

É possível a imputação objetiva do resultado diante da im(possibilidade) do nexos de causalidade nos crimes comissivos por omissão?

Is it possible to objectively impute the result given the impossibility of the causal link in commissive crimes by omission?

DOI 10.5281/zenodo.13855182

176

Joaquim Jozieudo de Araújo¹

Resumo: O assunto a ser abordado irá inquirir sobre a possibilidade da imputação objetiva do resultado lesivo a um agente da conduta omissiva imprópria, diante da existência ou não de um vínculo causal entre esses elementos do tipo penal. A importância do problema proposto reside na verificação acerca da relação jurídica existente entre a omissão imprópria e o resultado produzido, haja vista a incompreensão de que a inatividade possa ser causa de um evento naturalístico. Também se torna relevante a questão apresentada em função da abordagem do critério de criação do risco proibido como requisito indispensável para se imputar o resultado lesivo a um indivíduo. Não se fará uma discussão sobre os fundamentos da Teoria da Imputação Objetiva, mas apenas será explanada a atribuição da responsabilidade pelo resultado lesivo sem levar em consideração apenas a relação de causalidade. Concluindo-se que é possível, portanto, a imputação objetiva de um resultado lesivo diante da impossibilidade do nexos de causalidade nos crimes omissivos impróprios.

Palavras-chave: Imputação Objetiva. Nexos de causalidade. Crimes Omissivos Impróprios.

Abstract: The subject to be addressed will inquire about the possibility of objectively attributing the harmful result to an agent of improper omissive conduct, given the existence or not of a causal link between these criminal-type elements. The importance of the proposed

¹ Mestrando em Direito - Linha de Pesquisa: Historicidade dos Direitos Fundamentais (Faculdade Damas da Instrução Cristã); Especialista em Direito Penal Militar e Processual Penal Militar (AVM Faculdade Integrada), em Direito Militar (Universidade Castelo Branco) e em Direito Penal e Processual Penal (Faculdade Maurício de Nassau); Bacharel em Direito (Universidade Federal de Pernambuco); Secretário da Procuradoria de Justiça Militar/Recife/PE; Ordem do Mérito Ministério Público Militar (Grau Distinção). *E-mail:* jozieudo.araujo@hotmail.com.

Recebido em: 01/08/2024

Aprovado em: 29/09/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



problem lies in verifying the legal relationship that exists between the improper omission and the result produced, given the misunderstanding that inactivity can be the cause of a naturalistic event. The question presented also becomes relevant due to the approach of the criteria for creating the prohibited risk as an indispensable requirement for attributing the harmful result to an individual. There will be no discussion on the foundations of the Objective Imputation Theory, but only the attribution of responsibility for the harmful result will be explained without taking into consideration only the causal relationship. Concluding that it is possible, therefore, to objectively attribute a harmful result given the impossibility of a causal link in improper omission crimes.

Keywords: Objective Imputation. Causation link. Improper Omissive Crimes.

1 Introdução: distinção entre atribuição do resultado lesivo em decorrência do nexo de causalidade e responsabilidade penal

Diversas teorias foram elaboradas visando identificar o nexo de causalidade que estabelece um vínculo entre determinada conduta de um indivíduo e um resultado lesivo penalmente relevante. Todas essas teorias tinham como objetivo explicar o que é a causa de um resultado.

As discussões acerca dessas posições doutrinárias, no entanto, carecem de uma breve colocação a respeito de uma diferença básica que se deve ter em mente entre a responsabilidade penal e aquela atribuída ao agente em decorrência da relação de causalidade.

O nexo causal, por si só, não tem o condão de responsabilizar penalmente o agente, pois busca tão somente estabelecer um vínculo físico entre a conduta praticada e o resultado produzido, configurando uma relação de causa e efeito. Concede ao agente dessa conduta a qualidade de causador material do fato e, conseqüentemente, atribui-lhe o resultado produzido, não tendo, porém, elementos para declarar esse agente penalmente responsável.

A atribuição objetiva do resultado ao seu agente causador demonstra apenas o aspecto objetivo do tipo, ao passo que, para caracterizar a responsabilidade penal, exige-se a presença do elemento subjetivo, além dos demais requisitos de identificação da conduta incriminadora, isto é, a antijuridicidade e a culpabilidade.

1.1 Teoria da Equivalência das Condições ou dos Antecedentes Causais

Este item vai discorrer sobre a teoria adotada pelo vigente Código Penal brasileiro para estabelecer a relação de causalidade entre a conduta e o resultado produzido.

Essa doutrina adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a Teoria da Equivalência das Condições ou dos Antecedentes Causais, que desenvolveu o trabalho de identificação das causas do resultado, para estabelecer a relação de causalidade, a partir da consideração de que todos os antecedentes vinculados ao resultado possuem igual valor.

Nesse sentido, todas as condições que, uma vez retiradas da relação causal, excluem a ocorrência do resultado típico serão consideradas equivalentes, haja vista que têm a mesma relevância na realização do resultado, ou seja, sem qualquer uma delas, o resultado não se concretizaria.

Portanto, as condições sem as quais o resultado lesivo não ocorreria são consideradas causas equivalentes desse evento.

Elaborada, em 1863, pelo penalista alemão Maximilian Von Buri e adaptada do raciocínio doutrinário de Stuart Mill, a Teoria da Equivalência das Condições ou dos Antecedentes Causais foi adotada pelo Código Penal vigente no Brasil.

Conforme disposição expressa no art. 13, *caput*, desse ordenamento repressivo, essa teoria considera causa toda e qualquer conduta indispensável à realização do resultado típico, ou seja, toda ação ou omissão sem a qual o evento prejudicial ao bem jurídico não se realizaria, daí ser também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*.

Isso significa que aquele resultado só foi produzido, da forma como ocorreu, com todas as suas características, porque foi realizada determinada conduta, a *conditio sine qua non*, imprescindível para a produção daquele resultado.

Logo causa é a *conditio sine qua non* do resultado, ou seja, se ela desaparece, o resultado também desaparece. Consequentemente, se uma outra conduta viesse a ser realizada, o resultado produzido também seria outro, diverso daquele.

1.2 Fórmula da eliminação hipotética

Para determinar se certa conduta é causa de um resultado, foi desenvolvida pelo penalista norueguês Von Thyren a fórmula da eliminação hipotética que realiza mentalmente a exclusão da condição sob análise.

Esse método consiste no seguinte raciocínio: para determinar se certo fato é causa, deve-se eliminá-lo mentalmente para verificar se o resultado ocorreria da mesma forma. Se eliminada mentalmente a condição, se suprimida do pensamento a ação ou omissão do agente, isso acarretar o desaparecimento do resultado, é porque essa conduta é causa desse resultado, ou seja, o resultado somente veio a ocorrer por causa da ação ou omissão do agente.

Deve-se, portanto, imputar ao agente da conduta o resultado produzido, visto que há um nexo de causalidade entre este e aquela conforme a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais.

Caso o resultado viesse a ocorrer mesmo sem a conduta do sujeito, ou melhor, se esta fosse mentalmente suprimida, mas o resultado ainda assim se produzisse, é porque tal conduta não é causa deste resultado, não é sua *conditio sine qua non*, não é imprescindível para que ocorra tal resultado, que terá se dado em virtude de outra condição, que será a sua causa.

Por conseguinte, a conduta daquele sujeito não é causa desse resultado e, conseqüentemente, este não lhe poderá ser atribuído, pois tal evento produzido é consequência de uma outra condição, faz parte de um outro processo de causa e efeito.

Na verdade, o resultado que se produz sem a realização da conduta daquele sujeito, embora possa parecer que seja o mesmo que se produziria em decorrência da sua ação ou omissão, trata-se de um outro resultado que se dá em virtude de outra condição, oriundo, portanto, de outra relação de causalidade.

Mas como o resultado desse outro processo de causa e efeito pode ser diferente daquele decorrente da conduta daquele sujeito se o mesmo evento lesivo seria produzido? É um outro resultado, embora com a mesma consequência lesiva, porque ocorre de outra forma, em momento distinto daquele em que foi produzido em decorrência da realização da conduta daquele sujeito, razão pela qual, por si só, já se caracteriza um resultado diverso.

Como exemplo dessa situação, cita-se o caso de parente de uma vítima que desliga os aparelhos que mantinham vivo o paciente e abrevia a sua morte. Caso os aparelhos não fossem desligados e ainda assim o paciente viesse a morrer, este resultado seria consequência de um outro processo causal, cuja causa não seria a abstenção da ação empreendida pelo parente, mas a *causa mortis* seria o próprio estado de saúde da vítima, ou até poderia acontecer do paciente não vir a falecer.

Com o procedimento da eliminação hipotética da condição, não deve ser levado em consideração o fato de que esta condição será considerada causa se, com a sua abstração mental, apenas vier a fazer com que o resultado também não se produza. Mas é essencial que, com a supressão hipotética da conduta do agente, o resultado não venha a ocorrer como ocorreu com a prática dessa conduta, pois outro resultado poderá ocorrer, inclusive com o mesmo efeito lesivo, mas não será o mesmo atribuído ao sujeito da conduta, visto que terá se produzido em outro momento, ou de outra forma, ou em função de outras circunstâncias, tratando-se, portanto, de um resultado decorrente de outro processo causal.

Interpretando-se a segunda parte do art. 13, *caput*, do Código Penal brasileiro, percebe-se que o legislador possibilitou nesse dispositivo legal a utilização do método criado pelo penalista Von Thyren: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Para melhor ilustrar essa situação, será examinado o julgamento de *habeas corpus*, no Superior Tribunal de Justiça, em que se discutia a participação da esposa do então juiz Nicolau dos Santos Neto nos crimes de estelionato, peculato e formação de quadrilha.

HABEAS CORPUS. CRIMINAL. CO-AUTORIA. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. ESPOSA DENUNCIADA POR EVENTUAIS DELITOS COMETIDOS PELO MARIDO. 1. O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO). Nesta perspectiva, então, cabe verificar se o resultado (desvio de verbas) ocorreria do mesmo modo sem a intervenção da paciente, ou em outras palavras, como ensinado por este último autor, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito. 2. O fato de usufruir de bens adquiridos pelo marido, na constância da sociedade conjugal, não se insere em nenhum momento na cadeia causal, de modo a gerar qualquer figura delituosa típica. [...]. Impõe-se ainda ressaltar que, abstração feita ao uso e gozo dos bens materiais adquiridos e o relacionamento social com os demais co-réus, os delitos de que são eles acusados, inclusive seu marido, teriam ocorrido da mesma forma. Não foram estes eventos causa eficiente, *condictio sine qua non*, do resultado. [...]. (STJ, 2001, p. 299).

A decisão buscava verificar a existência de uma relação de causalidade entre a conduta de Maria da Glória Bairão dos Santos, esposa do então juiz, caracterizada pelo usufruto dos bens materiais adquiridos pelo seu marido durante o casamento, e o resultado lesivo, o desvio de verbas por este praticado.

Esse vínculo necessário à relação de causa e efeito foi buscado através do método hipotético de eliminação que visava provar se mesmo sem a intervenção da esposa o desvio de verbas ocorreria. Suprimindo-se o uso e gozo daqueles bens pela esposa e o seu relacionamento social com os demais corréus, os delitos de que eram eles acusados teriam ocorrido da mesma forma, levando-se a concluir que o comportamento de Maria da Glória era apenas consequência da vida em comum com o seu marido, não se caracterizando condição indispensável à ocorrência dos diversos crimes, não sendo, portanto, causa destes.

Nesse sentido, as condutas da denunciada foram deixadas de fora da relação de causalidade, haja vista não serem *conditio sine qua non*.

Todas as condições que, uma vez retiradas da relação causal, excluem a ocorrência do resultado típico são consideradas equivalentes, haja vista que têm a mesma relevância na realização do resultado, ou seja, sem qualquer uma delas, o resultado não se concretizaria.

Portanto, qualquer uma das condições que, se excluída da cadeia de causalidade, excluir, por conseguinte, o resultado contribuirá, mesmo que de forma mínima, para a produção deste, logo será considerada causa do resultado. Em resumo, tudo o que concorre, contribuindo para a realização do resultado, deve ser considerada sua causa.

Mas, se todas as condições que houverem contribuído para a realização do resultado são consideradas equivalentes e, conseqüentemente, causas do evento típico, nota-se que, a partir da teoria da *conditio sine qua non*, existe uma grande cadeia de causalidade, com vistas a se chegar a um *regressus ad infinitum*, pelo menos do ponto de vista da lei natural de causa e efeito, em que a atribuição da responsabilidade pelo resultado é muito ampla, estendendo-se a todos aqueles que realizaram uma conduta imprescindível à ocorrência do resultado.

Como exemplo do *regressus ad infinitum*, pode ser tomada a relação causal que envolve pais e filhos, quando estes praticam algum delito. Nessa hipótese, os pais são considerados, também, do ponto de vista naturalístico, agentes causadores do crime praticado pelos filhos, assim como os seus avós, bisavós etc., pois, se homens não tivessem concebido filhos, estes jamais cometeriam crime algum.

1.3 Dolo e culpa – elementos subjetivos limitadores da responsabilidade penal na relação de causalidade com *regressus ad infinitum*

No entanto, em matéria de responsabilização penal, um *regressus ad infinitum* torna-se impossível. Não existe a hipótese de todos os causadores materiais de um resultado lesivo serem

alcançados pela persecução criminal, haja vista que, para o indivíduo responder penalmente, são exigidos, além do nexos causal, o dolo ou a culpa, elementos subjetivos do tipo conhecidos como o nexos normativo entre o indivíduo e a conduta, a antijuridicidade do fato e a qualificação do agente causador como culpável, isto é, a culpabilidade.

Para o Direito Penal, é insuficiente a mera configuração do nexos de causalidade. Não basta apenas aferir a existência de um vínculo físico entre a conduta e o resultado, tornando-se imprescindível, para a existência do fato típico, que o agente tenha concorrido para o evento lesivo com dolo ou culpa.

Segundo a Teoria Finalista da Ação, toda conduta humana é orientada para um fim, tendo em si o dolo ou a culpa, elementos subjetivos que devem ser enfrentados desde logo, sendo analisados dentro do próprio conceito de conduta.

Essa teoria retirou da culpabilidade a verificação do dolo e da culpa, trazendo-os para a conduta, para o exame do fato típico, do qual são elementos componentes. A culpabilidade ficou apenas como um juízo de reprovabilidade da conduta.

Portanto, de acordo com essa nova visão, ao ser analisado o fato típico, verificar-se-á se houve dolo ou culpa na conduta do agente.

Consequentemente, para caracterizar o fato típico, são necessários o nexos causal físico e o nexos normativo, que depende da verificação do dolo e da culpa. Sem a presença deste nexos, não haveria fato típico, pois a legislação penal só reconhece como crime aquela conduta que o agente tenha praticada com intenção em relação ao resultado ou com inobservância do dever geral de cuidado, ou seja, respectivamente, com dolo ou culpa.

Por conseguinte, o causador material de um resultado típico só poderá ser responsabilizado penalmente se houver um nexos normativo entre esse indivíduo e a sua conduta, ou seja, se tiver concorrido para a infração penal com dolo ou culpa, sendo, portanto, esses elementos subjetivos considerados verdadeiros limitadores do *regressus ad infinitum* da atribuição causal em matéria de responsabilização criminal.

Efetivamente, a conduta praticada pelo agente só terá relevância para o Direito Penal se a ação ou omissão revestir-se de dolo ou culpa.

Claro é que a teoria da equivalência dos antecedentes se situa exclusivamente no terreno do elemento físico ou material do delito, e por isso mesmo, por si só, não pode satisfazer à punibilidade. É mister a consideração da causalidade subjetiva; é necessária a presença da culpa (em sentido amplo), caso contrário haveria o que se

denomina *regressus ad infinitum*: seriam responsáveis [penalmente] pelo resultado todos quantos houvessem física ou materialmente concorrido para o evento; no homicídio, v. g., seriam responsabilizados também o comerciante que vendeu a arma, o industrial que a fabricou, o mineiro que extraiu o minério etc. (NORONHA, 1993, p. 118).

Mesmo admitindo, no exemplo acima, que todos esses causadores materiais do resultado não cometeram crime, pois não concorreram com dolo ou culpa para o delito praticado pelo homicida, não há como se negar, à luz da Teoria da Equivalência das Condições, a existência de uma relação de causalidade com *regressus ad infinitum*, uma vez que sem o mineiro, não haveria a extração do minério, sem o industrial, para fabricar a arma a partir do minério extraído, e sem o comerciante, para vendê-la ao homicida, a arma não estaria nas mãos deste, e o crime não teria sido praticado. Mas, vale ressaltar, esse *regressus ad infinitum* se dá apenas do ponto de vista da lei natural de causa e efeito.

Nesse sentido, todos concorreram, pelo menos do ponto de vista causal-naturalístico, para a ocorrência do crime contra a vida, mas não respondem pelo delito porque não tiveram dolo nem culpa em relação ao resultado. A contenção do *jus puniendi* reside na falta de imputação subjetiva, ou seja, na ausência do nexos normativo, que inviabiliza a responsabilização criminal de todos os causadores do resultado lesivo. Postula-se a isenção de responsabilidade penal desses causadores materiais na verificação do nexos normativo, concluindo-se pela ausência deste. **2 Relação jurídica nos crimes omissivos**

2.1 Omissão do ponto de vista jurídico

A conduta omissiva caracteriza-se pela abstenção do indivíduo de realizar um movimento físico dirigido a uma finalidade. É o comportamento que se traduz em um não fazer algo físico.

Porém, do ponto de vista jurídico, a omissão é uma conduta mais restrita, pois não deve ser vista simplesmente como um deixar de fazer algo, mas sim o deixar de realizar uma atividade que o indivíduo devia e podia realizar.

Esse deixar de fazer uma tarefa devida pode ser apenas não a fazendo, permanecendo inerte, ou realizando algo diverso do que devia fazer, pois, se o indivíduo faz algo diferente do que a norma jurídica lhe determinava, também está deixando de fazer a conduta devida.

Logo, a omissão de uma atividade devida pode-se dar por meio da falta de movimento físico do indivíduo ou pela execução de uma atividade diferente daquela determinada pelo

ordenamento jurídico. De uma forma ou de outra, no sentido jurídico, a omissão só estará caracterizada se a atividade deixada de realizar era devida pelo indivíduo.

Para o ordenamento jurídico, a omissão somente terá relevância quando a conduta que não foi posta em prática tratar-se de uma obrigação, ou seja, quando o omitente tinha o dever jurídico de praticar tal conduta, mas não a fez, e, ao mesmo tempo, se essa conduta exigida era possível de ser realizada.

Se o indivíduo não está obrigado a agir, não se pode dele exigir qualquer conduta. Vindo ele a deixar de interferir num processo que produziu um resultado, não terá a sua omissão, caracterizada como tal apenas sob o aspecto físico, qualquer relevância na esfera penal, visto que não tinha o dever jurídico de desenvolver uma ação, não podendo, por conseguinte, ser cobrado dele qualquer comportamento, sendo, pois, atípica a sua conduta omissiva.

Sob o ponto de vista do ordenamento penal, a omissão caracteriza-se uma violação ao dever jurídico de agir. Não existindo essa obrigação jurídica, a abstenção do indivíduo de empreender uma atividade física não caracteriza uma violação, e a omissão será apenas material e não terá importância para o Direito Penal.

Mas não é suficiente que o indivíduo tenha apenas a obrigação jurídica de agir. Para que, em decorrência da falta de execução do dever de ação, configure-se a omissão penalmente relevante, faz-se também necessário que o indivíduo tenha tido a possibilidade de concretizar esse dever. Existindo a obrigação jurídica, sem, contudo, haver a possibilidade de concretização desse encargo, caso o indivíduo não realize a conduta que lhe é imposta, embora exista uma omissão, não terá qualquer relevância para fins penais, em virtude da carência da possibilidade física do indivíduo de realizar a conduta imposta. A omissão será apenas física.

Portanto, ainda que tenha o dever jurídico de agir, estando o indivíduo fisicamente impossibilitado de atuar, a produção de um resultado não lhe poderá ser atribuída sob a alegação de ter sido omissão.

A omissão somente terá relevância jurídica, quando ficar configurada uma violação ao dever jurídico de agir, nas situações em que o indivíduo tinha a possibilidade de concretizar esse dever.

Por exemplo, se o vigilante em uma agência bancária é dominado e amarrado durante um assalto, a sua ausência de atividade não será considerada uma omissão típica, haja vista encontrar-se impossibilitado fisicamente de agir. A inatividade do vigilante não terá ocorrido

pela desobediência cega ao dever jurídico de agir, mas sim em virtude da impossibilidade concreta de cumprimento da norma jurídica que determinava o dever de ação. Em outras palavras, o vigilante deixou de fazer aquilo que constituía um dever jurídico porque não lhe foi ofertada a possibilidade de execução da conduta imposta e não porque simplesmente não quis fazê-lo, logo a falta de ação ocorreu sem a sua vontade.

A vontade é o elemento subjetivo que norteia qualquer comportamento humano, imprescindível à caracterização da conduta ativa ou omissiva. A ação e a omissão significam a manifestação expressa da vontade do agente. Da mesma forma como ocorre na ação, em sentido estrito, a omissão deve estar acompanhada da vontade, sob pena de configurar-se ausência de conduta, ou seja, sem a vontade, não existirá omissão para fins penais.

Nesse sentido, não existindo vontade do indivíduo de omitir-se da conduta determinada, a inatividade do indivíduo será apenas física, não tendo qualquer relevância penal.

O vínculo estabelecido pelo nexos causal, ligando a conduta do agente ao resultado típico produzido, tem por função determinar que a lesão a um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado é produto da manifestação de vontade do agente, imputando-lhe, conseqüentemente, tal resultado.

2.2 Ausência do nexos de causalidade nos crimes omissivos próprios

O estabelecimento do nexos de causalidade em relação aos delitos omissivos enfrenta algumas dificuldades. Inicialmente, em função da própria especificidade que envolve o conceito de omissão conforme visto anteriormente.

Mas, na doutrina, predomina o entendimento de que não existe causalidade, sob o ponto de vista naturalístico, nas condutas omissivas.

A omissão própria decorre da inatividade do agente que deixa de realizar um comportamento possível e exigido por uma norma penal incriminadora.

É necessário que a norma penal determinadora desse comportamento seja um tipo penal, isto é, é imprescindível a existência de um tipo legal que descreva uma conduta omissiva, como, por exemplo, os descritos nos seguintes dispositivos penais: art. 135, omissão de socorro; art. 244, abandono material; art. 246, abandono intelectual; e art. 269, omissão de notificação de doença.

O crime omissivo próprio decorre da abstenção da prática de uma atividade devida por parte do agente, quando lhe era possível atuar de acordo com o comando normativo. Caracteriza-se, portanto, pela desobediência a uma norma mandamental, ou seja, pela violação do indivíduo a uma norma penal incriminadora que determinava a realização de uma conduta.

Esse delito já se consuma, quando o agente não realiza o comportamento exigido pela norma incriminadora, quando lhe era possível fazê-lo, ou seja, no instante em que deixa de praticar a conduta que devia e podia realizar, pois tinha o dever jurídico e estava possibilitado fisicamente de executá-la, sem que se exija que resulte em algum dano a quem quer que seja, pois prescinde da realização de qualquer resultado.

A norma penal que impõe uma conduta não exige que a realização desta seja eficaz, impedindo que ocorra certo resultado, logo, para se configurar a omissão própria, o omitente não precisa ter dado causa a um resultado lesivo, pois o agente não estava obrigado a impedir tal resultado.

Portanto, como a norma mandamental exige, apenas, que o indivíduo realize uma ação, não sendo obrigado a evitar um resultado lesivo a um objeto jurídico tutelado, o crime omissivo próprio estará configurado tão somente pela violação ao dever jurídico de agir, quando era possível tal ação, não cumprindo a norma penal que determinava a realização de certa conduta ativa, não importando que dessa violação ocorra ou não um resultado.

Consequentemente, como a ocorrência de resultado naturalístico é irrelevante para a configuração do crime omissivo próprio, a análise do nexos causal fica prejudicada, não se fazendo também necessária, sendo suficiente examinar se o agente praticou a infração penal com dolo ou culpa.

2.3 Nexos normativo de não impedimento nos crimes omissivos impróprios

No entanto, em relação aos crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, a discussão acerca do nexos causal requer maiores considerações. Aqui não se trata apenas da questão da relevância do nexos de causalidade, mas também da análise de qual seria o vínculo existente entre a omissão e o resultado produzido.

A cadeia causal que se processa na hipótese de ocorrência dos crimes omissivos impróprios se desdobra de maneira alheia ao omitente, não tendo a sua participação direta.

Porém, ele é chamado a intervir nesse processo a fim de evitar o resultado lesivo que caminha para o seu desfecho. Essa intervenção não é opcional, pois está o agente juridicamente obrigado a praticar uma ação a fim de impedir que aquele resultado aconteça. A conduta que lhe é imposta deve se direcionar no sentido de não deixar que o resultado que se procura evitar venha de fato a acontecer.

Na omissão imprópria, não tem, apenas, o agente o dever jurídico de agir, mas também de evitar o resultado lesivo, ou seja, tem o dever de agir para evitar o resultado. Diferentemente do que ocorre na omissão própria em que o agente tem apenas o dever de agir e se omite.

Enquanto o crime omissivo próprio se efetiva pela simples violação ao dever jurídico de agir, não importando se ocorre ou não um resultado, pois o omitente não tem a obrigação legal de evitá-lo, para que fique configurado o delito omissivo impróprio, além da desobediência à obrigação jurídica de empreender uma conduta ativa, é necessário, também, que o processo causal tenha produzido um resultado, pois, nesta hipótese, o agente omissivo, também, tem a obrigação de impedir esse resultado.

Se a norma jurídica impõe ao indivíduo um dever de agir, para evitar a realização de um resultado, não basta o descumprimento a esse dever, mas também se faz necessário que venha a ocorrer o resultado que se buscava evitar quando imposto o dever jurídico de ação. Consequentemente, só estará configurado o crime omissivo impróprio com a violação ao dever jurídico de agir e com o desfecho do resultado, que o agente tinha a obrigação de evitar.

Os crimes omissivos impróprios são, portanto, crimes materiais, cuja consumação depende de resultado naturalístico, que, nesse caso, consiste no evento produzido que o agente omissivo tinha o dever jurídico de impedir.

Por conseguinte, faz-se necessário o estabelecimento do nexo de causalidade entre o resultado não impedido e a conduta que lhe deu causa para se definir a autoria do fato típico?

Nesses crimes, as dificuldades existentes na análise do nexo de causalidade ocorrem porque a conduta omissiva imprópria não faz parte do processo que deu causa ao resultado.

Em se tratando de crimes omissivos impróprios, a relação causal existente não irá exprimir uma ligação entre a omissão do agente e o resultado que se produziu em decorrência do processo causal, que é alheio ao omitente, mas irá significar a conexão desse resultado com a conduta que efetivamente lhe deu causa.

Portanto, o nexó de causalidade material é verificado dentro dessa relação estranha ao agente omissó.

Qual o vínculo, então, que se dá entre o resultado do processo causal, que é alheio ao omitente, e a sua conduta omissiva imprópria, capaz de caracterizar um crime, se não há um nexó de causalidade ligando essa conduta ao resultado produzido?

Como pode ser o omitente qualificado causador material desse fato, se não há um vínculo físico ligando a sua conduta omissiva imprópria ao resultado típico, se falta nessa relação a existência do nexó de causalidade, que indica o vínculo material entre a causa e o efeito, requisito indispensável para determinar a autoria material do fato?

Como, na omissão imprópria, a relação que causa o resultado lesivo não é definida pelo omitente, mas se efetiva alheia a este, que não participa diretamente do processo causal, não se pode atribuir-lhe a qualidade de causador material do fato. Não existe um processo de causa e efeito entre a omissão do agente e o resultado produzido.

Mas, por determinação expressa do art. 13, § 2º, do Código Penal, que coloca o omitente na posição de garante, quando lhe impõe o dever jurídico de agir para impedir a produção do resultado, esse agente é obrigado a interferir naquele processo causal.

Segundo Bitencourt (2000, p. 187), se o sujeito não intervém naquela cadeia causal e vem-se a produzir o resultado, o não-impedimento desse evento por parte do sujeito omissó equipara-o ao verdadeiro causador do resultado, mesmo sem ter dado causa a este, atribuindo-lhe o resultado produzido.

Nesse sentido, considera-se que existe um nexó de não impedimento, que relaciona a omissão com o resultado, e não de causalidade. É como se a omissão, que não impediu o resultado, fosse a sua causa real.

A imputação objetiva do resultado ao sujeito que se abstém de uma conduta devida não leva a concluir pela existência de um nexó de causalidade relativo à conduta omissiva, mas reconhece que entre esta e o resultado não impedido existe um vínculo jurídico sempre que estiver presente o dever jurídico de agir para evitar o resultado lesivo. Este é atribuído ao sujeito omissó, não porque o tenha causado com a omissão, mas porque não o impediu.

Portanto, na omissão imprópria, o vínculo jurídico existente entre o resultado do processo causal e a conduta omissiva do agente é um nexó de não impedimento. (ZAFFARONI, 1991, p. 453).

Segundo Sauer (1956, p. 149-150): “a omissão é causal quando a ação esperada

(sociologicamente) provavelmente teria evitado o resultado”.

Isso significa que Sauer estaria admitindo a causalidade na omissão, considerando-a causa do resultado, quando fosse equiparada à ação esperada para evitar o resultado e essa conduta provavelmente o tivesse evitado.

Essa interpretação é, na verdade, a aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, que considera causa a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, pois, se aplicar o método hipotético de eliminação retirando-se mentalmente a omissão, significa que seria introduzida em seu lugar a conduta positiva a que estava juridicamente obrigado a realizar, ou seja, uma ação em sentido estrito, com a qual o resultado não teria ocorrido. Trocar a omissão pela ação importaria, teoricamente, em evitar a produção do resultado.

A omissão é considerada “causa”, em face da equiparação do não impedimento à causação, se, através da sua eliminação hipotética, for possível afirmar que a ação possível e devida, logo esperada, com certeza teria evitado o resultado. A dúvida acerca disso, no entanto, não é suficiente para afirmar a causalidade da omissão.

Segundo Damásio:

A causalidade não é formulada em face de uma relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realizar e omitiu. Ele responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando a conduta a que estava obrigado. (JESUS, 2005, p. 37).

No entanto, sob o ponto de vista prático, não há garantia de que o sujeito realizando a conduta a que estava obrigado teria conseguido evitar o resultado lesivo. Mesmo que se ponha em prática essa conduta, nada assegura que a sua realização iria impedir tal resultado. A substituição da omissão imprópria pela conduta devida pode não acarretar o impedimento daquele resultado. Tudo não passa de suposição, pois o dever de agir apenas impõe que se faça algo, mas não tem o poder de garantir que, se esse algo for feito, irá impedir o resultado lesivo. Esse resultado poderá vir também a ocorrer mesmo com a execução da ação omitida, não se caracterizando a omissão imprópria uma condição imprescindível para que ocorra tal resultado.

A omissão imprópria não é, portanto, uma *conditio sine qua non*, logo não é causa. Seria necessário que fosse demonstrado que a ação omitida efetivamente evitaria a produção do resultado para que a omissão configurasse causa deste.

Veja-se o seguinte recurso.

Processo Penal. Falta de Justa Causa para a Ação Penal. Crimes Comissivos por Omissão. No direito penal, não se admite a culpa presumida. Não despontando, In casu, como seria de rigor, eis que as imputações concernem a crimes comissivos por omissão, a providência omitida pelo paciente que poderia ter impedido o resultado, impõe-se o reconhecimento da falta de justa causa para a ação penal. Recurso provido. (STJ, 1990, p. 15390).

A equiparação entre a omissão e a ação não se baseia em fatos reais, mas apenas na suposição de que a supressão da omissão e, conseqüentemente, a substituição por uma conduta ativa impediria a realização do resultado. Sob esse aspecto, essa equiparação para o Direito é vista como uma ficção jurídica, visto que não tem elementos probatórios para fundamentar a tese de que, se o agente tivesse praticado a conduta omitida, o resultado realmente não teria se produzido.

Por conseguinte, por meio do método hipotético de eliminação desenvolvido pelo penalista Von Thyren, para determinar se certa condição é causa de um resultado, e adotado pelo legislador no Código Penal brasileiro, conclui-se que a omissão imprópria não é causa do resultado, nem sob o aspecto teórico, pois a sua exclusão hipotética poderia não acarretar o desaparecimento do resultado, retirando dessa omissão a qualidade de condição indispensável e, por isso, contrariando o dispositivo penal que considera a omissão causa (art. 13, *caput*, segunda parte do Código Penal brasileiro).

A omissão imprópria não é causa do resultado que integra o fato típico legal, logo não existe uma relação de causalidade física entre o comportamento omissivo do agente e esse resultado. O nexo existente a partir da omissão do garante é de não impedimento do resultado lesivo.

Fazendo-se uma leitura do art. 13, § 2º, do mesmo diploma legal, percebe-se que, nesse dispositivo, o Código repressivo adotou, quanto aos delitos omissivos impróprios, a Teoria da Omissão Normativa, ao determinar que a omissão só tenha relevância quando estiver presente o dever jurídico de agir para evitar o resultado, ou seja, só deve ser penalmente considerada a omissão quando o sujeito que se omite tem devidamente expresso por disposição normativa esse dever de ação. Nesses termos, esse dever incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; àquele que, por outro meio, encarregou-se da responsabilidade

de impedir o resultado; ou a quem criou o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento anterior.

O Supremo Tribunal Federal, julgando recurso de ordem de habeas corpus que visava o trancamento de ação penal, cuja denúncia descrevia fatos que configuravam crime de homicídio por omissão, que vitimou operários numa explosão de mina, decidiu: “A causalidade, nos crimes comissivos por omissão, não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente, como devia e podia, para impedir o resultado.” (STF, 1985, p. 83).

A Câmara julgadora denegou a ordem, em função do desempenho desidioso dos indiciados no cuidado com a segurança.

Embora a omissão não dê causa a resultado algum, ao sujeito omissor será imputado o resultado integrante do fato típico e, conseqüentemente, por este será responsabilizado, quando existir o dever jurídico de agir imposto pela norma mandamental, isto é, se o omitente estiver juridicamente designado para agir de modo a evitar que o resultado aconteça.

Como já afirmado anteriormente, se não existir o dever jurídico de agir do indivíduo, não se pode cobrar dele conduta alguma, logo a sua omissão será atípica.

Caso não se fixasse a obrigação jurídica de agir como condição indispensável à atribuição da responsabilidade ao omitente pelo resultado típico produzido, haveria uma ampliação dos tipos penais comissivos por omissão, visto que seria imputado o resultado lesivo a qualquer indivíduo que não realizasse diligência para impedi-lo.

Portanto, nos crimes omissivos impróprios, o nexo de não impedimento é o nexo normativo, visto que a atribuição do resultado naturalístico ao indivíduo omissor não se dá em decorrência de uma relação de causalidade material entre esse resultado e a omissão, mas sim em função do descumprimento do comando normativo que impõe ao sujeito o dever de agir para evitar o resultado.

No entanto, o *caput* do art. 13, ao preceituar que se considera causa tanto a ação quanto a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, leva a acreditar que o Código Penal teria adotado a Teoria Naturalística da Omissão, o que evidenciaria uma incongruência desse dispositivo com o § 2º do mesmo artigo, que adota a doutrina normativa.

Embora Damásio entenda que existe um conflito entre esses dispositivos, para Capez, quando o *caput* do art. 13 acena no sentido de que a omissão também dá causa ao resultado, não implica dizer que o Código Penal teria adotado, nesse dispositivo, a Teoria Naturalística da

Omissão. Para este doutrinador, a partir do § 2º do mesmo artigo, que estabelece a omissão causal apenas quando presente o dever jurídico de agir, chega-se à conclusão de que a teoria adotada foi mesmo a normativa, pois a omissão como um nada não dá causa a coisa alguma.

(CAPEZ, 2005; JESUS, 1991).

3 Teoria da Imputação Objetiva

A Teoria da Imputação Objetiva será explicada a partir da crítica que faz à Teoria da Equivalência das Condições para arrematar como um resultado lesivo deve ser atribuído a um indivíduo sem levar em consideração apenas a relação de causalidade.

Em seguida, será dado destaque à aplicabilidade da imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios quando se tentará concluir a solução da problemática do tema apresentado.

3.1 Breve histórico do desenvolvimento da imputação objetiva

Na primeira metade do século XX, na Alemanha, para livrar os causadores materiais do alcance da persecução criminal, tornava-se insuficiente depender apenas da ausência do dolo e da culpa, pois se reconhecia a responsabilidade penal objetiva, nos delitos qualificados pelo resultado, ou seja, mesmo sem ter atuado com dolo ou culpa em relação ao resultado, o agente respondia penalmente, bastando, para isso, que existisse o nexo de causalidade. Nesses termos, a responsabilização criminal independia de dolo e culpa.

Não se podia mais isentar esses agentes da responsabilidade penal buscando auxílio na averiguação do dolo e da culpa e concluindo-se pela inexistência desse nexo normativo entre o indivíduo e sua conduta.

Diante da impossibilidade de alguém deixar de ser considerado autor de um fato típico mesmo com a descaracterização desse nexo normativo, pois a responsabilidade criminal viria ainda que o agente não tivesse causado o resultado dolosa ou culposamente, mas tão somente pela existência da relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, foi que a doutrina alemã concluiu que o dogma da causalidade precisava ser revisto e decidiu enfrentar o problema relativo à vinculação objetiva do resultado ao agente.

Já que não tinha como limitar a responsabilidade penal, através da verificação de inexistência do dolo e da culpa, a solução vislumbrada foi restringir a própria relação de causalidade, estabelecendo critérios delimitadores da atribuição do resultado lesivo ao agente

da conduta, e, com isso, limitar a imputação objetiva do resultado a esse agente. Desse modo, a responsabilização criminal não decorreria apenas da existência da relação de causa e efeito, mas se daria em função da limitação da imputação objetiva do resultado a um determinado agente.

Surgida na Alemanha, onde, atualmente, está incorporada à sua doutrina, e já bastante difundida na Espanha, a Teoria da Imputação Objetiva é imposta cada vez mais nos países estrangeiros. Em sua doutrina, a discussão acerca de seus fundamentos já ocorre há muitas décadas.

3.2 Criação e realização de um risco juridicamente desaprovado como elemento fundamental da imputação objetiva do resultado

Criada a partir da necessidade de se impor limites ao *regressus ad infinitum* da relação de causalidade, a Teoria da Imputação Objetiva restringia a responsabilidade pelo resultado lesivo, atribuindo-o a apenas alguns de seus causadores materiais, para, com isso, impedir uma amplitude da responsabilização penal.

Essa teoria tinha por objetivo estabelecer limites à imputação objetiva do resultado ao agente que, através da sua conduta, o tivesse causado.

Com o desenvolvimento dessa doutrina, a estrutura tradicional de um fato típico foi modificada, passando a existir, além da conduta, do resultado e do nexos de causalidade que o caracterizam, certos requisitos que vinculam normativamente a lesão ou perigo de lesão à ação ou omissão do agente, ou seja, entre o resultado e a conduta deve haver uma ligação normativa. Esse outro elemento do tipo objetivo é a imputação objetiva que será o limite do alcance da norma penal.

Para que o tipo penal esteja completo, ficando devidamente configurado o fato típico, não basta levar em consideração apenas o nexos de causalidade material, pois esse vínculo, vale mais uma vez ressaltar, é a mera ligação material entre a conduta do agente e o resultado por este causado, é o fato puramente naturalístico que traduz um processo físico de causa e efeito. “Não se pode imputar o resultado ao agente na mera conclusão da causalidade, seja qual for a teoria causal adotada pelo operador do direito”. (MARTINELLI, 2006, p. 211).

Mas também se torna imprescindível que haja um nexos normativo entre a conduta e o resultado, através do estabelecimento de requisitos, ou seja, de critérios que sejam capazes de servir de limitação ao poder punitivo do Estado. É indispensável um vínculo normativo da

imputação do resultado ao autor da conduta como forma de evitar um *regressus ad infinitum* em matéria de responsabilidade penal. Esse nexos normativo é uma relação jurídica especial, ou seja, uma relação prevista em lei que limita os fenômenos naturais.

A Teoria da Imputação Objetiva apresenta-se, então, dentro do contexto de análise da relação de causalidade, pretendendo sanear os problemas existentes com as posições doutrinárias acerca do nexos causal e enfrentando diretamente a Teoria da Equivalência das Condições pelo fato desta considerar que a atribuição objetiva do resultado naturalístico à conduta do autor se dá apenas em virtude de uma relação de causalidade material.

Conforme anteriormente exposto, a Teoria da Equivalência das Condições ou dos Antecedentes Causais considera que entre a conduta e o resultado lesivo produzido há um vínculo que não passa de um mero processo físico de causa e efeito, e a atribuição desse resultado a um indivíduo se dá em função deste ser o agente da conduta que causou materialmente esse evento lesivo.

A atribuição da lesão ou perigo de lesão à conduta causadora do agente se dá em virtude da existência do nexos de causalidade entre essa conduta e o resultado causado.

O Código Penal brasileiro vigente adotou a Teoria da Equivalência das Condições, no entanto, os tribunais, em alguns casos, têm desprezado o art. 13, *caput*, do ordenamento penal (relação de causalidade) e aplicado a Teoria da Imputação Objetiva.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. (STJ, 2006, p. 245).

Embora o ordenamento repressivo considere importante resolver se existe ligação entre o comportamento humano e o resultado produzido, de modo a permitir a imputação deste ao autor da conduta, Jescheck (1981, p. 378) entende que, a respeito da relação de causalidade, a essência não está na relação material de causa e efeito, mas verificar se o resultado pode ser atribuído ao sujeito. Do mesmo modo, Roxin (1986, p. 145-146):

A questão jurídica fundamental não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados. A alteração de perspectiva que aqui se leva a cabo, da causalidade para a imputação, faz com que o centro de gravidade se desloque, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa: segundo esta, a questão de saber se é possível imputar a um homem um resultado como obra sua, depende, desde o início, dos critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos.

O relevante não é verificar se existe o nexo de causalidade material entre a conduta e o resultado, para se fazer a atribuição deste ao autor da conduta, mas investigar se, a partir do estabelecimento de critérios para realização de tal atribuição, há razões para se imputar o resultado àquele autor.

A importância maior para o Direito Penal passou a ser a definição de quando e até que ponto um resultado lesivo pode ser imputado como fundamento da responsabilidade. (ROXIN, 1986, p. 168).

A missão da Teoria da Imputação Objetiva é determinar quando a lesão de um bem ou interesse jurídico pode ser atribuída a uma pessoa, não se levando em consideração apenas a relação de causalidade material, ou seja, que o resultado lesivo foi produzido em decorrência da realização da conduta dessa pessoa. Procura restringir essa imputação, através do estabelecimento de critérios que delimitam a atribuição da responsabilidade pelo resultado ao agente causador.

Essa restrição da imputação objetiva se dá por meio da fixação de critérios que determinam quando uma conduta pode ser considerada causa de um resultado. Com tal procedimento, se estabelece uma redução no âmbito de abrangência da equivalência dos antecedentes, à medida que estipula não serem equivalentes todas as condições, haja vista que nem todas as condutas antecedentes ao resultado lesivo se enquadram no perfil determinado pelos critérios delimitadores da imputação objetiva e, portanto, nem todas são consideradas causas desse resultado.

A Teoria da Imputação Objetiva não se limita a *conditio sine qua non*. Conforme anteriormente visto, o vigente Código Penal brasileiro adotou, na relação de causalidade, a Teoria da Equivalência das Condições, não distinguindo entre causa e condição.

A Teoria da Imputação Objetiva, proveniente da corrente funcionalista de reestruturação do delito, que estuda a evolução da relação de causalidade, separando o que é condição e o que

é causa, considera cada tipo penal, segundo critérios político-criminais, para só depois imputar ao agente o crime penalmente previsto. (PREUSSLER, 2006, p. 14).

Segunda essa doutrina, a imputação objetiva é feita ao indivíduo, quando este, através de sua conduta, cria um risco juridicamente desaprovado, e ocorre a realização desse risco no resultado. Não se pode imputar a alguém uma lesão ou perigo de lesão sem a criação de um risco juridicamente proibido. É preciso que o agente, ao realizar uma conduta, assuma um risco que se exterioriza no resultado lesivo, ou seja, ocorre a concretização desse risco em um resultado típico.

Conforme esse entendimento, duas noções são fundamentais para se atribuir a alguém a responsabilidade de um dano ou perigo de dano causado a um bem jurídico relevante: a criação de um risco desaprovado pela sociedade, não tolerado, não permitido e, portanto, juridicamente proibido; e a realização desse risco, a sua concretização no resultado lesivo.

Essas noções fundamentais determinam que uma conduta seja causa de um resultado apenas quando criar um risco juridicamente proibido que resulte na produção desse resultado.

Portanto, os demais comportamentos humanos que não ensejarem a criação desse risco, mas acabarem produzindo um resultado lesivo, embora, sob o ponto de vista da *conditio sine qua non*, sejam considerados causas desse evento danoso, e, conseqüentemente, condições equivalentes, para a Teoria da Imputação objetiva, tais comportamentos não são causas do resultado lesivo, logo ficam de fora da equivalência dos antecedentes causais.

3.3 Teoria da Imputação Objetiva segundo Günther Jakobs

Para Günther Jakobs, penalista alemão, o Direito Penal é estruturado para o próprio Direito Penal, ou seja, essa disciplina deve zelar pela obediência das suas próprias normas, visando a estabilidade do ordenamento penal, a fim de preservar a harmonia em sociedade.

Conforme esse entendimento, diferentemente da maioria dos autores, que apontam a proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes como a função do Direito Penal, a função deste ordenamento seria a manutenção da estabilidade social e a preservação das expectativas geradas em torno dos papéis sociais ocupados por cada indivíduo. (MARTINELLI, 2006, p. 216).

Isso significa que a proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes deve-se dar em todos os momentos, em todas as situações, dentro dos limites do papel social que o indivíduo

títular do bem jurídico tutelado ocupa em cada momento da sua vida em sociedade, seja no âmbito familiar, no âmbito das relações de trabalho, na rua, nas associações etc.

Em torno dessas posições ocupadas pelo indivíduo em sociedade, cria-se nos seus demais integrantes uma expectativa de que aquele desempenhe suas funções sociais, em cada um dos momentos do seu convívio social, sob pena de sofrer legítima punição.

Assim como o ordenamento repressivo deve proteger cada indivíduo, dentro dos limites do papel social por ele assumido em determinado momento, também cabe ao Direito Penal preservar as expectativas criadas em torno do desempenho de cada um dos papéis sociais. O Direito Penal deve assegurar o cumprimento das funções sociais dentro dos limites impostos, garantindo o comportamento social adequado de cada indivíduo.

Isso implica em dizer que, por meio do sistema punitivo do Direito Penal, cada indivíduo está obrigado a contribuir para a manutenção da estabilidade social, ao passo que uma quebra do desempenho dos papéis sociais assumidos gera uma punição ao seu transgressor.

A violação ao cumprimento do papel ocupado pelo indivíduo em determinado momento da vida em sociedade constitui a conduta a ser punida.

Mas ao autor de uma conduta típica só lhe será responsabilizado o resultado lesivo decorrente da criação de um risco proibido cuja concretização cabia a ele evitar, ou seja, somente será atribuída a realização de um risco não permitido a quem tinha o dever jurídico de evitá-la.

Desse modo, nem todos os riscos criados pelas pessoas configuram-se condutas típicas, e, conseqüentemente, uma violação do seu papel social, mas apenas a criação daqueles riscos que se traduzem na transgressão de um dever de garantidor é que são condutas típicas, violadoras da função social.

A função da Teoria da Imputação Objetiva de Jakobs é determinar os pressupostos que transformam uma causalidade material entre a conduta e o resultado em uma relação jurídica complexa relevante sob o ponto de vista penal.

Como o Direito Penal tem como função assegurar o comportamento social adequado de cada indivíduo, o desempenho de cada um de seus papéis sociais assumidos em vários âmbitos da vida em sociedade, não há como se imputar a criação de um risco ao seu agente causador que tenha desempenhado seu papel social dentro dos limites impostos, ainda que desse risco tenha se produzido um resultado lesivo. O risco gerado em consequência do cumprimento do

papel social do indivíduo em determinado momento terá ocorrido dentro dos limites toleráveis pela sociedade, não se podendo atribuir a sua criação ao agente da conduta, haja vista que não se trata de risco proibido, mas permitido, assim como tantos outros riscos suscetíveis da vida em sociedade.

Embora o risco tenha sido causado pelo agente da conduta, a ele não será imputada uma conduta típica, pois esse risco criado assim não se configura, uma vez que não se realizou por violação de cumprimento do papel social do seu causador, mas foi criado dentro dos limites impostos pelo exercício desse papel.

3.4. Imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios

Um breve resumo do que antes foi exposto faz-se necessário aqui para relembrar alguns pontos que servirão de base para tornar clara a exposição dos fatos elucidativos da difícil questão que é a imputação objetiva nos delitos comissivos por omissão.

Os crimes materiais são aqueles cuja consumação depende de um resultado naturalístico. O que é um resultado naturalístico? Um resultado que provoca uma modificação no mundo exterior, uma modificação na realidade. Se tem resultado, o nexo de causalidade é importante, ou seja, faz-se necessário estabelecer a vinculação da causa ao resultado. Havendo a confirmação desse nexo causal, ou seja, que foi certa conduta que provocou o resultado, vai se fazer a atribuição objetiva do resultado, que consiste em procurar o responsável pela sua produção. A quem será atribuído esse resultado? Ao autor da conduta que o causou. Então estará feita a imputação objetiva, após a confirmação da relação de causalidade.

Para se averiguar a responsabilização pela produção de resultado penalmente relevante, nos casos de crimes materiais, necessita-se verificar, em primeiro plano, o nexo de causalidade material entre a conduta individual e o resultado. Tendo em vista tratar-se de delitos cuja consumação depende de resultado naturalístico, a relação de causalidade se reveste de maior importância. Pois, vale mais uma vez ressaltar, o nexo de causalidade só tem aplicabilidade nos tipos de crimes que exijam a produção de resultado para caracterizar a sua consumação.

Portanto, somente depois de confirmada essa relação de causa e efeito é que se realiza a atribuição normativa do resultado ao seu autor. A imputação objetiva, nesses casos, é consequência da verificação da relação causal.

Para ficar caracterizado um crime omissivo impróprio, não basta a violação ao dever jurídico de agir. Como a obrigação imposta é de agir para evitar o resultado, então, para esse crime ficar caracterizado, é necessário que o agente viole o dever jurídico de agir, ou seja, não empreenda nenhuma atividade, nenhuma conduta ativa, e o resultado que buscava evitar venha a acontecer. O resultado que ele deveria ter evitado e não evitou, pois o resultado aconteceu.

Os crimes omissivos impróprios são também de resultado, ou seja, são delitos materiais. Torna-se, então, imprescindível estabelecer o nexo de causalidade. Ocorre que, nesses casos, há um problema: o resultado causado não se relaciona materialmente com a conduta omissiva do agente, não foi a conduta deste que provocou o resultado, no entanto, por imposição legal, chega-se à conclusão que é o omitente quem será responsabilizado.

Mas como pode haver essa imputação objetiva do resultado, se não há um nexo de causalidade entre a conduta omissiva imprópria e esse resultado? Na verdade, o nexo de causalidade que acontece nessas hipóteses se dá entre o resultado e a conduta praticada por outra pessoa, ou seja, em um processo causal alheio, estranho ao omitente.

Veja-se, como exemplo, o caso da criança que morre afogado na piscina sem que o instrutor de natação tenha feito algo para impedir tal resultado. É evidente que a causa do afogamento não foi a conduta desse professor, o seu comportamento omissivo, mas um fato alheio à sua vontade. Porém, acontece que, apesar do processo causal do afogamento ser estranho ao instrutor, este, na posição de garante, tinha o dever jurídico de agir para evitar aquele resultado. Por conta dessa obrigação jurídica imposta por uma norma mandamental é que se diz que o professor de natação deveria ter praticado alguma atividade para evitar o resultado lesivo.

É nesses termos que se encontra a questão do nexo de não impedimento. O vínculo que vai ligar o resultado produzido à conduta omissiva da pessoa a quem será imputada a responsabilidade pelo resultado lesivo é de não impedimento e não um nexo de causalidade, porque este liga o resultado a uma conduta alheia ao agente omissivo. A relação jurídica que existe aí não se dá em virtude desse agente ter causado o resultado, porque ele não causou nada, mas em função de não o ter impedido, quando lhe era juridicamente exigido que agisse para evitar a consequência lesiva.

“[...] No âmbito da omissão é evidente que nem todos respondem por qualquer consequência lesiva que estejam em condições de evitar, mas que só está obrigado quem é titular de uma posição de garantia.” (JAKOBS, 2007, p. 25).

Consequentemente, a imputação objetiva é feita atribuindo-se ao agente da conduta omissiva a responsabilidade pelo resultado lesivo em função do nexo de não impedimento que liga o resultado ao agente omissivo.

Portanto, em se tratando dos crimes omissivos impróprios, a imputação objetiva do resultado se afirma mesmo diante da impossibilidade da relação de causalidade material.

No campo das condutas omissivas, os limites dos papéis sociais funcionam como limites da responsabilidade penal.

“Por conseguinte, quem se mantém dentro dos limites de seu papel, não responde por um curso lesivo, ainda no caso em que bem e perfeitamente pudesse evitá-lo.” (JAKOBS, 2007, p. 26).

Para melhor ilustrar essa questão é que se apresenta o famoso exemplo da jurisprudência alemã do estudante de biologia que trabalha como garçom nas horas livres, a fim de ajudar nos gastos pessoais, e que, ao servir um prato a um cliente, sabe que existe na comida um fungo venenoso, mas, mesmo assim, serve o alimento e o cliente vem a morrer intoxicado.

Nesse exemplo, o estudante, quando servia a comida, exercia o seu papel social de garçom, correspondendo às expectativas sociais em torno dessa função, logo não tinha a obrigação de saber se o fungo existente no alimento era venenoso, pois essa informação era conhecida apenas pelo fato de ser o garçom também um estudante de biologia que tinha conhecimentos específicos sobre as espécies de fungos. Não cabia ao garçom, dentro dos limites de desempenho de sua função social como tal, ir além dos conhecimentos exigidos para o desempenho desse papel social.

Logo, mesmo estando em condições de evitar o curso lesivo, deixando de servir o prato envenenado, ao garçom não será imputado o resultado morte do cliente em função daquele ter agido dentro dos limites de sua função social naquele momento.

Com a sua conduta de servir a comida, embora o garçom tenha criado um risco para o cliente que se concretizou na morte deste, esse risco gerado não violou o cumprimento do papel social de garçom por ele desempenhado naquele momento. Apenas a criação de um risco que violasse o cumprimento desse papel se configuraria uma conduta típica.

4 Conclusão

O nexo de causalidade estabelece uma relação física entre a conduta praticada e o resultado produzido, configurando uma relação de causa e efeito. Vincula, por conseguinte, a conduta do agente, que é a causadora material do fato, ao resultado lesivo produzido em decorrência do processo causal.

Não obstante combater o entendimento de que o nexo de causalidade não passa de uma relação física, a Teoria da Imputação Objetiva utiliza a *conditio sine qua non* ou Teoria dos Antecedentes Causais como suporte para ser aplicada, pois, só depois de confirmada, através do método hipotético de eliminação da condição, que a conduta comissiva ou omissiva é causa de um resultado típico, é que se aplica a doutrina da Imputação Objetiva, através da verificação de existência dos critérios limitadores da relação de causalidade.

A conduta comissiva por omissão não é condição indispensável para a produção do resultado lesivo, não é *conditio sine qua non*, pois com a execução da ação omitida este evento ainda assim poderia acontecer.

Entende-se que o sujeito omissor responde pelo resultado não porque ele o tenha causado com a omissão, mas porque não o impediu. Porém, *data venia*, discorda de que o impedimento do resultado se daria realizando a conduta omitida a que estava obrigado, visto que, conforme já exposto, a execução dessa conduta não assegura tal impedimento.

Logo a omissão imprópria não se coaduna com o caráter de causa em conformidade com o disposto no art. 13, *caput*, segunda parte do Código Penal brasileiro, razão pela qual essa conduta omissiva não é considerada causa do resultado.

A omissão não determina um acontecimento, não é causa de coisa alguma. Fica, conseqüentemente, descaracterizada a existência de qualquer processo causal entre a omissão imprópria e o resultado lesivo produzido. A relação jurídica que os vincula carece da causa concreta do resultado que decorre do processo causal alheio ao omitente.

Em vista disso, fica evidenciado que não há nexo de causalidade que estabeleça uma relação de causa e efeito nos crimes omissivos impróprios.

A relevância da omissão imprópria dentro da relação jurídica que a envolve com o resultado lesivo não é tratada sob o mesmo aspecto da ação *stricto sensu*, pois a conduta comissiva por omissão não é causa desse resultado, logo não tem relevância causal. A importância da omissão imprópria se dá em função da existência do dever jurídico de agir,

responsabilizando pelo resultado produzido o omitente que, na posição de garante, viola essa obrigação jurídica.

O que leva a atribuir um resultado lesivo ao sujeito da omissão imprópria não é a relação de causa e efeito, não é o nexo de causalidade, que, nesta hipótese, não existe, mas sim o nexo de não impedimento que se estabelece entre a omissão e o resultado, pelo fato de não ter o agente impedido a produção deste, quando lhe era juridicamente exigido, em função da sua posição de garante, que executasse uma conduta para impedir o evento lesivo. Em resumo, o que leva a atribuir um resultado lesivo ao sujeito da omissão imprópria é o nexo normativo de não impedimento decorrente da posição de garante do omitente.

E o Estado, no exercício das atribuições da persecução criminal, não poderia deixar de atribuir a responsabilidade pelo resultado produzido a quem deixou de cumprir a norma penal determinadora do dever de ação, àquele que violou o dever jurídico de agir, permanecendo inerte ou realizando uma conduta diversa daquela esperada para impedir o resultado lesivo a um bem jurídico tutelado.

A atribuição objetiva do resultado, segundo a Teoria da Equivalência das Condições, se dá meramente em função do nexo de causalidade que liga a lesão ou perigo de lesão à sua conduta causadora.

A importância maior da questão da imputação do resultado lesivo ao autor dessa conduta não subsiste na relação de causalidade, mas consiste em averiguar se tal resultado pode ser imputado a esse autor.

O ponto básico desse problema reside na constatação dos elementos fundamentais, a criação de um risco proibido e a sua realização em um resultado lesivo, em função dos quais esse resultado será atribuído ao autor da sua conduta causadora.

É possível, portanto, atribuir objetivamente um resultado lesivo a um indivíduo diante da impossibilidade de existência do nexo de causalidade nos crimes omissivos impróprios, porque essa imputação objetiva não depende desse vínculo causal.

Em suma, a imputação objetiva de um resultado lesivo só será feita ao agente criador de um relevante risco juridicamente desaprovado que tenha se concretizado nesse resultado.

Com isso, o desenvolvimento da Teoria da Imputação Objetiva permitiu a inclusão de um novo elemento na estrutura do fato típico, o nexo normativo entre a conduta e o resultado,

que se configura na imputação objetiva do resultado ao agente da conduta criadora do risco proibido.

Esse vínculo normativo da imputação objetiva do resultado é uma forma de impedir que a responsabilidade penal tenha um *regressus ad infinitum*. Nesses termos, essa doutrina acaba restringindo as condutas delituosas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Parte Geral. Recife: Intergraf, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral, volume 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A imputação objetiva e “O homem que matou Getúlio Vargas”. **Jus navigandi**, out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9094>. Acesso em: 2 nov. 2007.

CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, nº 30, abr./jun. 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Volume 1. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Penal**: parte geral, volume 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. A Teoria da Imputação Objetiva e o Código Penal brasileiro: ainda faz sentido a Teoria das Concausas? **Direito Penal: aspectos jurídicos controversos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NOGUEIRA, José Wagner Guedes. A Teoria da Imputação Objetiva como solução para a crise do dogma da causalidade. **Jus navigandi**, out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9651&p=2>. Acesso em: 22 nov. 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral, volume 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. **Aplicação da teoria da imputação objetiva no injusto negligente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 33, jan./mar. 2001.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1956.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, nº 43, abr./jun. 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Habeas Corpus nº 46525-MT. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Decisão unânime. Brasília, Julgado em 21.03.2006.

_____. 6ª Turma. Habeas Corpus nº 18206-SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Decisão unânime. Brasília, Julgado em 04.12.2001.

_____. 6ª Turma. Recurso de Habeas Corpus nº 794-SP. Relator: Ministro Costa Leite. Decisão unânime. Brasília, Julgado em 04.12.1990.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso de Habeas Corpus nº 63.428-1-SC. Relator: Ministro Carlos Madeira. Decisão unânime. Brasília, Julgado em 25.10.1985.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZANONI, Fernando Henrique. Aspectos dogmáticos da(s) teoria(s) da imputação objetiva. **Jus navigandi**, dez. 2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8021>. Acesso em: 2 nov. 2007.