo pode sair, menos uma conclusão racional. Uma vez que o processo de produção do resultado não possa ser demonstrado empiricamente em suas origens, dar-se-á uma imputação cega *contra reum*.⁷²⁵

Aplicando-se a casos dessa natureza (ao caso da decisão empresarial por maioria, acima relatada) a teoria da equivalência das condições, chega-se a um impasse. Ao eliminar-se, por exemplo, a contribuição causal do acionista divergente, não haverá eliminação do resultado, pois o critério da eliminação mental só afirma a causalidade se conduzir, hipoteticamente, à negação do resultado, mas não quando o resultado permanecer. Esta conclusão, porém, ocorrerá, também, com relação aos demais acionistas: eliminada cada uma das ações individuais dos membros do conselho, o resultado permanece, quer dizer, em ambos os casos não se poderia afirmar a causalidade. Pelos dados apresentados, a impressão que se tem é que, aqui, estão presentes os mesmos elementos da chamada causalidade alternativa: eliminadas, alternativamente, as contribuições, o resultado permanece, mas se forem eliminadas as condições (no caso a resolução do conselho) em sua totalidade, o resultado fica de fora, pelo que se conclui que a ação coletiva do conselho fora causa do resultado (a lesão corporal por ofensa à saúde).

723. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 140.

724. VOLK, Klaus. "Kausalität im Strafrecht", in NSZ, 1996, p. 105-152.

725. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 146. Embora HASSEMER tenha usado a expressão "caixa preta" para se opor ao raciocínio articulado, especificamente, no caso do "aerosol" empregado para a proteção e limpeza de couro e do qual resultaram alterações na saúde dos consumidores, no fundo, seus argumentos dizem respeito aos fundamentos da decisão do Supremo Tribunal alemão quanto à caracterização da causalidade pelo princípio da exclusão, daí sua referência também à hipótese de ações coletivas.

Ocorre, porém, que, neste conselho, havia uma conduta que era contrária a lançar dejetos tóxicos na rede pluvial. Atribuir a esta conduta individual a qualidade de causa, independentemente de se argumentar com a violação de qualquer preceito de justiça, constitui um absurdo, porque justamente essa conduta se dirigiu contra a atuação causal, no sentido de evitar o resultado, ou seja, não será possível empiricamente se compreender como causalidade uma condição que se oponha à produção do resultado. Poder-se-á objetar, então, que a questão envolve aqui a proteção de bens jurídicos relevantes, que foram lesados pela ação conjunta do conselho. Ocorre, porém, que a invocação da proteção de bens jurídicos não pode servir de pretexto para se eliminar da realidade uma condição empírica, que se dirigia justamente no sentido de evitar sua violação. Estabelecer a distinção, portanto, entre condições positivas e condições negativas do resultado corresponde a uma exigência indeclinável de uma ordem jurídica que tenha por base a preservação da liberdade individual e a perfeita identificação de como se projetou, na realidade, o exercício dessa liberdade, na medida em que se reconheça à pessoa uma função diferenciada no mundo em que vive.

Independentemente dessa fundamentação acerca do reconhecimento da individualidade do comportamento da pessoa humana, como exigência da ordem jurídica, pode-se também proceder aqui com outros argumentos puramente empíricos, aptos a demonstrar a necessidade dessa individualização.

Dizia DAVIDSON que a teoria da causalidade é apenas uma explicação de acontecimentos para trazer o fenômeno ao âmbito da racionalidade.⁷²⁶ Trata-se, pois, de encontrar uma fórmula pela qual se possa, racionalmente, distribuir a responsabilidade entre os que, efetivamente, no sentido natural, empreenderam uma condição para o resultado e dela se excluir aquele que não o fez, ou o fez de modo contrário, ainda que sua atividade não tenha impedido o evento.

Tomando por base este raciocínio, podemos utilizar aqui a fórmula de MAXWELL, sugerida por ERNST NAGEL, de que "a diferença entre um evento e outro não depende da mera inferência dos tempos e dos lugares nos quais se produzem, mas somente das diferenças de natureza, configuração ou movimento dos corpos implicados."⁷²⁷ Isto quer dizer que para a determinação da causalidade, ainda no âmbito da teoria da equivalência das condições, não se pode inferir o resultado tão-só de uma sequência lógica contrafática, mas levando em conta a *natureza* e a *qualidade* da condição.

No conselho diretivo da empresa, no qual fora votada a resolução de lançar os

726. DAVIDSON, Donald. *Handlung und Ereignis*, 1998, p. 302 et seq.
727. NAGEL, Ernst. *La estructura de la ciencia*, tradução espanhola, Paídos: Barcelona, 1991, p. 295 et seq.; MAXWELL, James Clerk. *Matter and Motion*, N. York: Dover, 1961.

dejetos tóxicos na rede pluvial, havia duas séries de condições de natureza diversa: as que foram a favor e a que foi contra essa resolução. Ao proceder-se ao critério da eliminação hipotética, a solução só será empiricamente correta, se forem tomadas distintamente as condições que se manifestaram no conselho, isto é, agrupando, de um lado, as favoráveis (as ações daqueles que votaram a favor) e, de outro, a desfavorável (a ação do que votou contra), para montar duas cadeias causais diversificadas. Aplicando-se à primeira cadeia o critério da eliminação hipotética, teremos o seguinte desfecho: eliminadas as condições favoráveis (daqueles que votaram a favor), o resultado será também excluído; eliminada, por sua vez, a condição desfavorável (daquele que votou contra), o resultado permanece. Quer dizer, as condições favoráveis (dos que votaram a favor da resolução) foram causa do resultado, a outra desfavorável não o foi. Esta é a única maneira de poder fazer da relação de causalidade um processo de demonstração empírica correto. Caso contrário, estar-se-á trabalhando com a "caixa preta" de que fala HASSEMER.⁷²⁸

Uma outra questão delicada na causalidade, que sugere, inclusive, uma suavização de seu processo pelo princípio da confiança, como já explicado anteriormente, é a que se refere ao chamado *regresso infinito*. O tratamento do *regresso infinito* tem preocupado muito a doutrina, que sempre está oferecendo fórmulas e critérios para delimitá-lo.⁷²⁹ Neste sentido, nosso Código Penal, seguindo uma linha baseada em critério de adequação, já dispõe, no parágrafo único do art. 13, de uma regra especial sobre a causalidade superveniente. Neste caso, considera suficiente eliminar a causalidade antecedente, quando a superveniente tenha, por si só, isto é, sem a participação contínua da antecedente, produzido o resultado. Apesar de os autores do projeto que deu origem ao código haverem entendido que com essa fórmula solucionaríamos, definitivamente, os inúmeros problemas que se produzem no desdobramento do processo causal, diversas outras questões continuam sem solução, daí a necessidade de se ajustarem critérios para melhor equacioná-las. Como estes critérios, no entanto, já não mais pertencem ao âmbito da estrita relação de causalidade, que é inferida, em nosso direito positivo, de conformidade com a teoria da equivalência das condições, mas de argumentos que dizem respeito aos próprios fundamentos do injusto, podemos considerá-los como verdadeiros critérios normativos de imputação.

728. Também crítico quanto a isto, SCHULZ, Lorenz. "Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung. Materielle und prozessrechtliche Aspekte", in *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, org. Weyma Lübbe, Berlin - N. York, 1994, p. 41 et seq.

729. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1996, p. 31, por exemplo, contempla a questão da proibição de *regresso* como elemento da imputação objetiva, salientando quanto a isto, que "um comportamento que de modo estereotipado é inócuo não constitui participação".

7.3. A IMPUTAÇÃO NORMATIVA

Atendendo a uma sistematização proposta por LACKNER/KÜHL, podemos classificar os critérios normativos de imputação em quatro grupos: a) critérios de delimitação da própria causalidade; b) critérios de delimitação com base no fim de proteção da norma; c) critérios de imputação objetiva; d) critérios de delimitação com base na qualidade da ação.⁷³⁰

Com estes quatro grupos de critérios, o que se pretende é equacionar a questão da relação, nos delitos culposos, entre a produção do resultado e a infração do dever de cuidado (*conexão de dever de cuidado*), que deve ser levada em conta em todas as condições em que se desenvolve o processo causal, inclusive no que toca ao regresso infinito.

Todos esses critérios podem ser utilizados conjunta ou separadamente, em uma sequência de etapas necessárias a fixar, com nitidez, os contornos do injusto. Na exposição que se segue, procura-se elaborar uma classificação desses critérios, atendendo a seus pressupostos lógicos e ao entendimento da doutrina. Uma vez excluída validamente a imputação, no caso concreto, em virtude da incidência de um deles, não há necessidade, salvo como reforço de argumento, da invocação de outros. Poder-se-iam, é verdade, em face do sistema do Código Penal, tomar em conta apenas os critérios de delimitação da própria causalidade. Ocorre, porém, que nem sempre se poderá dar uma solução satisfatória ao perfeito equacionamento do caso concreto sem o socorro das demais proposições, muitas das quais ainda em desenvolvimento, mas válidas na medida em que podem limitar o sistema de imputação. Vê-se, então, que a imputação normativa não deve ser encarada como um fundamento para a responsabilidade, mas em função de seu desempenho para limitar a extensão do processo causal, que se desenvolve entre a ação descuidada e o resultado típico. Dá-se a dizer que todos os critérios da imputação normativa são, no fundo, critérios garantistas, que minimizam a imputação normativa são, liberdade humana.

7.3.1. CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DA PRÓPRIA CAUSALIDADE

A causalidade entrou em crise nas ciências naturais a partir da formulação das leis da termodinâmica e, conseqüentemente, com a equação do princípio da entropia e, principalmente, com as formulações da teoria quântica, que, com base nas proposições teóricas de HEISENBERG sobre o princípio da indeterminação, conduziram à sua descaracterização como lei geral. Apesar disso, as próprias ciências

730. LACKNER-KÜHL. *Strafgesetzbuch*, 24ª edição. München: Beck, 1980.

naturais, como informa SCHEIBE, estão reabilitando o princípio da causalidade, acreditando ainda que os fenômenos estejam vinculados a relações constantes e funcionais de causa e efeito.⁷³¹

No direito penal, em particular, não interessa, em princípio, o dissídio científico em torno da causalidade. Aqui, a causalidade deve funcionar como primeiro critério delimitativo da intervenção do poder punitivo. Como, entretanto, a teoria explicativa da causalidade, adotada pelo direito positivo, induz a sequências infinitas, torna-se necessário proceder-se a uma limitação dessa extensão. Como critérios limitativos da causalidade podem ser invocados os a) da causalidade típica; b) do comportamento alternativo; c) da causalidade funcional; d) da cláusula *ceteris paribus*.

7.3.1.1. A causalidade típica

O art. 13 do Código Penal não se resumiu a trabalhar unicamente com uma causalidade natural, fundada na teoria da equivalência das condições. Ao afirmar, categoricamente, no início de sua redação, que o "resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa", quer com isso significar que o processo da causalidade está não só influenciado pelos dados empíricos, mas que também se condiciona à caracterização do tipo de crime de resultado. Adota-se, portanto, no próprio Código Penal, um conceito complexo de causalidade, compreendendo tanto a causalidade natural, quanto a causalidade típica.

Depois de haver superado a angústia de ajustar a relação de causalidade, configurada como uma relação de necessidade entre os fenômenos no sentido de uma lei natural, à sua configuração teórica, a explicação científica tem seguido caminhos cada vez mais complexos, principalmente nas ciências sociais. Pelas suas próprias características, a causalidade típica não pode ser compreendida, portanto, exclusivamente, pelos princípios e critérios propostos nas ciências naturais ou empíricas, cujos resultados estão sempre na dependência de uma demonstração material. Em lugar disso, a causalidade típica se agasalha, normalmente, em postulados qualitativos, que estão melhor configurados nas ciências hermenêuticas ou de interpretação.⁷³² Isto está de acordo, inclusive, com as modernas elaborações sobre

731. SCHEIBE, Erhard. *Die Philosophie der Physiker*, p. 209.

732. A inclusão da causalidade na própria tipicidade já fora compreendida por BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Mohr, 1906, p. 208, que assim se expressa: "Mas também a posição sistemática da causalidade se tornou mais clara: não pertence ela à teoria da ação, mas à teoria do tipo e, na verdade, ao tipo material". Defendendo uma causalidade adequada ao tipo, também, ENGLISH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Mohr, 1931, p. 21, embora disso passe a inferir um conceito de causalidade natural, muito usado na jurisprudência alemã e que, no fundo, corresponde ao princípio da causa eficiente. No campo da filosofia do direito, seguindo uma linha neokantiana, acentua, por exemplo, entre nós, REALE, Miguel, *O Direito como experiência*, p. 157, que "a estrutura dos fenômenos sociais apresenta, com efeito, características inconfundíveis com as dos fenômenos físicos e biológicos, de tal sorte que ao conceito de causalidade sócio-cultural devem corresponder métodos, princípios e técnicas de investigação próprios do conhecimento".

a causalidade, que a distinguem, por um lado, sob o aspecto de sua organicidade, situada no plano de uma *lei natural* (o chamado caráter nomológico da causalidade) e, por outro lado, sob o aspecto de sua *explicação* (o chamado caráter argumentativo da causalidade). Não fosse esta distinção, se tornariam impossíveis, por exemplo, todas as explicações causais dos fenômenos históricos, os quais não podem ser repetidos empiricamente e nem se submetem a uma individualização, porquanto concorrem, simultaneamente, com outros inúmeros fatores.⁷³³

A distinção entre uma causalidade natural e uma causalidade típica corresponde, por outro lado, a um objetivo próprio do direito penal, quer dizer, os elementos que compõem o tipo de delito devem ser vistos dialeticamente, de modo a conjungam tanto fatores do mundo humano-social (comunicativo), quanto categorias normativas, em etapas necessárias de medição e delimitação do poder de punir. Mesmo no tipo de injusto, a análise da conduta não pode ser efetuada, exclusivamente, no plano normativo. Pelo contrário, o normativo só terá validade na medida em que se ajuste aos elementos do agir comunicativo. Mas este, por seu turno, só será adequado se puder proporcionar aos critérios normativos uma delimitação do poder de punir. A configuração da conduta a partir de elementos comunicativos, embora seja decisiva como limite inicial da criminalização, não pode ser tomada isoladamente. Assim, diversamente do que entendem os partidários do finalismo, a recepção, no tipo de delito, de dados comuns, configuradores da conduta humano-social, segundo a aceção de um agir comunicativo, constitui apenas uma etapa de sua normatização, mas não seu condicionante definitivo. Se o legislador quer tipificar uma conduta, não basta atender aos seus substratos comunicativos. Mais do que isso, deve verificar, também, de que forma esses elementos fáticos podem ser recepcionados no tipo, de modo a não comprometer as garantias centradas na proteção da pessoa humana. O desdobramento da ação como atividade típica se reflete, por outro lado, também no âmbito da causalidade.

No crime culposo, a causalidade se resolve, como já salientamos, mediante o critério da eliminação hipotética do resultado. Se, nesta fase, for negada sua existência, não mais se tratará da sua subsequente limitação normativa, pois o direito não pode alterar a realidade das coisas. Se, entretanto, for afirmada a causalidade natural, ensaja saber se através da lesão ao dever de cuidado concretamente realizada se produziu o resultado típico.

A causalidade típica implica considerar que *esse resultado*, previsto na lei como

733. BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*. Tübingen: Mohr, 1987, p. 292 et seq.; LORENZ, Chris. *Konstruktion der Vergangenheit. Eine Einführung in die Geschichtstheorie*. Böhlau Verlag, 1997; HOFFMANN, Arndt. *Zufall und Kontingenz in der Geschichtstheorie*. Böhlau Mann, 2005, p. 185-266.

proibido, *tenha sido produzido por ação lesiva ao dever de cuidado*. A ação que causa o resultado é tomada, aqui, então, sob o aspecto de uma ação descuidada, aferida esta sua qualidade em face das normas de cuidado que disciplinam a atividade. Só haverá causalidade, se o resultado decorrer dessa ação descuidada. A este mesmo desfecho chega a teoria da imputação objetiva formulada, por exemplo, por ROXIN, mas com outro indicativo, de que, na hipótese, o risco desautorizado não se realizou no resultado.

No âmbito da causalidade típica devem ser tratadas as hipóteses dos processos causais anormais ou atípicos. Por *processos causais anormais ou atípicos* devem ser computados aqueles nos quais, segundo o conhecimento e a experiência vitais, produzissem resultados que escapam inteiramente dos desdobramentos habituais dos riscos desenvolvidos com a conduta. Por exemplo, alguém desferir um tapa na vítima e lhe produz a morte ou alguém vai cobrar o aluguel da vítima e esta fica tão abalada com a cobrança que acaba caindo da escada e sofrendo uma lesão na coluna, ou alguém lança sobre outrem uma bola de ping-pong, mas a suposta vítima a encara como se fosse uma bomba, atira contra a bola para fazê-la explodir no ar e acaba acertando uma pessoa que se encontrava sentada em um bar, ou alguém que lança um papel de bala pela janela que, levado pelo vento, cola nos óculos de um motorista, que nervoso, ainda que com certa visão, projeta o carro sobre os transeuntes que se encontravam na calçada. Em todos esses casos, o desvio do processo causal é de tal forma acentuado e desproporcional ao que, segundo a experiência, se poderia esperar da ação do agente que não pode ser incluído no âmbito da causalidade vinculada à violação da norma de cuidado.

7.3.1.2. O critério do comportamento alternativo

A vista da indeterminação da causalidade no sentido de que o resultado fora produzido pela ação descuidada, pois sobre o processo causal podem interferir, como normalmente acontece, outros fatores, sua determinação, neste caso, está condicionada a um critério normativo negativo: uma vez que se conclua que o resultado teria sido produzido ainda que a ação fosse cuidadosa, faltará a causalidade.

Esse critério limitativo, pelo *comportamento alternativo*, com base no que, hipoteticamente, ocorreria se a ação fosse cuidadosa, vem sendo usado também pela teoria da imputação objetiva, mas, na verdade, pode também ser tratado como uma modalidade de aferição da própria causalidade. Este é, inclusive, o entendimento de INGEBORG PUPPE, que o fundamenta sobre um conceito próprio de causalidade, extraído do critério de *suficiência*.⁷³⁴ Não obstante, a orientação para se chegar à

734. Ingelbörg Puppe, *Streckrecht*. Nomos: Baden-Baden, 2000, p. 76 et

conclusão de que, em caso de ação cuidadosa, o resultado não ocorreria, não precisa alcançar um grau absoluto de certeza, porque, afinal, nem mesmo nos fenômenos naturais subsiste esta certeza. A conclusão deve estar, então, submetida ao princípio da *probabilidade*, que faz parte dos fundamentos da teoria da causalidade desde DAVID HUME: uma ação é causal para um resultado quando, provavelmente, segundo a normalidade das circunstâncias, o produz.⁷³⁵ Em sentido inverso, que é o que nos interessa: uma ação não será causal, quando, provavelmente, o resultado decorreria de sua execução, quer essa ação tivesse sido praticada desta ou daquela forma, ou seja, descuidada ou cuidadosamente.⁷³⁶

Esta limitação da causalidade pelo comportamento alternativo, entretanto, nem sempre é satisfatória, porque pode levar a argumentos absolutamente inapreensíveis e até absurdos. Suponha-se o seguinte exemplo: um motorista dirige seu carro em excesso de velocidade; ao passar por debaixo de uma passarela de pedestres, vem a atropelar e, conseqüentemente, matar alguém, que, em atitude suicida, se lança desde cima por sobre o veículo. Está claro que se o motorista estivesse em velocidade normal o fato provavelmente também aconteceria do mesmo modo. Mas, poderíamos raciocinar, ainda, *ad absurdum*, que a morte inclusive não teria ocorrido, se o motorista dirigisse em velocidade ainda maior, pois, neste caso, chegaria ao local do acidente bem antes de a vítima se lançar da passarela.

7.3.1.3. A causalidade funcional

Em consequência da indeterminação a que leva o critério da inversão dos

seq. Ao que parece, o enunciado de PUPPE de causa "como um componente necessário de uma condição suficiente para o resultado" (p. 71) está amparado em duas vertentes científicas: por um lado, na explicação científica dos fenômenos de CARL HEMPEL, de outro lado, no conceito de inusitatividade de JOHN LESLIE MACKIE. Ao primeiro, CARL HEMPEL, a causalidade deve ser vista como um processo explicativo dentro de um contexto, de modo que "uma causa é um conjunto de fenômenos [...] e assim, pode-se dizer que a explicação causal afirma implicitamente que há leis gerais, [...] em virtude das quais o aparecimento dos antecedentes [...] [...] é uma condição suficiente para o aparecimento do fato assinado no explanandum" (*La explicación científica. Estratos sobre la filosofía de la ciencia*, tradução espanhola, Barcelona: Paidós, 1996, p. 344). MACKIE, por seu turno, outro, para afirmar a causalidade suficientes e desnecessárias, de um lado, e insuficientes e necessárias, por outro, para afirmar a causalidade quando a condição se inserir como parte necessária de um processo único (Univ.-Press, 1974). Bastante elucidativo sobre a teoria de PUPPE, LUIS GRECO, "Imputação objetiva", in ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.143 et seq.

735. Acolhendo o critério da probabilidade como determinante, VOLK, Klaus. "Kausalität im Strafrecht", p. 105: "Ao conceito de causalidade basta, assim, a alta probabilidade de que um determinado fator seja causativo e tenha atuado no caso concreto."

736. A inversão dos termos da relação causal no sentido de um juízo de probabilidade não é estranho às ciências naturais. Assim, por exemplo, SUPPES, Patrick, *The probabilistic theory of causality*, Amsterdam: North-Holland, 1970, p. 25 et seq., busca fundamentar uma teoria qualitativa da probabilidade, que pode se ajustar ao critério do comportamento alternativo, quer dizer, se o resultado ocorreria com uma ou com outra qualidade da condição segundo os mesmos índices de probabilidade, a causalidade ficaria confinada apenas à condição aparente e, pois, indeterminada. Tomando, tomad...

elementos do processo causal, com base na probabilidade, a ciência vem propondo uma outra forma de consideração do problema. Toda a causalidade no direito penal é, geralmente, construída sobre elementos singulares, por exemplo, a conduta de A e o resultado morte de B. Para concluir que a conduta de A produziu a morte de B, os juristas se satisfizeram, primeiramente, com o critério da *eliminação hipotética*, que está na base da teoria da equivalência das condições. Ao enfrentarem algumas dificuldades com este critério, passaram a construir o processo causal sobre outros fundamentos, como o do *critério da prognose posterior objetiva*, que sustentava o enunciado da teoria da causalidade adequada, ou com o *critério da causa relevante*, que dizia respeito à teoria correspondente de MEZGER da causalidade juridicamente relevante. Esta forma de pensar a causalidade era perfeitamente adequada a retratar fenômenos lineares, representativos, geralmente, de ações individuais e resultados materialmente sensíveis.

O mundo moderno, entretanto, em virtude de inúmeras circunstâncias, que aqui não são relevantes para o estudo da questão, foi gerando ações e resultados cada vez mais complexos, que não se deixam explicar por enunciados tão elementares. Isto se deu tanto nas ciências jurídicas quanto nas próprias ciências naturais. A modificação estrutural das ciências naturais e a retratação diferenciada de seus objetos, conforme os objetivos de seu emprego, desencadearam uma verdadeira revolução nas teorias. A consequência natural de tal transformação seria, como de fato se deu, a formulação de outros enunciados de causalidade que se ajustassem a uma nova compreensão da realidade.

Na filosofia medieval, por exemplo, o problema da causalidade estava submetido, normalmente, às proposições aristotélicas das chamadas quatro causas (causa formal, causa material, causa eficiente e causa final), que foram incorporadas na filosofia escolástica de TOMÁS DE AQUINO, como modalidades de conduta e não, propriamente, como relação entre os fenômenos. O que, entretanto, sempre atormentou a discussão acerca da causalidade não foi sua vinculação a uma conduta, mas o significado que, nessa relação, deveria representar uma causa inicial, primitiva, que, no fundo, se identificaria com o "nada". No encaixão de desbravar esse caminho, ANSELMO DE CANTERBURY propôs, dentro de sua perspectiva ontológica, que se as coisas existem, existem apenas em decorrência do princípio do encadeamento, pelo fato de que todas derivam de um processo inicial de criação. Por outro lado, como o processo de criação não pode derivar de si próprio, porque então seria ele mesmo mutável, só pode resultar do "nada". Mas se o processo causal se dá entre coisas, não pode resultar do "nada", daí que a existência de um encadeamento pressupõe a criação como produto de um "ser" que esteja fora e acima

do próprio "nada".⁷³⁷ Uma vez assentada a criação, tudo o que existe só poderá ter significado à vista de uma relação entre antecedente e conseqüente, ou seja, segundo uma relação de necessidade. Neste procedimento, o que se nota, particularmente, é que os fatos se sucedem de uma forma linear, dentro de uma estrutura racional, a partir de um impulso inicial. Mas há um problema maior nessa proposição: se a relação causal tem origem em dados ontológicos, não será possível compreendê-la como uma seqüência de acontecimentos, mas apenas como uma seqüência de coisas. Ocorre, porém, que essa relação reificada não retrata, com fidelidade, o que, na verdade, se dá na produção dos fatos, que estão submetidos a inúmeros fatores antecedentes e concomitantes, que não podem ser identificados, simplesmente, como coisas, por exemplo, as relações contratuais, os atos de gestão, o exercício do poder, os deveres de assistência ou de garantidor e as normas de cuidado. Haveria, assim, de se modificar essa estrutura da relação de causalidade, o exercício do à complexidade do mundo.

Já no âmbito das ciências naturais, por conta da transformação e da alteração de seus objetos, pôde-se notar que os elementos da relação de causalidade também mudaram. Superando o entendimento medieval, que estaria alicerçado na unidade de elementos singulares, as ciências passaram a considerar que, no processo causal, o que vale são os acontecimentos.⁷³⁸ Isto quer dizer que, no processo causal, a condição quanto o resultado devem ser tratados como um conjunto de circunstâncias que, dialeticamente, interagem e não mais em uma seqüência imutável. Esta nova forma de ver a causalidade já pode ser encontrada, inclusive, na obra de HUME, que buscava traçar a diferenciação entre o *princípio causal*, de fundo ontológico, e as *leis causais*, de base empírica. De conformidade com o *princípio causal*, a interpretação dos fatos deveria sempre corresponder ao fundamento de uma seqüência, pelo qual nada ocorre sem uma causa, ou seja, a relação de causa e efeito constitui um elemento essencial na estrutura do mundo, independentemente de qualquer comprovação empírica. Já pelas *leis causais*, que se associam a uma explicação de como as coisas acontecem, o que vale não é propriamente o que ocorre, mas a relação entre os acontecimentos, de sorte a se poder afirmar que a ocorrência de um conduz, regularmente, à ocorrência do outro. O critério da regularidade, manuseado por HUME, conduz, portanto, a um outro estágio da explicação causal, que deixa de ser simplesmente o resultado de uma relação necessária para se substituir em uma forma de manifestação do entendimento que se processa sobre a

737. GILSON, Etienne. *A filosofia na Idade Média*, tradução de EDUARDO BRANDÃO, S. Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 292 et seq.; ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*, Lisboa: Presença, 1999, vol. 3, p. 42 et seq.

738. DAVIDSON, Donald. *Homens e mundos*, S. Paulo: Companhia das Letras, 1984, p. 100.

experiência. Se é a experiência que irá determinar se certo acontecimento produz outro acontecimento, o princípio causal não é um princípio universal, mas apenas a derivação de uma lei da regularidade.⁷³⁹

Fornecendo um quadro desse procedimento, alerta, porém, MARIO BUNGE, que é professor de teoria da ciência da Universidade de Montreal, que "não basta dizer que a relação de causalidade seja o liame entre acontecimentos, nem também concluir que ela seja não-reflexiva, assimétrica e transitiva, e que, por este motivo, haverá outras infinitas relações com tais acontecimentos".⁷⁴⁰ O importante não será apenas buscar-se uma simples relação empírica entre os fatos, consoante uma lei universal, mas enquadrá-los em um procedimento explicativo, capaz de demonstrar que essa relação é coerente com o princípio da regularidade. Recompondo, porém, a antiga discussão travada em torno das proposições de HUME acerca do hábito, e de KANT sobre a possibilidade de se reduzir a questão causal a uma categoria *a priori*, HEMPEL e OPPENHEIM pretendem construir a explicação causal como uma forma lógica de deduções, a partir de condições antecedentes e proposições universais. De conformidade com esse esquema, as condições antecedentes e as proposições universais (leis de causalidade), constituiriam o *explanans* (causa), pelo qual se poderia explicar o *explanandum* (resultado). Esse esquema, denominado de explicação *nomológica-dedutiva* da causalidade, pressupõe, assim, três requisitos: a) que o *explanans* contenha uma lei universal; b) que essa lei possua conteúdo empírico; c) que todas as proposições do *explanans* sejam verdadeiras. Primeiramente, importante é caracterizar que a causalidade é dependente de uma interação temporal, isto é, que, entre o acontecimento A e o acontecimento B, há uma constatação de que B é posterior a A; depois, deve-se assegurar que, entre o acontecimento A e o acontecimento, B subsiste uma relação empiricamente demonstrável; finalmente, conclui-se que A é a explicação coerente para o aparecimento de B. Ademais, como as condições devem ser apreciadas dentro de um processo, será relevante assinalar que a história do acontecimento A deve ser função da história do acontecimento B. Ao concluir, assim, que a relação de causalidade se dá entre acontecimentos e não entre elementos singulares, a ciência abriu a possibilidade de dispor cerca de um outro enunciado, pelo qual a causalidade não é aferida de elementos isolados, mas de conformidade com um determinado sistema. Ainda que se possa criticar a redução da problemática da explicação causal a um princípio funcional, porquanto isto poderia conduzir a uma indeterminação quando se trate da relação entre objetos singulares e não acontecimentos, a teoria funcional tem contribuído para

739. HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*, tradução de JOSÉ DE OSCAR DE ALMEIDA MARQUES, S. Paulo: Unesp, 1998, p. 46.

esclarecer melhor o sentido das relações entre os objetos, em face do contexto no qual estas relações se dão.

Parece que a explicação funcional da relação de causalidade entre fenômenos ou acontecimentos se deveu, primeiramente, a ERNEST MACH, nos últimos terços do século XIX. Segundo MACH, a causalidade não pode ser aferida segundo um critério puramente empírico baseado na necessidade, mas sim de conformidade com o sistema no qual os processos se verificam.⁷⁴¹ Na verdade, a indagação acerca da causalidade só passa a ser interessante quando um acontecimento ocorre em condições de anormalidade, quer dizer, só se passa a prestar atenção à causalidade quando se depara com um resultado inesperado e se quer atribuir sua produção a qualquer ato ou acontecimento que lhe tenha precedido. Assim se dá, por exemplo, na vida diária, quando um aparelho deixa de funcionar, quando se produz um acidente automobilístico, quando um avião cai e assim por diante. Justamente em face dessa accidentalidade do acontecimento, é que se põe em dúvida a causalidade naturalística, com base na relação de necessidade entre os atos ou acontecimentos anteriores e o que sucedeu. É que todos já se acostumaram a observar as coisas dentro de certo sentido de estabilidade, que estará abalada caso um acontecimento dessa ordem se apresente. Assim sucede, por exemplo, com o tráfego de veículos. Todos se acostumaram a chegar a seus destinos sem qualquer interrupção, com o trem, com o automóvel ou com o avião. Ainda que acidentes sempre se produzam, são tomados como acontecimentos excepcionais, a quebrar aquela estabilidade do sistema. Uma vez posta em dúvida a determinabilidade objetiva dos fenômenos, que gera a estabilidade, a causalidade só poderá ser enfocada segundo um critério funcional que confronte o resultado ou acontecimento inesperado com o sistema no qual ocorra, quer dizer, a questão inicial não será a de imediatamente atribuir a produção do fenômeno a um determinado fator causal, mas a de indagar o que falhou dentro do sistema, de modo que aquele evento veio a se produzir.⁷⁴²

Outro não é, por seu turno, o procedimento que passou a ser adotado nas ciências jurídicas, especialmente, no direito penal. Ao exigir que a afirmação da causalidade se fizesse dentro da tipicidade e, no que toca aos delitos culposos, principalmente, te em confronto com a norma de cuidado, o direito encampou, praticamente, o enunciado das ciências naturais. O problema é que não o fez de modo satisfatório, ao usar, na sua determinação, o critério hipotético da probabilidade. Como este critério é indeterminado, a única forma possível de ajustá-lo aos preceitos de garantia é deixar de afirmar a causalidade quando o resultado provavelmente também

741. MACH, Ernst. *Erkenntnis und Irrtum*. Fischer. Jena, 1926, p. 278.

742. SCHEIBE, Erhard. *Die Philosophie der Physik*. Jena, 1926, p. 278.

ocorreria se a ação do sujeito fosse adequada ao cuidado. A fim de evitar a indeterminação deste critério, deve-se propor outro enunciado, independentemente do que, depois, se decida em torno dos demais critérios de imputação objetiva.

Acolhendo-se essa postulação no sentido de elaborar um critério limitador da causalidade, deve-se partir, na identificação de seu desdobramento, de dois dados essenciais: a) da necessidade da vinculação entre ação e resultado; b) da função da ação para com o resultado.

Aqueles que defendem um fundamento material do injusto é imperioso que se exija, até mesmo como seu pressuposto indeclinável, que esse só estará preenchido se ficar assentado que o resultado proibido está necessariamente vinculado à ação do agente. Esta exigência de uma relação de necessidade entre ação e resultado é que provoca a discussão se este está ou não associado, concretamente, a uma ação descuidada.⁷⁴³

Pelos critérios apresentados, no que toca à limitação do dever de cuidado e à identificação da causalidade com base na teoria da condição, ou à configuração do comportamento alternativo com base na teoria da probabilidade, não se tem segurança para proceder à vinculação entre conduta do agente descuidada ou excedente dos limites do risco autorizado e o resultado efetivamente realizado.

A decisão sobre se o resultado está associado, concretamente, a uma ação descuidada do agente, só poderá ser obtida se considerarmos que a ação descuidada constitui a função desse resultado.⁷⁴⁴ Com isso se quer significar que tanto a ação quanto o resultado devem ser tratados como acontecimentos históricos temporais, submetidos a um processo de interação.

Assim, no tratamento do exemplo do motorista que dirige em excesso de velocidade e atropela um suicida que se lança sobre o veículo de uma passarela, cada um dos elementos da cadeia causal - a ação e o resultado - não pode ser visto como fato isolado, mas como acontecimento em uma relação funcional. Isto implica considerar não apenas a morte ou o atropelamento da vítima, mas ainda o fato de se haver ela lançado sobre o veículo em movimento. Só assim é que se pode fazer uma apreciação funcional do processo causal, de modo que um acontecimento só tenha sentido em função da existência do outro. Que função desempenhou,

743. Esta assertiva está assentada em um critério nomológico de causalidade, tomada como condição necessária. Sobre isto, ver o exaustivo estudo de MEIXNER, Uwe. *Theorie der Kausalität. Ein Leitfaden zum Kausalbegriff in zwei Teilen*, Paderborn: Mentis, 2001, p. 445 et seq.

744. Para uma visão crítica de toda a análise funcional, STEGMÜLLER, Wolfgang. *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie. Erklärung, Begründung, Kausalität*. Berlin:

afinal, a ação descuidada para o resultado? Apenas a de atropelar a vítima, mas não a de induzi-la a se lançar da passarela. Neste aspecto, a ação descuidada e a ação cuidadosa estão no mesmo plano, qual seja, ambas não constituem função do acontecimento, porque, para a ação do suicida, qualquer dessas formas de função não faria o menor sentido, isto é, se o veículo estava sendo dirigido em velocidade excessiva ou dentro dos padrões fixados pelas regras de trânsito. Diferente será o caso, por exemplo, da pessoa que está atravessando a rua e vem a ser atropelada por um veículo em alta velocidade. Nesta hipótese, a condução cuidadosa constituiria a função de possibilitar que o pedestre atravessasse a rua, quer dizer, o fato de atravessar a rua teria sentido se o carro não estivesse em alta velocidade. Para a concretização deste enunciado e sua determinação, podemos, então, dizer que, nos delitos culposos, a causalidade só estará afirmada quando a ação descuidada constituir função do resultado.

Esse enunciado é válido também para as ações praticadas em colegiados, como para aquela, já discutida atrás, de que o conselho de uma empresa resolvera, por maioria, lançar, na rede pluvial, dejetos tóxicos. Neste exemplo, não se pode tomar em consideração apenas a relação de causalidade entre a resolução do conselho e o resultado danoso ao meio ambiente e às vítimas, mas ainda a relação de causalidade de que se processou entre as ações dos conselheiros e essa resolução. Tomando-se em consideração a ação do conselheiro divergente, podemos dizer que ela não constituiu uma função da resolução tomada pela maioria, ainda que esta resolução constitua a função dos resultados danosos. É que, votando contra a proposta, a ação do conselheiro divergente não teve sentido para essa resolução. Portanto, a ação do conselheiro divergente não fora causal para o resultado. Não será diferente a solução na hipótese de a ação de votar constituir já uma condição necessária à validade da resolução. Neste caso, não se deve observar apenas a relação entre o voto e a validade da resolução, mas o voto e o sentido da resolução, o voto, sendo contrário ao sentido da resolução, ainda que a validade quanto ao quorum, não teria a função de conformar-se com a sua emissão.

7.3.1.4. A cláusula *ceteris paribus*

Ainda como critério limitador do regresso infinito da causalidade, podemos incluir, aqui, a cláusula *ceteris paribus*. De conformidade com seu enunciado, só haverá causalidade quando as condições que atuam no momento do resultado se situarem sob os mesmos fatores que vigoravam no momento da ação. Assim, de acordo com esta cláusula, não basta, para afirmar a causalidade, a simples eliminação hipotética da ação e a consequente eliminação do resultado, mas a subsistência de fatores

iguais tanto no momento da ação quanto no do resultado.

A cláusula *ceteris paribus*, que tem origem no princípio da uniformidade de JOHN STUART MILL,⁷⁴⁵ é uma consequência da generalização lógica que se processa nas ciências em geral. Como diz ERNST NAGEL, a explicação e a análise dos fenômenos geram, primeiramente, leis gerais, que são levadas a cabo, normalmente, sob o aspecto estatístico; depois, leis quase gerais, no sentido de que, embora sejam expressas com o caráter de universalidade, abrem a possibilidade de submeterem sua aplicação a uma certa dose de ponderação, diante da variabilidade e complexidade dos fatores que influenciam a produção dos fatos concretos.⁷⁴⁶ A adequação entre o seu caráter de universalidade e a consecução de seus objetivos práticos só se torna possível na medida em que se tenha presente que as relações entre os fenômenos dependem, geralmente, da igualdade dos fatores que possam ou devam nelas intervir.

Estas ponderações têm significativa influência na explicação de inúmeros fatos culposos que resultam de desdobramentos de fatos dolosos, como nas *concausas*, que andam perambulando pelo direito penal e foram deixadas ao largo pela doutrina, que sempre as trata como irrelevantes. A vantagem da cláusula *ceteris paribus* é a de instituir, como pressuposto da imputação, que os fatores causais sejam qualitativamente iguais, tanto no momento da ação quanto no momento do resultado. Assim, por exemplo, o soco dado no hemiflício e do qual lhe resulta a morte, tempos depois, por hemorragia, deve apenas caracterizar uma lesão corporal, mas não o homicídio culposo. É que, aqui, os fatores causais que estão presentes no momento da ação (o soco e a constituição física da vítima) são qualitativamente diversos dos fatores que intervêm no momento do resultado (a hemorragia se desenvolve pela ausência do fator coagulante e não pela gravidade do soco). Do mesmo modo se deve tratar o conhecido exemplo da arma deixada em casa pelo pai, em local abrigado de interferências estranhas, mas que, assim mesmo, vem a ser usada pelo filho, que, culposamente, fere seu colega. Aqui os fatores presentes no momento da ação (guardar a arma em local de difícil acesso) e do resultado (a descoberta da arma pelo filho e sua utilização) são qualitativamente diversos, pois o resultado não decorreu do modo como a arma fora guardada, mas da interferência inesperada de seu filho.

7.3.2. O FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA

Da necessária relação entre a violação do dever de cuidado e o resultado emerge a discussão acerca da limitação da imputação pelo critério do fim de proteção da

745. MILL, John Stuart. *A system of logic*, London, 1879, livro 3, cap. 3, seção 1.
746. NAGEL, Ernest. *The structure of science*, London, 1961, p. 410.

norma. De acordo com DEGENER, a discussão sobre o fim de proteção da norma como limitação da responsabilidade penal foi levada a sério, primeiramente, por MAX LUDWIG MÜLLER, no âmbito da culpabilidade, com dois exemplos muito significativos, que podem ainda ser usados como paradigmáticos.⁷⁴⁷ O primeiro exemplo: uma pessoa em estande de tiros usa, indevidamente, como munição, um projétil fora dos padrões adequados; neste momento, se mete um estranho, de repente, na linha de tiros, que vem a ser mortalmente ferido pelo projétil indevido. Aqui, embora a ação tenha violado a norma de cuidado quanto ao uso dos projéteis, a morte da vítima não se inclui no âmbito da proibição, porquanto não era sua finalidade específica evitar que o uso de projéteis incorretos pudesse matar alguém que se metesse indevidamente na linha de tiro. O outro exemplo: alguém deixa em posição bastante instável sobre o parapeito de sua janela um vaso de plantas, o qual vem a cair sobre um transeunte, em dia de tempestade; antes, porém, que o vaso o alcançasse, o transeunte salta para a outra calçada e vem a ser morto por uma laje que desaba sobre sua cabeça. Embora a ação de se colocar na janela um vaso naquelas condições de instabilidade fosse descuidada e induzisse a atitude do transeunte a saltar para a outra calçada, a sua morte não se incluiu no âmbito de incidência da norma de cuidado relacionada à exigência de não se colocar vasos na janela, que não pode se estender à higidez da marquise de prédios vizinhos. Com estes exemplos, se pode mostrar o cerne da questão relativa ao fim de proteção de norma, que é determinar o alcance das limitações das atividades que ela encerra.

A norma de que se trata não é, evidentemente, a norma penal que fundamenta o tipo de delito culposos, mas a norma de cuidado à qual está submetida a conduta concreta do agente.⁷⁴⁸ Esta distinção é importante, porque, em se tratando de norma penal, já não se cogita propriamente de sua finalidade protetiva, mas do alcance do tipo. ROXIN faz, perfeitamente, esta distinção, ao compreender o critério do fim de proteção da norma dentro das hipóteses de exclusão da imputação pela realização do risco não permitido, e o critério do alcance do tipo como gênero de situações de autocolocação ou heterocolocação em perigo.⁷⁴⁹ As normas aqui tratadas são regulamentares, que apresentam comandos determinados, como as normas de trânsito, de prática médica ou de regulamentos profissionais.

Convém esclarecer que a argumentação em torno do fim de proteção da norma não exclui outros critérios limitativos da imputação, levados a efeito em outras

747. DEGENER, Wilhelm. *Die Lehre vom Schutzweek der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 14 et seq.

748. ASSIN, KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, 3ª edição, München: Vahlen, 2000, p. 624.

749. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 325 e 334; considerando importante esta distinção, também, GRECO, Luis. "Imputação objetiva: uma introdução", in ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 165.

circunstâncias. A dificuldade que se apresenta na conjugação entre a conduta concretamente realizada e a norma regulamentar reside não apenas na identificação da norma que irá norrear aquela atividade, mas principalmente na determinação de sua extensão.

Afinal, por que se diz no exemplo de DEGENER que o fato de a marquise haver caído na cabeça do transeunte não pode ser atribuído à dona do vaso? Aparentemente, a queda de um vaso da janela não tem o condão de fazer com que a marquise do outro lado da rua desabe sobre o transeunte. Mas se o transeunte passou por baixo da marquise, porque fora assim obrigado para se livrar do vaso que estava caindo em sua cabeça, pelo menos, à primeira vista, se pode dizer que há causalidade em face da teoria das condições. Frente a este fato haveria dúvida acerca da propriedade de se lhe aplicar a limitação contida no § 1º do art. 13 do CP. Se, por um lado, a morte do transeunte fora produzida exclusivamente pela queda da marquise, parece que se trata de uma causalidade superveniente relativamente independente que, por si só, produziu o resultado. Mas o desabamento da marquise não pode eliminar o fato de que o transeunte foi levado à posição debaixo dessa marquise em função da queda do vaso, ou seja, no momento da queda da marquise a influência da queda do vaso se fazia presente, contribuindo para a causalidade. Este fato é diferente daquele da ambulância em que o agente é ferido e morre em consequência de um acidente de trânsito, porque então a causalidade já estava acabada e se inaugura uma outra causalidade que, por si só, produziu o resultado. Tudo depende, então, de uma sequência temporal, que não está bem delimitada. Daí a propriedade da limitação pelo fim de proteção da norma.

A importância da limitação pelo fim de proteção da norma, entretanto, não elimina a necessidade da determinação de sua extensão. Como se sabe que a norma de cuidado não se estende ao evento danoso verificado, ainda que tenha sido causal para sua ocorrência? Para a configuração exata da extensão da norma de cuidado é indispensável fazer-se sua vinculação ao bem jurídico lesado ou posto em perigo. Aqui não se trata de estabelecer-se uma associação entre esta norma e o fim de proteção dos bens jurídicos; primeiro, porque é impróprio proceder-se a uma argumentação com base na proteção de bem jurídico, já que isso não tem nem respaldo empírico nem jurídico, mas apenas simbólico; depois, porque o bem jurídico já foi lesado, não cabe mais falar-se de sua proteção. Aliás, que proteção, se já foi lesado? A associação que se deve fazer é entre a norma de cuidado e a lesão concreta do bem jurídico, ou seja, se a lesão do bem jurídico estava vinculada funcionalmente à lesão à norma de cuidado. Isto quer dizer o seguinte: se a norma de cuidado está dirigida exclusivamente ao fato de se colocar um vaso na janela, ou seja, a exigir

que a dona do vaso, como fonte produtora de perigo, não o expõe a condições que possam produzir lesão em outrem, isto nada tem a ver com a norma de cuidado que, efetivamente, estava a disciplinar também a manutenção da marquise. A norma de cuidado incidente sobre o vaso não guarda sentido para com a manutenção da marquise, isto é, a colocação ou a queda do vaso não está em função de como se mantém a marquise do outro lado da rua. Se a lesão do bem jurídico decorre da queda da marquise e como ambas as normas de cuidado não guardam uma relação funcional, está claro que não se pode atribuir a responsabilidade dessa lesão à dona do vaso. Portanto, a extensão do fim de proteção da norma nada tem, na verdade, de efeito protetivo, mas meramente funcional para com a lesão de bem jurídico. Com isso se elimina do direito penal um argumento assentado apenas em elementos simbólicos.

As normas de cuidado estão associadas, em muitos casos, a regulamentos profissionais ou a regras específicas relativas à execução de certas atividades. Entre estas podem ser destacados o código de trânsito, os regulamentos médicos e os regulamentos laborais.

7.3.2.1. O código de trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro dispõe, por exemplo, de inúmeras recomendações, que, na verdade, são deveres administrativos, sobre a condução de veículos, tais como, a preferência da direita (art. 29, III, c), a prioridade de passagem dos carros da polícia, dos bombeiros, de salvamento ou de fiscalização do próprio trânsito e das ambulâncias (art. 29, VII), a guarda de distância para com os veículos laterais e frontais (art. 29, II), a ultrapassagem pela esquerda (art. 29, IX), o acionamento de luzes direcionais ao efetuar manobras (art. 29, XI, a), a proibição de ultrapassagem em vias de duplo sentido ou pista única, nos trechos em curvas ou acíves sem visibilidade, nas passagens de nível, em pontes ou viadutos, ou nas travessias de pedestres (art. 32), a obrigação de realizar conversões somente nos locais apropriados, ou, na sua inexistência, abrindo-se, previamente, no acostamento (art. 37), a obrigação de circular com luzes acesas durante a noite, ou nos túneis, ou ainda sob chuva forte, neblina ou cerração (art. 40, I e IV), a obediência aos limites de velocidade máxima (art. 43) ou mínima (art. 62), a proibição de avançar sinal vermelho de semáforo (art. 208).

Todas estas regras são, na verdade, indicações *standardizadas* de uma regra geral contida no art. 28 do mesmo Código de Trânsito, *in verbis*: "O condutor deverá, a todo o momento, ter o domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito". Desta norma geral, conjugada com aquelas

regras standardizadas, se infere a função do código que está relacionada à segurança do trânsito. Há normas de trânsito, porém, que não dizem respeito à segurança, mas exclusivamente a interesses de fiscalização da administração. Lembra oportunamente LUIS GRECO que, nesses casos, sua desatenção não implica violação dos limites do risco autorizado.⁷⁵⁰

Da norma geral do código, se pode ver, por exemplo, que a proibição do excesso de velocidade está conjugada, também, com a observância da velocidade mínima (de acordo com o código - art. 62 -, a velocidade mínima não pode ser inferior à metade da velocidade máxima assinalada na via respectiva). Disto se pode concluir que, em muitos casos, a simples violação dos limites da velocidade máxima não implica violação da norma de cuidado, se tal não constituir perigo à segurança do trânsito. Se a norma está, aqui, circunscrita a tudo o que disser respeito à segurança do trânsito, o fato de alguém dirigir em excesso de velocidade e, nesta condição, produzir a morte da pessoa que se lança por sobre o veículo desde uma passarela, não poderá ser por ela disciplinado, porquanto se situa para além dos seus limites. Esse mesmo fato, como vimos, já fora analisado e solucionado segundo os princípios limitativos da causalidade funcional. Aqui, está submetido a uma outra perspectiva: em vez de estar cingido ao panorama exclusivo do desdobramento causal, se subordina a uma solução normativa, superadora da causalidade. Vê-se, assim, que estes critérios normativos de limitação da imputação podem retratar o mesmo fato de diversos ângulos, conforme o enfoque seja dado segundo os seus variados fundamentos.

PUPPE, por exemplo, quer analisar todas as hipóteses relacionadas ao fim de proteção da norma sob o *critério da idoneidade*, que é derivado de sua concepção de causa como *condição suficiente*.⁷⁵¹ Segundo seu raciocínio, cumpre proceder a essa análise em duas etapas: primeiramente, distinguir entre idoneidade geral e idoneidade específica; depois, aduzir o sentido da proteção normativa e a contribuição causal. No primeiro momento, portanto, deve-se fazer uma generalização da norma e de sua proibição. A proibição do excesso de velocidade será irrelevante para a responsabilidade do motorista se não for idônea, no sentido de uma norma geral, a evitar o acidente. Se, porém, essa inidoneidade for apenas constatada no caso específico e não como norma geral, o fato ainda estará dentro dos limites de proteção da norma. Imaginemos um exemplo em que o motorista dirige em

750. GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 46. GRECO faz menção expressa à norma do art. 250, III do CTB, que determina ao motorista que mantenha a luz da placa traseira iluminada quando dirija à noite.

751. PUPPE, J. *Die strafrechtliche Haftung im Strafrecht*, p. 110 et seq.

excesso de velocidade e vem a se chocar com outro veículo, que não obedecera à preferencial. Há, aqui, duas condutas, igualmente, contrárias à norma de cuidado. Embora se possa argumentar que o acidente não teria ocorrido, caso o primeiro motorista tivesse atendido aos limites de velocidade, isto não o exoneraria, porque este raciocínio não vale como regra geral, mas apenas para o caso específico. Numa segunda etapa, cumpriria verificar o sentido da proteção normativa e a chamada *continuidade* da contribuição causal. Se a finalidade da norma, ao impor limites de velocidade, tem o significado de possibilitar ao motorista, a qualquer tempo, o uso suficiente dos freios para evitar acidentes, isto impõe a desconsiderar as atitudes daqueles que também agiram descuidadamente e, com isso, contribuíram para o evento, desde que estas últimas contribuições não se tenham antecipado à primeira. Caso ocorra a última hipótese, o resultado decorrente da conduta do motorista que dirige em excesso de velocidade não estará mais situado no âmbito de proteção da norma e, assim, se produziria uma exclusão da causalidade.

Esse raciocínio de PUPPE pode ser, também, estendido às hipóteses de causalidade superveniente, mas, no Brasil, isto é desnecessário porque, pela limitação traçada no parágrafo único do art. 13, a imputação só se dará se a causa antecedente continuar a atuar no momento da realização do resultado. O fabricante de automóveis, por exemplo, não poderá ser responsabilizado pelo acidente por não haver fornecido o veículo com os freios adequados, quando o motorista, simplesmente, não os tenha acionado no momento oportuno. A responsabilidade do fabricante será apurada, neste caso, pelo código do consumidor, mas não segundo a norma de trânsito, porque, no momento do acidente, sua contribuição causal não se fizera presente.

Embora o raciocínio de PUPPE seja importante como forma de argumentação em torno dos limites da imputação, que ela, nestes casos, quer tratar como limites da causalidade, a referência ao modelo de *idoneidade* se situa um pouco fora da questão, porque, no fundo, se resume a um *juízo de probabilidade*.⁷⁵² Na verdade, a determinação do âmbito de proteção da norma, por ser matéria de valoração, deve ser procedida segundo um juízo de ponderação de objetivos e valores e não de probabilidade. De acordo com nosso Código de Trânsito, por exemplo, todas as regras *estandardizadas* devem ser apreciadas segundo a finalidade de segurança do trânsito, quer dizer, da "utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga" (CTB art. 1º, § 1º). Dessa norma se extrai que não

752. Mesmo PUPPE, Ingeborg. *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, p. 121, admite que a generalização dos elementos do processo causal implica a eliminação da causalidade quando a ocorrência do dano for tão frequente na conduta que atende à norma de cuidado quanto naquela (conduta) que a viola. Este raciocínio estatístico está pressupondo, evidentemente, um juízo de valoração.

se incluem, no âmbito de proteção das regras de trânsito, a forma e as condições como o veículo é fabricado, salvo quando empregado nas manobras de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga. Portanto, os defeitos de fabricação só interessam ao âmbito de proteção da norma regulamentar quando interferem diretamente nas atividades que são por ela reguladas.

Assim também não se inclui, no âmbito de proteção da norma, a atenção que o motorista deve ter para com pessoas que estejam passando nas passarelas sobre a pista. Se os limites de velocidade máxima têm a finalidade de possibilitar que o motorista possa parar o veículo a tempo (isto se deduz, inclusive, da indicação do art. 28 do CTB), nisso não se inclui que deva sempre prestar atenção nas passarelas sobre a pista, pois a construção de tais vias para pedestres tem, por sua vez, a função de desonerá-lo desse dever. Portanto, no exemplo do pedestre que se atrai por sobre o veículo de uma dessas passarelas, a imputação estará excluída porque o resultado se situa além da finalidade protetiva da norma respectiva. Neste juízo, são irrelevantes os critérios da probabilidade ou da idoneidade, que são critérios quantitativos.

Igualmente, pelo fim de proteção da norma, se soluciona um conhecido caso, que pode perfeitamente ocorrer em qualquer lugar: um motorista avança o sinal vermelho em um cruzamento; em decorrência disso, chega mais cedo em determinado ponto da outra quadra e acaba atropelando um pedestre, que atravessa a rua fora da faixa. Não tivesse avançado o sinal, não teria chegado a tempo no local em que o pedestre atravessara a rua e, assim, não o teria atropelado. Embora pela teoria da equivalência das condições e, inclusive, pela da causalidade típica, o agente tenha produzido o resultado, este se situa, porém, fora do âmbito de proteção da norma. É que a norma que proibe o avanço do sinal vermelho tem como finalidade específica evitar colisões no cruzamento e não em outros pontos distantes da mesma rua. De qualquer modo, a questão poderá ser analisada sob outro prisma, se, por exemplo, o resultado se deu porque o motorista dirigia em excesso de velocidade, ou porque não acionara os freios do veículo, ou porque estava alcoolizado, ou porque o veículo estava com pneus gastos e, assim, não pôde parar no devido tempo. Nestas hipóteses, não se cogita mais da apreciação do fato segundo a norma que disciplina o avanço de sinal, mas de outras normas (de limitação de velocidade, das condições do veículo, da utilização dos freios, etc.), as quais podem ter sido violadas e se realizarem no resultado.

7.3.2.2. Os regulamentos médicos

Da mesma forma devem ser tratadas as disposições relativas ao exercício da medicina, cujas normas legais são complementadas por resoluções e pareceres

dos respectivos órgãos de fiscalização. Assim, de acordo com o art. 17 da Lei nº 3.268/57, regulamentada por seguidos decretos, só podem exercer a profissão de médico as pessoas devidamente inscritas no conselho de medicina de sua região, ao qual incumbe fiscalizar-lhes a atividade. Por outro lado, há, no regulamento do exercício profissional (Decretos nº 20.931/32, nº 44.045/58 e suas modificações posteriores), inúmeras regras de observância obrigatória, tais como: a) o dever de escrever as receitas por extenso, legivelmente, em vernáculo, nelas indicando o uso interno ou externo dos medicamentos, o nome e a residência do doente, bem como a própria residência ou consultório (art. 15, b); b) o dever de ratificar, em suas receitas, a posologia dos medicamentos, sempre que esta for anormal, eximindo assim o farmacêutico de responsabilidade no seu avião (art. 15, c); c) a proibição de receitar sob forma secreta, valendo-se de código ou número (art. 16, b). Ademais, o código de ética médica, promulgado pelo Conselho Federal de Medicina, também traça outras vedações, como: a) prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente cessado o impedimento (art. 62); b) deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico do paciente, desde que autorizado por este ou seu responsável legal (art. 83); c) deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade, ao ser substituído no final do turno de trabalho (art. 84); d) executar ou participar de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente (art. 129); e) realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais (art. 130).

Como se observa, essas são, na verdade, regras bem menos específicas do que aquelas relativas à circulação de veículos, mas, em determinadas circunstâncias, são elucidativas, por exemplo, quando prescrevem a vedação de tratamento sem exame direto do paciente ou de utilizar experiências com novos tratamentos ainda não suficientemente testados, que constituem deveres prévios à execução de qualquer terapia.

Por outro lado, convém sempre alertar que essas regras estão todas subordinadas a um princípio geral, expresso pelo art. 2º do código de ética, *in verbis*: "O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. " Quer dizer que todas as limitações devem ter em vista que o emprego de qualquer terapia.

mesmo que constitua uma infração a normas regulamentares, deve ser admitido uma vez que essa forma de terapia seja necessária ou a única possível para salvar a vida do paciente. Aqui, como se trata de conflito entre uma regra geral (a que diz que o médico deve agir com a melhor de sua capacidade para atender à saúde do paciente) e uma regra específica de vedação (que não permite o emprego de terapias ainda não testadas ou experimentais), a solução do conflito se resolve segundo um juízo de ponderação de valores, que não pode ser resumido a um simples critério de probabilidade ou de idoneidade, embora a própria norma regulamentadora se tenha orientado por estes, ao estatuir a condição de que a terapia deva ser de utilidade razoável para o paciente (código de ética, art. 130). Não se trata de ponderar que o emprego dessa nova terapia provavelmente conduziria ao salvamento ou que ela era idônea para aquele tipo de enfermidade. Se o resultado for somente provável, a execução da ação estará dentro dos limites da vedação da norma geral e, portanto, implicaria uma violação do cuidado por ela prescrito. Se a terapia fosse idônea, não precisaria de qualquer ponderação, porque já não se cogitaria de conflito, estaria ela autorizada, por não se encontrar no âmbito da norma de vedação específica. Mas a questão pode ser outra: as terapias tradicionais não são suficientes para evitar a morte, e a terapia a ser empregada é proibida. Portanto, o conflito não se resolve pelos juízos de idoneidade ou de probabilidade, apenas em face do reconhecimento de ser a terapia a única chance de salvamento. Neste caso, os resultados desastrosos que daí decorrerem não estarão mais submetidos à vedação da norma, porque seu âmbito de atuação cede lugar a um valor mais alto que é a defesa da vida humana.

7.3.2.3. Os regulamentos laborais

Em face do grande número de acidentes do trabalho, o poder público tem expedido normas de segurança para preveni-lo em diversas áreas.⁷⁵³ Para tanto, vigoram entre nós diversas normas preventivas, destacando-se, em primeiro plano, as convenções internacionais e, depois, normas internas, expedidas pelo Ministério do Trabalho, no que toca a atividades laborais específicas.⁷⁵⁴ Embora estas normas se refiram à

753. Vinculando, por exemplo, a política empresarial aos custos da prevenção, TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *La siniestralidad laboral como delito*. Albatroz: Editorial Bomarzo, 2006, p. 20.

754. Entre as convenções internacionais, podem ser citadas as seguintes: 012 - Agricultura; 016 - Exame Médico dos Menores (Trabalho Marítimo); 103 - Proteção da Maternidade; 045 - Trabalho Subterrâneo; 081 - Fiscalização do Trabalho; 042 - Doenças Profissionais; 113 - Exame Médico dos Pescadores; 115 - Proteção Contra Radiações Ionizantes; 120 - Higiene (Comércio e Escritórios); 124 - Exame Médico dos Menores (Trabalho Subterrâneo); 127 - Peso Máximo; 136 - Benzenos; 139 - Câncer Profissional; 148 - Meio Ambiente de Trabalho (Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações); 152 - Segurança e Saúde no Trabalho; 155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores; 161 - Serviços Químicos; 174 - Prevenção de Acidentes Industriais Maiores; 176 - Segurança e Saúde nas Minas; 184 - Segurança e Saúde na Agricultura. Além dessas convenções, vigoram, internamente, também, normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho, tais como: NRO Equipamentos de Proteção Individual - FFP; NR7 Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional; NR8 Edificações;

segurança no trabalho, nelas se incluem disposições que dizem respeito, inclusive, a perigos que possam resultar a terceiros,⁷⁵⁵ daí constituírem regras importantes na determinação do dever de cuidado. A todas elas se estendem os mesmos raciocínios que foram articulados relativamente às regras de trânsito e ao exercício da medicina.

7.3.3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

Não cabe, aqui, proceder a uma exaustiva explanação sobre as origens, a evolução e as variações doutrinárias sobre a imputação objetiva no direito penal. Para tanto remetemos o leitor às obras específicas.⁷⁵⁶ O que interessa ao exame da tipicidade dos delitos culposos é discutir os critérios utilizados por essa teoria para delimitar a responsabilidade, principalmente em face do regresso infinito da causalidade, levado a efeito pela adoção da teoria da equivalência das condições, fora dos casos anteriores.

Alguns dos critérios empregados pela teoria da imputação objetiva já foram antes analisados como limitadores da própria causalidade, na forma de fatores que se desenvolvem de sua explicação teórica (adequação, probabilidade, idoneidade, cláusula *ceteris paribus* e outras), ou como ponderação de valor efetuada sobre a finalidade da norma de cuidado para delimitar-lhe o âmbito de incidência. De acordo com a metodologia, então, seguida, resta examinar, aqui, três séries de

NR9 Programas de Prevenção de Riscos Ambientais; NR10 Instalações e Serviços em Eletricidade; NR11 Transporte, Movimentação, Armazenagem e Manuseio de Materiais; NR12 Máquinas e Equipamentos; NR13 Caldeiras e Vasos de Pressão; NR14 Fornos; NR15 Atividades e Operações Equipadas; NR16 Atividades e Operações Perigosas; NR17 Ergonomia; NR18 Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção; NR19 Explosivos; NR20 Líquidos Combustíveis e Meio Ambiente de Trabalho a Céu Aberto; NR22 Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração; NR23 Proteção Contra Incêndios; NR24 Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho; NR25 Resíduos Industriais; NR26 Sinalização de Segurança; NR29 Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Português; NR30 Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário; NR44 Equipamento de Proteção Individual-EPI e NRR5 Produtos Químicos.

755. Por exemplo, de acordo com a NR8, relativa à segurança nas edificações, as aberturas nos pisos e nas paredes devem ser protegidas de forma que impeçam a queda de pessoas ou objetos (item 8.3.2). Do mesmo modo, a NR13, que disciplina o uso de caldeiras a vapor, exige para sua instalação que se mantenha a distância mínima de 3 (três) metros para com propriedades alheias ou vias públicas (item 13.2.3); a NR14 dispõe que os fornos devem ser instalados de forma a evitar acúmulo de gases nocivos e altas temperaturas em áreas vizinhas (item 14.2.1); a NR10, que trata da segurança do trabalho em instalações e serviços de eletricidade, regula também os atos de prevenção de danos a usuários e terceiros (item 10.2.1).

756. Por exemplo, BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)". *Estudios penales y criminológicos XII*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989; FRISCH, Wolfgang. "La imputación objetiva: el estado de la cuestión", *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 2000, p. 22 et seq.; JAKOBS, Günther. *A imputación objetiva no direito penal*, tradução de ANDRÉ LUIS CALLEGARI, S. Paulo: RT, 2000; MENDES, Paulo de Souza. "Crítica à ideia de diminuição do risco de Roxin", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 14, 1996, p. 102 et seq.; PESSOA, Nelson. "Imputación objetiva y el concepto de acción", *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Adhoc, 1998, p. 199 et seq.; PRADO, Luiz Regis. "Erika Mendes de Carvalho, Teorías da imputación objetiva do resultado", S. Paulo: RT, 2002; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, Bogotá: Temis, 1996; ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputación objetiva no direito penal*, com abrangente introdução de I LUIS GARCIA, S. Paulo: RT, 2002.

crítérios: a) o critério da previsibilidade; b) os critérios relativos à evitabilidade do resultado; c) os critérios relacionados diretamente ao aumento do risco e sua realização no resultado.

7.3.1. A previsibilidade do resultado

Desde o Direito Romano, passando pelos glosadores e pós-glosadores até nossos dias, a negligência sempre esteve assentada na previsibilidade do resultado, que constituiria, inclusive, sua própria essência. Isto valia tanto para o direito civil quanto para o direito penal. Com a separação que se fez entre os elementos da negligência na culpabilidade e no injusto, de modo a que, neste último, se incluisse a lesão ao dever de cuidado, cujo incremento se deve, ademais, ao disposto no § 276 do Código Civil alemão, o critério da previsibilidade passou a ser enfocado sob duas orientações básicas: no âmbito do injusto, tratou-se da previsibilidade de objetiva, na culpabilidade, da previsibilidade subjetiva. Este é ainda o sistema dominante, muito embora alguns autores, como FREUND, GROPP, JAKOBS, STRATENWERTH e, entre nós, HEITOR COSTA JÚNIOR,⁷⁵⁷ optem por uma individualização do tipo de injusto dos delitos culposos e, conseqüentemente, tenham que tomar por base o critério da previsibilidade subjetiva como elemento integrante do processo de imputação (JAKOBS) ou como aferição da medida do cuidado (FREUND, GROPP, STRATENWERTH e HEITOR COSTA JÚNIOR).

Na verdade, o critério da previsibilidade deve constituir um dos elementos de limitação da responsabilidade, que poderá ser utilizado tanto no injusto quanto na culpabilidade. O critério da previsibilidade pode ser prescindido se se entender que o tipo dos delitos culposos não se compõe da violação ao dever de cuidado, mas tão-somente da *recognoscibilidade de sua realização*, como pretendem, por exemplo, FRIEDRICH CHRISTIAN SCHROEDER e SCHMIDHAUSER.⁷⁵⁸ Adotando-se, porém, a tese dominante, que é a correta, de que a violação ao dever de cuidado integra o tipo dos delitos culposos, como seu componente essencial a previsibilidade do resultado terá seu papel como uma conseqüência necessária dessa tese. A questão está, entretanto, em, primeiramente, decifrar o que se deva entender por previsibilidade; depois, determinar o parâmetro de sua aferição. São coisas distintas, que devem ser tratadas separadamente.

O conceito de previsibilidade é bastante controvertido, porquanto não existem

757. FREUND, Georg. *Strafrecht*, AT, Berlin, Heidelberg, N. York: Springer, 1998, p. 150 et seq.; GROPP, Walter. *Strafrecht*, AT, 2ª edição, 2001, p. 436 et seq.; JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 2ª edição, p. 320 et seq.; STRATENWERTH, Günter. Nota 126, p. 411; COSTA JÚNIOR, Heitor. Nota 187, p. 61.

758. SCHROEDER, Friedrich Christian. "Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung", in *Juristenzeitung*, 1989, p. 776 et seq.; SCHMIDHAUSER, Eberhard. *Die Fahrlässigkeit*, p. 431.

elementos que possam informá-lo com absoluta precisão. Normalmente, a previsibilidade tem o sentido de um determinado *prognóstico* que se faz acerca da possibilidade de realização de um certo evento. Como se trata de um prognóstico e não de um juízo de probabilidade, muitas foram as discussões sobre o modo de seu enunciado. Já no âmbito da teoria da causalidade adequada, por exemplo, a previsibilidade resultaria de um juízo objetivo feito *ex post*, mas levando em conta os fatores *ex ante*, substanciando a chamada *prognose posterior objetiva*, que fora proposta por MAX RÜMELIN na virada dos séculos XIX e XX.⁷⁵⁹

A ciência moderna, por seu turno, sempre esteve atenta para o significado das previsões. Como informa MARIO BUNGE, há uma tendência de não se proceder à diferenciação entre previsibilidade e descrição, ou explicação de um fenômeno, o que só é válido, porém, no âmbito das estruturas lógicas, porque a previsão, na prática, jamais poderá identificar-se com a descrição ou a explicação científica.⁷⁶⁰ Em consequência dessa identidade e atendendo às considerações da mecânica clássica e do eletromagnetismo, a previsibilidade científica fora vista unicamente sob o aspecto quantitativo, daí reconhecer-se, inicialmente, apenas uma espécie de previsibilidade, que seria a *previsibilidade estatística*. Entretanto, como a previsibilidade não vem associada especialmente a um parâmetro quantitativo, mas a diversos fatores e circunstâncias, hoje são reconhecidas outras espécies de previsibilidade, conforme o número ou as características das leis que disciplinam esses fatores.⁷⁶¹ Além da previsibilidade estatística, que está amparada por um critério meramente quantitativo, há ainda a previsibilidade taxonômica, a previsibilidade estrutural, a *previsibilidade fenomenológica* e a previsibilidade temporal.

A *previsibilidade taxonômica* afirma generalidades acerca de uma classe de objetos, de modo que, uma vez identificado certo fator dentro daquela classe, a esse se estendem todas as particularidades dessa classe. Tomemos, por exemplo, como classe genérica, os alimentos transgênicos, que hoje estão a suscitar inúmeras controvérsias sobre seus malefícios à saúde humana. Uma vez constatada essa particularidade, poder-se-ia formular a seguinte proposição, resultante de uma investigação empírica: "todos os transgênicos são cancerígenos". Dessa generalização se pode prever, até prova em contrário, que qualquer outro alimento derivado de um transgênico, se ingerido, trará como consequências uma alteração na saúde do consumidor. Aqui, a previsão não advém da ação de ingerir o alimento, mas do

759. RÜMELIN, Max. "Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf und Zivilrecht", in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1900, tomo 90, p. 171 et seq.

760. BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*, p. 342 et seq.

761. BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*, p. 342 et seq.

fato de esse alimento pertencer à categoria geral dos transgênicos. Esta modalidade de previsão, como não vem baseada em fatores específicos que são desencadeados pela ação humana, mas em generalidades acerca de uma classe de objetos, pode ser contestada por demonstrações empíricas procedidas sobre os elementos do caso concreto, por exemplo, sobre o alimento efetivamente consumido.

A outra modalidade de previsão diz respeito às leis estruturais que regem algumas propriedades dos objetos, constituindo a chamada *previsibilidade estrutural*. Nesta modalidade, igualmente, a previsão não decorre propriamente da ação, mas das alterações que necessariamente se deverão produzir nas coisas. Assim, diante das alterações de que a água ferve aos 100 graus, se pode prever que, sob esta constatação de que a água esteja submetida a uma pressão maior do que se a água temperatura, uma caldeira esteja submetida de se observar se as válvulas de segurança estivesse a 30 graus, dá a recomendação de se observar se as válvulas de segurança estão em perfeito funcionamento. Como a previsão, neste caso, não é inferida por extensão, mas decorre da aplicação de uma lei natural, pode ser contestada mediante a demonstração de que, efetivamente, não se verificaram, no caso concreto, as condições estabelecidas por aquela lei, por exemplo, que a água não estava a 100 graus, mas a 50 ou 60. O fato de haver algumas variações quanto ao ponto de ebulição da água, conforme a distância do local em relação ao equador ou sua altitude superior ao nível do mar, de modo a que aquele seja alcançado aos 99,5 e não aos 100 graus, não altera os parâmetros dessa espécie de previsibilidade, porquanto essas variações são, em si mesmas, desprezíveis.

Já na *previsão fenomenológica*, leva-se em conta um determinado fator estático conhecido, que está presente no objeto, por exemplo, o índice de transparência de um vidro. Tendo em conta esse fator, se pode prever que, sob baixa luminosidade, o motorista terá ou não sua visão diminuída, conforme o índice de transparência do para-brisas. Nesta forma de previsão, ao contrário, por exemplo, do que se dá com as leis estruturais, não é importante o fator temporal, quer dizer, se a água está, neste momento, em ebulição ou se isto se dará somente dentro de alguns segundos, o que poderá causar um aumento variável de pressão na caldeira por efeito dos gases. Aqui, o índice de transparência será sempre o mesmo, quer o motorista esteja dirigindo durante o dia ou de noite, ontem ou antes de ontem, quer dizer, em dado grau de luminosidade a sua visão será afetada em determinada proporção, independentemente do tempo decorrido. Da mesma forma como ocorre com a previsão estrutural, a eliminação desse prognóstico pode ser feita pela demonstração de que outros fatores, no caso concreto, elidiram os efeitos do fator presente no objeto, por exemplo, de que o motorista portava óculos especiais que puderam aumentar a sua

Finalmente, a *previsibilidade temporal* se refere a fatos que se desenvolvem em uma sequência pela qual se pode prognosticar sua sucessão, por exemplo, a velocidade imprimida por um veículo. Sabendo-se que a velocidade faz com que o veículo se aproxime mais rapidamente de um cruzamento ou da faixa de pedestres, pode-se prever que, mantida aquela velocidade, determinada pessoa não consiga atravessar a rua sem ser colhida pelo automóvel. Como, entretanto, os fatores podem ser influenciados por circunstâncias que interagem mutuamente, essa forma de previsibilidade, salvo na hipótese da previsibilidade puramente estatística, não apresenta os mesmos índices de plausibilidade que as demais, devendo ser corroborada em cada caso com indagações ou investigações complementares.

Ao trazer para o âmbito de discussão todas essas modalidades de previsão, a ciência moderna vem dando uma contribuição decisiva para equacionar o problema da limitação da causalidade, não apenas sob o aspecto puramente estatístico ou, de outro lado, subjetivista, mas sob parâmetros objetivos e conhecidos.

Apesar dessa contribuição da ciência moderna, a aferição da previsibilidade comporta ainda uma outra indagação, que é a de se saber se aqui devem vigorar critérios puramente objetivos ou se os parâmetros se devem orientar pela capacidade do próprio agente. A dicotomia tradicional da previsibilidade, objetiva no injusto, e subjetiva na culpabilidade, tem norteado, como dissemos, a teoria dominante. Quanto a isto, entretanto, cabem algumas ponderações.

Atendendo às diversas modalidades de previsibilidade, podemos notas que entre essas não subsiste unidade. Enquanto, por exemplo, as formas relativas aos critérios estatístico, taxonômico, estrutural e fenomenológico são operadas, via de regra, objetivamente, a forma temporal encerra em si mesma um conteúdo de ponderação subjetiva, ou seja, depende da capacidade do agente de antever as consequências de sua ação no contexto de sua realização.

Diante desses fatos, a questão da previsibilidade deve seguir, neste particular, pelo menos metodologicamente, a linha traçada por WIESELER e WOLTER quanto à questão da violação à norma de cuidado, de acolher, no próprio injusto, os dois critérios de sua aferição, um objetivo e outro subjetivo.⁷⁶² Isto não implica a admissão de um tipo subjetivo nos delitos culposos, porque não se está tratando aqui de qualquer elemento subjetivo, mas apenas de um critério pessoal de aferição da previsibilidade, conjuntamente com um critério objetivo ou impessoal. Em vez de se estabelecer que toda a previsibilidade deve estar assentada apenas

762. WIESELER, Johannes. Der objektive und der individuelle Sorgfaltspflichtmaßstab beim Fahrlässigkeit delikt. Aachen: Shaker, 1995, p. 159 et seq.; WOLTER, Jürgen. Objektive und notwendige Zurechnung von Verfehlen. Gefahr und Vermeidung. In: *Recht und Leben*, 1995, p. 100 et seq.

em elementos objetivos, pondera-se que isto não se pode dar em todas as suas modalidades, mas somente naquelas que só comportam um juízo puramente objetivo. A adoção, portanto, do critério pessoal é necessária no âmbito de aferição da previsibilidade temporal e, em alguns casos, da previsibilidade fenomenológica, que podem variar conforme o agente disponha de uma capacidade especial ou não para antever o evento.

O critério pessoal deve estar relacionado à capacidade objetiva do agente, em face dos fatores causais existentes no momento do fato de prever o resultado. Não há, assim, que se proceder a uma comparação entre este agente e um imaginário homem *standard*, mas simplesmente de conferir, diante do contexto, se aquele agente poderia objetivamente prever o resultado. Dadas as características, portanto, da previsibilidade temporal, que faz depender da capacidade do próprio agente a conclusão acerca se o resultado era ou não previsível, cai definitivamente por terra o critério do *homem prudente*.

Por outro lado, o critério objetivo deve estar lastreado na experiência geral da vida para a espécie de previsibilidade estatística, ou nas medidas próprias a cada um dos fatores nas outras espécies de previsibilidade. Por exemplo, no caso das caldeiras que sofrem uma pressão maior quando a temperatura da água aumenta, será a medida da previsibilidade aquela determinada pela própria norma que disciplina a manutenção e o uso daquele objeto. Vê-se, então, que novamente se prescinde da figura do *homem prudente*.

7.3.2. O critério da evitabilidade do resultado

Tendo em vista que a previsibilidade não esgota o tipo de injusto dos fatos culposos e, por si só, não caracteriza ainda o delito culposo, além de reconhecer que o critério da previsibilidade é, por demais, flexível e incerto para determinar, com segurança, os limites da responsabilidade, a doutrina atual vem asseverando, de modo mais ou menos majoritário, que, nos delitos materiais (de resultado), a imputação como fundamento dessa responsabilidade deve estar ancorada na relação entre a lesão ao dever de cuidado e o resultado concretamente verificado. Quanto a isto, a doutrina está de acordo de que esta relação é necessária para a responsabilidade do agente, o que varia é apenas o fundamento de suas consequências e a conclusão acerca de seus efeitos. Já vimos atrás, quando se tratou da causalidade típica e da questão do fim de proteção da norma, que, nos delitos culposos, todo o processo de imputação está ancorado na relação entre resultado e infração da norma de cuidado.

No sistema clássico de delito, a ausência de um vínculo entre ambos, isto é, entre a

lesão ao dever de cuidado e o resultado, daria lugar à *exclusão da culpabilidade*,⁷⁶³ pois, tomando-se a negligência como forma de culpabilidade e nada mais, qualquer alteração naquela implicaria modificação nesta. Nas concepções modernas, ora se *exclui a antijuridicidade*,⁷⁶⁴ ora a *tipicidade*, ora a *responsabilidade pelo fato*.⁷⁶⁵ Dessas orientações, a que mais se acentua, como já vimos, é a da exclusão da tipicidade, pelo fato inclusive de compreender toda a matéria relativa à vinculação entre a conduta descuidada e o resultado.⁷⁶⁶

A necessária relação entre a conduta contrária ao dever de cuidado e o resultado, que deriva já da própria estrutura dos delitos culposos materiais, conduz à conclusão de que, aqui, como nos delitos omissivos, os fatos estão submetidos ao crivo se o resultado era ou não evitável. Se o resultado não puder ser evitado com a conduta conforme ao cuidado, adequada ao caso concreto, torna-se evidente com a conduta dever de cuidado seria irrelevante para sua verificação. Com isto estará excluída a *imputação objetiva do resultado*, que não se orienta pela causalidade física (teoria da equivalência das condições), mas de acordo com um *juízo de adequação*. Aqui se discute, particularmente, como deve ser pronunciado esse juízo de adequação, ou seja, até que ponto se deve considerar válida a probabilidade da ocorrência do resultado, segundo o critério da eliminação hipotética, em caso de conduta conforme o cuidado, a fim de se negar a relação entre esse resultado e a lesão ao dever de cuidado. As orientações são muitas. Pretendem algumas afirmar a imputação, quando o resultado teria sido evitado, segundo um juízo de *probabilidade extrema* (nos limites da certeza) ou, ao inverso, só negam a imputação, quando o resultado não teria sido evitado segundo esse juízo.⁷⁶⁷ Outros se fixam no critério da possibilidade da evitação ou não-avoidação do resultado.⁷⁶⁸

763. DREHER, Eduard. *Strafgesetzbuch*, p. 11; EXNER, Franz. "Fahrlässiges Zusammenwirken", in Frank-Festschrift, p. 583; sobre isso, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitdelikten*, Bonn: Röhrscheid, 1965, p. 64.

764. BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht*, AT, p. 456; atualmente, JESCHECK-WEIGEND (Nota 7, *antijuridicidade* em duas hipóteses: a) o agente realiza o resultado através de uma conduta lesiva aos deveres de cuidado, mas o resultado teria ocorrido também com uma conduta cuidadosa e adequada através de uma ação descuidada, porém fora do âmbito de proteção da norma violada. Relativamente à medida da previsibilidade ou evitabilidade do resultado, adotam JESCHECK-WEIGEND uma posição de compromisso entre a fórmula do *in dubio pro reo* e do aumento do risco para o objeto material.

765. Há ainda algumas orientações que pretendem, aqui, negar o desvalor do resultado. Assim, por exemplo, WELZEL, Hans. Nota 7, p. 194; de certo modo, KAUFMANN, Arthur. "Die Bedeutung BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal*, vol. 1, p. 222, vê, como elemento essencial do tipo dos delitos culposos, a vinculação entre desvalor do ato e desvalor do resultado.

766. Seguem esta posição, entre outros, BOCKELMANN, Paul. Nota 7, p. 156; WELZEL, Hans. Nota 7, p. 194.

768. MEZGER, Edmund. *Lehriger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, p. 490, segue o entendimento de que se deva absolver o agente "ainda que só exista a possibilidade de evitação".

Independentemente dessas variantes doutrinárias, a utilização do juízo de evitabilidade como critério de imputação tem por base, entretanto, duas orientações básicas: uma positiva e outra negativa. Pela primeira, afirma-se a imputação quando, caso a ação fosse cuidadosa, o resultado teria sido evitado segundo um juízo de probabilidade nos limites da certeza.⁷⁶⁹ Pela segunda, exclui-se a imputação quando o resultado for inevitável, isto é, quando, quase que certamente, ocorreria da mesma forma, caso a ação tivesse obedecido ao cuidado devido.⁷⁷⁰ Em caso de dúvida, deve-se aplicar o princípio *in dubio pro reo*, excluindo-se a imputação, quando dados concretos indiquem que era de se esperar que o resultado, possivelmente, se daria do mesmo jeito, ainda que a ação fosse cuidadosa.⁷⁷¹

O fundamento para a adoção desses critérios encontram WESSELS-BEULKE no fato de que, para a imputação, não basta que a conduta do agente tenha violado uma norma de cuidado e causado o resultado, mas sim que o perigo deflagrado com a aquela conduta se tenha concretizado no resultado. Isto se dará quando o resultado, produzido pela conduta descuidada, for evitável. A evitabilidade objetiva do resultado constitui, portanto, nos delitos culposos, a essência da imputação no tipo de injusto. A questão da evitabilidade também terá relevância no âmbito da culpabilidade, mas tomada, então, subjetivamente. Assim, no âmbito do tipo, se o resultado for inevitável, faltará a imputação, porque, então, como o resultado ocorreria de qualquer forma, tanto com a ação cuidadosa quanto com a ação descuidada, não se poderá dizer que esse resultado seja a concretização do perigo desencadeado pela conduta do agente.⁷⁷²

O critério da *evitabilidade* tem seu ponto fraco, todavia, ao fundamentar-se no princípio da probabilidade; isto porque este princípio deve constituir fator de limitação na própria causalidade e não critério de imputação objetiva. A distinção entre ambos reside, justamente, em que o juízo de probabilidade integra a determinação da própria causalidade e pode resultar de um compromisso entre a base naturalista da causalidade e sua explicação teórica. Já os critérios da imputação objetiva dizem respeito a uma avaliação do risco produzido por uma conduta descuidada, o mesmo resultado com uma conduta conforme ao dever por parte do autor.⁷⁷³ Embora com outra fundamentação, chega à conclusão quase semelhante, KAUFMANN, Arthur. "Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht", in *Festschrift für Eb. Schmidt*, p. 229, exigindo, entretanto, que sobre o juízo de possibilidade da ocorrência do resultado, se o autor tivesse acatado as determinações de cuidado, se proceda à consideração hipotética de que esse resultado não poderia ser evitado, segundo um juízo de medida humana, isto é, de que se fosse de esperar que o resultado se produziria independentemente da conduta descuidada do autor.

769. Assim, KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3ª edição, p. 615.

770. Assim, WESSELS-BEULKE, Nota 234, p. 231.

771. Assim, KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3ª edição, p. 615; WESSELS-BEULKE, Nota 234, p. 233.

não estando esse risco autorizado pelo direito. Ao fazer-se a transposição desses fundamentos da imputação para a teoria da tipicidade, com vistas a traçar, com nitidez, os contornos da responsabilidade, o critério da evitabilidade deveria estar vinculado à teoria do risco e não ao princípio da probabilidade. De qualquer modo, uma vez que esse critério pode proporcionar um ajuste na delimitação da responsabilidade, em face da ponderação que faz entre o resultado e as condutas descuidada e cuidadosa, pode ser admitido, validamente, como fator negativo de imputação.

No entanto, para que esta limitação seja eficaz, não basta trabalhar-se apenas com o sentido empírico da causalidade, mas proceder-se a uma reavaliação dessa causalidade em termos de relevância jurídica, ou seja, o resultado será inevitável na medida em que a argumentação para demonstrar o contrário não comportar um juízo de refutação. Assim, por exemplo, quando se tratar das concausas (alguém golpeia inadvertidamente no braço um hemofílico e causa-lhe a morte, por hemorragia, porque este não houvera tomado naquele dia o medicamento anti-hemorragico), em que a participação da contribuição paralela não pode ser medida, a inevitabilidade da morte deve ser sempre admitida, ainda que se argumente que o agente atuara com violação do dever de cuidado (de que deveria ter prestado atenção para não golpear inadvertidamente outrem). A falta de possibilidade de avaliação da intensidade da produção causal implica a desconsiderar juridicamente essa produção, justamente porque também nos delitos culposos uma causalidade só será relevante na medida em que possa fazer parte do âmbito dos objetos de referência do agente, em confronto com a sua relação normativa.

7.3.3.3. A teoria do aumento do risco

Diversamente da doutrina tradicional, a partir da contribuição de ROXIN, é possível construir uma estrutura de imputação com base na teoria do risco, a qual englobará, sob este signo, diversos critérios já anteriormente discutidos, como o do comportamento alternativo, do fim de proteção da norma e da evitabilidade do resultado.⁷⁷³ Além disso, aqui são tratadas questões ainda não suficientemente resolvidas por aquelas proposições doutrinárias, as quais podem ser agrupadas em três grandes setores: a) do incremento (ou criação) do risco não permitido; b)

773. Parece que a teoria do aumento do risco, como critério da imputação, foi criada por ROXIN em um artigo publicado na *ZStW*, tomo 74, 1962, p. 411 *et seq.*, intitulado "Contradictione, ao dever e resultado sob aquele argumento, alguns casos controversos da jurisprudência, como o do "ciclista" (tratado pelo Supremo Tribunal em 1957), do "farmacêutico" (julgado pelo Tribunal do Reich em 1887), do "fabricante de pinceis" (tratado pelo Tribunal do Reich em 1929) e da "cocaina" (referido como um julgado não publicado do Tribunal do Reich de 15/10/1926). O próprio ROXIN faz referência, ademais, que fora KARL BINDING o precursor desta teoria, ao estabelecer para o âmbito de justificação dos fatos culposos, o critério do risco adequado (Nota 225, p. 320).

da realização do risco não permitidos; c) do alcance do tipo. Sobre estes três setores, são desenvolvidos critérios valorativos e empíricos com vistas a estabelecer as exatas linhas divisórias entre o lícito e o ilícito. Isto é mais do que evidente, quando ROXIN, por exemplo, estatui como pressuposto da responsabilidade no âmbito do injusto que a conduta tenha realizado um perigo para o bem jurídico, não acobertado pelo risco autorizado nos limites do alcance do tipo.

A teoria do aumento do risco se insere em um sistema de base funcional, que apresenta a peculiaridade de buscar uma relação mais íntima entre a formulação doutrinária e sua concretização empírica, de modo a construir argumentos jurídicos sedimentados, resultantes da discussão travada em torno de casos práticos.⁷⁷⁴ Mediante o emprego desses argumentos, que constituiriam uma síntese de proposições teóricas e soluções concretas formuladas a exemplos padronizados, seria possível edificar um conjunto de *topoi*, que terá relevância no preenchimento de campos indeterminados das normas penais e na assunção de uma política criminal compatível com um Estado democrático de direito.

Embora o propósito funcional seja louvável, na medida em que se orienta no sentido de uma base mais realista para a norma penal, dela eliminando a indeterminação e seus conteúdos metafísicos, deve-se ponderar, todavia, que há, no sistema funcional, um defeito insuperável, que é o de articular a interpretação das disposições penais e o respectivo tratamento dos casos concretos sob o pressuposto de uma política criminal de proteção de bens jurídicos, a qual está subordinada a dois objetivos absolutamente inalcançáveis: de prevenir os delitos pela intimidação (prevenção geral negativa) e de reafirmar a vigência da norma pela punição (prevenção geral positiva).

O primeiro desses objetivos (de prevenir pela intimidação), todos sabem, é meramente hipotético. O segundo (de reafirmar, pela imposição da pena, a validade da norma), que está no cerne de todos os sistemas funcionais, faz da pena um objeto simbólico, justamente porque esta não é mais caracterizada como um instrumento de ressocialização ou reinserção social do agente (que indicaria efeitos empíricos sensíveis e reais), mas terá o sentido de uma função de controle do prestígio da ordem jurídica.

Com isso, caem por terra, no sistema funcional, todos os efeitos democráticos que pretende produzir, incompatibilizando-o, também, com a tarefa de proteção de bens jurídicos, que passa a ser, então, igualmente, meramente simbólica. Afinal, o sistema funcional protege bens jurídicos ou quer apenas reafirmar a vigência da

norma? Não o socorre a edificação de conjuntos de *topoi*, porquanto será vedado utilizá-los como parâmetros fixos de interpretação, ou como elementos integrantes da norma. É que, diante dos princípios da legalidade e da taxatividade, exigem uma subordinação do juiz aos precisos contornos da norma incriminadora e aos elementos particulares por ela dispostos, a ausência desses pressupostos só comporta uma interpretação favorável ao acusado, pois, caso contrário, faltar-lhe-ão os pressupostos de validade.

Não obstante, é possível o acolhimento dos critérios relacionados à teoria do aumento do risco, se coordenados sob outros parâmetros. Para que esses critérios possam exercer, efetivamente, uma função democrática, devem todos eles se subordinar ao princípio geral de que à norma penal é assinalada uma única tarefa, que é a de limitar o conteúdo, a extensão e os efeitos do poder de punir. Esta é a única forma de realizar uma política criminal realista. Fora disso, em que pese ao brilho dos defensores da teoria da prevenção geral positiva, o que há é puro argumento simbólico. Como não se pode demonstrar empiricamente que o direito penal protege bem jurídico – que essa proteção é simbólica todos percebem intuitivamente –, o que se deve fazer é utilizar o conceito de bem jurídico naquilo em que se mostra eficaz, que é servir de pressuposto de limitação da norma e não como seu objeto de proteção. Este é um passo relevante para conter a expansão do sistema penal. Por outro lado, se o funcionalismo pretende excluir da norma seus resquícios metafísicos, por serem empiricamente indemonstráveis, deles não pode se libertar, ao eleger, como tarefas do direito penal, prestações meramente simbólicas e, assim, também indemonstráveis.⁷⁷⁵

Dogmaticamente, a teoria do risco assevera que o tipo do delito culposos só estará configurado quando a conduta ultrapassar os limites do risco autorizado e o resultado constituir a concretização desse comportamento desautorizado. Ao ultrapassar os limites do risco autorizado, a conduta implicou, por seu turno, um perigo relevante ao bem jurídico e, pois, um aumento do risco da ocorrência do resultado. Quer dizer, então, que haverá imputação quando a conduta implicou um aumento do risco da ocorrência do resultado e quando este resultado constituir, concretamente, a realização material daquele risco não autorizado. Como a tarefa normativa é impor limites à responsabilidade e já porque a afirmação positiva de que a conduta ultrapassou os limites do risco autorizado é, muitas vezes, empiricamente indemonstrável, a questão básica reside, aqui, em determinar os casos em que a conduta perigosa, efetivamente, não constitui um aumento do risco desautorizado.

775. Para esta questão, ver o sugestivo artigo de DUBBER, Markus Dirk. "Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft", *am. amerikanischer Sicht*, ZStW 117 (2005), p. 486 et seq.

isso se dá, normalmente, nas seguintes hipóteses: a) quando a conduta, em vez de aumentar, diminuiu o risco do resultado; b) quando a conduta não aumentou o risco para o resultado; c) quando a conduta arriscada não se concretizou no resultado proibido; d) quando a conduta arriscada não se incluiu no âmbito do tipo do respectivo delito.

Seguindo o esquema proposto por ROXIN, poderemos agrupar as duas primeiras hipóteses no setor da *criação do risco*; a terceira, no setor da *realização do risco*, e a última, no setor próprio do *alcance do tipo*. Embora a classificação feita por ROXIN seja bem apreciada pela doutrina e adequada a retratar com alguma fidelidade o conteúdo de todas aquelas hipóteses, deve ser adaptada ao contexto da exposição, ou seja, ao pressuposto de que, na verdade, a ação arriscada constitui uma ação descuidada e como tal deve ser encarada. Os critérios de imputação por ele propostos servem, de qualquer modo, como mais alguns indicadores delimitativos da responsabilidade, que devem incidir, suplementarmente, quando falharem ou forem inadequados todos os demais critérios.

7.3.3.1. O setor da criação do risco

Este setor diz respeito a situações relativas à ação descuidada do agente. Em vez de trabalhar com o critério da infração à norma de cuidado, que caracterizaria a ação descuidada, ROXIN prefere partir, porém, de um outro fundamento, que é o do risco não permitido. Quer dizer, aqui se trata de equacionar os efeitos de uma ação que tenha ultrapassado os limites do risco autorizado. Por exemplo, ao dirigir em excesso de velocidade, o motorista realiza uma ação que ultrapassa os limites do risco autorizado. No fundo, a situação é a mesma da violação a uma norma de cuidado, só que com outra roupagem. Uma vez que o agente tenha, assim, se excedido na sua atividade, cumpre verificar se, ainda assim, o resultado lhe pode ser imputado. Neste setor da criação do risco, serão analisados os critérios da *diminuição do risco* e da *ausência do aumento do risco*.

7.3.3.1.1. A diminuição do risco

Em primeiro lugar, não haverá imputação na hipótese de *diminuição do risco*. Haverá *diminuição do risco*, quando a conduta do agente, embora perigosa e causal para o resultado, tenha produzido um dano menor na vítima. Se a norma penal tem como pressuposto o dano ou o perigo de dano ao bem jurídico, a orientação da conduta do agente fixa os parâmetros de intensidade da agressão a esse bem jurídico. Aqui, opera-se uma exclusão da imputação, porque o agente, em vez de se dirigir à lesão do bem jurídico, orientou, concretamente, sua conduta, no sentido de não causar esse bem jurídico diante de um dano de maior gravidade. Não

se exige, para excluir-se a imputação, que o agente tenha salvo, efetivamente, o bem jurídico. Uma vez que tenha evitado um dano maior, não importa que de sua conduta tenha resultado, de qualquer modo, um dano à vítima, pois se reconhece que atuara na medida de suas possibilidades.

Há inúmeros exemplos de situações nas quais o agente atua no sentido de proteção do bem jurídico. O mais elementar é aquele da queda de objeto sobre a vítima, o qual é afastado pelo agente, de modo que, em lugar de golpeá-la mortalmente na cabeça, vem a lesar-lhe o ombro. Neste caso, se o agente não atuasse, a vítima morreria. Na identificação da relação entre a ação do agente e seu efeito concreto, e o que aconteceria à vítima, deve-se valer, na ausência de outro melhor, do velho e criticável critério da probabilidade. Como aqui o juízo de probabilidade não é utilizado para imputar, mas para negar a imputação, nada obsta à sua validade.

Convém observar, todavia, que a ação do agente que diminui o risco não pode criar um risco autônomo. O risco diminuído deve estar na linha de desdobramento causal do risco maior. Não seriam, portanto, excluídos da imputação aqueles riscos que o agente criar, ainda que remotamente vinculados ao risco maior. Por exemplo, para evitar que uma casa seja inundada, o agente desvia o curso do rio e acaba produzindo uma inundação na casa vizinha, ainda que menor. Aqui, está claro, não há diminuição do risco, porque o agente produzira nova cadeia de risco a bem jurídico alheio, ainda que em menor intensidade. Igualmente não haverá diminuição do risco na hipótese em que o agente, ao procurar evitar que a vítima seja alcançada por uma grande pedra, acaba por lançá-la em um buraco, onde tem a perna quebrada. Nestas hipóteses, a imputação é afirmada, mas o agente poderá beneficiar-se do estado de necessidade.

7.3.3.3.1.2. A ausência do aumento do risco

Da mesma forma, não haverá imputação, quando a conduta do agente, ainda que não autorizada, perigosa e causal para o resultado, não tenha aumentado o risco de sua produção. Aqui, como a lesão ao bem jurídico ocorreria de qualquer modo caso a conduta do agente fosse autorizada ou não, a imputação é excluída por não ser possível medir a alteração da intensidade de agressão a esse bem jurídico. A conduta do agente estaria situada, pois, numa zona de neutralidade e indeterminação.

Pode-se dar um exemplo dessa situação: Um lojista resolve construir uma cobertura para o pátio interno de seu estabelecimento, sem atender às normas de segurança relativas a incêndio e desabamento. Alguém se atira pela janela do 10º andar do edifício contíguo e morre ao bater a cabeça nesta cobertura. Está claro que o fato de a cobertura ter sido construída pondo em risco todas as pessoas que se encontravam

circulassem não implicou, no caso concreto, um aumento do risco da morte do suicida, não se podendo, portanto, imputar esta morte ao lojista. À mesma conclusão se poderia chegar pela limitação imposta, na própria causalidade, pelo critério da causalidade típica ou do comportamento alternativo ou ainda segundo o critério do fim de proteção da norma. A opção por aquelas ou por esta solução depende da metodologia empregada. Ao sistema do Código Penal brasileiro será mais adequada do o critério de limitação na própria causalidade, tendo em vista a interpretação teleológica do art. 13, embora não seja incorreta a proposta sugerida por ROXIN.

Incluem-se ainda, no âmbito da criação ou do aumento do risco, os casos de *causas hipotéticas*, nos quais a causalidade anterior se vê modificada por uma causalidade superveniente. Estes casos podem ser tratados, normalmente, sob os critérios limitadores na própria causalidade. O Código Penal brasileiro, inclusive, prevê, no art. 13, § 1º, uma regra expressa sobre a causalidade superveniente, que pode ser aplicada a fatos dolosos e culposos.

Há, porém, algumas hipóteses que fogem ao âmbito da limitação do art. 13, § 1º, e para as quais se deverá atender ao critério do aumento do risco. Em se tratando, por exemplo, de *concausas* que são intensificadas por atuação de outrem, deve-se verificar até que ponto a contribuição do agente terá ainda alguma relevância para o resultado final.

Quando foram discutidos os casos de limitação da causalidade, pôde-se traçar, como parâmetro de limitação da causalidade, a cláusula *ceteris paribus*, pela qual se exige que o desenrolar da causalidade se processe sob as mesmas circunstâncias desde o seu início até o resultado final. Nas *concausas*, embora o fator desencadeante de um resultado mais grave esteja presente no momento da ação, a sua produção pode não ser imputável ao agente, caso decorra quase que inteiramente do desdobramento das causas preexistentes. Aplicando-se o critério da cláusula *ceteris paribus* se poderia concluir que como os fatores eram desiguais, no momento da ação e no do resultado, a imputação restaria excluída. Isto pode ser também obtido com a assertiva de que, aqui, a contribuição causal do agente não implicou mais que uma simples lesão e que, em face de ser sua *contribuição insignificante*, não aumentou o risco da produção do resultado, que adveio pelo desvio causal suscitado pelo desdobramento da concausa.

Esse quadro pode ficar mais explícito nas hipóteses de intervenção de terceiro sobre a causalidade anterior, de modo que a força da concausa se veja fortalecida por essa intervenção. Por exemplo, alguém desferiu um soco no braço de um hemofílico, que horas antes havia se submetido a uma transfusão de sangue para a reposição do

fator coagulante, o que torna inócuo os efeitos do soco para desencadear imediatamente uma hemorragia. Mais tarde, deixa a vítima de continuar o tratamento, ou, por qualquer motivo, se modifica o quadro inicial e sua situação se agrava ainda mais com a intervenção do médico sobre o hematoma que se havia produzido no braço da vítima, do que lhe resulta a morte. Nesta hipótese, estará excluída a imputação, não pela aplicação do § 1º do art. 13, mas porque a ação do agente que dera o soco no braço não representou um aumento do risco do resultado morte, o qual só fora viável, na verdade, pela ação indevida do médico.

7.3.3.3.1.3. Aumento do risco e limitação temporal

O decorrer do tempo conduz também, em certas circunstâncias, à exclusão da imputação. Diante da influência de diversos fatores que intervêm no desenrolar do acontecimento durante longo tempo, a afirmação de que a contribuição causal do agente para com a morte da vítima continuaria a produzir efeito no momento do evento não pode ser tomada de modo absoluto apenas com base em um aumento inicial do risco. Daí a necessidade de sua limitação temporal. Por outro lado, diante da imprecisão quanto à causa determinante do resultado, é inaplicável aqui a regra limitadora do art. 13, § 1º, do CP, que apenas incide quando se possa demonstrar que a causalidade superveniente por si só produziu. Mas o decurso do tempo, como torna incerta a determinação acerca se o risco criado pelo agente ainda desempenharia um papel significativo na produção do resultado, transfigura as próprias bases do processo de imputação. Por exemplo, alguém desferiu uma facada na perna da vítima, que contava a este tempo com 85 anos de idade. Transportada ao hospital, a vítima vem a morrer 10 anos depois, quando então já teria 95 anos. Está claro que diante das condições temporais, aliadas à idade da vítima, já não se pode dizer que esta morreria em consequência da lesão que motivara sua longa internação hospitalar. A questão fundamental está, porém, na determinação do tempo necessário a indicar que o aumento inicial do risco se torna irrelevante para o resultado. Como não se trabalha aqui com critérios de certeza, poder-se-ia dizer que a imputação seria excluída pelo decurso do tempo, na medida em que fosse provável, em face das circunstâncias, que o risco produzido pela conduta do agente já não tivesse vigor suficiente para continuar contribuindo para o resultado. Parece, no entanto, que esse critério é insuficiente, porque está calçado em uma argumentação puramente negativa. Geralmente, o critério da probabilidade é usado para demonstrar o contrário de uma afirmação, mas não para fundamentar uma simples negação, de que, assim, determinado risco já não possui vigor. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que a imputação estaria excluída se fosse provável que o evento decorreria de outros fatores e não da condição *nostrae* no momento do evento.

a conclusão dependeria de uma série de demonstrações positivas, nem sempre suscetíveis de fundar uma argumentação convincente. A doutrina tem trabalhado esta questão no âmbito do fim de proteção da norma, ora para excluir,⁷⁷⁶ ora para afirmar⁷⁷⁷ a imputação, ou mesmo para excluir a punibilidade.⁷⁷⁸ A solução pelo fim de proteção da norma é, porém, demasiadamente formal e não pode servir de parâmetro limitador, quando a conduta inicial tenha sido programada para lesar o bem jurídico em tempo posterior (caso da bomba ou da mina terrestre, que explodem bem mais tarde), ou quando a infração à norma de cuidado só adquira relevância com a produção do resultado, independentemente de sua ocorrência temporal (caso de um defeito no *airbag*, que só se manifesta quando ocorre um acidente).⁷⁷⁹ Tendo em vista essa dificuldade e atendendo a que o processo de imputação não pode estar divorciado de uma argumentação analítica e funcional, pode-se trabalhar a questão de outro modo.

Normalmente, por força da teoria da condição, entende-se que haverá causalidade quando um evento não puder ser pensado sem a subsistência de uma condição anterior ou, dito com outras palavras, quando sem essa condição o evento não se realizaria (art. 13 CP). Com esta formulação, concebe-se a relação de causalidade entre condição e evento como um acontecimento extraordinário, que provoca uma alteração no sistema, até então, organizado e fechado em torno da estabilidade dos bens jurídicos da vítima. Mas, por outro lado, a causalidade está presente na vida diária, sem que se perceba ou se lhe dê atenção. Por exemplo, ninguém se pergunta, a cada momento, de onde veio e aonde vai, nem por que envelhece a cada minuto, se o Sol irá se apagar amanhã, ou se a constelação do Cruzeiro do Sul continua brilhando no céu brasileiro e justifique, assim, sua reprodução na bandeira nacional. Estas perguntas têm de certo modo alguma relevância, pelo menos para se esclarecer sobre nossa origem, nossa disposição genética, o futuro de nosso planeta ou para as conclusões astronômicas. Mas elas não são feitas ou só o são excepcionalmente, porque já estamos tão acostumados a viver sem elas, que seu esclarecimento em nada nos altera, embora, em cada uma dessas, haja uma indagação acerca de um processo causal. Afinal, o envelhecimento, por exemplo, nada mais é do que um contínuo desenrolar de causas e efeitos, e a ciência nos

776. Por exemplo, ROXIN, Claus. "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", Festschrift für Gallas, 1973, p. 253.

777. Por exemplo, SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. "Sobre la relevancia jurídico-penal de la no immediatez en la producción del resultado", Consideraciones sobre la teoría del delito, Buenos Aires, 1998, p. 59.

778. Por exemplo, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La imputación de los resultados a largo plazo: especial referencia a la problemática del SIDA*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

779. Para essas questões, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 110 et seq., com muitas ponderações pertinentes em torno das divergências

ensina que o Sol e o nosso céu estão em constante processo de mudanças. Analisando justamente esta relação causal, conclui HUND que ela passa despercebida porque aqui não se distingue entre passado e futuro, estando ambos entronizados em um mesmo segmento.⁷⁸⁰ Quando isto ocorre, o âmbito propriamente causal perde seu significado, o que vale é apenas um processo explicativo de como o estado das coisas, gradativamente, se altera.⁷⁸¹ Assim, na medida em que o tempo produza um estado dessa ordem, em que não se possa separar o passado (condição) e o futuro (evento), sob a perspectiva de um acontecimento extraordinário, capaz de desequilibrar o sistema, não estarão mais presentes os pressupostos do aumento do risco, nem de sua realização no resultado, ou seja, os pressupostos da imputação de responsabilidade. Nesse procedimento, que consiste, portanto, de uma avaliação em que se descarta a simples determinação da causalidade em favor do reconhecimento de uma alteração de estado, com a consequente exclusão da imputação, poderão ser utilizados dois critérios: o da funcionalidade da condição e o da suficiência. Pelo primeiro, poder-se-á excluir a imputação quando se concluir que o resultado (a morte da vítima, por exemplo) não estará mais em função da condição (o ferimento, por exemplo) que inicialmente desencadeara o risco de sua ocorrência, mas sim de outros fatores, na medida em que estes passem a tornar crônico seu próprio estado. O resultado estará em função de uma condição, quando só possa a ser explicado em face de uma alteração dessa, ou seja, quando sua produção só adquira sentido se vinculada a essa condição, segundo as regras que disciplinam sua relação.⁷⁸² Assim, no exemplo citado, a morte da vítima não adquire sentido em função do aumento do risco provocado pela ação do agente, mas pelas alterações que se processaram no estado do paciente. Se isto se dá, podemos dizer que a imputação estará excluída porque o resultado não se situou em função do aumento do risco. Pelo segundo critério, a imputação será excluída quando, sopesados os diversos fatores produtores do resultado, a condição inicial (o ferimento) não for mais suficiente para explicar a morte da vítima, ou seja, quando a transfiguração do aumento do risco em alteração de estado minimize de

780. HUND, Friedrich. "Zeit als physikalischer Begriff", *Studium Generale*, 23, 1970, p. 1100, in Erhard Scheibe, *Die Philosophie der Physiker*, p. 225.

781. SCHEIBE, Erhard. *Die Philosophie der Physiker*, p. 224.

782. Um exemplo da física poderá ilustrar essa afirmação. Diz-se que a força de atração de um ímã sobre um objeto está em função da distância que os separa. Na medida em que se altere esta distância haverá maior ou menor força atrativa, quer dizer, um resultado (a atração) estará em função da condição (a distância) quando qualquer alteração desta produzir uma modificação naquele. Uma vez que isto seja experimentalmente comprovado, diz-se também que a explicação acerca do aumento ou da diminuição da força atrativa só terá sentido se vinculada à distância entre o ímã e o objeto. Se, por seu turno, a força atrativa, por qualquer mecanismo, sofrer outra alteração, agora desvinculada da distância entre o ímã e o objeto, já não se poderá dizer que há entre ambos uma relação funcional. Como na vida diária os acontecimentos se sucedem como fenômenos, é perfeitamente adequado trabalhar-se a causalidade e a imputação sob uma perspectiva funcional e não essencialista.

tal forma a contribuição causal que a torne irrelevante para o resultado. Em ambos se dirá que o evento não pode ser imputado ao agente como obra sua.

7.3.3.2. O setor da realização do risco

Neste setor são tratadas as hipóteses relativas à concretização do risco não autorizado, quer dizer, da efetiva relação entre a ação descuidada e o resultado efetivamente produzido. Durante toda verificação da tipicidade dos delitos culposos, emerge sempre a discussão relativa à relação entre ação descuidada e resultado, que já foi anteriormente tratada sob outros enfoques, quanto à própria causalidade, ao fim de proteção da norma e, ainda, à imputação objetiva no que toca à previsibilidade e evitabilidade. Aqui a perspectiva é traçada sob o ângulo do aumento do risco e comporta uma análise dos critérios da ausência da realização do perigo e da ausência de realização do risco não permitido.

7.3.3.2.1. A ausência de realização do perigo

A primeira forma de se excluir a imputação é pela verificação sobre se o perigo que a ação descuidada desencadeou veio a intervir concretamente no resultado. Normalmente, esses casos são tratados no âmbito da interrupção da imputação pela limitação da própria causalidade (art. 13, § 1º, do CP), sendo conhecidos simos no Brasil os clássicos exemplos da ambulância, da infecção hospitalar e de outros desdobramentos causais da ação inicial contrária ao dever.⁷⁸³ No âmbito dos delitos culposos, o que efetivamente interessa é se o resultado foi ou não produzido conjuntamente pela ação perigosa (descuidada) e pela ação superveniente. Se o resultado for produzido concretamente apenas pela ação superveniente não haverá imputação.

7.3.3.2.2. A ausência de realização do risco não permitido

Não haverá também imputação quando a ação descuidada não houver influído na produção concreta do resultado. A aferição aqui é feita *ex post*, de modo a concluir que o cumprimento do dever de cuidado seria, no caso, absolutamente inútil. Há semelhança entre esta hipótese e os casos de comportamento alternativo conforme ao direito. Lá, entretanto, se concluiu que não haveria causalidade se o evento tivesse sido produzido de qualquer forma por comportamento conforme ao cuidado, ou seja, por comportamento situado dentro dos limites do risco autorizado. Aqui, não se está buscando propor uma causalidade alternativa, mas sim verificar se a

783. Por exemplo: alguém é ferido na perna, levado ao hospital e morre devido a um acidente provocado por culpa do motorista da ambulância, no qual a vítima tem sua cabeça esmagada; alguém é ferido e levado ao hospital e morre por infecção hospitalar; alguém produz na vítima um ferimento, esta toma uma reação alérgica e conseqüentemente a morte.

conduta contrária ao cuidado, ou seja, fora dos limites do risco autorizado, influíu ou não sobre o resultado.

Assim, no famoso caso do fabricante de pincéis, julgado pelo Tribunal do Reich em 1929, não haveria imputação. Trata-se da ação do gerente de uma fábrica de pincéis, que entrega a suas empregadas pelos de cabra importados da China, sem os desinfetar previamente. Como os pelos estavam contaminados pelo bacilo antrácico (carbúnculo), 4 (quatro) trabalhadoras são afetadas pela doença e morrem. Analisada *ex ante* a situação, se tratava de uma ação contrária do dever, ou seja, situada fora dos limites do risco autorizado. Mas apreciado o fato *ex post*, pôde-se ver que ainda que o autor houvesse submetido o material à desinfecção, a contaminação ocorreria de qualquer modo, em face da ineficiência dos produtos desinfetantes até então disponíveis no mercado. Vê-se, então, que o fato de o autor não haver desinfetado os pincéis em nada influíu na produção do resultado.

Esse exemplo é diverso daquelas hipóteses tratadas no critério do comportamento alternativo. Lá era possível a atuação conforme ao cuidado, excluindo-se a causalidade quando com esta atuação provavelmente o resultado também teria ocorrido. Aqui, ainda que o autor tivesse atuado conforme ao cuidado que lhe era imposto, esta atuação não teria qualquer influência no resultado, independentemente da aplicação do princípio da probabilidade, porque o cuidado que deveria ser atendido na época era inócuo em face dos recursos disponíveis para evitar o perigo. Se a conduta tivesse sido realizada hoje, já não se poderia tratar a questão desta forma, porque as medidas sanitárias poderiam evitar o resultado.

Devem ainda ser incluídos, no âmbito da realização do risco no resultado concreto, todos os casos em que a contribuição da ação descuidada seja insignificante para a sua produção. Nesta hipótese, se aplica o *princípio da intangibilidade do risco*. Assim, não haveria crime culposo de inundação no fato de um alguém lançar um balde de água sobre uma represa prestes a transbordar. Em face da impossibilidade de se avaliar, empiricamente, essa contribuição da ação, deverá ser excluída a imputação, porque a sua afirmação não pode submeter-se a um procedimento de refutação. Aqui não são adequados os critérios do comportamento alternativo nem a regra da interrupção do nexo causal (art. 13, § 1º, CP), porque não contemplam exatamente as características do fato. Na verdade, poder-se-ia talvez dizer que, numa avaliação *ex ante*, a inundação não seria provável, mas de qualquer modo houve uma contribuição causal que se somou aos demais fatores desencadeantes do resultado e que só deixa de ser levada em consideração por um critério normativo que só pode ser formulado *ex post*, em face da apreciação do fato.

7.3.3.3. O setor do alcance do tipo

Neste setor se procede à análise das limitações impostas aos tipos de delito existentes na parte especial dos códigos penais. Cada delito, ao ser elaborado pelo legislador, comporta uma interpretação adequada a delimitar-lhe as respectivas zonas de injusto, situadas na perfeita identificação das exigências normativas quanto à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico que lhes serve de substrato. Não se trata, assim, do fim de proteção da norma de cuidado, como já exposto mais atrás. Aqui importam especialmente os casos decorrentes da autocolocação em perigo, da colocação em perigo alheia e dos submetidos ao âmbito de responsabilidade de outrem.

Todos estes casos estão subordinados ao *princípio geral da autorresponsabilidade* que se desenvolve no Estado democrático como condição para a regulação das expectativas de conduta.⁷⁸⁴ Tendo em vista o pluralismo de ideias, convicções e decisões acerca do agir, garantidas ao indivíduo como desdobramento da proteção à dignidade da pessoa humana, a intervenção do poder punitivo, *a contrario sensu*, só se pode legitimar na medida em que leve em consideração a separação das atividades de cada um sob a esfera de manifestação do próprio poder individual de autodeterminação. Isto quer dizer que a pessoa humana ao mesmo tempo em que tem assegurada sua dignidade, como objeto de proteção do Estado, impõe a este uma limitação quanto ao processamento da responsabilidade alheia sobre a base da liberdade de agir. Assim, ninguém deverá ser responsabilizado porque outrem decidiu, por conta própria, atuar de outro modo, ainda que se submetteno do aos riscos de sua atividade. Embora se reconheça ao Estado um importante papel na regulação da vida social, não lhe cabe, todavia, a função de tutor das atividades individuais. Esta é a consequência que decorre da consideração do princípio da autodeterminação como fundamento de um regime de liberdade e garantia. Em face desse argumento, pondera HAFt que cada pessoa é responsável apenas por sua conduta e não pela conduta dos demais, salvo quando se situe na posição de garantidor do bem jurídico ou quando, em face de seu especial conhecimento do risco resultante de sua atividade, o tenha melhor apreendido do que quem vier a suportar o perigo.⁷⁸⁵

As ressalvas de HAFt suscitam a importante questão de estabelecer as regras que fixem os contornos e os limites do âmbito da autorresponsabilidade. Geralmente, a doutrina se orienta em duas vertentes, ora pelas regras da exculpação, ora pelas regras do consentimento.

784. Assim, por exemplo, KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, 3ª edição, p. 63; SCHÖNKE-SCHRÖDER-
785. Assim, por exemplo, KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, 3ª edição, p. 164; SCHÖNKE-SCHRÖDER-
786. Assim, por exemplo, KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, 3ª edição, p. 164; SCHÖNKE-SCHRÖDER-

De acordo com as *regras de exculpação*, deve-se negar validade ao princípio da autorresponsabilidade em relação às pessoas que não possam atuar culpavelmente. Isto se dá quando se trate de inimputáveis ou daqueles que se encontrem nos estados de coação ou em execução de ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal.

Segundo as *regras do consentimento*, o fundamento da autorresponsabilidade reside na renúncia sobre o bem jurídico. Para tanto é indispensável que estejam presentes os seguintes pressupostos: a) o bem jurídico deve ser disponível; b) o agente deve ser o único titular do bem jurídico; c) o agente deve ter a capacidade de consentir; isto é, deve possuir a capacidade de avaliar o significado e o alcance de sua renúncia; d) o ato de disposição não pode ser obtido por coação, fraude ou violação de dever pessoal; e) o consentimento deve ser manifestado antes do fato, de modo expresso ou concludentemente; f) o consentimento não pode violar princípios expressos da ordem jurídica.⁷⁸⁶

A opção por uma ou por outra série de regras depende do caso concreto. WESSELS-BEULKE, por seu turno, optam pelas regras do consentimento, principalmente quando se trate de autocolocação em perigo relativamente à própria vida, uma vez que, neste caso, as condições não podem ser inferiores àquelas referentes à ofensa à integridade corporal.⁷⁸⁷ A adoção de qualquer das regras, porém, deve seguir uma orientação que seja mais próxima do fator que desencadeou a causalidade. Assim, a condição de ser a vítima inimputável não deve excluir a aplicação do princípio da autorresponsabilidade, caso esta circunstância não seja decisiva para o desfecho do caso. Por exemplo, se a vítima consentiu validamente na disposição ao perigo de sua integridade física, com pleno conhecimento do significado desse ato e independentemente da sua inimputabilidade, deve valer o princípio da autorresponsabilidade. Se, porém, a vítima consentiu porque sua condição de inimputável favorecia esse consentimento ou porque executava uma ordem superior, não deve vigorar o princípio da autorresponsabilidade, ainda que preenchidos os pressupostos do consentimento. Isto vale também para as hipóteses de semi-imputabilidade. Neste sentido, inclusive, pondera ROXIN que o fato de ser alguém semi-imputável não implica excluir-se a autorresponsabilidade, se apesar da diminuição de sua capacidade de culpabilidade tiver atuado com pleno reconhecimento do perigo, devendo, pois, permanecer impunível o colaborador.⁷⁸⁸

786. Assim, WESSELS/BEULKE. Nota 234, p. 63.

787. WESSELS/BEULKE. Nota 234, p. 63.

788. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 339.

7.3.3.3.1. A autocolocação em perigo

O primeiro dos casos de concretização do princípio da autorresponsabilidade diz respeito à participação alheia na autocolocação em perigo ou na autolesão. Ainda que o agente tenha contribuído causalmente para o resultado, este não lhe será imputado quando a vítima se tenha, deliberadamente, colocado em perigo ou se autolesado. Assim, se duas pessoas resolvem participar, cada qual com seu veículo, de uma corrida de carros em zona urbana por simples emulação, a responsabilidade pelos efeitos danosos que daí resultem em uma delas não pode ser estendida à outra, salvo se esta, efetivamente, tenha provocado diretamente o acidente.

Aqui vigora o princípio de que, nos limites do tipo, não podem ser abarcados eventos para os quais a vítima, por si mesma, tenha voluntariamente contribuído de uma forma decisiva. Para se excluir a imputação, porém, não basta que a vítima se tenha posto em perigo circunstancialmente. Ao invés, sua contribuição para o evento deverá ser no cômputo geral suficiente para a sua ocorrência, quer dizer, deverá constituir o ponto de gravidade sobre o qual se situam as forças favoráveis à sua produção.

Sob esses pressupostos deve ser tratado o polêmico caso da cessão e uso de drogas. Se alguém cede a outrem cocaína e o consumidor morre porque aingere em grande quantidade, o cedente só deverá ser responsabilizado pelo delito respectivo previsto na lei de tóxicos,⁷⁸⁹ mas não pelo homicídio culposo a que poderia corresponder a morte da vítima.⁷⁹⁰ Na verdade, a vítima teve para a sua morte uma participação decisiva e assumiu deliberadamente, de modo a constituir o ponto de gravidade de sua ocorrência.

O mesmo desfecho deve ser dado também à controvertida indagação se o cedente da droga se situaria em posição de garantidor, de modo a responder pelo crime de homicídio culposo por omissão, caso não chamasse o médico quando o consumidor já tivesse entrado em estado de inconsciência em virtude dos efeitos da droga. Apesar da orientação da jurisprudência alemã no sentido de que aqui teria havido homicídio culposo por omissão, entende ROXIN que, em face da autocolocação em perigo da vítima, ao ingerir por sua própria conta a droga, haveria no caso unicamente omissão de socorro dolosa. Para reforçar seu argumento, vale-se ROXIN de um preceito de política criminal de que com a punição do agente pelo

789. Lei 11.343/06, art. 33, § 3º. "Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena—detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28."

790. Neste sentido, ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*, 3ª edição, p. 337; SCHÜNEMANN, Bernd. "Fabriksige" in *Der strafrechtliche*, in NSZ, 1982, 60.

delito de tráfico já estaria satisfeito o poder de punir do Estado.⁷⁹¹ Em que pese à argumentação de ROXIN, parece que, aqui, não devem caber ponderações de política criminal. Se a imputação é excluída porque a contribuição da vítima fora decisiva para quebrar a responsabilidade do cedente pelo nexo de causalidade, da mesma forma e até com maior razão, essa mesma situação de a vítima ser autocolocado em perigo deverá excluir a extensão do dever especial de garantidor, que havia sido gerado com a atividade anterior do cedente, criadora do perigo. Assim, a imputação da omissão de socorro (dolosa) ao cedente da droga é a que melhor se adapta ao acontecimento, mas sob uma fundamentação dogmática, não por razões de política criminal.

Como os fundamentos quanto à imputação são idênticos, seria contraditório excluir-se o delito culposo de homicídio por comissão e admiti-lo por omissão, quando justamente o primeiro é mais grave do que o segundo. Por outro lado, mesmo HAFT, que parte da consideração de que o princípio da autorresponsabilidade não poderia ser invocado nas hipóteses em que o sujeito fora garantidor do bem jurídico lesado ou posto em perigo, reconhece-lhe aqui aplicação, por entender não estar o cedente nessa condição de garantidor.⁷⁹² Está claro, porém, que a responsabilidade do cedente poderá subsistir caso seja portador de um conhecimento especial, de modo a compreender melhor o perigo do que o usuário. Assim, por exemplo, se o cedente sabe que o usuário está embriagado e mesmo assim lhe entrega a droga para consumo, será responsabilizado pela morte deste se esta advier da ingestão conjunta de droga e álcool, porque seu especial conhecimento da situação de fato lhe assegura um domínio sobre a causalidade, da qual o usuário não era possuidor. Nesta hipótese, a infração à norma de cuidado se realizou no resultado típico por obra do próprio sujeito, não podendo ser aplicada a limitação pelas regras do consentimento ou da exculpação, porque justamente a circunstância da embriaguez, que é fator de culpabilidade e não do injusto, foi decisiva para excluir a autorresponsabilidade.

Ademais dos argumentos relativos ao princípio da autorresponsabilidade, há de ser observado também o sistema do Código Penal, que, ao prever o delito de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122) unicamente na modalidade dolosa, expressamente excluiu a responsabilidade do colaborador quando este tenha atuado apenas com culpa. Em face disso, portanto, quem entrega dolosamente a outrem uma droga para que este com ela se suicide, só cometerá o delito do art. 122 do CP e não o de homicídio (art. 121). Se a entrega não for vinculada dolosamente ao

791. ROXIN, Claus. *Strafrecht*, Nota 225, p. 338.

792. HAFT, Fritjof. *Strafrecht*. AT, 6ª edição, n. 65.

suicídio, mas ao simples uso, ainda que com riscos à própria vítima, o cedente só deverá responder pelo delito de cessão de droga, nem pelo auxílio ao suicídio (art. 122), nem pelo homicídio culposo (art. 121, § 3º). Estes mesmos argumentos valem no tocante à omissão. Se o código não prevê a modalidade culposa de auxílio ao suicídio, tanto na comissão quanto na omissão, isto significa que renunciou a atribuir ao agente, em tais casos, uma posição de garantidor, sendo, portanto, impossível responsabilizar o cedente da droga pela omissão culposa de impedir o resultado, pois tal imputação estaria em contradição com o próprio sistema.

Um caso interessante de autocolocação em perigo me foi relatado pelo advogado ALEXANDRE MALLETT: a montadora de automóveis X constata que o sistema de *airbag* de seus veículos apresenta um defeito, gerando o perigo de ser acionado indevidamente e, assim, de produzir lesões nos usuários. Em consequência, convoca publicamente todos os proprietários desses veículos para se dirigirem às respectivas concessionárias e ali procederem à troca do produto avariado. Um desses proprietários, porém, apesar de notificado por carta quanto ao problema, simplesmente o ignora e continua, assim, a usar o veículo. Certa vez, durante uma viagem, o *airbag* é acionado indevidamente e produz lesões tanto no motorista quanto em um passageiro. Neste caso, embora o fabricante tenha contribuído de modo causal para o evento, este não lhe pode ser imputado porque se situa fora do alcance do tipo, em face de o proprietário do veículo se haver colocado voluntariamente em perigo.

A questão pode ter outros desdobramentos, por exemplo, se a vítima houvesse adquirido o veículo em segunda mão e, assim, não tivesse recebido a carta-convocatória do fabricante e nem tivesse lido a chamada publicada nos jornais. Nesta hipótese, fica descartada também a imputação do evento ao fabricante, porque a este não se pode estender um dever contínuo e infinito de entrar pessoalmente em contacto com todos os proprietários que se seguiram ao primeiro comprador, ao qual a carta fora encaminhada, salvo se algum desses tivesse comunicado anteriormente a carta fora encaminhada, a titularidade do veículo. Configurando-se esta última situação, ao fabricante incumbiria o dever de fazer também a esse a chamada para a troca do produto defeituoso.

Por outro lado, não importa à imputação do fato ao fabricante a extinção do prazo de *garantia*. Em se tratando de produto que gera perigo por defeito de fabricação, o dever de alertar para tal circunstância e de proceder à substituição da peça não pode ser extinto enquanto esta peça continuar sendo usada no veículo com as mesmas características originais. Portanto, ainda que o veículo venha a ser seguidamente revendido, ao fabricante incumbe comunicar o fato aos subseqüentes proprietários,

desde que, está claro, tenha conhecimento acerca das respectivas revendas.

Uma outra questão que se poderia colocar seria a da responsabilidade do primeiro comprador, que recebeu a carta de convocação do fabricante e não a repassou ao segundo proprietário. Independentemente de que sua omissão possa ser levada em conta no plano da indenização civil, não se lhe pode, igualmente, imputar o evento, porquanto não se lhe estende o dever de preservação das qualidades das peças originais do veículo, quando defeituosas na sua origem. Aqui, evidentemente, não se aplicam as regras de limitação da autorresponsabilidade, porquanto, inclusive, a responsabilidade do fabricante independe, por exemplo, se a vítima era ou não imputável. Trata-se de uma situação objetiva (o acionamento do *airbag*) para a qual é irrelevante a capacidade da vítima de conduzir adequadamente o veículo.

Como se está tratando do alcance do tipo de delito respectivo (homicídio, lesão corporal, etc.) são irrelevantes as regras específicas relativas à fabricação do veículo e aos direitos do consumidor, quer dizer, a responsabilidade penal não pode estar subordinada às regras que dizem respeito, por exemplo, ao direito do consumidor de ser informado, antes de sua compra, acerca das qualidades ou defeitos do produto. Uma vez que o consumidor não tenha sido, previamente, alertado de qualquer irregularidade quanto ao veículo que está adquirindo, isto é matéria própria do direito do consumidor e não do direito penal. Está claro, todavia, que o direito penal pode levar em conta algumas disposições do código do consumidor como orientação para a determinação do risco autorizado, quando digam respeito a condições específicas da conduta submetida à análise, mas essas regras não podem ser tomadas em sentido vinculante para a imputação. Por sua vez, os próprios tipos de delito previstos no código do consumidor devem submeter-se a uma análise própria quanto aos seus elementos constitutivos e seus limites, cujos parâmetros podem ser extraídos dos preceitos gerais traçados por aquele código.

7.3.3.3.2. A heterocolocação em perigo consentida

Como desdobramento do princípio da autorresponsabilidade dá-se também a situação em que o perigo é executado por outrem e não pela própria vítima, mas com seu incentivo ou consentimento. Esta hipótese se diferencia da contemplada no item anterior porque lá o perigo ou a lesão seriam efetivados pela própria vítima com a contribuição do agente. Aqui é o próprio agente que executa a ação perigosa ou lesiva com a contribuição da vítima. Não haverá imputação quando o ponto de gravidade da produção do resultado se situar na dependência da atuação da vítima. Como a vítima não executa propriamente a ação, a imputação será excluída especificamente quando, o agente, ao executar a ação, tiver a intenção de causar a morte ou lesão grave, e não se limitar a colocar a vítima em perigo.

pela vítima e não de uma atuação isolada do agente.

A diferenciação entre as situações de autocolocação e heterocolocação⁷⁹³ em perigo tem suscitado enormes divergências doutrinárias, todas elas elaboradas sobre casos concretos. Situemos alguns deles: 1) um motorista é obrigado pelo passageiro, que o ameaça com uma faca, a dirigir em excesso de velocidade e acaba se chocando com um poste, daí resultando lesões graves no próprio passageiro; 2) um motorista transporta, na caçamba aberta de seu caminhão, algumas pessoas, atendendo a seus próprios pedidos e sem atar os respectivos cintos de segurança. Em uma curva, um dos passageiros cai e quebra a perna; 3) um viciado insta outro a injetar-lhe na veia uma substância composta de heroína, do que lhe resulta a morte; 4) alguém, portador do vírus da AIDS, sem uso de preservativo, mantém relações sexuais com outro, que conhecendo o perigo acaba também se contaminando. Em todos esses casos há um denominador comum: a vítima consentiu na realização da ação perigosa. Para determinar-se a imputação, deve-se valer aqui das regras do consentimento e da exculpação, conforme as características concretas da respectiva conduta.

No caso 1, ao motorista não poderá ser imputada a lesão da vítima, porque, além de ser válido o seu consentimento, ela mesma dominava, de certa forma, a causalidade e havia deliberadamente infringido, por sua própria conta, a norma de cuidado.

No caso 2, o motorista infringiu uma norma de cuidado, ao aceitar transportar as pessoas naquelas condições, mas estas mesmas o instaram a isso. A imputação será excluída se a queda da vítima e sua consequente lesão se incluir como uma consequência normal da condução do veículo, porque então a atuação daquela será decisiva para a produção do resultado. Se, porém, a vítima vier a cair porque o motorista dirige em alta velocidade e acaba derrapando, já não se poderá dizer que o resultado fora decisivamente consequência de sua conduta, mas sim da situação anormal provocada pelo motorista. Nesta última hipótese, haverá imputação, uma vez que a conduta executada pelo motorista excedeu os limites compreendidos pelo consentimento da vítima.

No caso 3, o consentimento não pode se estender à disposição quanto à vida, sendo, portanto, imputável ao agente a morte da vítima, como homicídio culposo.

No caso 4, embora a gravidade do contágio possa suscitar um julgamento emocional, não deverá haver imputação, uma vez que a vítima mesma é que realiza consciente e deliberadamente a ação que a contamina. Vigoram, aqui, portanto,

793. Originalmente, havia sido empregada neste livro a expressão "altercolocação em perigo", que está evidentemente correta em face do vernáculo. Atendendo, entretanto, a interesse eufônico, passa a ser utilizada a expressão "heterocolocação em perigo", que já vinha sendo utilizada, por exemplo,

os mesmos fundamentos das hipóteses de autocolocação em perigo. Diversa será, entretanto, a solução se o agente a induzir em erro, o que viciará seu consentimento, ou se a vítima não tiver capacidade para compreender o significado do contágio.

7.3.3.3.3. O âmbito de responsabilidade alheio

Igualmente não haverá imputação quando o fato se incluir no âmbito de responsabilidade de outrem, que estava, por qualquer motivo, obrigado a enfrentar o perigo. Distintamente das situações anteriores, aqui a vítima se autocoloca em perigo por imposição do dever decorrente de sua posição de garantidor ou em cumprimento a um dever geral de assistência. Exemplo clássico dessa situação: A se está afogando e é salvo por B, guarda-vidas, o qual, por sua vez, vem a sofrer, em virtude desse ato, uma séria lesão nos pulmões. Embora o fundamento da exclusão da imputação continue sendo o princípio da autorresponsabilidade, seus parâmetros, nesta hipótese, se orientam também pelo sentido de coerência da ordem jurídica. Isto quer dizer que no caso se cria uma situação de conflito entre duas normas e seus respectivos efeitos: de um lado, a norma mandamental, que impõe o dever de salvar; de outro lado, a norma proibitiva, que veda a produção de efeitos perigosos ou danosos resultantes de uma conduta. Ambas as normas estão em vigor, mas sua aplicação conjunta ao caso concreto gera o desconforto de ver a pessoa que necessitava do salvamento ser objeto de imputação dos efeitos do próprio ato de salvar. Para resolver o conflito não cabe aqui o emprego do princípio da ponderação de valor, porquanto os dois sujeitos em conflito - o salvador e o salvo - detêm os mesmos direitos de proteção quanto à sua integridade física.

A questão, portanto, deve se situar em outro polo. Está claro, antes de tudo, que o cumprimento de um dever por parte de alguém não pode implicar a responsabilidade de outrem, em proveito de quem esse dever se veja preenchido; isto porque a ordem jurídica não pode agir contraditoriamente, de exigir a atuação de um em proveito de outro e, ao mesmo tempo, punir o beneficiário quanto aos resultados de perigo ou de dano sofridos pelo salvador. Ademais, em face disso, a eficácia do cumprimento desse dever estaria seriamente comprometida já pelo fato da ponderação que o próprio obrigado se formula, de, ao salvar a vítima, conduzi-la necessariamente à punição, se, desse ato de salvamento, lhe resultar algum dano. A consequência imediata seria, assim, de não cumprir o dever ou de cumpri-lo a contragosto.

Uma vez que a ordem jurídica deve ser organizada como um sistema comunicativo, suas normas devem estar adequadas a desempenharem a função de elementos de referência de condutas. Se essas normas forem construídas de tal forma que seus marcos referenciais induzam a realização de condutas com consequências

contraditórias, deixam de servir de elementos de motivação dessas condutas e perdem, assim, o sentido de coerência que lhes poderia ser imprimido. Este conflito, portanto, deve ser resolvido pela prevalência da norma que apresenta maior carga de motivação, que, no caso, deverá ser a norma mandamental e não a norma proibitiva.

Com base nisso é que devem ser tratados os casos, por exemplo, do bombeiro que se fere ao apagar o incêndio provocado culposamente pela dona de casa que esquece o ferro de passar roupas ligado; do salva-vidas acima relatado; do policial que é chamado a intervir para separar uma briga e acaba caindo no trajeto ao local da pejeira, e outros semelhantes, nos quais o salvador sofre perigo ou lesão a bem jurídico próprio, como consequência da ação de salvamento. Em todos esses casos, a consequência lesiva não pode ser imputada àquele que provocou a situação de perigo, porque se inserem no âmbito de responsabilidade da atividade determinada ao salvador.

7.3.3.4. Critérios relativos à qualidade da ação

Finalmente, a imputação deve ser excluída em virtude das características da própria ação realizada pelo agente. Diz-se que pela qualidade da ação não há imputação, quando aquela se mantém nos limites do cuidado que era imposto ao agente para seu empreendimento ou sua execução, matéria esta que, inclusive, como já assinalado atrás, integra necessariamente o tipo dos delitos culposos (*risco permitido*). Mas, a qualidade da ação exclui ainda a imputação quando, embora haja descumprimento da norma de cuidado, a conduta se mantenha nos limites do chamado *risco habitual*, ou quando a violação da norma de cuidado se tenha produzido de forma tão leve, que lhe falte *idoneidade* para fundamentar a intervenção do poder punitivo.

Não importa, para essa espécie de argumentação, a relação entre ação e resultado, mas a legitimidade da própria ação para servir de base ao processo de imputação. A questão, portanto, diz respeito ao conteúdo de injusto de uma ação para caracterizá-la como culposa e, assim, possibilitar a responsabilidade do seu autor. Aqui serão tratados os critérios do risco permitido, do risco habitual e da *culpa levis*.

7.3.3.4.1. O risco permitido

A teoria do risco permitido tem suscitado inúmeras controvérsias como ficou demonstrado no decorrer desta exposição. Já se viu, inclusive, quando se tratou da medida do cuidado, que a doutrina moderna tende a substituir, no tipo dos delitos culposos, a referência à infração à norma de cuidado pela violação do risco autorizado, o que não está incorreto. Na verdade, o risco desautorizado se insere

na constituição do tipo dos delitos culposos como instrumento da argumentação analítica, pela qual se configura esta forma de conduta proibida. Apesar disso, ali ficou mantido o entendimento de que a referência à infração à norma de cuidado ainda era importante como etapa preliminar de verificação da realização do tipo e, principalmente, para identificar o tipo de injusto nos delitos culposos de mera atividade. Por esta característica dos tipos dos delitos culposos, de se sustentarem sobre uma violação ao cuidado objetivo, ou pelo excesso do risco autorizado, a teoria do risco permitido quase que perdeu sua importância como critério limitativo da imputação. Desde que a conduta se tenha mantido nos limites do risco permitido, parece que não há que se cogitar do próprio tipo de delito culposo. A questão aqui-re, no entanto, certa relevância, na medida em que se concebe a própria tipicidade como um processo de imputação, no qual se busca determinar os limites do poder de punir frente a uma lesão de bem jurídico conduzida por determinado agente. Assim, enunciada a tipicidade, se poderia dizer que o risco permitido é também um critério limitativo da imputação.

O emprego da teoria do risco permitido no direito penal sofreu, com o passar dos anos, uma significativa mudança de rumos. JESCHECK, por exemplo, contemplava-o, primeiramente, como uma verdadeira *causa de justificação*.⁷⁹⁴ Agora, nas versões mais recentes de seu tratado, compreende-o unicamente como um princípio estrutural comum para diversas causas de justificação, entre as quais o consentimento presumido, a atuação para o resguardo de interesse juridicamente reconhecido em delitos contra a honra e atos relacionados ao poder de polícia.⁷⁹⁵ ROXIN esclarece que o conceito de risco permitido percorreu caminhos muito distintos.⁷⁹⁶ Com o finalismo, principalmente com WELZEL, o risco permitido foi identificado com a *ação socialmente adequada*,⁷⁹⁷ quer dizer, aquela ação tolerada pela comunidade social e a ordem jurídica, embora perigosa, uma vez integrante da estrutura daquelas atividades consideradas como inerentes ao desenvolvimento e à manutenção da sociedade industrializada. Ainda que o conceito de ação socialmente adequada fosse mais amplo, compreendendo inclusive as chamadas ações insignificantes sob ponto de vista de sua lesividade, sua identificação com o risco permitido conduziu a situá-lo no âmbito da tipicidade, quer dizer, a empregá-lo como limite da conduta proibida.

Conforme o conceito proposto por ROXIN, que talvez seja o que melhor interprete

794. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª edição, 1978, p. 232.

795. JESCHECK-WEIGEND. Nota 7, p. 401.

796. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 319.

797. WELZEL, Hans. Nota 7, p. 84.

o significado da relação entre conduta e norma de cuidado, pode-se compreender o *risco permitido* como a qualidade que se empresta àquelas condutas que, em geral, representam um perigo (risco) ao bem jurídico, mas que são autorizadas pela ordem jurídica, porque interesses predominantes da comunidade assim o exigem. Neste sentido, o *risco permitido* é aquele autorizado por uma norma regulamentar de cuidado.

Desde que a conduta se mantenha nos limites do cuidado regulamentar, não se pode imputar ao seu autor o resultado que decorra de sua execução. Como o risco permitido só tem significado porque está referenciado a uma norma regulamentar e não propriamente a uma característica da conduta ou à sua proibição pela ordem jurídica, era perfeitamente explicável que a doutrina o situasse no âmbito da antijuridicidade e não da tipicidade. ROXIN, porém, o encara como critério de imputação, no qual o protótipo estaria representado pela direção automotiva dentro dos padrões ou limites estandarizados de conduta fixados pelas regras de trânsito.⁷⁹⁸

Há que se proceder, aqui, a uma diferenciação entre a conduta situada no âmbito do risco permitido e aquela considerada como lesiva ao cuidado. Quando uma conduta é realizada desatendendo ao cuidado imposto pela norma, o que sucede é que essa conduta sofre um processo de avaliação concreta, ou seja, sua afirmação como contrária ao cuidado decorre do fato de que no caso concreto havia um cuidado imposto pela norma e que fora desatendido por uma conduta em função da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Já no que toca ao risco permitido, como se trata de elemento limitador da imputação em função de que a conduta perigosa ou lesiva ao bem jurídico se situava dentro dos limites autorizados, não lhe é inerente uma avaliação em face do caso concreto, mas uma ponderação globalizada. A realização da conduta dentro do que aquela norma tenha autorizado impede se possa, em razão disso, configurar um processo de imputação consubstanciado em um tipo de delito. Não há necessidade, assim, de se submeter o caso concreto a uma avaliação típica, porque a ordem jurídica já autoriza aquela conduta. Na verdade, há aqui uma antecipação do juízo geral de antijuridicidade, mas não propriamente a incidência de uma causa de justificação. Havendo uma norma que autorize a conduta, não cabe lugar a indagação acerca do ilícito, como pressuposto de qualquer atuação jurídica. Atendendo a esta particularidade do risco permitido em face do processo de imputação, tem-se que a infração à norma de cuidado, que é tipicamente uma questão penal, em função da lesão de bem jurídico, não basta por si mesma para caracterizar o injusto culposo. É preciso que a conduta seja apreciada também frente ao contexto da ordem jurídica. Esta era uma questão sempre posta

em dúvida pela doutrina e pela jurisprudência: de saber se uma vez situada a conduta no âmbito da norma regulamentar, isto já liberaria o agente frente à norma de cuidado referenciada a um tipo de delito. A questão é ainda polêmica e só pode ser resolvida procedendo-se a uma avaliação tanto da norma de cuidado quanto do risco permitido. Pode-se dizer que o risco permitido constitui um limite seguro à determinação do cuidado, quando se refira a perigos indiretos aos bens jurídicos. Assim, nos atentados diretos a bens jurídicos pessoais, sem o consentimento da vítima, a prevalência dentro do processo de imputação cabe à norma de cuidado, que imporá, então, os parâmetros concretos de realização da conduta frente à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico. Por exemplo, o motorista deve sempre levar em conta os perigos concretos de sua direção, independentemente dos limites de velocidade fixados pelo código de trânsito, porque esses perigos estão diretamente vinculados ao seu domínio. Se a rua estiver cheia de pedestres, ainda que a estes seja proibida a circulação naquele espaço, deve o motorista diminuir a marcha ou até mesmo parar o veículo. Por outro lado, se o médico empregar corretamente toda a técnica que lhe é recomendada, não precisa se preocupar em buscar novos recursos para, por exemplo, obter a cura de uma enfermidade até então incurável. Este *plus* pode até ser moralmente recomendável, mas não lhe é juridicamente exigível, porque o perigo para a vida do paciente não está diretamente vinculado ao seu domínio. Diz-se, então, que o médico atuou dentro dos limites do risco permitido ao restringir sua atividade às técnicas tradicionalmente indicadas. Mesmo no trânsito de veículos, é possível também trabalhar-se com a teoria do risco permitido, excluindo-se a imputação desde que o motorista se mantenha nos limites das normas regulamentares e o perigo não esteja diretamente vinculado ao seu domínio.

Normalmente, são tratadas, no âmbito do risco permitido, aquelas condutas que a ordem jurídica autoriza de antemão, ainda que perigosas ou lesivas aos bens jurídicos. Por exemplo, as instalações nucleares, o trânsito de veículos, a venda de medicamentos, a venda de produtos químicos venenosos de limpeza, a prática de esportes radicais ou violentos, a posse de cães de guarda, etc. Em todos esses casos, a realização das respectivas condutas conforme a autorização concedida ou dentro de seus limites não implica uma intrusão nas zonas do ilícito. O que irá caracterizar a conduta como típica não é, propriamente, o fato de ela ser perigosa ou lesiva ao bem jurídico, mas que essa lesão ou esse perigo decorram do fato de que aquela conduta tenha sido realizada fora dos limites do risco autorizado e, assim, lesiva ao cuidado concretamente imposto. Como o risco permitido é estruturado normativamente, não cabe aqui proceder-se a uma avaliação empírica prévia para determinar se a conduta era ou não lesiva ao bem jurídico, porque, se

assim fosse, se tornaria praticamente impossível uma série de atividades sociais, hoje tidas como imprescindíveis.

7.3.3.4.2. O risco habitual

Ao lado do risco permitido deve ser acentuado também, como critério limitativo de imputação nos delitos culposos, o chamado *risco habitual*. Aqui não se trata de uma conduta que se tenha mantido nos limites do dever de cuidado, mas de condutas que tenham inclusive violado esse dever de cuidado e se mantido dentro do que, pela experiência, se costuma socialmente tolerar como margem de erro aceitável. Geralmente, incluem-se, no *risco habitual*, fatores causais remotos ou condutas que desenvolvam processos causais incontroláveis.

Pelo critério do risco habitual podem ser solucionadas também questões relativas ao regresso infinito e à causalidade superveniente. Um instrutor de autoescola que ensina a seus alunos técnicas de pilotagem arriscada, não pode ser responsabilizado por haver um desses alunos participado de uma corrida urbana por simples emulação e causado a morte de um transeunte. Nem poderá o médico ser responsabilizado pela morte de paciente em estado de câncer terminal, ao buscar, com seu consentimento, extirpar-lhe o tumor, ainda que a operação fosse manifestamente arriscada. Em casos como tais, embora a atitude de cada um dos autores tenha violado certas normas técnicas ou se afastado dos padrões dominantes para sua execução, interesses sociais preponderantes, como a finalidade profissional de minorar os sofrimentos de pacientes ou a liberdade no exercício de qualquer profissão, indicam que a margem de erro que essas condutas apresentam pode perfeitamente se incluir no risco aceitável. Observe-se que, nestas hipóteses, nem sempre a limitação pela fórmula da causalidade superveniente, inserida no § 2º do Código Penal, pode satisfazer, porque o resultado, pelo menos no segundo exemplo (do médico que retira o tumor em uma intervenção arriscada), se situava como consequência da própria conduta do agente e não por interferência de uma outra condição que por si só o tivesse causado.

7.3.3.4.3. A culpa leve

A questão da *culpa leve* sempre esteve presente na dogmática penal, ora se confundindo com a culpa inconsciente,⁷⁹⁹ ora decorrendo dos chamados graus da culpa.⁸⁰⁰ Até mesmo nosso Código Penal, na antiga redação do art. 42, seguindo o modelo do art. 133 do Código Penal italiano,⁸⁰¹ fazia menção aos graus da culpa como

799. KOHLRAUSCH, Eduard. *Reform des Strafrechts*, 1910, vol. I, p. 183.

800. PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*, 5ª edição, p. 279.

801. *La pena: nell'esercizio del potere discrezionale*

circunstâncias a serem levadas em conta na aplicação da pena.

Hoje a matéria ainda se apresenta confusa em termos sistemáticos. ROXIN, por exemplo, situa a culpa leve fora da questão da imputação objetiva, para inseri-la numa posição intermediária, de gradação do injusto e da culpabilidade, para ao final concluir, na companhia de grande parte da doutrina, pela sua eliminação da pena criminal, principalmente porque o resultado dificilmente poderia ter sido evitado por um homem comum.⁸⁰² Mais recentemente, DUTTGE, em profundo trabalho sobre o delito culposo, considera que a culpa leve e a culpa mediana, em função de sua imponderabilidade e imprecisão, violam o princípio constitucional da legalidade e seu corolário de taxatividade. Assim, apenas uma anormal violação da norma de cuidado poderia implicar a configuração do tipo culposo.⁸⁰³

Convém esclarecer que o tratamento da culpa leve no direito penal e sua distinção com a culpa média ou grave não deve ser efetivado conforme os ditames do direito civil. Ao contrário, deve ser executado sobre dois pontos nevrálgicos: a) o seu conceito e determinação; b) os seus efeitos.

7.3.3.4.4. A questão da gravidade da culpa

Desde que o tipo dos delitos culposos tem seu fundamento na lesão ao dever de cuidado objetivo, não se pode estabelecer uma gradação na culpa com base na gravidade do resultado produzido. Pode ocorrer, inclusive, que o resultado seja extenso e gravíssimo e nem mesmo haver delito culposo. O ponto de partida, portanto, deve ser a forma e o modo como a norma de cuidado foi violada. Como a conduta descuidada não é aquela que, naturalisticamente, incorpore essa condição, mas aquela que está vinculada diretamente à imposição normativa quanto à sua execução, ou às condições preliminares dessa execução, a medida da intensidade da violação normativa só pode ser efetuada com sucesso a partir da análise dos regulamentos que a disciplinam.

Os regulamentos de trânsito, por exemplo, em todas as partes do mundo, contemplam variações quanto à violação das respectivas normas de cuidado. O Código de Trânsito Brasileiro, inclusive, mantém uma extensa tabela de infrações, graduadas

indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, del genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in susseguente al reato; 4) delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

802. ROXIN, Claus. Nota 225, p. 950.

803. DUTTGE, Gunmar. Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten. Tübingen, Mohr, p. 271, et seq.

conforme a sua gravidade (arts. 162 e seguintes). Embora a classificação dessas infrações como graves ou leves não seja vinculante para o direito penal, porque muitas delas não dizem respeito diretamente à ação de dirigir, mas a seus pressupostos (art. 162, V) ou a situações posteriores ao ato de direção (art. 176), pode servir de elemento para a determinação da variação da culpa, ou seja, da violação da norma de cuidado. Recentemente, com as modificações introduzidas no âmbito dos crimes de trânsito, pode-se, inclusive, tomar como parâmetro de uma culpa grave as infrações decorrentes de atos que geram um risco maior ao bem jurídico. Assim, aqueles atos de direção que se resumam ao empreendimento de corridas, competições ou disputas ou demonstrações de perícia em manobras automotivas não autorizadas. Para esses casos, porém, o próprio Código de Trânsito Brasileiro já previu uma tipificação específica (art. 302, § 2º, e 308).

O problema está, entretanto, nas normas regulamentares que não apresentam essa gradação classificada. Quanto a estas, o critério deverá ser o que melhor se ajuste ao sentido da imputação objetiva, ou seja, haverá culpa leve ou grave, quando a forma ou o modo de violação da norma de cuidado representar menor ou maior risco para a ocorrência do resultado, conforme sua menor ou maior evitabilidade. Justamente porque esse critério é ainda muito fluido, convém agregar-se-lhe o parâmetro da probabilidade, ou seja, haverá culpa leve quando da forma ou do modo da violação à norma de cuidado não se possa concluir que o resultado ocorreria. Havendo dúvida quanto ao grau de probabilidade da ocorrência do resultado, se remotamente provável ou se simplesmente provável, é de se aplicar o princípio *in dubio pro reo* e concluir pela exclusão da imputação. Como nesta matéria reina sempre uma completa inexistência quanto à medida do risco e da probabilidade, se figura correta a proposta de DUTTGE de que somente a culpa bastante grave possa caracterizar o tipo dos delitos culposos.⁸⁰⁴

A questão da gravidade da culpa, portanto, assume uma importância significativa no processo de imputação, uma vez que não se trata, simplesmente, de limitar-lhe o alcance do tipo por critérios normativos, mas condicionar este alcance às próprias características da ação culposa, segundo o grau de intensidade da violação da norma de cuidado, no sentido de registrar com maior nitidez os contornos das zonas de intervenção do Estado.

Está claro que não será fácil proceder-se à diferenciação entre culpa média ou grave. Quando se busca equacionar essa diferença para os fins de limitação da imputação, os parâmetros vão se tornando cada vez mais indefinidos. Mas essa

804. DUTTGE, Gunmar. Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Tübingen.

poderia ser obtida de dois modos: a) ou estimando uma gradação na ação perigosa; b) ou determinando uma gradação na intensidade da violação da norma de cuidado. No fundo, esses dois modelos se interpenetram, porque devem estar subordinados a alguns parâmetros prévios, que os definem. Ao efetuar-se, porém, a limitação na própria ação perigosa, corre-se o risco de enveredar-se por um caminho assentado, exclusivamente, em juízo de probabilidade, quer dizer, a culpa será média ou grave, na medida em que seja menos ou mais provável que, da conduta realizada, resulte o evento.

Embora essa solução não tenha sido enfrentada pela teoria da causalidade adequada ou por outras teorias da causalidade, como, por exemplo, da causalidade eficiente, que se ocuparam mais em afirmar ou negar a causalidade e não de graduá-la, de certa forma seria uma consequência dessas formulações. A teoria da imputação objetiva, por seu turno, pretendeu, como se viu nas páginas antecedentes, partir de um juízo de ponderação entre o que pode ou não pode ser imputado ao agente, conforme o sentido que lhe empresta o risco desaprovado. Como, entretanto, o que está em jogo não é a afirmação da imputação com base na produção do risco, mas a sua exclusão, quando a gradação da ação perigosa não atingir determinado patamar, ainda que sua realização constitua um risco desaprovado, o juízo de ponderação aqui deverá tomar outros contornos, que não podem ser obtidos tão-só de critérios empíricos ou normativos.

Para que se possam delinear com alguma clareza os limites do que constitua uma culpa média ou grave, parecem inservíveis tanto os elementos empíricos da causalidade, quanto os normativos do risco desaprovado. Em face disso, o modo de graduar a gravidade da culpa com base na ação perigosa não pode valer sem uma referência à intensidade de violação à norma de cuidado. Uma culpa será grave, na medida que a ação perigosa se tenha realizado com tal intensidade que não apresente dúvida quanto a contrariar ao cuidado objetivamente exigível para evitar o resultado. A referência à norma de cuidado é aqui essencial, porque antes de se proceder à gradação da ação perigosa, será preciso verificar qual será o significado que essa norma atribui àquela forma de realização da ação. Se, por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro (art. 62), consta que os limites de velocidade a serem observados se referem tanto ao máximo quanto ao mínimo, isto indica que este parâmetro da velocidade só terá sentido se levado em conta para fins próprios da circulação, ou seja, haverá culpa grave ou não, na medida em que a violação do limite de velocidade implicar, diretamente, um perigo concreto para outros veículos ou pessoas. Assim, se alguém dirige em excesso de velocidade, este excesso só se

motorista que dirige, por exemplo, em velocidade não permitida durante a madrugada em uma via expressa, ainda que possa haver realizado uma ação perigosa, que lhe implicasse a imposição da respectiva multa, não viola com grave intensidade a norma de cuidado. Portanto, o processo de reconhecimento da culpa grave decorre não apenas de uma investigação empírica procedida sobre a ação perigosa, mas ainda do sentido que a norma de cuidado confere a esta ação perigosa.

8. EXCERTO: A COMPENSAÇÃO DE CULPAS

O tema da compensação de culpas tem sido, desde há muito, relegado pela doutrina, entendendo os autores que a participação da vítima na violação do cuidado não produz qualquer efeito no âmbito da imputação.⁸⁰⁵ Esta conclusão, porém, não pode ser tomada em sentido absoluto. Depois da superação dos fundamentos puramente causais no âmbito da definição de responsabilidade no direito penal, é possível reconhecer relevância à atuação da vítima para, em certos casos, excluir a imputação. A doutrina tem acatado esta tese, por exemplo, nas chamadas colisões em cadeia, em que um primeiro motorista produz culposamente um acidente, fechando a pista de rodagem, enquanto outros motoristas, em seguida, por dirigirem em excesso de velocidade, nele se envolvem, aumentando a extensão dos resultados lesivos. Como a atuação dos demais motoristas decorre de sua exclusiva decisão, pode-se afirmar que, em relação ao primeiro motorista, estará excluída a imputação dos demais resultados.⁸⁰⁶ Pondera quanto a isso FEIJÓO que a imputação só estará excluída quando o primeiro condutor nada puder fazer para evitar futuros acidentes. Se, ao contrário, após o acidente, ainda puder realizar algumas tarefas protetivas, como retirar obstáculos da pista, sinalizar o local ou acenar aos motoristas, os demais resultados lhe serão imputados, conjuntamente com os demais condutores, porque, então, o primeiro estaria em posição de garantidor, em face da ingerência.⁸⁰⁷ Além desses casos de colisão em cadeia, a compensação de culpas poderá ainda ocorrer quando a atuação da vítima ou de terceiro tiver sido decisiva para o desfecho do evento. O próprio direito brasileiro sempre reconheceu a exclusão da causalidade nas hipóteses de causa superveniente que por si só tenha produzido o resultado (art. 13, § 1º, CP), a qual poderá ter sido posta em marcha tanto por terceiros (caso

805. Assim, por exemplo, seguindo a doutrina majoritária, ANÍBAL BRUNO, *Direito penal, parte geral*, volume 2, p. 94; ROMEO CASABONA, Carlos Maria, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares: Granada, 2005, p. 28; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*, 2007, volume 1, p. 289; CERZEZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, p. 440.

806. Assim, entre outros, FEIJÓO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bosch/Externado: Bogotá, 2003, p. 356; BURGSTALLER, Manfred, *Das Fahrlässigkeitdelikt im Strafrecht*, Viena, 1974, p. 119; ROXIN, Claus, "Zum Schutzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", *Festschrift für Wilhelm*

da ambulância, por exemplo), como pela própria vítima (caso de automedicação inadequada, por exemplo).

A solução destes casos poderá ser obtida, na verdade, por dois caminhos: por via da análise da imputação objetiva ou da causalidade funcional. Em relação a esta última, a atuação da vítima ou de terceiro excluirá a imputação, quando a atuação do agente não puder alcançar esse comportamento como seu objeto de referência para o efeito de poder dirigir sua atividade de conformidade com a norma de cuidado, ou seja, a questão está, então, em se verificar se a atuação da vítima ou do terceiro estava de tal forma fora do contexto que não pudesse ser incluída na relação funcional do agente para com a norma. Por exemplo, um motorista dirige em excesso de velocidade por uma rodovia, quando vem a se chocar com outro, que resolve conduzir na contramão. Está claro, aqui, que o acidente deve ser atribuído àquele que dirigia na contramão, pois tal fato, em virtude de qualquer expectativa, não poderia influir de antemão no excesso de velocidade do outro condutor, como da mesma forma não poderia influir na condução daquele que o faria dentro da velocidade adequada. Neste caso, a atuação do outro não se inclui na relação funcional do agente para com a norma, independentemente da velocidade do veículo. O mesmo vale nas hipóteses de atuação exclusiva da vítima, que resolve, por sua própria conta, realizar uma conduta perigosa, sem que o agente possa tomá-la no âmbito de sua relação funcional. Por exemplo, um pedestre resolve caminhar na pista de uma rodovia durante a noite, sem portar qualquer sinal que o possa identificar e vem a ser colhido por um veículo que está sendo conduzido em excesso de velocidade. Aqui estará, da mesma forma, excluída a responsabilidade do motorista em face da limitação imposta pela causalidade funcional.⁸⁰⁸ Já no âmbito da imputação objetiva, a atuação da própria vítima ou de terceiro poderá igualmente impedir que a conduta do agente tenha aumentado o risco da produção do resultado. Se tal ocorrer, ou seja, se aquela conduta tiver influenciado na conduta do agente, de tal modo que dela não poderia esperar maior risco ao bem jurídico, estará excluída a imputação.

9. AS FASES DE REALIZAÇÃO DO TIPO CULPOSO

Também nos delitos culposos é possível compreender-se um *iter criminis*, desde a produção da conduta até seu resultado final. Entretanto, diversamente do que ocorre com o delito doloso, o início da execução da ação típica por meio da violação da norma de cuidado não implica, desde logo, a incidência da norma penal. É que,

808. Assim, também, embora sob o argumento da inexistência da "conexão de risco", CRAMER/STEMBERG-LIEBEN. *Schönke-Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 72.ª ed., § 323 a.

sendo o tipo dos delitos culposos integrados, como já visto, por disposições extrapenais, referenciadas a normas regulamentares, a violação dessas normas, ainda que constitua ato ilícito perante outros ramos da ordem jurídica, só passa a interessar ao direito penal na medida em que produza um resultado de tal forma grave que esteja previsto em um tipo de delito. De conformidade com esta característica dos delitos culposos, não se lhes pode reconhecer a forma tentada. Para reforçar essa conclusão, o próprio art. 14, II, do Código Penal, ao disciplinar a tentativa de delito, expressamente exigiu que a execução fosse interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente, o que quer significar que sua conduta estava dirigida dolosamente no sentido da produção do resultado.

Tendo em vista esta assertiva, é igualmente impossível, por vedação legal, a chamada tentativa na *culpa imprópria*, aquela que resulta do excesso no exercício de ação acobertada por uma causa de justificação. Por exemplo, alguém, ao defender-se de uma agressão, realiza uma ação de defesa desproporcional, mas cujo resultado, que, na verdade, não aconteceu, só poderia ser atribuído culposamente ao agente, caso efetivamente tivesse acontecido. A solução culposa para tal excesso só pode ser acolhida se, de fato, advier o resultado proibido. Se tal não ocorrer, o ato é penalmente indiferente, sem consideração às regras acerca da inevitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição.