



Marcelo Almeida Ruivo dos Santos

O FUNDAMENTO E A METÓDICA DE VERIFICAÇÃO DA
CAUSALIDADE NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Dezembro de 2014



Marcelo Almeida Ruivo dos Santos

O FUNDAMENTO E A METÓDICA DE VERIFICAÇÃO DA
CAUSALIDADE NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Tese de doutoramento em Direito, no ramo de Ciências Jurídico-criminais, orientada pelo
Senhor Professor Doutor José de Faria Costa e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Dezembro de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

O FUNDAMENTO E A METÓDICA DE VERIFICAÇÃO
DA CAUSALIDADE NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

MARCELO ALMEIDA RUIVO DOS SANTOS

Dissertação de doutoramento em Ciências
Jurídico-criminais apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra e
orientada pelo Senhor Professor Doutor
José de Faria Costa

COIMBRA
2014



À memória de Carlos Coutinho de Almeida,
quem, conduzido pela estética original do artista,
se despediu da vida com a surpresa do
arranjo musical improvisado.

«A coisa segue como coisa depois de feita?
Ou todo feito é pouca coisa diante de tudo,
como pedaços, às vezes estilhaços do que criamos antes do feito?
E depois de tudo, o que fica? Fica nada?
O universo é feito desses desmanches e de nuvens sonhadoras.
Tudo se desfaz, fazendo-se em outra coisa.»
(João Batista de Andrade, s.d.)

«Il en est du droit comme de la littérature.
Les thèmes classiques y sont éternels, seulement,
de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains
et il convient de les renouveler dans la forme»
(Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 6)

RESUMO

A investigação da causalidade entre a conduta – ação ou omissão – e o resultado é imprescindível para a imputação objetiva da responsabilidade criminal na conformação democrática do direito penal. O nexo de causalidade estabelece limites ontológicos que orientam a construção de mandamentos legais e a realização judicial do direito penal. O princípio da causalidade é pressuposto dos princípios da ofensividade (*nulla iura sine causa*) e da imputação penal justa (*nulla imputatio poenali iusta sine causa*).

Particularmente, a causalidade da omissão imprópria foi buscada por diversas doutrinas do direito penal ora fundadas no conceito restritivo de causa como força ativa, ora assumindo-o como paradigma na proposição de modelos imprecisos apenas assemelhados, *v.g.*, lógico, normativo (axiológico) ou semelhante (“quase-causal”). A superação do conceito ativo de causa oferece maior nitidez na percepção da amplitude do fenômeno causal e na específica explicação da causação por omissão

Este trabalho pretende explicar como o agir e o omitir são conceitos igualmente normativos – reconhecidos pelo direito penal – que têm como fundamento partes diferentes de uma base causal ontológica comum. O agir apoia-se na parte positiva – força dinâmica –, e o omitir na parte negativa – ausência de força impeditiva – da lei causal. Essa noção confere melhores diretrizes para a compreensão do fundamento e da existência da omissão imprópria e do dever de agir.

Desde uma base ontológica causal comum entre a ação e omissão, alcança-se a viabilidade de propor também uma metódica comum para a verificação da causação do resultado por ação e omissão, mediante a fórmula da *conditio sine qua non* limitada ao conhecimento de leis causais. Há apenas a diferença em relação ao ligeiro menor rigor requerido para a afirmação da causalidade da omissão, na forma de uma alta probabilidade próxima à certeza, o que não consiste numa qualidade ontológica do nexo causal omissivo, mas devido às limitações do método.

Por fim, analisa-se o fundamento e a verificação da causalidade da responsabilidade penal omissiva do membro do colegiado decisório em diferentes situações, como, por exemplo, a decisão por maioria, na qual a metódica oferecida resolve a questão.

ABSTRACT

The investigation of causality between the conduct – action or omission – and the result is essential for the objective imputation of criminal responsibility in the democratic formation of criminal law. The causal link establishes ontological limits that guide the construction of legal commandments and the judicial realization of criminal law. The principle of causality is presupposed of the principles of offensiveness (*nulla iura sine cause*) and fair criminal imputation (*nulla imputatio poenali iusta sine cause*).

In particular, the causality of improper omission was sought by various doctrines of criminal law; sometimes, based in the restrictive concept of cause as an active force, while other times taking it as a paradigm in proposing imprecise models just similar, *e.g.*, logical, normative (axiological) or alike (*quasi-causal*). The overcoming of the active concept of cause provides greater clarity in the perception of the extent of the causal phenomenon and in the specific explanation of the causation by omission.

This work intends to explain how the act and the omitted are also normative concepts – recognized by criminal law – that are founded on different parts of a common ontological causal basis. The act is based on the positive part – dynamic force – and omit on the negative part – the absence of impediment – of the causal law. This notion gives better guidelines for understanding the foundation and existence of the improper omission and of the duty to act.

Starting at a common causal ontological basis between action and omission, reaches also the viability to propose a common methodical to verify the causation of the result by action and by omission using the formula of the but for causation (*conditio sine qua non*) to the limited knowledge of causal laws. There is only the difference of the slightly less rigorous requirement of the omission causal statement, in the form of a high probability close to certainty which is not an ontological quality of the omission causal nexus because its due to the limitations of the method.

Finally, it analyzes the foundation and the verification of causality of criminal liability omission of the member of the collegiate decision-making in different situation, such as majority voting, in which the methodical solves the question of causal verification.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta investigação impõe, de pleno direito, o destacado e sentido agradecimento àqueles que – mesmo antes do início e durante o percurso dos trabalhos doutorais – contribuíram para que a tese pudesse chegar a seu termo. O desejo de nomear todos é irrealizável, todavia alguns nomes não podem faltar.

A minha família que, ao longo dos cinco anos em que permaneci na Europa, soube oferecer tranquilidade em abundância e esconder o sentimento de profunda saudade, agradeço o amor.

Aos Professores Doutores Fabio Roberto D’Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza, que pelas lições jurídicas e pelo incentivo pessoal permitiram a minha chegada até Coimbra. Agradeço, sobretudo, o apoio compassivo e as bondosas palavras oferecidas nas conversas e nos aconselhamentos ao longo dos anos de preparação da tese.

Ao amigo Mestre Pedro Augustin Adamy, agradeço o decisivo incentivo para retornar à Coimbra, bem como o constante estímulo para não abandonar o estudo do idioma alemão. Devo agradecer, para além disso, a “companhia”, mesmo com a significativa distância geográfica, no desafio intelectual e solitário inerente ao percurso doutoral.

Ao Dr. Alberto Silva Franco, agradeço o vivo interesse com que acompanhou o desenvolvimento da escrita da tese no último ano e a permanente lembrança de que “há uma vida para além do desafio da tese”.

Aos colegas do seminário de Direito Penal e Constituição, dirigido pelo Senhor Professor Doutor José de Faria Costa, e aos amigos e colegas de doutoramento mestres Nuno Brandão, Sônia Fidalgo, Ana Rita Alfaiate, Bruno Moura e Matheus Caetano, agradeço o diversificado debate de ideias e a companhia, que amenizou a sensação de solidão durante a minha trajetória.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e aos seus Professores Doutores Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Cláudia Cruz Santos e Susana Aires de Sousa, agradeço os ensinamentos e o amável estímulo para seguir com os meus trabalhos doutorais, vivamente manifestado em diversas oportunidades.

Ao Senhor Professor Doutor h.c. mult. Ulrich Sieber, diretor do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, ao responsável científico pela América Latina, Dr. Jan Simon, e, ao responsável científico por Portugal, Doutor Pablo Galain Palermo agradeço a hospitalidade com que receberam a minha

proposta de investigação. Devo também agradecer, mais uma vez, a oferta de financiamento dos estudos em 2010, que não foi aproveitada em razão da vigência do contrato que mantive com a Fundação para Ciência e Tecnologia.

À família Körner, especialmente na pessoa da professora de alemão Senhora Mestre Daniela Körner, que me acolheu com muita amabilidade e dedicação pessoal na sua casa, durante a minha investigação em Freiburg. Agradeço a sempre generosa e entusiasmada atenção no esclarecimento das dúvidas surgidas na interpretação dos textos.

Um agradecimento é devido aos companheiros de investigação no *Max-Planck-Institut* com quem tive a oportunidade de dialogar, trocar experiências e ouvir indicações bibliográficas específicas dos seus países, especialmente, ao Professor Doutor Daniele Negri (Universidade de Ferrara), Professor Doutor Stefano Ruggeri (Universidade de Messina), Doutor Attilio Nisco (Universidade de Bolonha), Doutor Gianni Ruggiero (Universidade de Torino), Doutor Roberto Flor (Universidade de Verona) e Doutor Francesco Mazzacuva (Universidade de Parma), da Itália, Doutor Benjamin Vogel (*Max-Planck-Institut*), da Alemanha, e ao Professor Doutor Ali Bozbayindir (Universidade de Istambul), da Turquia.

Agradeço ao Senhor Professor Doutor José de Aroso Linhares por ter gentilmente me recebido nos seminários de filosofia do direito, que dirigiu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no semestre letivo de 2009-2010. O aprendizado daquele ano foram fundamentais para o adensamento jurídico-filosófico das reflexões dogmáticas que se encontram concretizadas na tese.

Por fim, uma nota de agradecimento e de profunda admiração ao meu orientador, Senhor Professor Doutor José de Faria Costa, quem oportunizou a mais ampla autonomia e o encorajamento necessários para que eu verdadeiramente conduzisse os rumos dos meus estudos e ideais intelectuais. Devo agradecer a gentil acolhida, a disponibilidade ao diálogo rigoroso, o exemplo de intensa dedicação intelectual e o muito que aprendi – com a vasta experiência de sensibilidade cultural e humana – e não cabe nesta tese.

Ao Ministério da Ciência e da Tecnologia de Portugal e à Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), agradeço o financiamento da investigação no período de 2010-2013, que resultou nesta tese. O meu agradecimento igualmente ao *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD) pela bolsa recebida durante a etapa de investigação no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* em 2014.

1º PARTE – O PROBLEMA DA CAUSALIDADE NO CONTEXTO DOGMÁTICO E POLÍTICO CRIMINAL	14
I. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA OBJETO DA INVESTIGAÇÃO	14
II. O SIGNIFICADO JURÍDICO DA INVESTIGAÇÃO DA CAUSALIDADE.....	26
1. A proposta da eventual prescindibilidade do parâmetro causal para a imputação da omissão imprópria	27
2. A equivocada oposição entre causa e finalidade no mundo dos fenômenos e entre causalismo e finalismo em relação ao tipo objetivo.....	37
3. Introdução à relação entre a lei causal e a lei jurídica.....	42
4. Noções introdutórias estruturais	46
4.1. Noção de omissão.....	46
4.2. Noção de relação causal	47
4.3. Noção de causa.....	50
4.4. Noção de imputação penal	51
5. Os limites de legitimidade jurídica indicados pelo princípio da causalidade.....	56
5.1. A causalidade como pressuposto do princípio da ofensividade (<i>nulla iuria sine causa</i>) e da fragmentaridade da intervenção penal.....	56
5.2. A causação da ofensa como pressuposto da imputação penal justa (<i>nulla imputatio poenali iusta sine causa</i>) e da realização da justiça penal.....	63
2º PARTE – A NATUREZA DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA ..	71
I. A DOCTRINA DO DEVER JURÍDICO COMO ANTECESSORA DO DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA CAUSAL. A DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OMISSIVA EM SENTIDO AMPLO.....	73
II. DOCTRINAS ETIOLÓGICAS DA FORÇA EFICAZ DA CAUSALIDADE SOB A REGÊNCIA DO PARADIGMA MECÂNICO- NATURALISTA.....	77
1. A doutrina da ação contemporânea (<i>aliud agere</i>) (Luden, Redslob).....	77
2. A doutrina da ação precedente (<i>vorausgegangene Handlung</i>) (Krug, Glaser, Merkel). 83	
3. A doutrina do efeito psíquico da omissão (Geyer).....	88
4. A doutrina da interferência (v. Buri).....	90
5. Avaliação geral das doutrinas etiológicas da força eficaz da causalidade	94
III. DOCTRINAS EMINENTEMENTE NORMATIVAS DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA.....	100
1. Breves notas sobre o contexto das propostas	100
2. O surgimento da doutrina exclusivamente jurídica da causalidade da omissão	108
2.1. A doutrina da «ampliação da causalidade» fundadas no «juízo ético» das «regras de vida» (v. Bar).....	108
2.2. A doutrina da causalidade a partir da vontade humana (Sigwart)	114
2.3. A doutrina da imputação na filosofia neokantista (Windelband).....	116
2.4. A doutrina da causalidade segundo a filosofia de Schopenhauer (Haupt).....	118

2.5. A doutrina da «observação psicológica da causalidade» conforme a «finalidade do direito» (v. Rohland).....	123
2.6. A doutrina da causalidade da «ordem social» (Kohler).....	128
3. A doutrina da chamada “quase-causalidade” (“Quasikausalität”) desenvolvida no pensamento austríaco.....	130
4. A causalidade como uma pura forma de pensamento (<i>Kausalität als eine reine Denkform</i>).....	137
4.1. Introdução à compreensão de Kant e de Hume sobre a causalidade.....	137
4.2. O desenvolvimento de Eberhard Schmidt para a omissão imprópria.....	140
4.3. A causalidade lógico-jurídica na doutrina brasileira e italiana como herdeira de inspiração comum.....	143
5. A causalidade humana exclusiva (Antolisei).....	149
6. A doutrina da causalidade no pensamento finalista.....	153
6.1. Hans Welzel.....	153
6.2. Maurach/Gössel/Zipf.....	159
7. Avaliação geral das doutrinas eminentemente normativas.....	162
IV. DOCTRINAS NEGADORAS DO RECONHECIMENTO DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA E O RETORNO À DOCTRINA DO DEVER PENAL.....	172
1. A premissa comum às doutrinas negadoras da causalidade da omissão imprópria....	172
2. As doutrinas da ação esperada ou da expectativa (<i>Erwartungstheorien</i>).....	174
2.1. Franz von Liszt.....	176
2.2. Max Ernst Mayer.....	185
2.3. Hugo Meyer/ Phillip Allfeld.....	188
2.4. Edmund Mezger.....	190
3. A doutrina da diminuição do risco no conjunto das doutrinas da imputação objetiva do final do século XX.....	193
3.1. A doutrina da imputação objetiva de Larenz.....	195
3.2. A substituição da verificação do nexo de causalidade pela análise de risco e a omissão como não diminuição do risco (Roxin e Stratenwerth).....	197
3.3. Avaliação crítica da doutrina da diminuição do risco e do perigo da migração do direito penal da heurística do resultado para a estocástica do risco.....	201
4. A hipertrofia do conceito de imputação no funcionalismo radical de Jakobs.....	204
5. Avaliação geral das doutrinas negadoras da causalidade da omissão imprópria.....	209
V. PROPOSTA DE RECONHECIMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DA CAUSALIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS. A NECESSÁRIA CO-CONDICIONALIDADE PARA OCORRÊNCIA DO RESULTADO.....	212
1. Síntese das propostas doutrinárias sobre a natureza e a causalidade da conduta omissiva.....	213
1.1. A conduta omissiva é um nada em termos naturais, reais e ontológicos.....	213

1.2.	A conduta omissiva só existe como realidade jurídico-axiológica	217
1.3.	A causalidade é um processo descritivo da ação de força de um elemento sobre outro	219
1.4.	O omitir não é propriamente causar, mas apenas deixar o fluxo normal das coisas acontecer.....	222
1.5.	A causalidade do agir e a do omitir só podem ser ontologicamente diversas.	223
2.	A lei da causalidade e o seu reconhecimento pela norma jurídica.....	225
2.1.	Observação nomológica e jurídico-metodológica a partir do problema da vigência da lei causal. O limite externo ao sentido e à eficácia do direito	226
2.2.	Os componentes da lei causal mecânica: a força, a ausência da força impeditiva e o resultado	235
2.2.1.	A validade lógico-analítica da compreensão dos componentes da lei da causalidade	235
2.2.2.	A conformação ontológico-material segundo a física: especificamente as leis da mecânica	242
2.3.	A constatação da necessária co-condicionalidade para ocorrência do resultado ou da imprescindibilidade da ausência de força impeditiva do resultado	248
2.4.	O reconhecimento da ontologia causal na incriminação de condutas.....	251
3º PARTE – CONTRIBUTO À COMPREENSÃO DO FUNDAMENTO E DO PLANO JURÍDICO EXISTENCIAL DA OMISSÃO IMPRÓPRIA		254
1.	Síntese das concepções doutrinárias sobre a conduta e a fenomenologia omissiva	255
1.1.	A conduta omissiva não é nem sinônimo da simples inação, nem o não fazer algo concreto	255
1.2.	A conduta omissiva não é a simples contrariedade à lei.....	257
1.3.	A omissão não é apenas a formal negação da ação devida (contrariedade ao dever)	259
1.4.	A conduta omissiva não é a simples contrariedade à expectativa	261
1.5.	A conduta omissiva não é a ausência de eliminação da causa do resultado	262
2.	A necessidade de identificação do fato existente ou pressuposto (exitentia facti).....	264
3.	Os conceitos genérico e penal de omissão e os seus respectivos elementos essenciais	272
3.1.	A pessoa destinatária da norma.....	278
3.2.	O valor comunitário tutelado pela norma penal.....	279
3.3.	A norma penal preceptiva lastreada materialmente numa relação de cuidado-de-perigo.....	280
3.4.	A pessoa capaz de conhecer e cumprir o dever de agir.....	282
3.5.	A preexistência do perigo ao bem jurídico ou do risco de surgimento do perigo.....	284
3.6.	O resultado ofensivo ao bem jurídico.....	285
3.7.	O ajuizamento pessoal do omitente acerca do sentido da norma e o do resultado ofensivo causado pela conduta omissiva.....	286

4. A técnica de tutela do crime de omissão imprópria estruturada na confluência de duas espécies típicas. A complementação da descrição comissiva com o comando de agir...	288
5. O dever de agir fundado na razoável expectativa comunitária de proteção do bem jurídico ameaçado pelo curso causal perigoso sem intervenção	298
6. A relação de causalidade como pressuposto lógico e fenomenológico do dever de agir	305
7. O poder de agir como pressuposto lógico-ontológico do dever de garante como elemento formal e material do ilícito-típico omissivo	310
8. O sentido da previsão legal da possibilidade de minoração da pena	327
4º PARTE – A METÓDICA DE VERIFICAÇÃO DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA	333
I. A UNIDADE OU A DIVERSIDADE DO MÉTODO DE VERIFICAÇÃO DA CAUSALIDADE NOS CRIMES COMISSIVOS DE DANO E OMISSIVOS IMPRÓPRIOS	339
1. Método de verificação da omissão imprópria diverso dos crimes comissivos de dano	339
2. Método de verificação idêntico para os diferentes tipos de conduta apoiado em distintos elementos da lei causal	340
II. MÉTODOS DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO CAUSAL... 344	
1. A fórmula da <i>conditio sine qua non</i>	344
1.1. A compreensão causal de base da fórmula da <i>conditio sine qua non</i> na doutrina da causalidade de Stübel, Glaser e v. Buri	344
1.2. A dinâmica de funcionamento do método da <i>conditio sine qua non</i>	353
1.3. Algumas críticas ao método da <i>conditio sine qua non</i>	356
1.3.1. O suposto defeito do <i>regressus in infinitum</i>	356
1.3.2. O risco de definição circular a partir da utilização do método	359
1.3.3. Outros alegados pontos falhos da <i>conditio sine qua non</i>	361
2. A fórmula da <i>conditio sine qua non</i> limitada ao conhecimento das leis causais.....	366
2.1. A fórmula da «condição conforme a lei» (<i>gesetzmäßige Bedingung</i>) no lugar da fórmula da <i>conditio sine qua non</i> (Engisch).....	366
2.2. A fórmula da <i>conditio sine qua non</i> limitada ao conhecimento de leis causais (Stella)	369
3. A utilização da fórmula da <i>conditio sine qua non</i> nos crimes omissivos.....	370
4. O rigor ou grau de probabilidade exigido no reconhecimento da causação do resultado pela conduta omissiva	372
5º PARTE – PROBLEMA ESPECÍFICO DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NAS DECISÕES DE ÓRGÃOS COLEGIADOS	376
1. A descrição do fenômeno inerente ao problema jurídico-penal das decisões dos órgãos colegiados.....	377
1.1. A relevância axiológica e político-criminal do fenômeno	378

1.2. A relevância jurídico-penal e sistemático-doutrinal do fenômeno.....	381
2. A determinação dos conceitos e dos princípios fundamentais da deliberação colegiada	382
2.1. O voto.....	382
2.1.1. O voto de qualidade	383
2.1.2. O voto nulo	384
2.1.3. A abstenção na votação	385
2.2. Os princípios reitores da tomada de decisão.....	387
2.3. A particularidade do direito de veto	388
3. A contribuição do nexo causal ao entendimento da responsabilidade individual dos membros do órgão coletivo por omissão.....	390
CONCLUSÕES	396
BIBLIOGRAFIA	400
LISTA DE DECISÕES JUDICIAIS CITADAS	443

1º PARTE – O PROBLEMA DA CAUSALIDADE NO CONTEXTO DOGMÁTICO E POLÍTICO CRIMINAL

I. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

Os critérios de responsabilização do autor de uma conduta pela ocorrência de um resultado desvalioso localizam-se no núcleo do debate teórico clássico do direito criminal. Ao menos desde a primeira metade do século XIX, o grande empenho reflexivo empreendido pela doutrina conseguiu consolidar o entendimento pacífico sobre a exigência fundamental de um nexo de causalidade entre a ação e o resultado para a imputação da responsabilidade nos crimes comissivos com resultado natural. A partir de então, a dogmática da relação de causalidade assumiu conteúdo próprio e autonomizou-se da doutrina da comparticipação, passando, nas palavras de Karl von Birkmeyer, a receber alocação entre as «mais importantes doutrinas jurídico-penais».¹

O requisito da verificação da causalidade não manifesta, todavia, igual expressividade e regência imperativa quando está em questão a realidade jurisprudencial e doutrinária dos crimes omissivos. A conduta omissiva penalmente relevante apresenta duas espécies técnicas e classificatórias modelares de crimes omissivos. De um lado, a omissão própria (*delicta omissiva*) é estruturada legalmente na ostensiva descrição ilícito-típica de comportamentos omissivos.

De outro, a omissão imprópria – também denominada omissão impura ou crime comissivo por omissão² (*delicta per omissionem commissiva*) – remete a sua previsão legal à confluência de duas espécies típicas, na qual se encontram a redação de um crime comissivo na parte especial com o dever de agir previsto na parte geral. Nesse âmbito, mantém-se viva a herança de um passado de duradoura e densa

¹ v. BIRKMEYER, *Die Lehre von der Teilnahme*, p. 7, nota 20.

² O conceito «comissivo por omissão» decorre da ausência de regramento legal específico para os crimes omissivos impróprios, que fazia a punibilidade de determinadas condutas omissivas dependente da existência de crimes comissivos capazes de serem realizados também por via do omitir, assim em KAUFMANN, «Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung», p. 173. A mesma denominação lê-se, no direito penal do *Common Law*, em FLETCHER, *Basic concepts*, p. 47.

discussão doutrinal sobre diversos pontos, cujas oportunidades de concordância teórica têm oscilado ao longo dos anos, de acordo com as influências culturais e os variados pressupostos doutrinários de base.

Particularmente, o problema da causalidade da omissão imprópria é objeto de debate na doutrina do crime há pelo menos mais de um século e meio, quando o penalista alemão Heinrich Luden destacou a importância do tema em 1836.³ Dali em diante, seguiu a imediata controvérsia na qual se observa a sensível variação da amplitude, intensidade e relevância sistemática conferida à categoria.⁴ Realmente foram vários os penalistas que – arrancando de diferentes tradições jurídico-culturais, compreensões filosóficas e mesmo concepções da própria ciência do direito – dedicaram atenção à problemática do nexo causal dos crimes comissivos por omissão.⁵

Certo é que não foram poupados esforços ao transportar profundas e pesadas discussões acerca do fundamento filosófico da causalidade ao espaço de argumentação do direito penal, o que, de resto, não recebeu amplo aproveitamento na resolução dos problemas específicos demandados pela razão prática jurídico-penal.⁶ De tal modo, acredita-se ser praticamente irrealizável, nos limites deste trabalho, apresentar com fidelidade e rigor a história do desenvolvimento do pensamento filosófico sobre o tema da causalidade, nos seus mais variados

³ Luden fez questão de realçar a importância da verificação do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado nos chamados crimes omissivos impróprios (LUDEN, *Abhandlung/1836*, p. 467).

⁴ Por exemplo, a reflexão doutrinal alemã do século XIX estava fortemente preocupada com o fundamento e os limites oferecidos pela relação de causalidade para a conformação de outras categorias do direito penal. No início do século XX, houve um certo arrefecimento nos debates sobre o nexo causal, mas, no final da década de 30 do século XX, Wilhelm Schwartz indicava o movimento de retorno do espaço conferido à doutrina da causalidade da omissão (SCHWARZ, *Begehungsdelikten durch Unterlassung*, p. 115).

⁵ Para alguns, a bibliografia sobre crimes omissivos ou, particularmente, sobre a hipótese de responsabilidade penal por ingerência seria «quase inabarcável», assim, respectivamente, em FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 3, nota 18 e DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 32.

⁶ Nesse sentido, com especial atenção aos problemas gnosiológicos no início do século passado, Alessandro Bonucci via como «pernicioso» a transferência sem maior cuidado de preocupações gnosiológicas como se «imediatamente aproveitáveis, sem integração e reserva». Bonucci entendia ainda que a lei pretendia ser eficaz num «mundo de homens pensantes segundo o senso comum», razão pela qual «a lei pressupõe o senso comum» e não «a crítica sutil e refinada» aos limites compreensivos que é proposta pela teoria do conhecimento (BONUCCI, «causalità nell'omissione», p. 207). Mais adiante, em sentido geral também, Francesco Antolisei advertiu que os penalistas que adentraram pesadamente nas discussões filosóficas teriam «em grande parte feito nada mais que se debater entre a nebulosidade e os bizantinismos» (ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 135).

contextos culturais.⁷ Uma razão forte para isso é que qualquer exposição não poderia assumir simplificações que recorressem a uma forçosa cronologia linear, a indicar incorretamente as diferentes compreensões como se fossem idéias com surgimento efetivamente sequencial e superador.⁸

Por outro lado, meramente colocar à vista algumas orientações filosóficas, quase como amostra das variadas compreensões – sem a indicação dos critérios utilizados para a seleção dos pensamentos elencados e igualmente sem maior elucidação do sentido produzido no ambiente histórico de surgimento e nem dedicação crítica dos principais enunciados propostos – sobrecarregaria desnecessariamente o trabalho com preocupações estritamente jurídico-penais. Pois, ao fim, acabar-se-ia por acumular dados sem sequer adquirir condições intelectuais suficientes para fazer realmente filosofia, ou mesmo para aportar alguma informação legitimamente conclusiva ao direito penal.

Ademais, existe a dúvida de se a narração integral da extrema diversidade e pormenorização dos trabalhos filosóficos não ocasionaria o perigo de desviar a reflexão jurídica da compreensão e da análise do verdadeiro problema fenomenológico suscitado pela questão em concreto,⁹ dando azo a produção de um normativismo idealista e abstrato. Tal afastamento da fenomenologia essencial poder-se-ia traduzir no enfraquecimento da capacidade orientadora e constitutiva do direito pela dogmática, bem como na perda da razão de ser dos próprios conceitos doutrinariamente elaborados.

É certo que, historicamente, já se alegou – por exemplo, a repetida frase de Franz von Liszt – que a discussão da causalidade não apresentaria resultado

⁷ Faria Costa bem observa que a causalidade é um dos assuntos mais discutidos nas ciências naturais e na filosofia (COSTA, «Causality and reasoning», p. 55). A consciência sobre a impossibilidade de simplificação do pensamento filosófico e do questionável proveito jurídico da mera enunciação de conceitos filosóficos pode ser lida, por exemplo, na argumentação com que Karl Larenz introduz o seu estudo sobre a imputação objetiva. O autor ressalta ser equivocado ver o conceito de imputação de Hegel como um «resultado» perene e autonomizável do conjunto formado pelos princípios superiores e da metodologia hegeliana, bem como de «todo sistema hegeliano» no seu significado histórico alocado no «idealismo crítico» alemão. Assim, afirma categoricamente «não basta apenas compilar o que Hegel disse sobre a imputação» (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VI-VII e 1-2).

⁸ Esta razão encontra perfeito acolhimento, no que há de fundamental, na correta crítica, manifestada por Larenz, particularmente contra a suposta compreensão da filosofia de Hegel como um «ponto de vista superado», quando apresentou a sua doutrina da imputação objetiva fundamentada no pensamento do filósofo (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VI).

⁹ Rocco Blaiotta é um dos autores que chama a atenção à necessidade prática do direito na imputação do resultado ao autor (BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 47).

prático,¹⁰ o que veio a ser divulgado por meio de outros autores.¹¹ No entanto, a opinião de v. Liszt não resistiu sem receber uma frontal e contemporânea contraposição de Carl Ludwig von Bar, no ano de 1907, em alusão direta ao manual de v. Liszt. A justa crítica de v. Bar destacava o perigo que consistia suspender os debates sobre a causalidade e deixar o juiz «bastante desorientado» acabar por cair «facilmente em erro», uma vez que – sem um modelo adequado para seguir – deveria decidir entregue apenas ao seu «imediato sentimento» de julgador.¹²

Mesmo assim, essa advertência não foi o suficiente para impedir que tal opinião viesse a ser largamente repetida, acima de tudo por aqueles que negam o reconhecimento fenomenológico da causalidade da conduta omissiva e, conseqüentemente, vislumbram apenas um vínculo eminentemente normativo.¹³

Contemporaneamente, constata-se uma realidade dogmática sem satisfatório esclarecimento material dos elementos fáticos e normativos essenciais para a afirmação da responsabilidade penal do autor da conduta omissiva imprópria. Variam os entendimentos doutrinários do conceito de omissão e de resultado omissivo, mas, sobretudo, existe a incerteza acerca do exato reconhecimento e da descrição da natureza do curso causal entre a conduta e o resultado, bem como da importância analítico-normativa e sistemática da categoria para a teoria do delito.

¹⁰ Segundo a avaliação de Franz v. Liszt – que passou a integrar o seu manual a partir da terceira edição de 1888 – a discussão científica sobre a causalidade da omissão, iniciada no século XIX, seria «umas das mais infrutíferas que a ciência do direito penal já manteve» (v. LISZT *Lehrbuch/1888*, §29, p. 124), o que se manteve mesmo na posterior atualização levada a cabo por Eberhard Schmidt (v. LISZT; SCHMIDT, *Lehrbuch/1922*, §30, p. 135).

¹¹ Sobre influência direta ou indireta da opinião de v. Liszt, MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 127; MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Strafrecht/2*, §46, nm. 18, p. 184; JAKOBS, *Strafrecht*, 29/15, p.791; ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 37, p. 639; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 18-19 e, mais, no sentido de que a discussão se a omissão também seria causal para o resultado penal é algo «sem significado prático», ver STRATENWERTH; KÜHLEN, *Strafrecht*, §13, nm. 53, p. 345; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 146-147; STREE; BOSCH, «§13», p. 221, nm. 61 e, já antes, GRÄSEL, *Die Unterlassungsdelikte*, p. 95. Vale salientar que Figueiredo Dias bem reconhece que cientificamente o tema «tem-se discutido vivamente e continua a discutir-se» (DIAS, *Direito Penal*, 38º Capítulo, p. 929, §9, no mesmo sentido, anteriormente, ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 37, p. 639). Eventualmente, razão para tal se encontraria no fato que a jurisprudência e a doutrina seguem a referir ora uma «quase-causalidade» da omissão na Alemanha (v.g., KÜHL, *Strafrecht*, §18, nm. 35 e 36, p. 585-586), ora uma «causalidade normativa» ou «hipotética» na Itália (v.g., MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 155).

¹² v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §142, p. 269-270. No mesmo sentido, mais adiante, MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 111.

¹³ Por exemplo, STRATENWERTH; KÜHLEN, *Strafrecht*, §13, nm. 53, p. 345; DIAS, *Direito Penal*, 38º Capítulo, p. 929, § 9; LEITE, *As «posições de garantia»*, p. 95.

A doutrina e a jurisprudência empregam expressões acerca da causalidade da conduta omissiva sem, por vezes, empreender maior rigor na precisão e na diferenciação conceitual. Doutrinalmente, já se identificou um conjunto de orientações de uma causalidade real, que recorria a uma ação de força para justificar a causalidade da omissão. Depois, seguiram-se doutrinas eminentemente normativas de diversas compreensões, formulações e finalidades que tinham em comum a força instituinte do direito capaz de criar o nexu normativo. Percebe-se, atualmente, doutrinas que entendem um vínculo lógico, mental, potencial, ou hipotético.

Os fundamentos e limites materiais do nexu de causalidade seguem com importância indubitável e carência de uma resposta harmonicamente comprometida com a observância das garantias constitucionais e a consolidação doutrinal da intencionalidade repressiva político-criminal.¹⁴ Decerto o problema do reconhecimento de elementos materiais, dignos de fundamentar e delimitar o espaço legítimo de imputação jurídico-penal do resultado à conduta do agente, não se resolveu, de forma a pacificar a curiosidade e a capacidade crítica dos estudiosos. Nesse sentido, é justa a significativa insatisfação com o descentramento do debate, que migra do dado fenomenológico prévio ao direito para a convocação de conceitos normativos.

Reconhecer a importância teórico-prática do nexu de causalidade para a doutrina analítica do crime¹⁵ não significa, de maneira alguma, supor que o tema desfrute de amplo consenso doutrinal. Muito pelo contrário a questão do nexu de causalidade em geral é um problema clássico dos mais debatidos na história do direito penal.¹⁶ Não, raras vezes, foi considerado um dos desafios mais difíceis,¹⁷ interessantes¹⁸ e complexos¹⁹ da doutrina analítica do crime, sendo, até mesmo,

¹⁴ Sobre a relação da causalidade com a política criminal SERENI, Andrea, *Causalità e responsabilità penale*, p. 1.

¹⁵ NUVOLONE, «causalità nel diritto penale», p. 723; ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225.

¹⁶ LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 47.

¹⁷ BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 90.

¹⁸ MATT, *Kausalität aus Freiheit*, p. 186.

¹⁹ LUNA, «A causalidade na omissão», p. 329; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 35.

entendido como a «via-crúcis para o teor de várias categorias gerais» e igualmente um «banco de prova para a elaboração de paradigmas alternativos àquele corrente».²⁰

Agora, se a opinião de que o estudo do nexos de causalidade da omissão não tem valor prático é algo repetido, também é correto que os fundamentos e os limites materiais do nexos de causalidade jamais se tornaram questões dogmáticas pacíficas.²¹ Em especial, a causalidade dos crimes omissivos é tradicionalmente posta em destaque como uma significativa dificuldade da dogmática penal.²² Recentemente foi afirmado sobre a doutrina dos crimes omissivos, que praticamente inexistiria «na dogmática penal alemã e também na dogmática do penal internacional» algum instituto que seja «tão cientificamente controvertido como a análise teórica e o tratamento prático da omissão».²³

Igualmente se tem salientado que dificilmente há alguma categoria «cuja diferenciação e tratamento sistemático sejam tão pouco creditados ao trabalho do legislador», mas, sim, «enfaticamente à jurisprudência e, antes de tudo, à ciência».²⁴ Tal realidade acaba por incrementar fortemente a relevância do trabalho de interpretação e a responsabilidade jurídica do realizador do direito.²⁵ Aliás, há ordenamentos penais positivos nos quais a doutrina aponta que a disciplina legal não avançou mais do que a transcrição dos critérios anteriormente desenvolvidos

²⁰ DONINI, «La causalità omissiva», p. 33. Larenz, seguindo Julius Binder, refere o «problema da causação por omissão» como sendo a «cruz da jurisprudência» (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 89).

²¹ Por exemplo, Maurice Gand destacava, em 1900, que se tratava de um dos temas mais árduos do direito penal e lamentavelmente ignorado pelas doutrinas francesa, inglesa e italiana (GAND, *commission par omission*, p. 40). Sobre a viva polémica doutrinária acerca do nexos de causalidade que se deparava na Itália na década de 30 e na Alemanha dos anos 70, ver, respectivamente, VANINI, «problema della causalità», p. 1321; GUARNERI, «Causalità dell'omissione», p. 1105 e BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, p. 104-105. Destaca-se também a prudente observação de Reinhard Frank – proferida na primeira metade do século XX – de que, até então, não havia sido dita a última palavra sobre o tema da responsabilidade da omissão (FRANK, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, §1, nota IV, p. 20). Depois, apenas fazendo referência à uma edição mais recente do comentário de Frank (SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 1). No início do século XXI, rigorosamente no mesmo sentido, KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 134.

²² BELEZA DOS SANTOS, *Direito criminal*, p. 336; no Brasil, SANTOS, *Direito penal*, p. 202.

²³ HASSEMER, «Prefácio», p. 13.

²⁴ HASSEMER, «Prefácio», p. 13. Vale pontuar que v. Bar afirmava, no início do século XX, o seu ceticismo a respeito da viabilidade da introdução de uma definição legal na legislação resolver o problema da causalidade da omissão imprópria (v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 142, p. 270).

²⁵ Por exemplo, Fiandaca destaca que a indeterminação legislativa acaba por «responsabilizar fortemente o intérprete» (FIANDACA, «Omissione», p. 554).

pela ciência do direito penal e pela jurisprudência.²⁶ Isso, por si só, não apenas comprova a relevância histórica da investigação e do debate doutrinal, mas também indica a urgência de oferecer contributo ao melhor esclarecimento desse ponto.

O problema específico da indeterminação doutrinal e jurisprudencial dos crimes omissivos impróprios apresenta controvérsia de grande amplitude e complexidade que remete à particularidade dogmática e às decorrentes dificuldades teórica e aplicativa.²⁷ Se o rigor da análise não autoriza afirmar o agravamento qualitativo do problema – em virtude do aumento da importância político-criminal conferida aos crimes omissivos nas últimas décadas –,²⁸ é inequívoco o crescimento quantitativo. Existe atualmente maior gama de crimes que admitem a realização por via da omissão imprópria, cuja constatação pode ser feita mediante a observação do incremento dos casos intensamente conflituosos na jurisprudência dos tribunais europeus e latino-americanos.²⁹ Isto é, em outras palavras, o reforço da importância prática do tema da responsabilidade penal por omissões.³⁰

Diante dos avanços, das mudanças e dos desafios dogmáticos atuais é necessário propor uma investigação da doutrina dos crimes omissivos impróprios, atentando especialmente para a classificação sistemática e os limites da punibilidade.³¹ É bem sabido que a dogmática penal não compõe uma sistematização conceitual fechada e perene,³² mas, sim, uma ordenação que se refaz constantemente ao ser confrontada com questões recentes e problemas clássicos, vistos de outra perspectiva decorrente de nova inserção contextual. Ao fim, o

²⁶ HASSEMER, «Prefácio», p. 9. Anteriormente ao §13 do Código Penal alemão, Robert von Hippel destacava o quanto a disciplina do Código do Império alemão era insuficiente para a questão, deixando o tema quase que em absoluto entregue à ciência do direito penal e à jurisprudência (v. HIPPEL, *Lehrbuch*, p. 100).

²⁷ BLAIOTTA, *Causalità*, p. 35-36 e 37. Já antes, GLASER, *Abhandlungen*, p. 291.

²⁸ Sobre crimes omissivos próprios, CADOPPI, *reato omissivo próprio*/1, p. 14-16; D'AVILA, *omissivos próprios*, p. 36 e crimes omissivos impróprios, SERENI, Andrea, *Causalità e responsabilità penale*, p. 26. Em realidade o crescimento dos crimes omissivos na legislação penal é constante desde 1909, assim GRÄSEL, *Die Unterlassungsdelikte*, p. 91.

²⁹ Assim destaca, na Argentina, DONNA, «Prólogo», p. 7.

³⁰ Por exemplo, no direito penal escandinavo, WAABEN, «La théorie générale de l'infraction», p. 30.

³¹ Tal proposta já foi destacada há aproximadamente 20 anos, em GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 1.

³² DIAS, *Direito Penal*, 3º Cap., p. 32, §3. Também, PALMA, «Do sentido histórico», p. 434.

estudo reflexivo do direito penal manifesta-se numa «disciplina normativa» da realidade, entendida como própria de um «real-construído».³³

Ademais, quando se entende que a questão da causalidade jurídico-penal em sentido amplo é recorrentemente contestada no espaço político-criminal,³⁴ uma vez que se trata de tema intensamente ligado ao avanço da técnica e da ciência, torna-se clara a razão pela qual assume papel significativo nos desafios contemporâneos. A controvérsia e incerteza acerca da causalidade e da imputação das omissões não se verificam apenas no direito penal nacional dos países europeus e latino-americanos, mas também no âmbito doutrinal e jurisprudencial do direito internacional penal.³⁵ Veja-se, por exemplo, os desafios interrelacionados com a chamada “sociedade do risco”³⁶ como são os casos dos direito penal ambiental,³⁷ médico,³⁸ do consumo³⁹ e da nova criminalidade organizada.

A verdade é que existe importância axiológica e utilidade prática crucial na definição da questão, pois, ao fim, a admissão dos delitos de omissão imprópria depende da satisfação da exigência típica de verificação da causalidade.⁴⁰ Trata-se, em última instância, de uma decorrência da necessidade de certeza do direito própria do princípio da legalidade. A abordagem do problema deve ter a profundidade científica que ele reivindica para expandir o estudo além da pergunta causal, de modo a refletir sobre a natureza e as particularidades que a caracterizam a omissão imprópria.⁴¹

Não é de hoje que se tem consciência de que o problema dos crimes omissivos impróprios inevitavelmente remete ao tema do reconhecimento e da compreensão da «natureza da mesma da causalidade da omissão».⁴² Por essa razão,

³³ COSTA, *Noções fundamentais*, §80, p. 80.

³⁴ Sobre a relação da causalidade com a política criminal, SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, p. 1 e 5.

³⁵ Assim, por exemplo, DUTTWILER, «Liability for omissions», p. 6; WEIGEND, «Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht», p. 1017-1018.

³⁶ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 326-327.

³⁷ Diferentes problemas da causalidade são salientados numa realidade de grande complexidade que caracteriza o meio ambiente (D'AVILA, «Freiheit und Sicherheit», p. 48).

³⁸ VIGANÒ, «Riflessioni sulla c.d. 'causalità omissiva'» p. 1679 e ss.

³⁹ SOUSA, *responsabilidade criminal pelo produto*, p. 248 e ss.

⁴⁰ WOLFF, *Kausalität*, p. 33.

⁴¹ SCHWARZ, *Begehungsdelikten durch Unterlassung*, p. 2-3.

⁴² RODRÍGUEZ MOURULLO, *omisión de socorro*, p. 48.

não se pode, imprudentemente e sem justificação, ignorar os limites de punibilidade da conduta omissiva conferidos pelo nexos causal.⁴³

Ainda mais, diante de um contexto legislativo, jurisprudencial e político-criminal, no qual, já não é de hoje, que diversas vozes, em diferentes países, constataam a persistente tendência de expansão dos crimes omissivos, tanto na forma da omissão própria,⁴⁴ quanto no aumento, alargamento dos deveres de garante da omissão imprópria.⁴⁵ Nesse contexto, a elucidação da dogmática própria da conduta omissiva e sua respectiva forma de contribuição no curso causal, apresenta significado notavelmente prático, pois o correto reconhecimento do nexos de causalidade pode servir para orientar e avaliar os interesses dos programas político-criminais pensados pelo legislador.⁴⁶

O método de abordagem do problema aqui adotado buscará analisar diretamente o material bibliográfico e jurisprudencial acerca do objeto de estudo, que consiste nas diversas hipóteses de compreensão e de solução do problema oferecidas pelos penalistas em diferentes países ao longo das décadas. Intenciona-se a revisão bibliográfica da literatura especificamente produzida sobre tema e, quando necessário, igualmente aquela bibliografia conexa a ele. Faz-se isso não por uma eventual propensão enciclopédica ou pretensão catalográfica deste estudo, mas, sim, pela imprescindibilidade da reflexão sobre os argumentos nos seus contextos de inserção. Tem-se consciência da dificuldade de viabilização da específica crítica das variadas compreensões da imputação – e daquilo que nelas tanto subjaz, quanto decorre, bem como da afirmação dos argumentos que sustentam cada proposta – sem o devido enfrentamento dos princípios e das concepções fundamentais do presente problema.

⁴³ GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 1.

⁴⁴ Por exemplo, na doutrina alemã em 1909, GRÄSEL, *Die Unterlassungsdelikte im ausländischen*, p. 91; na italiana, CADOPPI, *reato omissivo próprio/1*, p. 14-16; no Brasil, D'AVILA, *omissivos próprios*, p. 36 e, atribuindo a expansão às mudanças culturais e políticas próprias do Estado Social, TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 28 e 36.

⁴⁵ Por exemplo, na doutrina alemã, destacando a ampliação por parte do judiciário dos deveres de agir, v. WEBER, «Pflichtenollision im Strafrecht», p. 239. Sobre o crescimento dos crimes omissivos, no direito penal espanhol, PÉREZ CEPEDA, *responsabilidad de los administradores de sociedades*, p. 66; no brasileiro, LUNA, «A causalidade na omissão», p. 339.

⁴⁶ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 50.

Não se deixa de reconhecer alguma semelhança entre essa metodologia utilizada e aquela própria da história das ideias. Não propriamente por acreditar que os juristas, como já foi dito em relação aos intelectuais, articulariam melhor «as ideias e as crenças que circulam numa sociedade»,⁴⁷ antes por entender que a ordenação da vida em relação à omissão imprópria pode ser um profícuo espaço de entendimento de diversos conceitos e crenças jurídicas que sustentaram determinadas comunidades localizadas no tempo. Igualmente se quer manifestamente evitar a incidência do trabalho em dois discutíveis pontos de partida, nomeadamente a presunção de que a reflexão dogmática tende inexoravelmente a se afastar dos desafios práticos do cotidiano dos tribunais e de que a doutrina pode se resumir à função de mera descrição das compreensões legais, dos valores e da prática jurídica de determinada comunidade.⁴⁸

Se é certo que a atividade jurídica não se exaure na descrição da realização do direito nos tribunais, mas antes é preciso entender o problema jurídico diante da ordem jurídica no sentido de expor a valoração do fenômeno, na forma de uma ordenação normativamente justa, a investigação deve seguir adiante. Depois de recolhidas, analisadas e sistematizadas as informações contidas nesse material, elucidar-se-ão os critérios, os fundamentos e a avaliação crítica por meio dos quais se compreenderá cada uma das noções e das propostas. É exatamente, a partir desse percurso argumentativo, que vão se identificando os elementos essenciais a serem aproveitados, desenvolvidos e sistematizados na proposta de tese.

A intenção de contribuir para o aperfeiçoamento da determinação jurídica na realização do direito é a causa de insistir nesta investigação, de modo a propor um estudo que não se satisfaz em atentar apenas a um dos polos da reconhecida tensão metodológica de solução das questões jurídicas. Isto é, a dialética entre o ordenamento jurídico e o problema jurídico-penal. Com isso se quer evitar, por um

⁴⁷ BAUMER, *pensamento europeu moderno*, p. 23. Com isso, de forma alguma, se insinua que a leitura e ordenação dos principais precedentes jurisprudências dos diversos países e culturas, abrangidos por esta abordagem, não poderiam trazer riquíssimo contributo à solução do problema estudado. Apenas se tem consciência de que tal investigação excederia em muito os limites teóricos desta aqui proposta. Ademais, não raras vezes, as decisões são lacônicas em pontos, cujo trabalho científico dos juristas esclarece e desenvolve.

⁴⁸ No mesmo sentido, todavia especificamente em relação à atividade do intelectual, Franklin Baumer descreve essas duas crenças por meio de duas metáforas, ou seja, a da «torre de marfim» e a do «espelho» da comunidade (BAUMER, *pensamento europeu moderno*, p. 23).

lado, a demasiada exaltação tópica que, em nome da boa solução para o caso, poderia conduzir a fragmentação ou até a subversão das linhas estruturais de coerência, aglutinação e validade do ordenamento.⁴⁹

Já, por outro, no extremo oposto, a negação das condições de surgimento do problema jurídico e a desnaturação da especificidade do caso concreto oriunda de uma certa realização de determinado entendimento acerca do sentido da lei. Portanto a atenção pretende ser equilibrada em direção aos dois elementos: aos fundamentos e aos resultados.

Em termos jurídico-penais, o que se trata é identificar os limites materiais na especificidade dogmática que reclama a comissão por omissão. Percurso que serve ao desiderato de reconhecimento do liame existente entre o resultado e a conduta omissiva, capaz de legitimar a imputação do resultado criminal ao omitente. E isso obrigatoriamente remete às questões fundamentais historicamente debatidas, *v.g.* se a omissão mantém relação causal com o resultado? Se a imputação do resultado da omissão imprópria pode ser perfeitamente explicada pela máxima *ex nihilo nihil fit*, uma vez que a omissão não exterioriza energia dinâmica? Se é devido investigar outra forma de contribuição causal distinta do empreendimento de força apreensível segundo o parâmetro físico-naturalista? Se os crimes comissivos por omissão possuem uma dogmática autônoma, apta a fazer jus a sua dignidade fenomenológica, ou se é apenas uma derivação profundamente depende da doutrina dos crimes comissivos?

Quanto à delimitação do problema, mais algumas palavras. Existe inseparavelmente a «solidariedade entre o problema e a solução», de modo que na «pergunta enunciadora do problema (no «porquê»)» é adiantado algo acerca das «tarefas do pensamento» e da «direção do seu movimento», assim como também, na «intencionalidade do problema» (no para que), se tem «pré-anunciada a solução».⁵⁰ Agora, saber identificar a pergunta enunciadora – capaz de depurar o essencial

⁴⁹ Para além de respostas consensuais, obtidas mediante uma racionalidade argumentativa e procedimental, é necessário atentar à ordem de validade jurídica de fundamentação material de decisões justas, reconhecíveis por meio das categorias dogmáticas, NEVES, *Metodologia jurídica*, p. 74; BRONZE, «história do pensamento metodológico-jurídico», p. 174.

⁵⁰ NEVES, *Questão de facto*, p. 71.

dentre o que é apenas acessório ou contingente em relação ao núcleo da questão – já faz parte do início da caminhada em direção à resolução.

A preocupação com a definição material donexo causal busca elementos transcendentais ao sistema jurídico, que possam servir de fundamento, orientação e padrão crítico da normatividade. Daí partem várias questões no início deste percurso. Primeiro, poder-se-ia questionar se, em conformidade com o entendido em outras épocas, consistiria numa verdadeira aporia da dogmática penal querer diagnosticar e descrever a capacidade causadora de resultados exteriores da conduta omissiva? E, portanto, em segundo lugar, questionar-se-ia se o omitir tem genuíno conteúdo causal ou se simplesmente recebe a qualificação de causal decorrente da intervenção jurídica? Segundo, qual a efetiva relação se mantém entre onexo de causalidade da omissão e o dever de agir do garantidor do bem jurídico, poder-se-ia lididamente admitir que a conformação jurídica do dever de garante (real construído) institui o liame entre o omitir e o resultado?

Por fim, é possível formular uma questão geral e reitera deste trabalho. Tendo em vista, por um lado, que a justiça penal se articula, inevitavelmente, pela imputação da responsabilidade por resultados a autores de condutas⁵¹ e, também, por outro, que nem sempre onexo entre o autor e o resultado são suficientemente claros, qual é o espaço de liberdade de conformação valorativa que tem o direito penal como disciplina normativa?

Para cumprir com os objetivos da investigação proposta, torna-se necessário identificar os seguintes pontos estruturantes do trajeto deste trabalho: (1) se, de fato, existe alguma relação fenomenológica causal entre a conduta omissiva e o resultado natural e, (2) na hipótese de haver certa causalidade, qual seria a sua natureza ontológica, (3) assim como, qual procedimento deveria ser metodologicamente empreendido, a fim de verificar a presença desse nexo no caso concreto e, por fim, não menos importante, (4) qual seria o grau de exigência jurídica – em relação à certeza ou à confiabilidade da hipótese – de que a conduta devida teria evitado o resultado para a legítima imputação do resultado como obra do omitente.

⁵¹ Nesse ponto, tem profunda acolhida a questão proposta por Faria Costa, no sentido de tentar desvelar «qual modelo de racionalidade» apresenta legitimidade para orientar o «juízo de atribuição objetiva (imputação) do fato», como sendo obra do autor (COSTA, «Causality and reasoning», p. 56).

II. O SIGNIFICADO JURÍDICO DA INVESTIGAÇÃO DA CAUSALIDADE

«Quem conhece as causas com mais exatidão,
e é mais capaz de as ensinar, é considerado
em qualquer espécie de ciência como mais filósofo»
(Aristóteles, *Metafísica*, 400 a.c., Livro I, 2² (2), p. 9)

A pergunta pelo significado atual da investigação do nexos de causalidade admite duas formas de entendimento do mesmo fenômeno. A primeira poder-se-ia denominar de teórica, presa à reflexão constituinte do direito – e, especificamente, do direito penal – como disciplina de rigor ou ciência jurídica, atendendo aos seus problemas dos fundamentos, dos limites e das finalidades. A segunda conceituar-se-ia de prático-dogmática, preocupada com a realização judicial do direito nos tribunais, quando uma ou mais perspectivas teóricas se condensam em conceitos doutrinários, capazes de servir a título de orientação do intérprete na avaliação da adequação de determinados casos cotidianos ao ordenamento jurídico.

Certamente o direito como disciplina de rigor ou como ciência jurídica e o direito como fenômeno prático-cultural não são dimensões radicalmente independentes. Portanto, ciente dessa realidade, urge melhor estudar quais são os limites de significação do direito diante do nexos de causalidade.

É correto que a relevância do nexos de causalidade tem sofrido sérias críticas na doutrina alemã e na espanhola. Trata-se de um processo de enfraquecimento conceitual, capaz de ser percebido em certas orientações filosóficas, cuja natureza do nexos é apenas cognitiva ou lógico-analítica. A partir de então, deram-se uma série de confusões com consideráveis consequências no plano teórico e prático-dogmático. Talvez não seja grande a receptividade das posições mais radicais na realização do direito penal, desde a investigação dos crimes ao julgamento dos tribunais. Mesmo assim, não é prudente desconsiderar algum grau de influência, que elas apresentam na composição do horizonte no qual se localizam as demais doutrinas da causalidade penal e se realiza judicialmente o direito.

Aborda-se, num primeiro momento, um pensamento radical que indicaria a viabilidade dogmática de renunciar ao parâmetro causal.

1. A proposta da eventual prescindibilidade do parâmetro causal para a imputação da omissão imprópria

«Ce que nous appelons *hasard*
n'est et ne peut être
que la cause ignorée d'un effet connu»
(Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, 1829, v.2, p. 193)

Nas últimas décadas, percebe-se uma tendência acadêmica de significativo afastamento ou mesmo de rejeição do referente material oferecido pela relação de causalidade. Teve início numa corrente dogmática de recuperação da noção de imputação objetiva no início do século XX,⁵² ganhou força no funcionalismo penal alemão⁵³ e, posteriormente, alcançou refrações na literatura de língua espanhola⁵⁴ e, muito episodicamente, na italiana.⁵⁵ Apresenta o princípio da causalidade não propriamente como um cânone penal fundamental, mas apenas um dogma ou ilusão que traria mais confusão aos interlocutores que verdadeiramente alguma diretriz segura de interpretação do direito.

⁵² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VII, 88-89.

⁵³ ROXIN, «Problematik der Zurechnung im Strafrecht», p. 135; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 792, nm. 16 e 18. A rejeição do referencial ontológico da causalidade também está em harmonia com outros enunciados da doutrina funcionalista de Claus Roxin. Por exemplo, Fernanda Palma critica ponto de intencional afastamento das categorias ontológicas visível no esvaziamento da base ontológica do dolo para o preenchimento por um conteúdo meramente político-criminal (PALMA, «sentido histórico do ensino do direito penal», p. 443).

⁵⁴ GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 72; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 29-34; VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 312 e ss.

⁵⁵ Na Itália, conquanto o pensamento penal democrático – preocupado com as garantias das liberdades individuais – siga massivamente fundado na ofensividade da conduta, no resultado ofensivo e na relação causal entre esses elementos, identificam-se também compreensões, sem maior influência nos tribunais e na doutrina, em outro sentido. Giorgio Licci chega a referir uma eventual «crise do modelo causal», diante da qual aconselharia reconstruir o nexos de causalidade, a partir das «categorias de previsibilidade e inevitabilidade», em assumido afastamento da dimensão ontológica do mundo natural (LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, p. 68, 75, 291 e 417). Licci entende a sua proposta de reconstrução normativa do nexos de causalidade como muito próxima à doutrina causalidade humana exclusiva de Francesco Antolisei (LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, p. 417), sendo que, em verdade, a compreensão de Antolisei pretende-se uma genuína doutrina da causalidade – tanto nos crimes comissivos, quanto omissivos –, tendo, apenas posteriormente, a adição de filtros normativos, mas não uma doutrina da imputação integralmente reconstrutiva do nexos de causalidade por mediação normativa. Para maiores detalhes sobre a doutrina da causalidade humana, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 5.

O «dogma causal» deveria ser superado como único caminho adequado para a criação de uma nova dogmática, apta a cumprir satisfatoriamente com interesses axiológicos e político-criminais relativos aos crimes omissivos.⁵⁶ Nesse contexto, a relação de causalidade é entendida apenas como aquela advinda da manifestação de uma energia mecânica, o que certamente tinha ampla vigência na época das «concepções causal-naturalistas do delito», as quais o crítico da causalidade da omissão pretenderia intencionalmente superar.⁵⁷

O caminho proposto para ultrapassar os limites compreensivos do conceito ativo-essencialista de causa não seria a melhor compreensão global do fenômeno observado, senão o retorno a elementos prévios ao desenvolvimento doutrinal da exigência de verificação da causalidade. Dopico Gómez-Aller conecta a necessidade de reanalisar a doutrina do tipo penal com uma certa lógica que concebe o «delito como infração de um dever» e já não mais como o modelo clássico de causação do resultado externo.⁵⁸ Para esse entendimento, a melhora do sistema penal deixaria de impor à doutrina o desafio do aprimoramento da resposta à questão causal para se tornar simplesmente na mudança da pergunta orientadora da imputação.⁵⁹

As razões mobilizadas apontam uma crítica da causalidade mais amena do que aparenta ser no primeiro momento. O conceito de dogma é entendido, segundo a definição de Theodor Viehweg, no sentido de um argumento que alcança, por longo período de tempo, condição de ser aduzido sem sofrer direta oposição dialética ou demandar permanente fundamentação.⁶⁰ Decerto a finalidade de obter ao menos o mínimo consenso doutrinal é inerente a qualquer proposta teórica, de modo que o crítico do dogma causal não chega a propor crimes omissivos sem qualquer referenciamento em dogmas. Mas, ao contrário, aquilo que efetivamente pretende é apenas «reconstruir o dogma da ingerência» desde novos elementos normativos – baseados na violação de um dever – em substituição ao clássico referencial ontológico e pré-jurídico oferecido pelo nexos causal.⁶¹

⁵⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 29-30 e 34.

⁵⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 35.

⁵⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 31.

⁵⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 33.

⁶⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 29 e 32.

⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 34.

O argumento da «ilusão causal»,⁶² conforme apresentado em Vives Antón, é ainda mais inconclusivo que o anterior. O ponto fundamental da crítica igualmente tem apoio no fato de que a variedade de concepções acerca do conceito de nexos causal não permitiria logicamente serem abarcadas pela mesma categoria.⁶³ Seria «gramaticalmente impossível» tentar entender o proceder de modo lógico exatamente igual «com toda classe de enunciados causais».⁶⁴ Repete a frequente pergunta no sentido de como se poderia dizer que a omissão causaria o resultado da mesma forma que a ação positiva.⁶⁵

Depois confunde os planos causal e final como se fossem autônomos e apenas métodos de «predição» de condutas,⁶⁶ o que será enfrentado no próximo tópico com mais detalhamento. O interesse principal do autor parece ser salvar o conceito geral de ação penal capaz de abarcar tanto o agir, quanto o omitir penalmente relevante. Faz isso por meio de dois procedimentos: por um lado, aproximando a pergunta causal daquilo que entende ser «o seu originário sentido imputacional» que conecta ação e intencionalidade e, por outro, em simultâneo afastando do que denomina como «ilusões descritivas».⁶⁷

O autor acentua a distinção entre o substrato da conduta e o sentido enquanto penalmente relevante, de modo que não resulta aclarada a forma pela qual o omitir especificamente causaria o resultado, mas, sim, a forma como passaria a se equivaler às ações e a se subordinar às normas proibitivas.⁶⁸ Em síntese, incide, por outros caminhos, na mesma proposta também apresentada pela crítica do “dogma causal” no sentido de propor a substituição normativa do problema causal para responsabilizar o omitente pela prática do crime comissivo sem a necessidade de enfrentamento específico do problema causal na realidade do fenômeno.⁶⁹ Nesse entender, por exemplo, para responsabilizar o omitente pelo resultado morte da

⁶² VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 312-315.

⁶³ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 314.

⁶⁴ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 314.

⁶⁵ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 315.

⁶⁶ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 315.

⁶⁷ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 604.

⁶⁸ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 605.

⁶⁹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 605-606.

vítima não exigiria responder à questão se a conduta omissiva causou a morte, mas, sim, se a «omissão» representaria efetivamente «um ‘matar’».⁷⁰

A verdade é que ambos os deslocamentos da definição causa do seu núcleo conceitual designativo do elemento produtor do resultado trazem o perigo de acarretar duas indesejáveis consequências no direito penal, nomeadamente a normativização e a subjetivação do conceito de causalidade. Ao fim, conclui-se corretamente pela afirmação da capacidade causadora da ação e da omissão, mas já não em referência à causação no sentido heurístico da investigação e da descrição das condições essenciais para o resultado. E, portanto, se assim fosse correto, a preocupação fundamental da imputação penal deixaria de ser a verificação da causação do resultado pela conduta para assumir simplesmente o primado do juízo valorativo de imputação da responsabilidade, livre do dever de constatar anteriormente os elementos tidos por Vives Antón a título de ilusórios.

O âmbito da crítica é muito mais direcionado à suposta incoerência entre as ditas orientações e à indefinição do conteúdo dos fenômenos narrados por outros autores do que propriamente reflexiva sobre as características dos fenômeno causal em si. Sendo que o mais adequado, filosófica e metodologicamente, para o reconhecimento ou a rejeição da relevância técnica do conceito de causalidade é certamente a compreensão e o estudo da dinâmica do próprio fenômeno.

Em geral, os defensores da alegada crise do pensamento reconhecedor da relevância do nexos causal utilizam o correto diagnóstico acerca da multiplicidade de noções da causalidade⁷¹ – surgidas de percepções da realidade igualmente distintas – a fim de extrair a conclusão excessiva de que a noção é imprestável ao direito penal.⁷² É justamente isso que se encontra pressuposto, por exemplo, na argumentação que indica o abandono do referencial causal como solução mais adequada para evitar a constante polémica doutrinal acerca das melhores fundamentação e metódica compreensiva da causalidade da omissão imprópria.

⁷⁰ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 606.

⁷¹ Sobre diversas formas de conceber a causalidade ao longo dos anos e sobre as concepções das décadas de 60 e 80, respectivamente, HEYDE, *Entwertung der Kausalität?*, p. 12-24, especialmente, p. 122-147. Já sobre o conceito de causa no sistema metafísico de Renè Decartes à Baruch Spinoza, no filosofia crítica de John Locke à Immanuel Kant e no século XIX e XX, ver SACHSSE, *Kausalität – Gesetzlichkeit – Wahrscheinlichkeit*, respectivamente, p. 30-36, 36-53 e 53-64.

⁷² Em sentido notavelmente crítico a essa visão, DONINI, «garantismo della ‘conditio sine qua non’», p. 924, nota 14, e 956-957.

Ora a existência de uma pluralidade de orientações sobre determinada noção é justamente a prova não apenas da afirmação histórica dos desenvolvimentos e correções conceituais, como também da centralidade apresentada pela noção na cultura jurídica. Trata-se, ao fim, da manifestação da relevância do conceito no conjunto de cada compreensão, o que inevitavelmente não deixa de refletir, de certo modo, na presença de diversas compreensões dos estudiosos sobre aquela realidade.

Ao contrário do que argumentam aqueles que se afastam do referencial fornecido pelo nexos de causalidade, a pluralidade de opiniões e o constante debate não pode ser entendido como argumento suficiente para a rejeição de noções jurídicas. Pois é certo que todos conceitos doutrinários clássicos e fundamentais ao direito penal tendem a receber oposições e diversas leituras, a partir de distintas concepções de base ao longo dos anos. Por outro lado, caso o conceito de causalidade fosse efetivamente despiciendo, provavelmente se constataria críticas doutrinárias pela rejeição da noção e não a mobilização de esforços na sugestão de novas e melhores propostas compreensivas. Indicativos acerca da utilidade e da relevância axiológica do conceito podem ser colhidos na própria constatação do interesse prático e da motivação intelectual para a discussão em busca de pontos consensuais.

Tal realidade faz ainda mais sentido, considerando que o direito penal teoriza sobre os fundamentos, limites e finalidades de intervenção mesmo em determinados âmbitos de profunda discutibilidade, haja vista, por exemplo, que, contemporaneamente, se debate mesmo quais seriam os exatos conceitos de vida e morte.⁷³ Além de que, especificamente na disciplina do direito penal, o abandono da noção de causalidade não é uma decisão que cabe ao penalista, dado que a necessidade de dar resposta satisfatória aos inúmeros casos em que a letra da lei refere-se à causação e à relação de causalidade.

Também se tem sustentado um certo argumento doutrinário de cariz pluralista contra a hegemonia do nexos de causalidade na fundamentação ontológica de toda imputação penal. Supostamente os desafios contemporâneos do direito penal, em

⁷³ Certamente a morte é um problema central da vida humana, objeto de «reflexões poéticas, de projeções, convicções ou de sentimentos religiosos» e ainda exigentemente tratados por estudos jurídicos voltados a tentar entender a essência da morte e as suas consequências jurídicas (COSTA, «O fim da vida e o direito penal», p. 107-108).

determinados âmbitos de incriminação e em relação a alguns conceitos como a «coação», exigiriam o convívio do parâmetro causal com outros elementos determinísticos ontológicos diversos da causalidade.⁷⁴ Acreditar-se-ia na existência de resultados sem a presença de uma «causa» prévia, os quais não se deixariam explicar por meio de leis causais, ou seja, o vínculo ontológico entre o antecedente e o conseqüente perfectibilizar-se-ia numa conformação dada ora por leis probabilísticas, ora mesmo por leis teleológicas.⁷⁵ Mais do que isso, Pérez Barberá entende que a dogmática penal compreenderia diferentes fenômenos criminais sempre a partir da mesma presunção causal, o que supostamente ocasionaria avaliações equivocadas.⁷⁶

Acredita que os crimes de resultado não têm como pressuposto ontológico indispensável a verificação da uma relação de causalidade.⁷⁷ A base argumentativa sustenta-se na ampliação da configuração dos elementos componentes da clássica expressão lógica-condicional do modelo estrutural de descrição da norma penal. Não se praticaria mais estritamente o silogismo característico da causação, segundo o qual caso ocorrer a conduta “*c*”, então se causará o resultado “*r*”. Em síntese, “se *c* então *r*”. Alargar-se-ia o silogismo com objetivo de superar problemas do tipo objetivo, de modo a admitir outros antecedentes ontológicos “*a*” não causais também como legitimamente ligados ao resultado “*r*”, nomeadamente “se *a* então *r*”.⁷⁸

Os antecedentes admitidos como legítimos para a realização típica advém da conceitualização fornecida pela filosofia de Mario Bunge.⁷⁹ Nesse entender, apenas os antecedentes de natureza ativa e produtiva teriam a qualidade de causais, conforme o conceito eficiente de causa.⁸⁰ Pois o conceito de causa deveria manter-se atrelado ao que foi identificado sobre o fenômeno causal, no auge do pensamento naturalista moderno, ou seja, a causa caracterizar-se-ia como força.⁸¹ Por exclusão, precisaria ser negada a qualidade de causal de todos os fenômeno que não

⁷⁴ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 21 e 99.

⁷⁵ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 21.

⁷⁶ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 21.

⁷⁷ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 61-62 e 123.

⁷⁸ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 62.

⁷⁹ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 62.

⁸⁰ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 63.

⁸¹ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 63-64 e 122.

empreendem energia mecânica no mundo exterior.⁸² Vale destacar que essa compreensão mantém-se fiel à natureza tradicional do conceito causa, dado que reconhece nele a essência ontológica e com isso se distancia de acepções apenas gnosiológicas ou lógicas da causalidade.⁸³

Dever-se-ia, portanto, abandonar as tentativas de encontrar a causalidade da comissão por omissão, dado que a causalidade não apresenta «nenhum papel» nessa forma delitiva, caso seja considerado que a conduta do omitente não contribui com nenhum «princípio genético ou virtude produtiva».⁸⁴ O agir e o omitir encontrariam em comum apenas o fato de serem «formas de determinação» de resultados, o que não visaria diretamente obter um supraconceito de conduta – entendido pelo autor como não muito importante –, mas sim mostrar como cada comportamento determina ontologicamente o resultado.⁸⁵

Particularmente, a conduta omissiva imprópria seria determinante de resultados explicáveis, a partir da convocação de leis estatísticas ou probabilísticas, na medida que a questão não se dirige a compreender se a omissão causou o resultado no fenômeno concreto.⁸⁶ Mas antes, apenas se pergunta se ação omitida teria podido o evitar, segundo referenciais de probabilidade próximos à certeza.⁸⁷ Referenciais que seriam insatisfatórios para a verificação do nexos causal, mas suficientes para afirmar a certeza estatística. E, assim, o autor consegue vencer aquilo que refere como sendo a constante «sensação» de que existe um «importante déficit de fundamentação», quando se afirma haver um nexos de causalidade a partir de leis estatísticas.⁸⁸

Convoca o argumento de direito processual penal, já adiantado por outros, nomeadamente a violação do *in dubio pro reo*, para dizer que não se poderia presumir a ocorrência do nexos de causação no caso em concreto sem haver efetivamente o comprovado.⁸⁹ A partir disso, reputa como sendo «muito semelhante» o decido nos casos do Spray de Couro, alemão, e do Azeite de Colza, espanhol, apenas com a

⁸² PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 63-64.

⁸³ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 64-65.

⁸⁴ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 122.

⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 121-122.

⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 124.

⁸⁷ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 124.

⁸⁸ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 102.

⁸⁹ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 102.

pontual crítica em relação ao fato da fundamentação ter levado em consideração o parâmetro causal.⁹⁰ Não há nem mesmo alguma oposição sobre o grau de confiabilidade exigido para imputação legítima.

A questão principal está em saber se os outros elementos do determinismo universal seriam absolutamente livres de qualquer conformação fenomenológica estabelecida pelo nexos de causalidade. O que significa realmente a afirmação da mera probabilidade em termos fenomenológicos e cognitivos? Qual é o fenômeno ontológico descrito nesse tal «nexo de determinação»?⁹¹ Em outras palavras, o que está em questão, de fato, quando se reconhece a capacidade de alguns antecedentes na determinação de certos resultados, apenas segundo uma qualquer frequência estatística?

Parece que a tentativa de resposta de todas essas questões não pode se perfectibilizar sem perceber que existe uma diferença entre o fenômeno e a narrativa normativa do fenômeno, bem como que entre leis universais e estatísticas existe uma diferença qualitativa do conhecimento das condições envolvidas no fenômeno narrado. As supostas explicações totais ou parciais dos fenômenos, nas quais se manifestam algumas circunstâncias antecedentes determinam certos resultados apenas em algumas ocasiões. Isso é a prova que a lei causal não abrange apenas elementos ativos empreendedores de energia mecânica, mas antes igualmente a ausência de elementos impeditivos que podem tanto ser dinâmicos ativos, quanto passivo na forma de obstáculos à ação mecânica.

Ao fim, a lei estatística afirma inevitavelmente que um conjunto de circunstâncias “cc” causa o resultado “r”, em determinado número de caso a cada conjunto de cem observados, ou seja, um valor traduzível numa porcentagem. E, portanto, o reconhecimento da estrutura ontológica do nexos de causalidade – apresentada pelo autor como dispensável em parte dos crimes de resultado – não é, de fato, desnecessária. Ao contrário, é justamente essa estrutura causal que tem a sua dinâmica parcialmente reconhecida e fragmentariamente narrada na formulação da lei estatística.

⁹⁰ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 105-106.

⁹¹ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 101.

O mundo ontológico dos fenômenos naturais não comporta a variabilidade e a incerteza da hipótese. É certo na medida em que ou determinados antecedentes causam o resultado, ou os mesmos antecedentes não são suficientes para causar o resultado. A constatação da frequência com que determinados antecedentes causam o resultado – sem a melhor elucidação do porque, em certos casos, sim e, em outros, não – tem na sua base o insuficiente conhecimento dos elementos que interagem naquela realidade.

No caso específico da omissão imprópria, os problemas são ainda mais intensos, em razão do conceito demasiado restritivo de causa utilizado por Pérez Barberá. Com isso se impede, desde o início, o desenvolvimento a tendência do observador para o entendimento da integralidade dos elementos do fenômeno narrado na lei causal, bem como para a compreensão da exata diferenciação qualitativa das informações descritas na lei causal e na lei probabilística. O maior prejuízo cognitivo encontra-se na proposição de critérios heterogêneos com intenção de proceder o acertamento da imputação do resultado, diante do obstáculo criado pelo conceito restritivo de causa a fim de realizar a suficientemente ampla leitura do fenômeno causal.

Um segundo ponto que não pode deixar de ser observado diz respeito à circunscrição do espaço doutrinal para o qual se destinam as considerações do autor. A observação acerca do insuficiente tratamento doutrinal concedido ao conceito de resultado penalmente relevante pode até ser uma realidade muito própria da dogmática alemã e de língua espanhola,⁹² mas já não de outros países europeus e latino-americanos. Conforme bem observa o autor, na Alemanha, discute-se mesmo se o resultado seria elemento essencial do conceito de crime ou apenas uma condição objetiva de punibilidade.⁹³ Esse panorama doutrinal não encontra paralelo nas ciências jurídico-penais italiana,⁹⁴ portuguesa⁹⁵ e brasileira,⁹⁶ que sempre se

⁹² Um exemplo da defesa da preponderância do desvalor da ação sobre o desvalor do resultado na doutrina espanhola tem-se em MIR PUIG, *teoría del delito en el estado social*, p. 60, 61.

⁹³ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 25. Tal concepção ilícito-típico encontra direta crítica de Faria Costa, que destaca ser esse entendimento absolutamente desprovido de «correspondência às expressões normativas do ordenamento penal vigente» (COSTA, *Noções fundamentais*, p. 257, §11).

⁹⁴ A literatura italiana é vasta e impressionante neste ponto. Apenas a título de exemplo, encontra-se, na história do direito penal italiano, a afirmação de Cesare Beccaria de que a medida dos delitos não é intenção do agente, mas o «dano causado à nação» (BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 75). No

mantiveram orientadas pelo significado do resultado causado pela conduta e pelo direito penal do desvalor do resultado.

Algumas vezes, são trazidos dados acerca de novas investigações e hipóteses de compreensão do universo apresentadas na física para arguir a impossibilidade de manter o referencial causal para o pensamento penal. Mais especificamente, levantam-se hipóteses de que em determinados âmbitos de interação denominados microcosmos (partículas no interior do átomo) e macrocosmos (outras dimensões) as leis mecânicas verificadas e explicadas por Isaac Newton não teriam regência.⁹⁷

Ocorre que, até o presente momento, a única certeza científica acerca do funcionamento do universo é que tais alegações tratam-se apenas de hipóteses não comprovadas, cuja origem pode eventualmente ser atribuída à incapacidade de compreensão desses campos de interação e à imaginação dos cientistas na tentativa de elucidá-los. A ampla consideração dessas variedades de hipóteses físicas acaba por trazer mais nebulosidade ao direito penal do que propriamente algum esclarecimento claro e seguro. A disciplina do direito penal, ainda quando não expressa com nitidez, segue contemporaneamente a ser orientada – ou, ao menos, consideravelmente influenciada – pela concepção de causalidade característica dos postulados da mecânica de newtoniana.⁹⁸

Realmente não parece haver razão para ser diferente.⁹⁹ Primeiro, as leis mecânicas foram objeto de inúmeros testes e confirmações, desde a sua descrição

plano dogmático, MAZZACUVA, *disvalore di evento nell'illecito penale, passim*. Ao fim, não se pode esquecer que o próprio desenvolvimento dogmático do direito penal como protetor de bens jurídico-penais e do princípio da ofensividade significam também a afirmação de uma doutrina atentamente preocupada com o desvalor do resultado, sobre isso ROMANO, *Commentario sistematico/1*, p. 299 e 323, nm. 1 e 60.

⁹⁵ COSTA, *O perigo*, p. 41, nota 35 e p. 331, nota 95; COSTA, «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica», p. 18, 21 e, sobretudo, p. 22-23; COSTA, *Noções fundamentais*, p. 256, §9 e, especificamente no contexto do nexo de causalidade, COSTA, «Causality and reasoning», p. 60-61; MONIZ, «Aspectos do resultado», p. 545, 563 e 570; MONIZ, *Agravação pelo resultado?*, p. 86; DIAS, *"Delicta in se" e "Delicta mere prohibita"*, p. 780 e 863. A mesma essencialidade do resultado concretiza-se no exemplo do crime de sabotagem, no qual a intenção do agente de «destruir, alterar ou subverter o Estado de direito» somente «só preencherá o tipo (ao menos na forma consumada)» quando, ao menos, produzir o resultado «pôr em perigo o Estado de Direito» (CAEIRO, «Comentários ao crime de sabotagem», p. 234.

⁹⁶ D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 42-43 e 46, posteriormente, D'AVILA, *Ofensividade em direito penal*, p. 76-77 e 94;

⁹⁷ Em sentido próximo, COLES, *From cosmos to chaos*, p. 134.

⁹⁸ COSTA, «Causality and reasoning», p. 61.

⁹⁹ Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópicos 2.2.2.1 e 2.2.2.2.

sintética na conformação normativa dada na *Philosophiae naturalis principia mathematica* de Isaac Newton. Segundo, o âmbito no qual são praticadas as condutas com relevância penal – quer na forma de conduta de pessoa física, quer na de conduta de pessoa coletiva – ocorre fora do espaço de discussão acerca da regência das leis da mecânica.

Agora, é verdadeiro que o reconhecimento e estudo da causalidade não se exaure no pensamento naturalista e que a assunção de leis causais, como elemento estrutural da compreensão do direito penal, seja uma idéia própria de um tempo passado. A partir das questões que foram acima enfrentadas, antevê-se outra má compreensão que, por vezes, provoca alguns equívocos doutrinários, bem como o encobrimento da necessidade de estudo próprio da relação de causalidade.

2. A equivocada oposição entre causa e finalidade no mundo dos fenômenos e entre causalismo e finalismo em relação ao tipo objetivo

«Die Welt ist unabhängig von meinem Willen»
(Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*,
1918, 6.373, p. 82)

A reflexão humana costuma voltar – com alguma frequência e por diferentes caminhos – à tradicional questão se os resultados perceptíveis na realidade decorreriam da regência imperativa de leis causais determinísticas, ou da finalidade da vontade humana. Ambas hipóteses assim dispostas indicariam uma aparente antítese, como se eventualmente fosse correto supor que a existência de leis causais impusesse a exata negação do livre arbítrio. Esse debate possui expressões e especificações em diversos pontos de estudo nas ciências naturais, na filosofia e no direito. Aqui se dedica sinteticamente atenção apenas a dois deles. Num primeiro momento, importa saber se a relação mantida entre as leis causais e a vontade humana seria necessariamente de oposição, indiferença ou complementaridade. E, depois, entender como a disciplina do direito relaciona-se com esses enunciados na sua atividade de prescrição normativa.

Antes de mais nada, é importante recordar que a eventual oposição entre causalidade e finalidade não se trata de um antagonismo clássico no pensamento grego e na filosofia da Idade Média.¹⁰⁰ Prova disso, encontra-se na etimologia da palavra grega para causa *aitia*, que tem origem no âmbito do fazer, sendo um conceito moral com significado de responsabilidade (*Schuld*).¹⁰¹ Aliás, o próprio vocábulo latino *causa* tem o sentido originário de responsabilidade,¹⁰² pela prática de coisa má ou desagradável, o que ainda se percebe, especificamente no vocabulário jurídico, a denominação *causa* para coisa em discussão judicial.¹⁰³ É apenas com o advento da modernidade que se afirmou a utilização dos dois conceitos a título de elementos opostos.¹⁰⁴

Caso a interação entre os elementos fosse realmente de oposição, sempre que houvesse causalidade, também haveria determinismo e, conseqüentemente, estariam negadas a vontade e a liberdade de praticar condutas individuais e coletivas. Isso consistiria não apenas na negação do direito, mas igualmente de todas as ordenações morais e éticas, em razão da ineficiência da orientação de condutas prescritas, devido à absoluta incapacidade de atendimento dos comandos. Por conseguinte, a tentativa de responsabilização individual e coletiva fundada no descumprimento dos eventuais mandamentos normativos seria ilegítima e injusta. Esse entendimento, caso levado ao extremo, acabaria mesmo por negar a apreciação axiológica das condutas e conduzir a plena irresponsabilidade dos praticantes de condutas.

Em verdade, não pode haver contradição entre a «causalidade» pertencente à «ordem natural» e a «liberdade sob a ordem moral ou jurídica», pois ambas situam-se em planos existenciais diversos.¹⁰⁵ Toda incoerência lógica pressupõe

¹⁰⁰ Hans Sachsse recorda o exemplo do pensamento de Aristóteles que a causa abrange tanto a *causa efficiens*, quanto a *causa finalis*, aproveitado por John Duns Scotus e Tomas de Aquino (SACHSSE, *Kausalität – Gesetzlichkeit – Wahrscheinlichkeit*, p. 12).

¹⁰¹ KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, p. 502, nota 104; SACHSSE, *Kausalität – Gesetzlichkeit – Wahrscheinlichkeit*, p. 12; KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 134. Kelsen ainda destaca que, muitas vezes, a noção de «ter a culpa de algo» (*etwas verschulden*) apresenta o mesmo significado de «causar algo» (*etwas verursachen*) no idioma alemão (KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, p. 256).

¹⁰² KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, p. 502-503, nota 105. SACHSSE, *Kausalität – Gesetzlichkeit – Wahrscheinlichkeit*, p. 12; KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 134.

¹⁰³ KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, p. 503, nota 105.

¹⁰⁴ SACHSSE, *Kausalität – Gesetzlichkeit – Wahrscheinlichkeit*, p. 12.

¹⁰⁵ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 110.

impreterivelmente que os objetos dos enunciados sejam da mesma natureza, como ocorre, por exemplo, na contradição entre «um ser e um ser» ou de «um dever-ser e um dever-ser» e já não entre um «ser e um dever-ser».¹⁰⁶

Outra hipótese seria caracterizada pela ausência de algum nexo entre a causalidade e a liberdade. A primeira categoria destinar-se-ia a explicar certos fenômenos da realidade, ao passo que a segunda, outros de uma qualquer outra natureza diversa daqueles primeiros. Muito provavelmente, as leis causais teriam grande valor para as ciências naturais e já a liberdade de agir e de estabelecer finalidades, para as ciências humanas ou culturais.

Essa compreensão dicotômica fragmenta a realidade em dois polos apartados. Daí surge dúvidas e dificuldades em explicar fenômenos, desde simples, intencionais e superficialmente refletidas condutas humanas do cotidiano até os mais complexos acontecimentos. Caso não houvesse efetivamente relação entre a causalidade e a liberdade, qual seria o valor da investigação das condições causadoras dos fenômenos se esses fossem realmente imperativos inexoráveis? E mais, por que se teria empenhado tanto esforço, tempo e recursos materiais ao longo da história na investigação da dinâmica de surgimento dos fenômenos, se não por acreditar que, mediante o conhecimento das causas, seria possível prevenir ou controlar os acontecimentos?

Uma terceira orientação integrada apresenta-se mais provável e condizente com as ocorrências fenomênicas mais mezinhas e mais complexas da vida humana. A explicação da realidade não se perfectibiliza sem o entendimento das duas dimensões e da necessária complementaridade entre elas.¹⁰⁷ O exato conhecimento ou, ao menos, a intuição sobre o funcionamento de algumas leis causais é pressuposto não apenas da tomada de decisões livres e conscientes do cotidiano, como também do estabelecimento de metas pessoais e coletivas e do empenho dirigido a sua satisfação.

Perguntar-se-ia, por exemplo, o que é a pressão feita pelos dedos no lápis sobre a folha em branco, senão a consciência de que assim se pode deixar gravado

¹⁰⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 110.

¹⁰⁷ A consciência de que o poder da vontade tem capacidade de orientar um curso causal segundo determinada finalidade é um dado que se encontra presente em vários autores, por exemplo, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 85.

traços e imagens capazes de serem lidas no futuro? E isso não quer dizer que se saiba explicar fielmente ao pormenor a forma como o carvão mineral no interior do lápis deixa a mancha de grafite impregnada na superfície branca do papel. Questões semelhantes igualmente poderiam se referir a processos mais complexos e amplamente difundidos. Isto é, o que são, em última instância, os leves toques praticados nas teclas do teclado do computador, tendo aberta a área de trabalho oferecida por um programa informático de edição de textos, que não a possibilidade de armazenar informações?

Parece claro que ambos os casos referem-se ao conhecimento e à consideração de leis causais, ainda que por meio de uma profundidade cognitiva superficial, para o atingimento de finalidades. Esses exemplos já conseguem demonstrar que as condutas humanas reconhecem e aproveitam as leis causais para a consecução de objetivos quer valiosos, quer negativos. Portanto, ao contrário do que poderia equivocadamente aparentar, não é a «indeterminação causal da vontade» – uma suposta liberdade abstrata sem qualquer conformação por meio de procedimentos causais – o elemento base que permite legitimar a atribuição de resultados ao seu autor.¹⁰⁸ A imputação fundamenta-se exatamente na «determinabilidade causal da vontade»,¹⁰⁹ entendida aqui no sentido que as leis causais também estruturam o procedimento de percepção da realidade, ajuizamento os elementos percebidos e de tomada e execução das decisões.

Em retorno à especificidade atinente à doutrina penal, percebe-se, por vezes, uma certa confusão não irrelevante acerca da suposta sucessão de entendimentos, que consideraram esses fatores. Na doutrina da conduta penal, reconhece-se os chamados paradigmas causalista da ação – *v.g.*, Franz von Liszt e Ernest von Beling – e o posterior finalista da ação – *v.g.*, Hans Welzel, Reinhart Maurach, Werner Niese e Armin Kaufmann. Algumas vezes, descreveu-se, com inexatidão, as correções e os desenvolvimentos de conceitos dogmáticos, bem como a proposição de uma nova sistematização para a doutrina analítica do crime a título de algo de dignidade muito mais profunda, nomeadamente a perfeita, acabada e pacífica substituição de paradigmas de intelecção do direito penal.

¹⁰⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 109.

¹⁰⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 109.

A verdade é que não se deu uma completa substituição desses conjuntos doutrinas em todos os seus elementos no espaço dos países europeus e latino-americanos. Muito pelo contrário, os diversos autores dedicados a cada um dos modelos aproveitaram, senão apenas premissas de observação fenomenológica da realidade, mesmo enunciados teóricos de base e pontos de partida das outras doutrinas. Vale lembrar que as doutrinas manifestam-se, geralmente, na forma de oposição, complementação ou desenvolvimento das orientações anteriores.

O problema da verificação fenomenológica da causalidade nem sempre foi bem observado e apresentado para a análise, de tal modo que oportunizou a confusão categorial identificável em diversas compreensões doutrinárias, ao longo da história do estudo da nexa causal no âmbito do direito penal e também da filosofia e da teoria do direito. Já se praticou teórica ou doutrinária – ainda que sem a devida atenção para a complexidade e a inter-relação entre os elementos – a segunda hipótese acima enfrentada, que opunha a natureza à cultura. Conforme se apresentou essa visão, a ordem da natureza seria o espaço por excelência da determinação causal, ao passo que a ordem social teria a sua regência dada pela vontade individual e pelos acordos da vontade humana. As ciências naturais orientar-se-iam pelo causalismo do determinismo natural e, por sua vez, as ciências humanas pela valoração, imputação de condutas segundo certas finalidades.

Wilhelm Sauer, por exemplo, afirmou que a dinâmica de funcionamento do direito penal teria a orientação do «olhar não ao passado (à causa), mas sim ao futuro (à finalidade)», pois o «estabelecimento de finalidades» estaria livre da observação das causas do fenômeno, sendo o «objeto jurídico-penal» apenas a «lei livre de finalidades».¹¹⁰ Mais adiante, observava corretamente que – apesar de persistir o debate filosófico entre deterministas e indeterministas – para a estruturação e fundamentação do ordenamento penal seria relevante apenas o indeterminismo das atitudes humanas.¹¹¹

Ademais, já se pode adiantar, em sentido geral, equívocos de duas propostas da dogmática penal para a solução do problema dessa investigação, que serão

¹¹⁰ SAUER, «Kants Einfluß», p. 6. Em sentido contrário, acetuando que a realização judicial do direito remete «fundamentalmente ao julgamento» de «acontecimentos situados no passado», ENGISCH, *Weltbild des Juristen*, p.20.

¹¹¹ SAUER, «Kants Einfluß», p. 6.

adiante estudados mais especificamente. Ambas têm o ponto referencial na confusão entre a objetividade das leis causais e o juízo de valor em relação ao aproveitamento subjetivo dessas leis na causação de resultados.

Primeiro, os referenciais ontológicos, normativizados nos atualmente chamados elementos subjetivos do tipo – diga-se, o conhecimento e a vontade (dolo)¹¹² ou a violação de um dever de cuidado¹¹³ (negligência, imperícia ou imprudência) – não apresentam capacidade para fundamentar a relação de causalidade entre o resultado proibido e a omissão.¹¹⁴ Segundo, o juízo de culpabilidade pela prática do ilícito, ainda que seja um elemento seletivo, não serve como delimitador da relação de causalidade.

É legítima a observação de que cada uma das hipóteses de compreensão da relação entre a verificação de leis da causalidade e a liberdade de conformação e de persecução de finalidades apresenta alguma refração na prescrição de modelos de imputação penal. Mais adiante, tais modelos serão devidamente explicados.

3. Introdução à relação entre a lei causal e a lei jurídica

A questão da ligação entre a lei causal e a lei jurídica remete mediatamente ao horizonte de compreensão da ordem natural e da ordem cultural ou, mesmo em certa medida, a uma especificação do problema dos espaços de necessidade e de liberdade. Particularmente, essa reflexão manifesta relevância intelectual acrescida no presente contexto da dogmática penal, no qual, por vezes, se pretende uma doutrina da «imputação objetiva», capaz de «averiguar» e «estabelecer» o próprio objeto a ser imputado como ilícito penal.¹¹⁵ Tal doutrina encontraria o seu «princípio fundamental» numa concepção da realidade cultural e, por conseguinte, do ilícito, fundada na convicção de que o «mundo social» não estaria «ordenado de maneira cognitiva, sobre a base de relações de causalidade», mas antes simplesmente

¹¹² DIAS, *Direito Penal*, p. 349, §4.

¹¹³ DIAS, *Direito Penal*, p. 868, §4.

¹¹⁴ Assim, por exemplo, em WOLFF, *Tun und Unterlassen*, p. 55.

¹¹⁵ JAKOBS, *imputación objetiva*, p. 11.

de «modo normativo», baseado em «competências»,¹¹⁶ supostamente livres do referencial material e objetivo do nexo causal.

A verificação dos fenômenos físicos na realidade e a dinâmica de afirmação histórica do direito permitem observar que não existe igualdade entre a lei causal e a lei jurídica, como se esta fosse derivada daquela, no exato sentido que se tentara encontrar em outras épocas. Vale recordar a afirmação de Edmund Mezger considerando que a noção do «‘dever’ ser derivável do ‘ser’» seria um «princípio» que «é teoricamente falso», dado que o «‘estabelecimento de finalidade’ é condição prévia ‘formal’ de todos os deveres», mas, ao mesmo tempo, «ele é praticamente verdadeiro».¹¹⁷

Certo é que mesmo se a lei jurídica fosse um derivado não teria exatamente igualdade com a lei natural. Portanto o ponto em aberto diz respeito ao diagnóstico do tipo de relação efetivamente guardada entre elas.

Hans Kelsen dedicou-se a apontar a diferença concernente ao conceito de validade e de eficácia diante dos dois tipos de leis. A lei causal existe independente do conhecimento ou do aproveitamento que se tem dela. A sua regência dos fenômenos naturais e humanos acontece de modo imperativo, sem questionar o desejo ou interesse daqueles envolvidos na relação. Não é correta a observação que a essência da causalidade consistiria em prever a ocorrência de eventos futuros, já que poderá mesmo ser convocada – a exemplo do que costuma se dar no direito penal – como elemento de explicação de eventos passados.¹¹⁸ É certo que a descrição das leis naturais «baseiam-se na nossa experiência e a nossa experiência reside no passado», portanto todo exercício preditivo assenta-se sobre o conhecimento da ocorrência de fatos pretéritos, ou seja, tem a expectativa de que um certo «passado repita-se no futuro».¹¹⁹

A lei ou norma jurídica não rege fenômenos naturais e nem possui um domínio absoluto dos fenômenos humanos sem depender do seu reconhecimento comunitário. Por essa razão, a norma jurídica segue sendo «válida» no ordenamento jurídico, mesmo quando não é «inteiramente eficaz», a ponto de ser de imperiosa

¹¹⁶ JAKOBS, *imputación objetiva*, p. 11.

¹¹⁷ MEZGER, *Sein und Sollen*, p. 103-104.

¹¹⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 99.

¹¹⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 99.

observação e aplicação no caso concreto.¹²⁰ A validade jurídica admite mesmo a eficácia «apenas até certo grau», não sendo completamente invalidada para os outros casos diante de uma hipótese que não vier a ser observada em casos pontuais.¹²¹

A verdade é que o direito não precisa acolher, sem quaisquer reservas ou ajustes para as finalidades que pretende cumprir, a integralidade nem de algum conceito filosófico, nem científico natural de causa.¹²² Sendo apenas defeso inventar uma nova fenomenologia da realidade natural na qual o direito teria a sua inserção.¹²³ Exatamente por isso, Antonio Costa e Silva, seguindo o pensamento do penalista suíço Carl Stoss, entendeu que, em virtude de a lei da causalidade ser uma lei natural, não estaria facultado ao legislador o poder de legitimamente a modificar.¹²⁴ Portanto as propostas de ficções legislativas no sentido de «admitir uma relação causal onde ela realmente não exista, e negá-la, onde exista» contrariariam inevitavelmente o sentido de «verdade do direito penal e dellas não se tem necessidade alguma».¹²⁵

Para além do plano de criação legislativa, o âmbito de desenvolvimento do direito penal também alcança benefícios com o esclarecimento dessa distinção. Interessante é apontar sinteticamente algumas semelhanças e diferenças entre as ciências naturais e as ciências jurídicas, bem como dos seus objetos e das suas metodologias.

Primeiro, embora as ciências naturais e ciências jurídicas sejam duas «ciências de leis»,¹²⁶ as leis das ciências naturais remetem ao ser natural e ao âmbito da necessidade uniforme dos fenômenos em determinadas condições. Ao mesmo tempo, as leis jurídicas advêm do ser cultural e valorativo – próprio de uma ontologia construída pelo homem em certo espaço – e do âmbito de construção possível dos fenômenos.¹²⁷

¹²⁰ Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 98.

¹²¹ Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 98.

¹²² Luna, «A causalidade na omissão», p. 329.

¹²³ Nesse sentido, Donini afirma que os pressupostos de fato são limites ao legislador e ao juiz (Donini, «Il garantismo della 'conditio sine qua non'», p. 920).

¹²⁴ Costa e Silva, *Código penal dos estados unidos do Brasil*, p. 11.

¹²⁵ Costa e Silva, *Código penal dos estados unidos do Brasil*, p. 11 (dígrafo na passagem original). No mesmo sentido, mais adiante em Portugal, Ascensão, *Ação finalista e nexa causal*, p. 200.

¹²⁶ Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 15.

¹²⁷ Costa, «Causality and reasoning», p. 58.

Segundo, é preciso levar em consideração o princípio da autonomia entre as ciências na determinação das suas tarefas, nomeadamente no entendimento do seu objeto, no desenvolvimento dos seus conceitos, no reconhecimento da relação que guardam entre eles, no estabelecimento dos seus métodos de abordagem e finalidades.¹²⁸ É importante ter o cuidado de que a ciência somente pode ter acesso e encontrar respostas naquele campo que os seus instrumentos permitam «formular perguntas que correspondam, categorialmente, a uma resposta».¹²⁹ E, portanto, a atuação de determinado saber a título de ciência fora do seu âmbito científico de acesso «causa confusão nos objetos e categorias».¹³⁰ Igualmente o amplo poder e prestígio cultural de uma certa ciência numa época específica pode gerar o caos nos entendimentos da realidade, caso se entender nela autoridade para opinar sobre o que não está capacitada, ao invés de estabelecer limites claros do espaço lúdico de intervenção e esclarecimento do mundo.¹³¹

Terceiro, o direito é uma «ciência prática»¹³² forjada com base na razão prática e não especulativa. Destina-se a satisfazer a necessidade de criar critérios seguros, a fim de praticar julgamentos fundados num ideal de justiça historicamente situado¹³³ e já não de explicar a realidade com base na experiência prática da repetibilidade. Portanto a questão jurídica nunca se encerra em saber aquilo que empiricamente aconteceu no fato, sob apreciação judicial, segundo a leitura das ciências naturais. Não basta dizer o que aconteceu, é preciso, sobretudo, proceder justamente, como comunidade jurídico-política, diante dessa informação, ou seja, apreciar axiologicamente o conhecimento prévio à juridicidade.

¹²⁸ Nesse sentido, já em 1848, v. KIRCHMANN, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, p. 11 e, recentemente, HASSEMER, «Neurociências e culpabilidade», p. 215.

¹²⁹ HASSEMER, «Neurociências e culpabilidade», p. 217.

¹³⁰ HASSEMER, «Neurociências e culpabilidade», p. 218.

¹³¹ HASSEMER, «Neurociências e culpabilidade», p. 218.

¹³² ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 13.

¹³³ COSTA, *O perigo*, p. 312; COSTA, *Noções fundamentais*, p. 11, §24; HASSEMER, «Neurociências e culpabilidade», p. 223-222.

4. Noções introdutórias estruturais

A compreensão do sentido atual da investigação da causalidade na ciência do direito penal ancora-se em outras questões, que precisam ser previamente enfrentadas. É necessário, já num primeiro momento, avançar algumas noções a respeito do que se entende por omissão, nexos de causalidade, causa e imputação penal.

O início desta exposição conceitual requer alguns esclarecimentos. Não é possível apresentar o conceito de algo, sem antes ter compreendido a natureza e as características do ser que se intenciona designar.¹³⁴ Pois, no fundo, o conceito é apenas expressão sintética daquele ser que foi compreendido, o que decerto indica os limites e a alta problematicidade inerente à pretensão intelectual de conhecer a complexidade do ser, a partir da leitura do respectivo conceito.¹³⁵ Tal consciência já serve de admoestação acerca do limitado êxito que se pode esperar da presente tarefa.

4.1. Noção de omissão

O próprio conceito de omissão e a noção de conduta omissiva não apresentam unanimidade doutrinal. É possível se deparar com diversas percepções do mesmo fenômeno, que serão estudadas com maior atenção ao longo do trabalho.¹³⁶ Ao menos, três divisões doutrinárias já podem ser elencadas: (a) há autores que consideram a omissão como algo e, outros, como nada; (b) existem orientações que reconhecem na omissão natureza e desvalor comunitário prévios ao direito, e outras que apresentam esses elementos como pura decorrência da criação

¹³⁴ HEIDEGGER, *A essência do fundamento*, p. 25

¹³⁵ KAUFMANN, *Filosofia do direito*, p. 103-104, nota 1.

¹³⁶ A enunciação sintéticas dessas diversas compreensões é apresentada na 2º Parte, Capítulo V, Tópico 1 e na 3º Parte, Tópico 1.

jurídica; (c) encontram-se entendimentos de que a causalidade da omissão possui essência ontológica, e outros de que é consequência da criação jurídica.

O posicionamento, diante desse variado panorama, demanda a melhor compreensão do fenômeno, por isso se apresenta, desde já, uma inicial aproximação conceitual. A omissão consiste na conduta omissiva causadora do resultado. A conduta omissiva é uma forma de comportamento – humano individual ou organizado coletivamente em pessoa jurídica – passível de reconhecimento pelo direito como portador de relevância jurídica. A conduta omissiva penal pode ser entendida como o comportamento do sujeito – obrigado a agir por força de norma penal – quer inativo, quer ativo em sentido diverso do atendimento do comando normativo, numa situação em que havia a concreta possibilidade de agir.¹³⁷ Na realidade fática, esse sujeito obrigado manifesta a qualidade especial de garantidor de um valor exposto à situação de risco ou de perigo.

4.2. Noção de relação causal

A relação causal é um processo fenomenológico e sequencial caracterizado pela conexão necessária entre uma ação produtora e um resultado,¹³⁸ devido à ausência de impedimento da energia mecânica em curso.¹³⁹ É frequente que a descrição, por economia discursiva, se concentre apenas nos vetores de força, que decorreram positivamente exteriorizados no resultado, e já não na totalidade das causas do fenômeno. O reconhecimento cultural desse processo fenomenológico tende a se apresentar na formulação de uma lei científica descritiva da dinâmica

¹³⁷ A omissão entendida como a «não realização de uma ação quando existe a possibilidade concreta de realizá-la» encontra-se em CUADRADO RUIZ, «La comisión por omisión», p. 390-391.

¹³⁸ JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 277, nm. 1; COSTA, «Causality and reasoning», p. 55.

¹³⁹ Com esse conceito consegue-se abarcar e especificar uma série de outras definições historicamente apresentadas, como, por exemplo, de Maximilian von Buri no sentido de que «por relação causal é possível compreender o processo de surgimento de um aparecimento» (v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, p. 1), de Eduardo Massari, segundo o qual o «nexo causal exprime a relação de derivação que ocorre entre o evento e a conduta» (MASSARI, *dottrine generali del diritto penale*, p. 127) e de Sousa e Brito, para quem o nexo causal «é uma relação entre fatos que se sucedem no tempo, não é uma relação hipotética e numa relação só pensada» (BRITO, *crime omissivo*, p. 155).

causal.¹⁴⁰ Especificamente para aquilo que se denomina causalidade jurídico-penal, é preciso fazer esforço na determinação rigorosa dos elementos do conceito.

O nexo de causalidade penal liga a conduta penalmente relevante – entendida como a causa do fenômeno – ao resultado ofensivo penalmente relevante – entendido como a consequência da causa.¹⁴¹ Por conduta penalmente relevante, devem-se entender tanto as ativas, próprias do agir, quanto as negativas, características do omitir. Por resultado penalmente relevante, concebe-se a ofensa de dano ou perigo de dano causada pela conduta no bem jurídico tutelado penal lei penal.

Decerto a ocorrência de causações ou das relações entre causas e efeitos sucedem-se constantemente na realidade dos fenômenos. Agora, a constatação do perene movimento do mundo não impossibilita a identificação de fenômenos no tempo e no espaço, bem como a valoração de certos cursos causais e dos seus respectivos componentes. Todo estabelecimento de regras morais tende, de alguma maneira, a reconhecer esses fenômenos. O direito penal especificamente os reconhece, a partir de uma gramática da linguagem técnica disciplinar específica, que orienta a seleção daquilo que é efetivamente significativo em termos jurídico-axiológicos.

Conforme consta inerente ao conceito de seleção, trata-se de um recorte fragmentário de parcela da totalidade, desde critérios e fundamentos orientadores.¹⁴² O direito penal não tem como objetivo investigar filosófica ou cientificamente a causa primeira dos fenômenos que proíbe. Mesmo em relação ao saber criminológico, a pergunta causal formulada pelo jurista tende a ser mais restrita e retroagir menos na inquirição das condições de ocorrência do fenômeno. Para o direito penal, não é particularmente importante saber as «causas do crime» ou as condições de ocorrência dos conflitos sociais criminalizáveis, bem como as «formas

¹⁴⁰ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 20-21; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 2 e 11; COSTA, «Causality and reasoning», p. 55; KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 15.

¹⁴¹ Em sentido semelhante, embora tenha como causa apenas as condutas humanas e como resultado qualquer prejuízo ao bem jurídico, cuja clareza não são as mesmas daquelas oferecidas pelo conceito de resultado como ofensa de dano ou de perigo de dano ao bem jurídico, SOFOS, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, p. 212; KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 16.

¹⁴² Kindhäuser ressalta que o direito penal tem o «interesse cognitivo específico» pelo que denomina como sendo um «minúsculo segmento» da cadeia causal, no qual se identifica a «conduta de uma pessoa» (KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 16).

de aparecimento e as causas de reação social à criminalidade».¹⁴³ O objeto da criminologia é composto pelo crime, o criminoso e a reação social à criminalidade, mediante a pessoa do criminoso,¹⁴⁴ ao passo que o objeto da ciência do direito penal é muito mais comedido em relação à complexidade da dinâmica causal.¹⁴⁵

Trata-se da determinação dos requisitos e dos limites normativos à responsabilização dos causadores de ofensas aos valores penalmente protegidos. A análise da estrutura ontológica do nexos causal pelo direito penal retorna apenas até certo ponto, no qual localiza a conduta desvaliosa causadora do resultado ofensivo que pretende evitar. A determinação da parcela na sequência do nexos causal, que interessa ao direito penal também leva em consideração a existência de elementos subjetivos envolvidos na prática da conduta desvaliosa. Somente assumem relevância penal o agir e o omitir, que conscientemente buscam o resultado ofensivo ou conscientemente deixam de cumprir determinadas regras de cuidado, reconhecidas socialmente como necessárias para evitar esses acontecimentos.

Os conceitos e os critérios aptos à orientação da seleção da parcela penalmente relevante do nexos causal estão contidos em diversas noções da doutrina geral do delito, *v.g.*, o próprio conceito de crime, de conduta penal e de resultado. Especificamente, as diretrizes necessárias para a atribuição da responsabilidade pelo resultado desvalioso ao autor da conduta causadora convocam uma noção problemática e fundamental que as reúne. Para melhor entender o conceito de relação de causalidade nos crimes omissivos, é importante definir a noção de causa e de imputação penal.

¹⁴³ KILLIAS, *Grundriss der Kriminologie*, p. 2, nm. 102.

¹⁴⁴ KILLIAS, *Grundriss der Kriminologie*, p. 1, nm. 101.

¹⁴⁵ Figueiredo Dias e Costa Andrade ressaltam, em sentido geral, que o direito penal e a criminologia apresentam uma «diferença de métodos, de posições de valor e de atitudes emocionais perante o real» (DIAS; ANDRADE, *Criminologia*, p. 96).

4.3. Noção de causa

«Causa est principium, a quo existencia, sive actualitas, entis alterius ab ipso diversi dependet tum quatenus existit, tum quatenus tale existit» (Christian von Wolff, *Philosophia prima sive Ontologia*, 1725, §881, p. 652)¹⁴⁶

A determinação do conceito de causa é imprescindível para o avanço seguro da reflexão que se propõe. Sabidamente as utilizações pela teoria do direito e pela dogmática do direito penal foram diversificadas ao longo dos anos.¹⁴⁷ Portanto semelhante ao que foi realçado por Immanuel Kant sobre a importância da determinação da «origem do conceito» de relação causal em geral,¹⁴⁸ a verificação da natureza e do sentido do conceito de causa permite indicar as «suas condições de uso» e o «âmbito no qual ele pode ser válido».¹⁴⁹

Encontram-se, doutrinalmente, três principais orientações filosóficas sobre o conceito de causa, sintetizáveis em duas vertentes principais: ora a causa como condição necessária do resultado, ora a causa como condição parcialmente necessária do resultado.¹⁵⁰ A primeira compreensão é a clássica orientação da causa como elemento imprescindível à ocorrência de um resultado concreto.¹⁵¹ A segunda remete à descrição da causa como condição suficiente do evento (Wright).¹⁵² Já a

¹⁴⁶ A passagem também pode ser lida parcialmente citada em alemão por Schopenhauer como «*Die Ursache ist das Prinzip, von dem die Existenz oder Wirklichkeit eines anderen Seienden abhängt*» (SCHOPENHAUER, *vierfache Wurzel des Satzes*, p. 51).

¹⁴⁷ Assim, destacava Cavaleiro Ferreira que o uso da noção de causa se voltava ora à relação entre o fato e o agente – fato imputável ao autor como sua obra –, ora ao liame entre a conduta causadora e o resultado causado (FERREIRA, *direito penal/ 1*, p. 149).

¹⁴⁸ KANT, *Prolegomena*, p. 9.

¹⁴⁹ KANT, *Prolegomena*, p. 9.

¹⁵⁰ BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 47.

¹⁵¹ STELLA, *Leggi scientifiche*, p. 173; FEINBERG, *Harm to others*, p. 182; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 399-400; DI GIOVINE, «Lo epistemologico della causalità penale», p. 688; KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 1; COSTA, José de Faria, «Causality and reasoning», p. 55.

¹⁵² Hart e Honoré entendem que a noção de condição necessária requer ser «suplementada pela de condição suficiente» (HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 456). Mesmo no cerne do entendimento, tradicionalmente identificado a título emblemático da noção de causa como condição necessária do resultado, parece já ser possível antever algumas semelhanças com a idéia de

terceira perceberia na causa uma «parte insuficiente por si mesma, mas não supérflua, de um conjunto não necessário mas suficiente de condições do resultado»,¹⁵³ o que formaria em inglês o acrônimo condição INUS, segundo as letras iniciais destacadas *Insufficient but Non-redundant part of an Unnecessary but Sufficient condition* (John Mackie).¹⁵⁴

As causas são tanto as condições positivas – aquelas que empreendem força e energia na transformação da realidade – como também as condições negativas – aquelas que criam a ocasião indispensável para que as condições positivas não sejam impedidas de desenvolver-se na sua ação.¹⁵⁵ A causa não é o comportamento suficiente para a ocorrência do resultado – no sentido de que sempre ocorrerá determinado resultado quando se realizar certo comportamento –, mas antes é um comportamento identificado como necessário para o acontecimento de determinada consequência concreta,¹⁵⁶ segundo o referencial empírico fornecido pelas leis causais.¹⁵⁷

4.4. Noção de imputação penal

O sentido geral da palavra imputar consiste em atribuir a responsabilidade de algo a uma pessoa, de modo a ser um juízo que necessariamente avalia algo passado

condição suficiente. Maximilian von Buri, com a intenção de propor uma distinção objetiva entre causa e condição – sem recorrer a elementos subjetivos como fizera Ortmann –, ensina que a «condição possibilita a causação do resultado», por sua vez a «causa causa por si mesmo» (v. BURI, «Theilnahme am Verbrechen», p. 89).

¹⁵³ MENDES, «A causalidade como critério heurístico», p. 186.

¹⁵⁴ O termo «condição INUS» foi sugerido por D.C. Stove e amplamente divulgado pela obra de John Mackie (MACKIE, «*Causes and conditions*», p. 16, nota 1). Para a explicação da compreensão de Mackie acerca de difentes problemas causais, ver BINNS, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, p. 11-24 e, também, SAMSON, «Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff», p. 260-262; KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 18 e ss; SOUSA, *A responsabilidade criminal pelo produto*, p. 309-311.

¹⁵⁵ PUPPE, «Erfolg und seine kausale Erklärung», p. 911.

¹⁵⁶ Assim por exemplo, DI GIOVINE, «Lo epistemologico della causalità penale», p. 688; HOYER, «Kausalität und/oder Risikoerhöhung» p. 100.

¹⁵⁷ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 31; STELLA, *Leggi scientifiche*, p. 107 e 112; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 296, nm. 16; KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 18; MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 156-157.

tendo em atenção um específico fato realizado.¹⁵⁸ Trata-se de uma avaliação que mobiliza juízos de experiência a respeito de outros fatos semelhantes anteriormente conhecidos.¹⁵⁹ O significado de imputação e a capacidade de ser imputável adianta algo acerca do sujeito,¹⁶⁰ mas nenhum indicativo nem do objeto atribuível, nem da valoração feita a respeito da conduta imputável.¹⁶¹ O procedimento de atribuição permite quer que uma conduta meritória, de acordo com certo preceito, possa ser recompensada por meio de um benefício, quer que o comportamento tido como proibido sujeite à punição,¹⁶² pois é regido por uma finalidade.¹⁶³

A compreensão do procedimento de imputação e o emprego da noção geral de imputação não têm sentido claro e unívoco na doutrina jurídica do ilícito. A dinâmica de atribuição da consequência jurídica ao autor da conduta apresenta especificações e outros processos igualmente imputacionais intermediários. Hans Kelsen, no mesmo do que afirmara Larenz em apreciação acintosamente afastada do parâmetro causal,¹⁶⁴ difere do que entende ser a «teoria tradicional», de acordo com a qual imputação é «a ligação de uma determinada conduta com a pessoa» do seu autor.¹⁶⁵ Acredita que para isso não há necessidade de uma «norma jurídica», dado que «a conduta de modo algum se deixa separar do autor do homem que a realiza».¹⁶⁶

Portanto a «imputação» expressa no «conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com uma consequência do ilícito».¹⁶⁷ Isso numa situação em que se poderia afirmar que a «consequência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa».¹⁶⁸

¹⁵⁸ Essa noção é semelhante à apresentada por Francesco Carrara no sentido de «colocar qualquer coisa à conta de alguém» (CARRARA, *Parte generale/1924*, §2, p. 51).

¹⁵⁹ COSTA, *O perigo*, p. 564, no seguimento de KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, p. 195-196.

¹⁶⁰ Por exemplo, Larenz entende que a imputação para Hegel é o «reconhecimento do sujeito, da sua liberdade e personalidade mediante o direito objetivo» (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 50), compreensão essa que persiste no entendimento avançado na filosofia de Kant e que, depois, segue a orientar a doutrina jurídica de Larenz (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 63).

¹⁶¹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51.

¹⁶² Nesse sentido, KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 104.

¹⁶³ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VIII e 68.

¹⁶⁴ Karl Larenz escreveu, em 1927, que a «imputação como juízo sobre o fato, não é assim causal, mas um juízo teleológico» (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68).

¹⁶⁵ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 91.

¹⁶⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 91 e 102-103.

¹⁶⁷ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 91.

¹⁶⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 91.

Certamente tal explicação da imputação exclusiva e amplamente normativa perde a orientação dada pela elucidação da realidade característica do fato concreto e simultaneamente alcança abstração teórico-normativa, pois não se interessa em acautelar-se primeiramente se a conduta propriamente causou o resultado. É equivocado acreditar que a conduta seria constantemente inseparável do seu autor, o que tornaria possível resolver todos os problemas da imputação no plano normativo,¹⁶⁹ num contexto cujo reconhecimento dos efetivos autores dos resultados e da contribuição oferecida pelos partícipes é sabidamente difícil. Há uma variedade de crimes de dano e de perigo de dano, em que se percebem os problemas dos limites de reconhecimento normativo do resultado ofensivo e da capacidade de causação do resultado ofensivo.

Esses problemas são incapazes de resolução apenas com recurso a uma visão que negligencia o homem concreto e o resultado advindo da sua conduta, com o fim de adotar uma certa leitura do fato voltada estritamente à análise do eventual preenchimento de critérios normativos. O pressuposto de toda correta leitura jurídico-normativa de algum fato é a efetiva verificação do que realmente ocorreu.

Particularmente, no direito penal, se entende o conceito de imputação como juízo de atribuição de um determinado fato descrito tipicamente na lei penal como decorrente próprio da conduta de uma pessoa, física ou jurídica. É um juízo binário no qual não resta abertura para respostas parciais, nomeadamente ou se imputa o resultado à conduta, ou não se imputa. Conforme foi adiantado, interessa observar que esse juízo sempre leva em consideração uma gama de componentes da valoração da conduta, à qual se pretende responsabilizar pelo resultado, e igualmente os cânones pelos quais se deve proceder para a legítima realização desse juízo.

A categoria imputação encontra antecedente histórico incontornável na expressão latina «*imputatio*», utilizada, primeiramente, por Samuel Pufendorf e, posteriormente, nas doutrinas do direito natural de Christian Thomasius e seus discípulos, bem como na de Christian Wolff e seus discípulos até o positivismo do

¹⁶⁹ Todavia não quer dizer que seja equivocada a proposição, destaca por Larenz, que «a imputação do fato não é sinônimo do juízo sobre a existência da relação causal» (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61). Ao contrário, a identificação do curso causal dá-se num plano empírico, já a imputação necessariamente num plano axiológico.

século XIX.¹⁷⁰ Pufendorf, em sua «teoria da imputação», estudou os princípios reitores da ação humana – orientada pela vontade livre – e a valoração moral e jurídica que se faz dela.¹⁷¹ A literatura jurídica jusnaturalista convenciou o emprego da categoria «*imputatio*», fazendo a distinção entre a *imputatio facti (physica)* e a *imputatio iuris (moralis)*, cuja estrutura se manteve no pensamento analítico do crime até o final do séc. XVIII na Alemanha, ainda assim, sendo visualizadas convocações mesmo no século XIX.¹⁷²

O conceito de *imputatio* veio a ser traduzido por «*Zurechnung*» na doutrina jurídico-penal alemã, o que se pode deparar nos *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts* de Ernst Ferdinand Klein de 1796.¹⁷³ Mais adiante, Ludwig von Almendingen empregou literalmente a expressão «imputação objetiva» (*objektive Zurechnung*) em 1803.¹⁷⁴ Von Almendingen pretendia designar a «imputação externa» do «fato existente no mundo dos aparecimentos» em sentido contrário ao da «imputação moral interna», relativa àquilo que existe não apenas na consciência do autor, mas também na «consciência da coisa».¹⁷⁵

Não é ocioso sublinhar um ponto acima adiantado. Afirmar a idéia de imputação objetiva ou do tipo objetivo na doutrina do direito penal não significa aderir aos enunciados da contemporaneamente denominada doutrina da imputação objetiva, segundos os critérios e fundamentos desenvolvidos – a partir da segunda metade do século XX – sob a égide da doutrina do incremento ou da diminuição do

¹⁷⁰ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 2-3; SCHROEDER, «Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung», p. 651.

¹⁷¹ Mais detalhes, sobre a contribuição trazida pela «palavra imputação (*imputatio*) para o léxico do direito natural» ver MENDES, *torto intrinsicamente culposo*, p. 35-37.

¹⁷² Nesse sentido, KLEIN, *preussischen peinlichen Rechts*, §95, p. 71 e, igualmente, Julius Glaser, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 2. Na Itália, não muito diferente é a concepção de imputação do crime ao autor do fato no pensamento Francesco Carrara. O juízo de imputação seria resultado de outros três juízos, a serem procedidos pelo magistrado, nomeadamente a «imputação de física» (causa material), a «imputação moral» (causa moral) e a «imputação legal» (proibição legal do fato) (CARRARA, *Parte generale/1924*, §8, p. 54).

¹⁷³ KLEIN, *preussischen peinlichen Rechts*, §95, p. 71.

¹⁷⁴ v. ALMENDINGEN, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, p. 31, n. IV. Friederich Schroder reputa essa como sendo a primeira vez que se utilizou a expressão «imputação objetiva» na Alemanha (SCHROEDER, «Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung», p. 252).

¹⁷⁵ v. ALMENDINGEN, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, p. 31, n. IV. Ludwig von Almendingen diferencia a imputação externa, orientada por um «fato», em que todos os objetos devem ser igualmente perceptíveis pelos sentidos «segundo as leis causais», e a interna, orientada pela «consciência moral» do «mundo supra-sensível» (*übersinnliche Welt*) (v. ALMENDINGEN, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, p. 32, n. IV e 33, n. V).

risco. Pois, muito antes, se reconhece a utilização da expressão «imputação objetiva» na obra de Ludwig von Almedingen em 1803 e é correto que, desde então, a noção assumiu diferentes sentidos ao longo da história da dogmática penal.

Não importa exatamente qual doutrina da causalidade e da imputação penal seja seguida, decerto são conceitos incapazes de recíproca substituição, dado que cobrem dimensões diferentes da realidade. Nem a imputação estende-se na dimensão máxima do fluir constante da dinâmica ontológica dos eventos causais, nem a estrutura do nexos causal transcendente ao direito consegue explicar a valoração atributiva de juízos – quer positivos, quer negativos – de tipicidade subjetiva, ilicitude e culpabilidade.

Em termos processuais penais, o conceito de imputação não apresenta rigorosamente o mesmo sentido, pois segue outros critérios e busca outras finalidades. A imputação processual penal pode ser distinguida em duas modalidades, levando em consideração a inércia ou a dinâmica da atribuição realizada. Estática é a imputação concludente do juízo, resultado da verificação probatória, ao passo que dinâmica é aquela de caráter provisório, designativa da hipótese normativa de crime que deve ter sua veracidade analisada após a instrução do processo.¹⁷⁶ Isto é, a atribuição provisória do fato ao autor instaura o processo penal e obriga aquele a quem o fato é atribuído a responder judicialmente, sob pena de que, embora o ônus probatório pertença à acusação, o alegado em seu desfavor seja suficiente para a imputação condenatória.

¹⁷⁶ DOMINIONI, «Imputazione (diritto processuale penale)», p. 818-819.

5. Os limites de legitimidade jurídica indicados pelo princípio da causalidade

5.1. A causalidade como pressuposto do princípio da ofensividade (*nulla iuria sine causa*) e da fragmentaridade da intervenção penal

«Zu fragmentarisch ist Welt und Leben!
Ich will mich zum deutschen Professor begeben.
Der weiß das Leben zusammen zusetzen,
und er macht ein verständlich System daraus.
Mit seinen Nachtmützen und Schlafrockfetzen
stopft er die Lücken des Weltenbaus»
(Heinrich Heine, *Buch der Lieder*, 1827, n. 58)¹⁷⁷

O direito penal cumpre a função de proteger bens jurídicos por meio da proibição de condutas ofensivas a esses valores,¹⁷⁸ de modo que apenas adquiram relevância penal aquelas condutas verdadeiramente causadoras de resultados ofensivos.¹⁷⁹ Em outras palavras, isso significa a afirmação do direito penal fundado na intervenção fragmentária e no desvalor do resultado ilícito. O conteúdo dessa proposta pode ser apresentado diante das duas conhecidas formas de legitimação do direito penal: quer a partir da carga axiológica negativa do ilícito,¹⁸⁰ quer desde o fundamento e das finalidades da pena criminal.¹⁸¹ Primeiro se expõe a argumentação tendo como referencial o ilícito criminal.

¹⁷⁷ Ainda que o poeta alemão tenha feito direta e expressa menção ao suposto professor também alemão, parece que o valor literário do verso não se circunscreve a uma particular característica germânica. Mas, sim, algo eventualmente compartilhado por um certo entendimento da atividade acadêmica, que pouco diz respeito e deve observância aos limites geopolíticos nacionais.

¹⁷⁸ COSTA, *Noções fundamentais*, p. 13, §28.

¹⁷⁹ Explicação semelhante encontra-se em Jescheck e Weigend quando afirmam claramente que o direito penal «dirige-se à conservação de bens» diante da causação de prejuízos (JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 277, nm. 1).

¹⁸⁰ COSTA, «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica», p. 9.

¹⁸¹ Nesse sentido, interessante exemplo histórico colhe-se na sistematização empreendida no manual de Albert Berner, na qual o direito penal é explicado com base nas doutrinas da pena – as quais denomina como sendo os «princípios penais» –, que recebem tratamento dentro do primeiro título do livro antes mesmo da «história e das fontes do direito penal» apresentadas no segundo título (BERNER, *Lehrbuch/1891*, respectivamente, p. 3 e 8).

Se o crime é efetivamente um fenômeno, no qual se pode identificar uma conduta desvaliosa causadora do resultado ofensivo desvalioso, igualmente se tem condições de diferenciar a conduta penal da sua consequência, como sendo dois elementos ontologicamente e cronologicamente diferentes. E, se isso é correto, a pretensão de criminalizar a conduta causadora do resultado deverá descrever obrigatoriamente na narrativa típica – que recorta um fenômeno observado na realidade como fato pressuposto (*pressuposti facti*) – especificamente o nexo causal entre esses dois elementos.

O *pressuposti facti* contém necessariamente uma relação de causalidade, na medida em que é a contribuição dada por uma conduta desvaliosa jurídico-penalmente relevante na causação de um resultado desvalioso jurídico-penalmente insuportável. Neste ponto, o princípio da ofensividade parece ser capaz de propor um olhar mais acurado à questão. Isto é, o acompanhamento analítico do reconhecimento penal da ofensividade de determinada conduta em todo o seu iter, desde o início da ação ou omissão, à ofensa parcial até a ofensa consumada, segundo a descrição típica. Mais do que isso, o princípio já apresenta valor dogmático na leitura e na identificação dos limites dos atos preparatórios, afastados do começo da execução, ainda que, sem qualquer dúvida, pertencentes à mesma cadeia causal criadora do resultado.

A conduta ofensiva relevante ao direito penal pressupõe insuportável perversão ético-jurídica decorrente do processo causal, de modo que somente podem ter significados penais aqueles resultados ofensivos a bens jurídicos que tenham sido causados por condutas – segundo leis causais – reconhecidamente desvaliosas. Não há sentido pensar na instituição do ilícito penal, entendido como núcleo de desvalor ético-jurídico expressivo de determinado resultado ofensivo a bem jurídico, quando a conduta que se narra a título de proibição não é especialmente implicada para a ocorrência do resultado. Isto é, a conduta dentro de certo contexto é causadora do resultado, condição necessária para a sua ocorrência.

Somente em especiais relações, nas quais se reconhece um nexo de causalidade, existe razão para proibir a prática de determinada conduta, a fim de evitar algum resultado. De outro modo, não haveria coerência e, portanto, violar-se-

iam mesmo as idéias de necessidade, de intervenção subsidiária e de realização justiça penal.

Um dado a corroborar a argumentação aqui proposta pode ser colhido na recente jurisprudência constitucional italiana acerca do princípio da ofensividade.¹⁸² A consolidação e o desenvolvimento do tratamento dogmático autônomo do princípio da ofensividade – em relação a pontuais repercussões como na doutrina dos crimes pluriofensivos – é fruto, em grande parte, do longo e empenhado debate acadêmico no cenário italiano. Certamente, na atualidade, a realidade de reconhecimento do princípio é significativamente mais ampla, com claras afirmações legislativas,¹⁸³ jurisprudenciais¹⁸⁴ e doutrinárias em vários países, a exemplo de Portugal¹⁸⁵ e Brasil.¹⁸⁶

A positivação constitucional do princípio da ofensividade na Constituição italiana apresenta menor expressividade que o reconhecimento literal – como critério de diferenciação da gravidade dos crimes e de proposição de um rito especial para «infrações de menor potencial ofensivo» – no artigo 98, I, da Constituição brasileira.¹⁸⁷ Diante dessa realidade, a Corte Constitucional italiana¹⁸⁸ entendeu que o fundamento constitucional do princípio se localiza numa noção

¹⁸² Sobre a evolução da jurisprudência constitucional italiana a respeito do princípio da ofensividade, ver DIAMANTI, «Nota a Corte di Cassazione Mortola/De Genaro», p. 3463-3464 e CRESPI; FORTI; ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, p. 295-298.

¹⁸³ Por exemplo, Ferrando Mantovani destaca a exigência do artigo V dos princípios gerais do código penal peruano, que estabelece «*La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*» (MANTOVANI, «*offensività nel codice penale peruviano*», p. 394 e 397-398). A concretização do princípio parece clara embora o código tenha aplicado ao artigo a denominação de princípio da lesividade, conforme é frequente na literatura penal de língua espanhola.

¹⁸⁴ No Brasil, por exemplo, STF, ROHC nº 81.057-8, Relatoria Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.2005, Ementário 2189-2.

¹⁸⁵ A obra de Faria Costa é profícua na explicação do princípio e de sua importância dogmática em diversos âmbitos, sinteticamente, por último, em COSTA, *Noções fundamentais*, p. 162, nm. 1.

¹⁸⁶ D'AVILA, *Ofensividade em direito penal*, p. 70-71; RUIVO, *Criminalidade financeira*, p. 72-73.

¹⁸⁷ O reconhecimento da existência de condutas e resultados penalmente relevantes diferenciáveis de acordo com a ofensividade foi o critério adotado pela constituição brasileira para designar a competência criminal dos juizados especiais, regidos pelo rito oral e sumaríssimo, com a seguinte redação no artigo 98, I da Constituição Federal «A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau».

¹⁸⁸ Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010 (*Cassazione Penale*, 2010, v. 11, p. 3746).

essencial para a estruturação do conceito de crime, nomeadamente na expressão positiva de «*fatto*» do artigo 25, *comma* 2, da Constituição italiana.¹⁸⁹

A questão em juízo referia-se a avaliar a constitucionalidade de uma previsão de circunstância agravante genérica, baseada em característica estritamente pessoal do autor do fato.¹⁹⁰ A Corte Constitucional italiana declarou inconstitucional a possibilidade de aumentar a pena de qualquer delito em razão de o seu autor ser estrangeiro ilegalmente no território italiano, por se tratar do que o tribunal denomina como um «tipo de autor».¹⁹¹ Tal previsão viola frontalmente a noção essencial que «põe o fato na base da responsabilidade penal» e, somente a partir disso, legitima a punição do sujeito praticante da conduta pelo seu comportamento, mas já não por suas «qualidades pessoais».¹⁹² Especificamente, segundo a Corte Constitucional italiana, o dispositivo da agravante viola o princípio da ofensividade, uma vez que a razão do aumento de pena não se reporta a um juízo que considera a conduta mais ofensiva ao bem jurídico protegido, senão apenas indica uma «geral e presumida qualidade negativa do seu autor».¹⁹³

É correta a ancoragem do princípio da ofensividade no ordenamento penal italiano indicada pela Corte Constitucional, dado que a noção clássica de fato é o que há de mais radical e carregado de sentido em âmbito penal. Em outras palavras, trata-se da base fenomenológica fundamentadora e orientadora do juízo seletivo de relevância que permite a instituição legítima do ordenamento penal.¹⁹⁴ E, assim, se é correto que a autônoma previsão legal do princípio da ofensividade pode oferecer mais segurança e clareza acerca do caminho que deve seguir o legislador e o realizador do direito, também é que a ausência de positividade nesse mesmo grau de expressividade em nada afeta o significado fenomenológico e a importância axiológica da ofensividade.

¹⁸⁹ Consta no artigo 25, *comma* 2 da Constituição italiana a seguinte redação «*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*».

¹⁹⁰ Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010 (*Cassazione Penale*, 2010, v. 11, p. 3741). A passagem legal na qual consta prevista a agravante encontra-se no artigo 61, n. 11-bis do Código Penal italiano, com a expressão «*Aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti: 11-bis) avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*».

¹⁹¹ Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010 (*Cassazione Penale*, 2010, v. 11, p. 3746).

¹⁹² Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010 (*Cassazione Penale*, 2010, v. 11, p. 3746).

¹⁹³ Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010 (*Cassazione Penale*, 2010, v. 11, p. 3746).

¹⁹⁴ Para mais detalhes acerca do significado e da relevância da noção de fato, ver 3º Parte, Tópico 2.

O importante é ter consciência que, sem o reconhecimento do desvalor insuportável de determinado comportamento desvalioso causador de um resultado ofensivo também desvalioso, não há porque pensar na proibição da conduta. Não basta a realização de um comportamento arriscado e moralmente indesejável, é necessário verificar a causação da ofensa ao valor tutelado. A afirmação, no plano jurídico-axiológico, do princípio de direito penal liberal e garantidor das liberdades, forjado sob uma base objetivista,¹⁹⁵ manifesta-se, no plano político criminal, como o *plädoyer* do modelo de direito penal fundado no desvalor do resultado e limitador de interesses morais incriminatórios exageradamente preventivos.

Nesse sentido, defender a relevância axiológica e técnica do princípio da ofensividade e, simultaneamente, descurar do melhor reconhecimento ontológico do nexos de causalidade resultaria no enfraquecimento do fundamento e da capacidade analítica da ofensividade. Debilitar-se-ia a razão de ser do princípio, na medida em que se deixaria de concebê-lo com a expressão conceitual do juízo de desvalor reconhecido na realidade do fenômeno. A ofensa ao bem jurídico causada pela conduta deixaria de ser mais um dado fenomenológico – verificável na realidade prática – para se tornar apenas algo concebido por força da própria intervenção normativa do direito.

Isso significa dizer que a descrição do fato pressuposto não se contentaria em reconhecer e ajuizar sobre determinados fenômenos a serem proibidos, mas também substituiria elementos e completaria lacunas da própria descrição do fato. Em última instância, tratar-se-ia da intensa confusão de duas etapas necessárias para a intervenção penal fragmentária, a compreensão do fenômeno a criminalizar e o juízo feito em relação ao fenômeno a criminalizar.

Também se mitigaria a capacidade analítica da categoria, apta a distinguir três conceitos doutrinários diferentes na globalidade do fenômeno criminal, nomeadamente a conduta penal, o nexos de causalidade e o resultado ofensivo. O nexos de causalidade consiste em dado imprescindível para a estruturação do juízo de ofensividade, dado que expressa em si tanto o liame entre a conduta e o resultado,

¹⁹⁵ MANTOVANI, «*offensività nel codice penale peruviano*», p. 394. Ademais, na tradição jurídico-penal italiana, o princípio da ofensividade é mesmo fundamento material do bem jurídico, mas sabidamente, justamente por assim o ser, também é incapaz de amalgamar-se ou de confundir-se com esse. Assim, por exemplo, em NISCO, «*Controle das escolhas de incriminação*», p. 29.

quanto aquilo que separa ontologicamente a conduta do resultado. O direito penal, sem a necessidade de verificar concretamente a existência da causação da ofensa ao bem jurídico, tende à incapacitação analítica do princípio. Pois a integral construção normativa do nexu cria o perigo de uma realidade ficcional, na qual se poderia ligar uma qualquer conduta a um qualquer resultado apenas para fins jurídicos.

Há, portanto, aqui razão suficiente para afirmar que a preservação do direito penal democrático destinado à intervenção social fragmentária exige o respeito ao princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iuria*) e, mais do que isso, ao seu pressuposto essencial, contido no princípio da causalidade (*nulla iuria sine causa*). Se é verdade que o reconhecimento ontológico da relação causal é imprescindível para a defesa do direito penal centrado no desvalor do resultado, também é correto, em sentido inverso, que a renúncia ao referencial da causalidade fragiliza os limites da distinção entre as noções de conduta e de resultado criminal.

Os limites legítimos à intervenção penal não se alteram significativamente neste ponto específico, caso seja outra a perspectiva de entendimento e de fundamentação do direito penal. Depois de expor a argumentação com base no ilícito, falta refletir e testar os fundamentos pela ótica da pena criminal.

Independente da adoção de um critério de justiça retributiva ou da defesa de uma razão de eficiência preventiva, parece haver pontos inultrapassáveis sobre as desafiantes temáticas relacionadas às penas criminais. Isso, porque, ao fim, autonomamente em relação ao fundamento da pena, sempre se persegue uma certa «prontidão», que torna a pena «mais útil» e também mais forte e duradoura «no espírito humano», por meio da «associação» entre o crime e a pena.¹⁹⁶ Deve se proceder de tal modo a ter «um como a causa e a outra como efeito necessário e inelutável», o que é mais perceptível à medida que «menor é a distância do tempo que passa entre a pena e o crime».¹⁹⁷

Para o entendimento da pena como retribuição da culpa do autor,¹⁹⁸ somente é justo punir a conduta causadora da ofensa ao bem jurídico. Por decorrência lógica, todas as outras condutas não imprescindíveis para a concreta ofensa – quer capazes

¹⁹⁶ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p.103.

¹⁹⁷ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p.103.

¹⁹⁸ COSTA, *O perigo*, p. 386; COSTA, «sentido da pena», p. 209; RUIVO, «O fundamento da pena criminal», p. 183-184.

de aumentar o risco na comissão, quer de diminuir o risco da sua produção na omissão – não são causa do resultado a exigir retribuição penal. De outro modo, a ampliação das condutas dignas de punição,¹⁹⁹ apoiada na deturpação do critério fundamentador, impediria o atingimento do fim de realização da justiça penal, desde o equívoco presente no seu ponto de partida.

Para o entendimento prevencionista da pena,²⁰⁰ apenas a conduta capaz de causar ofensa ao bem jurídico deve ser proibida por fins cautelares. Por exceção, todas as outras condutas que não tenham idoneidade ofensiva são permitidas (*permitted quod non prohibetur*).

A relevância democrática da vinculação da pena aonexo de causalidade pode ser colhida na história dogmática do direito penal por meio de um entendimento justamente contrário a isso. Digno de recordação é o reconhecimento de Edmund Mezger sobre o fundamento da pena, durante a expansão do direito penal levada a cabo pelo nacional-socialismo. Mezger tinha perfeita consciência de que, para a pena criminal cumprir «tarefas de proteção» social, deveria encontrar «fatores de natureza de todo diversa daquela de fatores apenas ‘causais’».²⁰¹ Isto é, uma pena não orientada apenas à retribuição da culpa pelo cometimento do fato, mas sim a uma lógica de atuação guiada por um «pensamento de proteção» característico do «direito penal da vontade».²⁰²

O encaminhamento de uma conclusão parcial neste ponto exige, por relevo ao fato, que o fundamento do direito penal não pode ser reduzido ao fundamento da pena. Nem mesmo os problemas específicos acerca de uma eventual dificuldade de obtenção de consonância doutrinal e da melhor determinação da diferença entre o fundamento e as finalidades da pena criminal são capazes de invalidar ou retirar a

¹⁹⁹ Os critérios para a incriminação de condutas de «merecimento de tutela penal» e de «carência ou necessidade de tutela penal» encontram-se explicados em COSTA, *O perigo*, p. 467; COSTA, *Noções fundamentais*, p. 172-173 e ANDRADE, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal”», p. 173-205. Uma leitura aproximativa das noções de merecimento, necessidade e dignidade penal à análise da estrutura trifásica da proporcionalidade pode ser lida em RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 43-44.

²⁰⁰ Para uma exposição sintética das principais doutrinas, ver RUIVO, «O fundamento da pena criminal», p. 185-194.

²⁰¹ MEZGER, «Vergeltung und Schutz», p. 110.

²⁰² MEZGER, «Kriegsstrafrecht und Kriegsstrafverfahrensrecht», p. 62. Maiores explicações sobre a doutrina da pena, no «direito penal da vontade», encontra-se em MEZGER, *Deutsches Strafrecht/1943*, p. 159.

legitimidade do direito penal, nem como ciência jurídica,²⁰³ nem como prática cultural.

Por fim, pode se afirmar que o reconhecimento ontológico do nexo de causalidade é orientador da conformação fragmentária do direito penal e igualmente impeditivo do incremento do idealismo normativista de pendor funcionalista.

5.2. A causação da ofensa como pressuposto da imputação penal justa (*nulla imputatio poenali iusta sine causa*) e da realização da justiça penal

«Honeste vivere, neminem laedere,
suum cuique tribuere»
(Domitius Ulpianus, *Regulae a Justitia*, l.1)

O processo de reconhecimento normativo pelo direito penal da ontologia do nexo causal deve obrigatoriamente satisfazer as finalidades de realização do direito como um todo, especificamente naquilo que a causalidade é apta a cumprir. Tem-se afirmado corretamente que o qualificativo de direito – dirigido a alguma ordenação normativa – justifica-se quando há especificamente a preocupação com «o sentido de ser justo».²⁰⁴

No início do século passado na Alemanha, propôs-se a reflexão sobre a contribuição da ontologia em geral e das leis causais em específico, para alcançar uma eventual fundamentação do direito penal alicerçada numa filosofia material. Por exemplo, Edmund Mezger, com intenção de superar, por um lado, a

²⁰³ Assim já chamava a atenção Ernst Mayer para quem, se o direito penal assim procedesse, teria o seu fundamento reduzido à metade, pois uma teoria do direito penal é antes uma teoria das normas com base no «direito político» e na «filosofia do direito» (MAYER, *Lehrbuch*/1923, p. 417 e ss.). Seguindo o pensamento de Mayer, RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, p. 828.

²⁰⁴ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 95. No mesmo sentido, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VIII; NAUCKE; HARZER, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, p. 2, nm. 5 e, em Portugal, NEVES, «unidade do sistema jurídico», p. 120; BRONZE, *Introdução ao Direito*, p. 135 e 137. Isso não quer dizer que se desconheçam outras orientações acerca da finalidade do direito, como, por exemplo, o amplo debate que aconteceu, na Alemanha, na primeira metade do século passado, entre as doutrinas da «segurança das condições de vida em sociedade» e as doutrinas do «direito justo». Em apreciação crítica a respeito delas, ver MEZGER, *Sein und Sollen*, p. 80 e ss., 103 e 105. Anteriormente, contrário às pretensões de estabelecer a justiça ou a religião como «fundamento positivo do juízo penal» (CARRARA, *Parte speciale*/1864/1, p. 16 e 18).

«jurisprudência formal» de Kelsen e, por outro, a tradicional polêmica entre a «base jurídico-filosófica da escola de direito natural» e a «escola histórica» ofereceu uma fundamentação própria.²⁰⁵ Segundo essa orientação, a conformação do «direito justo» dependeria da verificação da «dada natureza do homem», especialmente a atenção ao «caráter psicológico do homem» e as «suas necessidades psicológicas e leis».²⁰⁶

A razão e a natureza humana seriam variáveis ao longo dos períodos de tempo, o que alteraria por consequência os direitos fundamentais do homem.²⁰⁷ Diante dessa realidade, o direito assumiria como objetivo final a «promoção da vida social», por meio do impreciso e questionável «fundamento socio-psíquico do dever».²⁰⁸ A verdade é que reconhecer os limites ontológicos na constituição e fundamentação do direito não significa a necessidade de aderir a razões sociopsicológicas, a partir de uma determinada compreensão da criminologia e da psicologia social.

Ademais, segundo as regras de rigor lógico, não se pode confundir os planos. É impossível deduzir por meio da subsunção um eventual dever normativo desde uma qualquer realidade fática própria do ser. Essa é uma das razões que demonstram a necessidade de uma compreensão de filosofia material para evitar a crença de que o normativismo jurídico poderia resumir-se ao puro dedutivismo lógico em desconsideração dos limites de sentido estabelecido pelo «mundo dos fatos».²⁰⁹

Também é certo que a afirmação da relevância de o direito buscar a justiça não exaure a tradicional discussão sobre o fundamento e sentido da justiça, motivo pelo qual se torna importante pontuar um breve esclarecimento sobre o seu fundamento. A intenção de compreensão do direito, localizado numa tradição vigente em determinadas condições de tempo e de espaço, afasta a admissão da sua fundamentação baseada em critérios quer formais, quer idealistas.²¹⁰ Sendo assim, a

²⁰⁵ MEZGER, *Sein und Sollen*, p. 104-105, nota 104.

²⁰⁶ MEZGER, *Sein und Sollen*, p. 104-105.

²⁰⁷ MEZGER, *Sein und Sollen*, p. 104.

²⁰⁸ MEZGER, *Sein und Sollen*, p. 80 e ss., 103 e 105.

²⁰⁹ KAUFMANN, *Filosofia do direito*, p. 115.

²¹⁰ COSTA, *Noções fundamentais*, p. 11, nm. 21.

própria finalidade do direito penal não pode ser outra que a realização da «justiça penal historicamente situada».²¹¹

Mais pormenorizadamente, para alguns, seria mesmo a principal tarefa da dogmática penal «possibilitar que se faça a justa imputação».²¹² Antes disso, todavia, é necessário ter bastante claro o conteúdo exato que deve ser imputado a quem como sua obra, algo que só pode ser satisfeito por meio do oferecimento de categorias e princípios suficientemente precisos, a ponto de orientar a atribuição do resultado ofensivo ao autor da conduta causadora desse resultado.

É, justamente neste espaço, que surge a relevância do estudo da causalidade. Conforme se afirmou, a relação de causalidade entre a conduta e o resultado não pode ser idealmente concebida pela juridicidade, mas antes apenas reconhecida, desde a identificação da sua estrutura fundamental e do método adequado para o seu diagnóstico nos casos concretos. Decerto o reconhecimento jurídico-penal que se faz do fenômeno criminal – exatamente como em todas as áreas na qual intervém – é sempre fragmentário como os seus limites ontológicos e como o seu modo de ser comportam.²¹³

A própria formação das noções e categorias da dogmática é realizada por meio de um processo de seleção de propriedades do fenômeno na qualificação normativa da realidade fática.²¹⁴ Inevitavelmente a intervenção jurídico-penal na realidade é sempre valorativa, à medida que escolhe as características priorizadas e as excluídas, valendo-se de várias situações fáticas semelhantes, que vão resultar na síntese que o conceito incorpora e operacionaliza. Isso porque somente com o reconhecimento do processo causal pela ordem normativa é que ele «preenche a sua função social»²¹⁵ e adquire operacionalidade sistemática a título de categoria jurídica.²¹⁶

²¹¹ COSTA, *Noções fundamentais*, p. 11, nm. 24.

²¹² HASSEMER, «Neurociências e culpabilidade» p. 222. É por isso que a atividade da dogmática não pode se consumir na instrumentalização das tarefas da política-crime, mas mais do que isso o direito penal – conforme destacou Karl Hall – pretende, diante dos «aparecimentos» do crime, não «alterar, senão interpretar» o fenômeno. Sobretudo, se for considerado que «não é sua tarefa lutar contra o crime, senão dar um pouco de Antropologia» ao entendimento do ordenamento jurídico-penal (HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 35).

²¹³ Sobre a necessária fragmentaridade do direito penal, ver COSTA, «a fragmentaridade», p. 22.

²¹⁴ Sobre isso, VILANOVA, *As estruturas lógicas*, p. 46.

²¹⁵ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 105.

²¹⁶ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 100.

Assim, enfatiza-se a relevante distinção entre categorias de conteúdo ontológico e de conteúdo normativo, pondo em destaque tanto os pontos de contato, quanto os limites legítimos à normativização da doutrina analítica do crime.²¹⁷ Para além disso, os «conceitos fundamentais da ciência» não se perfectibilizam tendo como conteúdo «autênticos conceitos ontológicos».²¹⁸ Ao contrário, «os conceitos ontológicos originários» exigem uma apuração «antes de toda a definição científica», de forma que «a partir deles, se possa primeiro avaliar de que modo restritivo e circunscrito em cada caso, e, desde uma focagem determinada, se os conceitos fundamentais das ciências atingem o ser, captável em termos puramente ontológicos».²¹⁹ Esse é justamente o caso do reconhecimento da dinâmica causal dos fenômenos e do circunscrito aproveitamento de alguns cursos causais para a incriminação de resultados ofensivos.

Por fim, deve-se retornar à breve elucidação das três eventuais formas possíveis de conceber o direito penal e, mais especificamente, a imputação penal, no que diz respeito ao reconhecimento de leis causais, nomeadamente (1) o direito penal estritamente fundado na noção de causalidade, (2) o direito penal fundado estritamente em categorias normativas livre da causalidade e (3) o direito penal com limites máximos estabelecidos pela causalidade.

(1) A primeira forma de conceber o direito penal estabeleceria idealmente o nexo de causalidade na condição de elemento reitor absoluto. A estrutura ontológica do nexo causal e o potencial elucidativo do princípio da causalidade orientariam todas as modalidades de relações entre elementos e conceitos operados no direito penal. A pergunta essencial da responsabilidade penal seria quais resultados pertencem ao autor e não quais resultados podem fazer o seu causador um criminoso.²²⁰

Ocorre que essa concepção não corresponde minimamente à realidade cultural do direito basicamente por duas razões. Uma primeira inerente à própria natureza da dinâmica causal dos fenômenos. O fluir dos processos de causas e

²¹⁷ Objetivo que, por outros meios, já foi buscado por PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 101.

²¹⁸ HEIDEGGER, *A essência do fundamento*, p. 27.

²¹⁹ HEIDEGGER, *A essência do fundamento*, p. 27.

²²⁰ COSTA, «Causality and reasoning», p. 56.

efeitos é constante na realidade dos acontecimentos e sempre quando visualizado retroativamente remete a uma cadeia que tem o seu início na própria origem das causas.²²¹ A forma de análise e de elucidação da relação de causalidade procede por meio da identificação de um fragmento especialmente interessante dessa cadeia, no qual se vislumbra uma causa ou um efeito significativo. No fundo, esse processo de identificação de relevância é imprescindível para o significado e o aproveitamento da informação selecionada no direito penal, que, por vezes, utiliza o «conceito de causalidade jurídica».²²²

Mesmo assim, o juízo de relevância jurídico-penal não é inerente aonexo, mas sim aplicado por intervenção exterior de uma dimensão valorativa humana do fenômeno,²²³ o que torna necessário admitir que, nesse específico sentido, jamais foi possível a conformação puramente causal da doutrina e da prática penal.²²⁴ As próprias categorizações das condutas penalmente relevantes em agir e omitir, quer fundadas nonexo causal ou não, são recortes espaço-temporais de comportamentos – dentre um fenômeno mais amplo e dinâmico –, a partir de critérios axiológicos jurídicos ou pré-jurídicos que lhes confere significado.

A segunda razão refere-se à finalidade do direito penal. O objetivo precípua da metodologia da ciência do direito penal é determinar o modo de realização da justiça na responsabilização de comportamentos causadores de resultados ofensivos. Trata-se de pressuposto essencial à verificação da existência da relação causal, mas a

²²¹ A consciência da qualidade essencialmente ilimitada da dinâmica causal pode ser lida, por exemplo, em LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 53 e 61 e, depois, LARENZ, «Tatzurechnung und 'Unterbrechung des Kausalzusammenhangs'», p. 1011. Sobre eventuais problemas que podem ser suscitados pela má compreensão dessa realidade no direito penal, ver 4º Parte, Capítulo II, Tópico 1.3.1.

²²² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 62.

²²³ Nesse sentido, Engisch afirma que a formação conceitual do direito não pode ter como parâmetro a «mudança no mundo exterior» puramente natural (ENGISCH, *Weltbild des Juristen*, p. 9).

²²⁴ Veja-se, por exemplo, as tentativas de limitação dos cursos causais penalmente relevantes com base nos elementos subjetivos do tipo – a época alocados na culpabilidade – e com base nas noções de previsibilidade em v. Buri (v. BURI, «III. Causalität und Theilnahme», p. 451) e Antolisei (ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 5) e, contemporaneamente, em Donini (DONINI, «garantismo della 'conditio sine qua non'», p. 946) e de expectativa em v. Liszt (ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 2.1). Nesse sentido, Larenz indica que todas as tentativas jurídicas de imputação do fato levadas a cabo tomando em consideração apenas o juízo puramente causal falharam, pois, segundo o rigor da análise lógica, é inválido estabelecer a prevalência de um elo da infinita cadeia causal sobre os outros, como se apenas aquele fosse a verdadeira causa (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61-62). Sobre isso e acerca da possibilidade do direito penal selecionar o componente da lei causal que lhe interessa, ver, respectivamente, 2º Parte, Capítulo V, Tópicos 2.2.1.2 e 2.4

tarefa científica e aptidão conceitual não podem se consumir por aí.²²⁵ Aliás, até porque os instrumentos a serviço do direito penal não são adequados para as investigações das causas de fenômenos, cientificamente desconhecidos, nas mais diversas áreas de intervenção jurídica.

(2) O segundo modelo de estruturação proporia uma visão do ordenamento e da imputação penal livres do referencial da causalidade. Em substituição à base ontológica oferecida pelo nexos de causal, indicar-se-iam cânones e conceitos absolutamente normativos – com conteúdo, fundamento e sentido imprecisos –, muitas vezes, reunidos sob a epígrafe de uma doutrina das normas ou dos deveres. Particularmente problemático são os critérios de legitimação da instituição desses deveres que partem ora da necessidade de atender interesses político-criminais, ora de enunciados lógico-formais marcadamente insuficientes para efetivamente justificar posicionamentos materiais.

Conforme já foi adiantado quando se tratou da relação entre a lei causal e a lei jurídica, conquanto não exista uma relação propriamente de derivação ou subordinação entre elas, também não há a absoluta independência. Pois o modelo que renuncia ao referencial da causalidade criaria a oportunidade de instituição de normas jurídico-penais sem a «possibilidade de eficácia causal», o que, no fundo, significaria a destituição do próprio sentido de norma, exemplificado na prescrição de que «o homem não deve morrer».²²⁶

Perceber tal situação e superar o pessimismo acerca da contribuição dos elementos ontológicos para o direito penal requer que se insista numa questão que, para alguns, poderia mesmo ser descrita como uma crise da imputação consubstanciada na causalidade. Persegue-se a investigação no nexos causal por ter consciência dos benefícios que podem ser obtidos com o entendimento de condições fenomenológicas. Igualmente a eventual «desconfiança» dessas capacidades categoriais não impõem o efetivo «esgotamento das possibilidades de

²²⁵ Hans Kelsen afirmou enfaticamente no sentido de ser «evidente que a ciência jurídica não visa a uma explicação causal dos fenômenos jurídicos: ilícitos e consequência do ilícito» (KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 91).

²²⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 106.

um pensamento» em geral,²²⁷ mas sim tão somente de uma forma muito específica de entendimento desse fenômeno. Nessa situação, somente a reflexão crítica teria o condão de resgatar um «renovado sentido de transcendência», capaz de responder «à altura das suas tarefas» e evitar a «queda no niilismo»,²²⁸ no que diz respeito aos fundamentos e os limites materiais da imputação.

Com isso está implícita a compreensão mantida não como intuição, mas na condição de expectativa fundada fenomenológica e juridicamente, de que, segundo determinadas diretrizes, é possível apresentar o problema da causalidade da omissão imprópria em outro patamar dogmático. Quer como proposta de reconhecimento da essência dessa causalidade, quer como sugestão da correspondente metodologia de cognição e de demonstração do vínculo no caso concreto pretende-se oferecer uma nova exposição. E, assim, se concebe não por um ato de crença irrazoável, mas por identificar a real existência do problema e também antever concretos elementos capazes de fornecer a possibilidade efetiva de atendimento mais rigoroso da exigência legal de identificação do nexo de causalidade.

(3) O terceiro modelo compreende o limite máximo de imputação penal legítima fundado na ontologia do nexo causal. A causalidade é uma categoria essencial que serve como «inescapável estrutura do conhecimento científico» na ordenação do juízo penal,²²⁹ sendo mesmo apontada, por parte da doutrina, como localizada no exato centro da questão da imputação.²³⁰

O nexo de causalidade tem uma dimensão ontológica não apenas prévia, mas efetivamente transcendental ao direito, o que invalida pretensões substitutivas por elementos normativos ou mesmo conformações utilitárias, a fim de realizar interesses axiológicos ou político-criminais. A sua convocação, no direito penal, tem claro valor como referencial de garantia do acusado, certeza, racionalidade e controlabilidade da realização judicial,²³¹ com a finalidade de resguardar a atribuição a cada um daquilo que é efetivamente resultado da sua conduta. A categoria da

²²⁷ Sobre a «condição de crise e urgência da crítica no domínio do pensamento», ver NEVES, *Questão De facto*, p. 63.

²²⁸ NEVES, *Questão De facto*, p. 63.

²²⁹ COSTA, «Causality and reasoning», p. 60 e 63-64.

²³⁰ Em sentido, diametralmente oposto, KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 17.

²³¹ COSTA, «Causality and reasoning», p. 57.

causalidade aporta simultaneamente o fundamento e o limite máximo do juízo normativo de imputação jurídica de resultados.

Por isso, a ampla maioria da doutrina demonstra ter límpida consciência de que o nexo de causa e efeito é condição necessária, mas não suficiente para a imputação do resultado e para, por conseguinte, a responsabilização penal do autor da conduta. Tal convicção teórica consegue-se perceber na dogmática dos crimes comissivos de resultado,²³² na qual se utilizam outros critérios normativos adicionais quando a situação exige.²³³ Cabe, neste trabalho, tentar oferecer fundamentos e critérios mais claros e seguros para o fortalecimento do direito penal democrático, naquilo que diz respeito à essencialidade do nexo causal para a imputação também dos crimes omissivos impróprios de resultado danoso.²³⁴

²³² Assim, por exemplo, em Portugal, DIAS, *Direito Penal*, p. 323, §4; COSTA, «Causality and reasoning», p. 60 e 63; MENDES; CARMO, «modelo semântico de representação da causalidade», p. 76; na Alemanha, JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, nm. 1, p. 277; PUPPE, «Vorbemerkungen zu §§13ff», p. 453, nm. 80; na Argentina, PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 100; sobre o direito anglo-americano, MOORE, *Causation and responsibility*, p. vii e 21.

²³³ Faria Costa ressalta o equívoco metodológico que consistiria introduzir novos critérios doutrinários nos casos cobertos pelas soluções fornecidas mediante a doutrina da causalidade adequada (COSTA, «Causality and reasoning», p. 63).

²³⁴ Parte da doutrina afirma que a imputação não precisa estar ligada à existência da causalidade (ROXIN, *Strafrecht/2*, §31, nm. 41, p. 640), embora, especificamente Roxin, assumia uma causalidade como «condição conforme a lei» no sentido de Engisch, Puppe e Hilgendorf (ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 42, p. 640-641). Em sentido contrário, por exemplo, na Áustria, FABRIZY, *Strafgesetzbuch*, p. 32, nm. 10.

2º PARTE – A NATUREZA DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

A presente investigação, ao buscar o melhor entendimento e a solução do problema que se coloca, insistirá num estudo visto, por alguns, com demasiado ceticismo. Antolham-se ganhos que o adequado reconhecimento da relação de causalidade entre a omissão e o resultado criminoso eventualmente oportunizaria ao jurista na precisão metodológica e na ampliação do horizonte de possibilidades de leitura constitucionalmente adequada do tipo da omissão imprópria. Acredita-se ser demasiado perigoso inverter a metodologia de investigação e iniciar diretamente pela parte que trata do método de verificação e do grau de certeza necessário para a imputação do resultado ao autor da omissão, sem antes devidamente identificar qual a natureza desse vínculo.²³⁵ Mesmo porque a correção e a calibragem do método de verificação depende insuperavelmente do reconhecimento da natureza daquilo que se pretende constatar. E, aliás, como se verá no decorrer do trabalho, igualmente a exigência em relação ao grau de probabilidade do fenômeno investigado está sujeita à essência do próprio fenômeno.

O desenvolvimento das compreensões acerca da natureza da conduta omissiva e, mais especificamente, a sua efetiva relação de causalidade com o resultado ofensivo não seguiu processo linear.²³⁶ Como sói acontecer com o amadurecimento das idéias jurídicas, não houve uma evolução de constituição

²³⁵ Aqui é importante frisar que a colocação do objeto de investigação deve partir com a pergunta mais ampla possível, que seja incapaz de rejeitar de plano eventuais caminhos que o estudo pode tomar. Por isso a questão é sobre a natureza da causalidade e não – como se poderia supor em razão da influência da doutrina majoritária alemã – sobre a qualidade especificamente jurídica, ou seja, a natureza jurídica da causalidade. Anuir, desde logo, com esse corte no horizonte de possibilidades poderia significar a adiantada redução do objeto de estudo – sem maior fundamento para além do argumento de seguir a maioria – e um demasiado risco de comprometer irremediavelmente às conclusões que se pretende chegar. Sobre a doutrina majoritária alemã, ver *n.g.* JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, nm. 3, p. 618-619.

²³⁶ E, aqui, parece não se poder evidenciar uma evolução dogmática, mas sim um desenvolvimento no tempo no qual algumas propostas podem mesmo significar um retrocesso em pontos fundamentais para a certeza e a justiça na realização do direito. Em sentido contrário, apresentando uma «evolução histórico-dogmática», HUERTA TOCILDO, *delitos de omisión*, p. 24. Embora feita em outro contexto específico, interessante é a clara oposição de Sousa Mendes à «tendência assaz difundida entre os tratadistas» de apresentação da história do pensamento penal na forma de uma «evolução de continuidade» ou «gestação por etapas» (MENDES, *O torto intrinsecamente culposos*, p. 320, nota 709).

apodíctica consumatória. Os elementos de base de cada uma das propostas e as perspectivas culturais que as possibilitaram foram – e continuam a ser – aproveitados, repetidos e adaptados em diferentes períodos e espaços geográficos, a ponto de exigir amplo estudo dessa complexidade irreduzível à síntese progressiva univertorial.²³⁷ Evidencia-se serem doutrinas que não encontram consonância mesmo na maneira de perceber o próprio direito, identificar as suas legítimas características, esclarecer a sua axiologia e fundamentação, bem como delimitar as suas finalidades e o lúdico espaço de intervenção jurídico.

A identificação dos valores, das finalidades e das linhas de força que transpassam e sustentam as formulações demanda atenção aos principais momentos de expressão das propostas de solução do problema posto. E com isso, ainda que não se apresente um estudo de filosofia do direito penal, mas sim um trabalho dogmático propositivo voltado à realização prático-prudencial do direito penal, alguma semelhança não insignificante guarda com a reflexão filosófica.²³⁸ Busca-se, para tanto, o contato imediato com os argumentos jurídicos e, logo, apenas quando considerado oportuno ao entendimento da apropriação das ideias pela específica racionalidade jurídico-doutrinal, convocar-se-á a matriz filosófica.²³⁹ O referido

²³⁷ E tal estudo tem a sua importância majorada se é levado em consideração que, para alguns, mesmo o tempo atual seria marcado por certa «coexistência de elementos» e ideias temporalmente diversas e não tanto caracterizado pela «substituição gradual de uns por outros» (MARTINS, *«fronteiras da ideia de Europa»*, p. 36). Enquanto, para outros, viver-se-ia uma tal complexidade digna de um período de transição que culminaria na superação do paradigma moderno por um modelo pós-moderno de cultura e de ciência (SANTOS, *sobre as ciências*, p. 36-37 e SANTOS, *ciência pós-moderna*, p. 11 e ss.). Sobre a qualificação do nosso tempo e os problemas penais que interpelam, Faria Costa reflete que a eventual superação da modernidade seria cronológica – e por isso reconhecível no sufixo «pós» – e não propriamente de sentido numa inequívoca forma distinta do homem refletir e ser no mundo, para as quais seguiria a valer, em muito, as características modernas. Conceitualmente, uma «tardo-modernidade», isto é, uma modernidade «que se mostra tardia ou eventualmente já em ocaso mas, de qualquer maneira, ainda modernidade» (COSTA, «Bioética», p. 115-116, nota 5 e, depois, COSTA, «Babel ou esperanto universal?», p. 12, nota 6).

²³⁸ Sobre pontos de aproximação entre direito e filosofia, COSTA, «Um olhar doloroso sobre o direito penal», p. 69-70, nota 2. Tim de Souza compreende que toda filosofia constitui na sua essência uma «crítica da razão» por meio do «cuidadoso processamento crítico da(s) racionalidades vigentes em uma determinada época, desde a percepção qualificada e situada em um determinado *locus* cultural específico que, não obstante, resgata arqueológica e genealógicamente o passado e abre efetivas possibilidades compreensivas-propositivas ao futuro» (SOUZA, «nervo exposto», p. 25). A respeito da tradicional proximidade do direito penal com a filosofia na Alemanha, ver HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien», p. 11. E mais, especificamente no campo da filosofia que se dedica ao direito, nota-se uma «estreita ligação» da filosofia do direito com o direito penal, COSTA, «sentido da pena», p. 210, nota 12.

²³⁹ Pois não se desconhece que o pensamento jurídico e a ciência em geral são, em última instância, tributários do conjunto de ideias de uma época, assim em MONCADA, «Existencialismo», p. 409.

contato dar-se-á por meio da exposição narrativa dos principais argumentos e idéias, de modo que as conclusões possam estar sob o controle do rigor analítico, e os eventuais desvios argumentativos sejam perfeitamente identificáveis.

O esforço pelo tratamento imediato dos textos dos séculos XVIII, XIX, XX levado a cabo não se dá propriamente em razão de especial vocação ou preparação metodológica para o estudo histórico da dogmática penal, antes por dever de reflexão em relação ao problema no seu contexto de desenvolvimento e maturação históricos, mas também em relação às tentativas de solução que a literatura penal já produziu e, assim, avaliar as bondades para elucidação da questão posta. Com isso se evita, ao menos, a pretensão de criar o que já existe.

A manifestação histórica da dogmática dos crimes omissivos também é, até certo ponto, uma parte da história de relacionamento do direito penal como prática cultural com a realidade concreta do mundo. Nas várias compreensões, fruto dos mais diversos pontos de vista, está sempre em questão – mesmo quando em linhas sutis – o limite de legitimidade da lei penal e em que proporção essa legitimidade depende e relaciona-se com a ontologia natural.

I. A DOUTRINA DO DEVER JURÍDICO COMO ANTECESSORA DO DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA CAUSAL. A DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OMISSIVA EM SENTIDO AMPLO

A intenção de conformação do âmbito legítimo de aplicação dos crimes omissivos aparece no último quarto do século XVIII na Alemanha. É possível identificar com clareza, no *Criminalrecht* de Ernst Westphal, a observação de que a punibilidade das omissões pressupõe a existência de «deveres especiais» de evitar o resultado e, portanto, nas hipóteses em que inexistirem tais deveres equiparáveis, também a «*comissio* não será crime». ²⁴⁰

²⁴⁰ WESTPHAL, *Criminalrecht*, observação n° 7, §2, p. 13. Vale notar que Westphal entende o desvalor do ilícito omissivo não como equivalente ao ilícito comissivo, de modo que quando se pune deve ocorrer sempre de modo «mais brando» (*gelinder*) (WESTPHAL, *Criminalrecht*, observação n° 7, §3, p. 13). Mais de um século depois, Albert Berner também refere a exigência de um «dever especial para agir» (BERNER, *Lehrbuch/1891*, §63 p. 113).

Mais adiante, em Christoph Carl Stübel, encontra-se o recurso ao «dever de evitação do crime» que – em caso de não observância especialmente nas hipóteses em que o obrigado apresentaria «capacidade física» para tal – teria o condão de qualificar também o omitente como autor da infração, haja vista que ele seria «causa da existência desse crime» igualmente àquele que agiu positivamente.²⁴¹

Já em Paul von Feuerbach, a descrição do dever é apresentada de modo mais pormenorizado. Convoca o *De crimine omissionis* de Carl Winkler de 1776²⁴² no sentido de afirmar a exigência de especial fundamento jurídico, decorrente da lei ou do contrato, para a configuração do crime omissivo impróprio e a responsabilização do seu autor.²⁴³ Von Feuerbach prossegue que o juízo de culpa, em razão da determinação da vontade de contrariedade à lei (*Gesetzwidrigkeit der Willensbestimmung*), pressupõe a possibilidade física do agente para, com a sua conduta, «prevenir o efeito contrário à lei» (*gesetzwidrigen Effect zu verhüten*).²⁴⁴ Essa exigência, uma vez ausente, qualificaria a lesão ocorrida à pura casualidade.²⁴⁵ Não há menção ao nexo causal da omissão, conquanto – na edição seguinte do manual em 1808 – possam ser encontradas claras diretrizes gerais sobre o nexo de causalidade para a comissão, no sentido de que «toda a infração pressupõe uma determinada pessoa como causa efetiva (*wirkende Ursache*)», assim como se denomina

²⁴¹ STÜBEL, *Thatbestand der Verbrechen*, §43 e 44, p. 55-56. Embora Stübel não tenha exposto de maneira suficiente clara – conforme bem percebe Clemens – a relação de causalidade está indiretamente relevada em sua doutrina (CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht*, p. 14).

²⁴² WINKLER, Carl Wilhelm, *De crimine omissionis*, dissertação na Faculdade Direito da Universidade de Leipzig, 1776. A obra de Winkler é referida desde a primeira edição do manual em 1801 – ainda que não constasse alguma referência específica ao dever de evitar o resultado –, quando se qualificou o crime omissivo como sendo uma conduta negativa (v. FEUERBACH, *Lehrbuch/1801*, §29, p. 23-24). Também, já na primeira edição na parte especial, v. Feuerbach faz, ao menos três, pontuais observações a respeito da omissão, ao afirmar, por exemplo, que o homicídio «pode ser cometido tanto por meio de conduta positiva, quanto por meio de conduta negativa. A última exige uma conduta positiva para a responsabilidade, cuja omissão foi a causa necessária da morte do outro». A menção à conduta negativa, como capaz de realizar o crime, ocorre ainda para os crimes de injúria, nos casos da omissão de ações exigidas para com os outros como «demonstração da sua excelente honra» (*Zeichen seiner vorzüglichen Ehre*), e de lenocínio na hipótese de relações em que é pressuposta a «obrigação de vigiar a virtude dos outros» (v. FEUERBACH, *Lehrbuch/1801*, §244, p. 192, §320, p. 248-249 e §504, p. 508-509).

²⁴³ v. FEUERBACH, *Lehrbuch/1805*, §24, p. 24-25. Na essência, a formulação trazida por Feuerbach, com origem na obra de Winkler, é destacadamente próxima a que veio se consolidar nas fontes do dever de garante na dogmática contemporânea.

²⁴⁴ v. FEUERBACH, *Lehrbuch /1805*, §54, p. 49.

²⁴⁵ v. FEUERBACH, *Lehrbuch /1805*, §54, p. 50.

auctor delicti a pessoa em cuja vontade e ação está compreendida «a causa suficiente (*hinreichende Ursache*) que produziu o crime como seu efeito».²⁴⁶

Pouco mais de duas décadas adiante, Stübel, numa monografia sobre o concurso de agentes, volta ao tema no atinente à participação negativa na realização do crime para completar que o dever jurídico de agir incide em casos nos quais «existem relações especiais» ou apresentam «ações precedentes» que justificam o dever de intervenção posterior.²⁴⁷ Invoca os exemplos da relação de cuidado que os pais mantêm em relação aos seus filhos, particularmente quando estes apresentam completa dependência de modo a ser notável a existência do «cuidado necessário de conservação da vida», bem como o caso no qual alguém é colocado por outra pessoa numa determinada situação extrema, cuja manutenção da vida se torna inteiramente dependente da ajuda dessa pessoa que a colocou em tal condição.²⁴⁸

A preocupação doutrinal deste período recaía mais sobre o tema geral da responsabilidade que propriamente sobre a causalidade da omissão imprópria.²⁴⁹ A reduzida compreensão do fenômeno omissivo induzia a duvidar da oportunidade de reconhecimento da relação de causalidade da omissão imprópria, bem como impedia o estabelecimento de uma síntese, na parte geral do Código Penal, da diversidade dos casos omissivos da Parte Especial, a ponto de se verificarem apenas esparsas afirmações sobre a causalidade omissiva nos crimes em espécie.

A título de doutrina geral entregava-se a questão da responsabilidade apenas ao estudo do ilícito, o qual seguia o impreciso regramento da gramática da lesão do dever de agir.²⁵⁰ E, portanto, conforme a dogmática posterior elucidou, se a lesão do

²⁴⁶ v. FEUERBACH, *Lehrbuch/1808*, §44, p. 44-45.

²⁴⁷ STÜBEL, *Theilnahme mehrerer Personen*, 1828, §37, p. 61. A intenção de Stübel é rejeitar a associação direta e absoluta de que todo aquele que não realiza uma conduta para evitar a realização do crime, quando estava em condições para tal, deve ser também considerado como «causa do cometimento (*Verübung*) do crime» (STÜBEL, *Idem*, §37, p. 58-59).

²⁴⁸ STÜBEL, *Theilnahme mehrerer Personen*, §37, p. 61.

²⁴⁹ Assim sublinha Joachim Schwarz quando trata dos autores dessa etapa doutrinal (SCHWARZ, *echten und unechten Unterlassungsdelikten*, p. 16), no mesmo sentido e imputando a ausência de autonomia da causalidade na doutrina do crime à influência da filosofia kantiana, TAVARES, *crimes omissivos*, p. 35. Diante da ausência de tratamento autônomo do nexos causal, Gand qualificou o período como sendo uma «fase pré-científica» da doutrina penal alemã, que se assemelhava ao estágio de desenvolvimento da doutrina francesa – não propriamente do início, mas do final do século XIX – da época em que escreve a sua monografia (GAND, *Commission par omission*, p. 16). Sobre a pretensão de obter estatuto científico para o direito penal por meio da importação do paradigma «empírico-analítico» e «físico-matemático», ver COSTA, «Causality and reasoning», p. 57.

²⁵⁰ CLEMENS, *Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht*, p. 14-16.

dever de agir pode ser relevante para a determinação da punibilidade tendo em vista o sentido ético e jurídico da omissão, essa não apresenta qualquer significado na identificação da condição causadora do resultado.²⁵¹

São perceptíveis as bases lançadas na prescrição dos espaços de incidência do dever de garante²⁵² essenciais para a identificação e para o tratamento dos lídimos casos de comusão por omissão e, sobretudo, para o esclarecimento da verdadeira conformação existente entre a relação de causalidade e o dever de garante. Agora, entretanto, algo curioso deve ser salientado desde já. Passados mais de dois séculos, com todos os aperfeiçoamentos que se acredita alcançados na ciência do direito penal, uma certa dogmática, que não reconhece integralmente as propriedades do nexu causal, volta a insistir na hipertrofiada percepção do dever de garante como principal meio para a determinação da responsabilidade nos crimes omissivos impróprios.

²⁵¹ Com maiores detalhes, 2º Parte, Capítulo II, sobretudo, Tópico 5.

²⁵² Na essência, os casos cobertos pela dogmática do dever de garante foram identificados nesse período, como refere Bacigalupo (BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, p. 28).

II. DOCTRINAS ETIOLÓGICAS DA FORÇA EFICAZ DA CAUSALIDADE SOB A REGÊNCIA DO PARADIGMA MECÂNICO-NATURALISTA

1. A doutrina da ação contemporânea (*aliud agere*) (Luden, Redslob)

«Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea,
quia non facit: et qui facit quod facere non debet,
non videtur facere id quod facere iussus est»
(Paulus, 13 ad ed., Dig. 50.17, L.121-
De diversis regulis iuris antiqui)

É com Heinrich Luden que a questão doutrinal ganha em rigor e profundidade por meio da colocação em evidência do problema jurídico da causalidade da omissão. Após oferecer tratamento à participação negativa no crime, cuja incidência sem melhor delimitação sensivelmente inquietava a dogmática da época,²⁵³ distingue-a dos casos nos quais a omissão, conforme as leis de causalidade, aparece como a única causa do resultado criminal.²⁵⁴ Primeiro, a respeito da participação omissiva, sustenta que o «dever cívico» (*Staatsbürgerpflicht*) geral não seria capaz de levar à ilimitada responsabilidade de denunciar e evitar os crimes, uma vez que se trata de prescrições legais expressas que consideram alguma especial característica da pessoa ou do crime.²⁵⁵ Além do mais, objetivamente, não evitar o resultado não pode ser afirmado como causa do crime, pois «a causa do crime situa-se na conduta do verdadeiro autor», também como, subjetivamente, a não evitação não é prova de que o omitente teria *dolus* e queria a comissão.²⁵⁶

A tônica na causalidade mecânica mantém-se presente na abordagem do segundo problema, quando afirma que a omissão sempre apresenta uma ação

²⁵³ Como se constata claramente em Stübel, que trabalha o tema do fundamento da omissão dentro do tratamento dogmático da autoria e participação (STÜBEL, *Thatbestand der Verbrechen*, §43 e 44, p. 55-56 e, depois, STÜBEL, *Teilnahme mehrerer Personen*, §37, p. 58-62).

²⁵⁴ LUDEN, *Abhandlungen / 1836*, p. 472-473.

²⁵⁵ LUDEN, *Abhandlungen / 1836*, p. 471.

²⁵⁶ LUDEN, *Abhandlungen / 1836*, p. 471-472.

positiva caso seja considerada pelo outro lado.²⁵⁷ Parte do pressuposto de que a omissão vista em si mesma não ostenta expressão fática e deve ser enfocada em relação ao mundo natural positivo, dado que, quando o autor omite algo «deve necessariamente ter feito outra coisa e isso deve ser sempre uma ação positiva».²⁵⁸ Essa ação positiva é, por sua vez, considerada a causa da omissão e do resultado criminoso, o que, aliás, seria possível sintetizar numa eventual regra «em todos os casos que, conforme as leis da natureza e sem a colaboração de outro, deve existir necessariamente um resultado criminoso, pode ser imputado, como sua consequência, àquele mesmo, o qual teria podido evitar [o resultado]».²⁵⁹

Por ocasião da escrita do segundo volume do tratado, Luden torna a refletir sobre a omissão e, portanto, apresenta a sua doutrina sobre a causalidade em traços mais precisos e elaborados. Introduce teoricamente a distinção dos crimes omissivos em duas categorias tipológicas – «crime omissivo em sentido próprio» e o crime «começado por uma conduta omissiva» –, com intuito de propor, mais adiante, a equivalência do crime começado com uma conduta omissiva com o crime comissivo.²⁶⁰

A omissão imprópria, em específico, seria designativa do *non facere* causador do resultado criminoso – o que é manifestamente distinto do simples não atuar entendido como crime em si mesmo –, como fica claro na leitura que oferece ao conhecido exemplo da morte da criança por inanição.²⁶¹ A lesão isolada do dever da mãe não é o delito, porque não se trata de um eventual crime de «não realização da responsabilidade de alimentação», mas sim do cometimento do homicídio.²⁶²

²⁵⁷ LUDEN, *Abhandlungen / 1836*, p. 469-470, especialmente, p. 473 e LUDEN, *Abhandlungen / 1840*, p. 223 e 225.

²⁵⁸ LUDEN, *Abhandlungen / 1836*, p. 474.

²⁵⁹ LUDEN, *Abhandlungen / 1836*, p. 474.

²⁶⁰ LUDEN, *Abhandlungen / 1840*, p. 219-220. Os crimes omissivos em sentido próprio estariam de acordo com a definição contida nos antigos manuais alemães do século XVIII, segundo a qual os delitos são explicados como «*violationem legis*»: ora a omissão, de uma lei preceptiva (*Präceptivgesetz*), ora a comissão, de lei proibitiva (*Prohibitivgesetz*). Assim se encontra, por exemplo, em KOCH, *Institutiones iuris criminalis*, §21, p. 26 e ENGAU, *Elementa iuris criminalis*, §15, p. 20.

²⁶¹ O exemplo repetido pela doutrina penal como ilustração paradigmática da omissão imprópria da criança cuja mãe a deixa morrer por inanição já tinha o seu desvalor empiricamente reconhecido no direito romano, no qual recebeu tratamento prático-prudencial por meio da máxima geral de Paulus «*Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*» (Paulus, libro secundo sententiarum, D. 25.3.4 – *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*).

²⁶² LUDEN, *Abhandlungen / 1840*, p. 225.

Luden acredita não subsistirem diferenças propriamente materiais – mas de natureza formal – entre a comissão e a omissão imprópria, porque, ao fim, ambos crimes teriam como fundamento a lesão do «dever coercitivo»²⁶³ (*Zwangspflicht*) reconhecido pela lei²⁶⁴ e, portanto, a diversidade residiria tão-somente no modo distinto como seria perpetrado esse dano.²⁶⁵ Flagrante é a inspiração na máxima de Paulus – contida no Digesto romano, livro 50 – quando apresenta o enquadramento da compreensão do fato omissivo e sintetiza a base para a equivalência: «em todo o mandamento sempre deve estar contida uma proibição, assim como, ao contrário, em cada proibição, um mandamento».²⁶⁶

É exatamente em relação ao pressuposto fundamental da equivalência entre as condutas positivas e negativas que versa a crítica apresentada por August Krug. Julga ser excessiva a pressuposição de que toda omissão também significa, em simultaneidade, a comissão de um outro agir (*aliud agere*) em desatenção ao mandamento contido na legislação, o qual seria a verdadeira causa do crime.²⁶⁷

Krug aproveita, portanto, o exemplo da morte da criança por inanição para espirituosamente ilustrar o quanto absurdas poderiam ser as consequências punitivas fundadas na circunstância de que a mãe deixou de alimentar a criança, por estar ocupada a tricotar meias naquele exato momento. Destaca o fato de que a *causa mortis* não seria nomeadamente a ausência da adequada nutrição, como seria razoável supor, e sim a ação da mãe de tricotar meias, o que, por conseguinte, permitiria concluir que «a criança foi morta pelo tricotar meias».²⁶⁸ Complementa com o exemplo da pessoa que, sem tomar qualquer providência salvadora, observa um

²⁶³ A expressão *Zwangspflicht* empregada com alguma frequência entre os penalistas alemães deste período, também encontra-se traduzida por «dever impositivo», assim em D'AVILA, *Crimes omissivos próprios*, p. 216.

²⁶⁴ Tal forma de fundamentar aparta-se da concepção de crime como *violationem legis* do século XVIII, vez que, agora, o dever está contido na lei que, por sua vez, é o meio pelo qual ele ganha reconhecimento e relevância penais. Entende, em vista disso, que o dever nem se origina, nem se exaure na lei (LUDEN, *Abhandlungen / 1840*, p. 223).

²⁶⁵ LUDEN, *Abhandlungen / 1840*, p. 222-223.

²⁶⁶ LUDEN, *Abhandlungen / 1840*, p. 220. A noção central contida na máxima de Paulus também aparece – mais adiante algumas décadas antes da publicação do manual de Luden – no pensamento filosófico de Friedrich Hegel, manifestado na lição sobre a «Doutrina do direito, deveres e da religião» em 1810 (HEGEL, «Rechts-, Pflichten- und Religionslehre», § 7, p. 234-235) e, posteriormente, nos «Princípios da filosofia do direito» em 1821 (HEGEL, *Philosophie des Rechts*, §38, p. 96-97). Para mais detalhes acerca da duplicidade da expressão normativa em Hegel, ver 3º Parte, Tópico 4.

²⁶⁷ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p. 29-30.

²⁶⁸ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p. 30.

nadador morrer afogado, sendo a causa da morte não a presença inativa ou ausência do observador na margem, mas a imprudência daquele que se joga à água e vem a ser vítima da força da natureza.²⁶⁹

A crítica de Krug não ficou sem resposta, uma vez que Robert Redslob, quase meio século depois, contradiz a ela e àqueles que a seguiram nos seus pressupostos, bem como propõe o aprofundamento da compreensão de Luden. Redslob considera correta a identificação entre agir e omitir, pois a diferença entre ambos os conceitos não se fundamenta na natureza da coisa, mas bem no domínio linguístico, já que a omissão é igualmente condição de resultados criminais.²⁷⁰ O erro da crítica, portanto, consistiria em analisar a proposta apenas em dimensão reduzida, incapaz de transcender a concretude do exemplo suscitado para perceber o modo de manifestação da omissão imprópria e compreender o que a ela subjaz. Esclarece que a atividade de tricotar meias é apenas acidental e não essencial ao fato, o que importaria, sobretudo, seria sublinhar que «a criança não morre porque a mãe tricota meias, mas porque age de uma certa forma que ela não alimenta a criança».²⁷¹

Certo é, todavia, que Luden, no seu manual em 1842, não repetiu a denominada doutrina da ação contemporânea, entretanto é tímido o interesse doutrinal dado a sua segunda compreensão.²⁷² Volta a inovar, uma vez que afirma ser a omissão imprópria a não evitação do resultado criminoso – decorrente de uma conduta positiva de origem natural ou humana – quando era possível o fazer, razão pela qual existe autoria criminal omissiva nos casos que a omissão «situa-se na relação causal» que explica a realização do crime.²⁷³ Em última instância, é a

²⁶⁹ Este exemplo será retomado por Krug para explicar a sua compreensão da relação de causalidade, pois entende que a paralisação, mesmo a saída ou qualquer outro comportamento que o observador tenha tomado durante o evento não guardam a mínima relação causal com o resultado, uma vez que ele teria mesmo se afogado, caso o observador tivesse empregado esforço para salvá-lo, mas infelizmente não tivesse conseguido tê-lo na mão. Ainda, se o observador desejasse a morte do nadador e por isso permanecesse inativo haveria apenas uma lesão da moralidade, o que não é suficiente para justificar a imputação penal por dolo (KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p. 32).

²⁷⁰ REDSLOB, *Kriminelle Unterlassung*, p.17-18.

²⁷¹ REDSLOB, *Kriminelle Unterlassung*, p.19.

²⁷² Mesmo autores como Antolisei, que mencionam a mudança no pensamento de Luden, não vão adiante para expor no que, de fato, consiste a nova compreensão (ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 122, nm. 49).

²⁷³ LUDEN, *Handbuch*, §59, p. 360 e 362. A passagem integral no original consta assim «*Urheberschaft durch Unterlassungen ist vorhanden, wenn die Unterlassung mit der Hervorbringung des Verbrechens in der Art in*

conscientização da relevância causal da omissão a título de não evitação do transcurso que culmina no resultado.

O valor do pensamento de Luden merece ser lembrado tanto pelo aprofundamento e enriquecimento compreensivo doutrinal oportunizado, quanto pelo destaque inédito²⁷⁴ conferido ao tema que ora se estuda, nomeadamente o conceito de omissão imprópria e a exigência de causalidade entre a conduta e o resultado para a responsabilização penal do agente.²⁷⁵ A sua primeira concepção apresenta ampla expressão nos países de língua alemã no século XIX,²⁷⁶ assim como alguma marca no século XX, entre aqueles de língua latina, em Portugal²⁷⁷ e na Itália.²⁷⁸ Luden teve a sensibilidade de perceber a distinta fenomenologia que

Causalzusammenhänge steht, dass ihr die fortdauernde Wirksamkeit der Ursachen zugeschrieben werden muss, aus welchen das Verbrechen hervorging oder hervorgehen konnte» (LUDEN, *Handbuch*, §59, p.360).

²⁷⁴ O aporte para o esclarecimento das modalidades omissivas oferecido por Luden é reconhecido mesmo por Clemens, quem contesta que o autor tenha «descoberto a diferença dos crimes omissivos», dado que na exposição de motivos do projeto de código penal para o estado soberano de Baden, em 1836, – exatamente o mesmo ano de publicação do livro de Luden – é possível perceber esboçada a divisão das omissões. São umas vistas como «regras», cuja existência consiste numa «lesão ou não realização de um verdadeiro dever coercitivo» (*Verletzung oder Nichterfüllung einer wahren Zwangspflicht*), e outras como «exceções», a exemplo a «omissão de denúncia» (*unterlassene Anzeige*) ou «aviso do perigo de um crime» (*unterlassene Warnung des Gefährdeten vor einem Verbrechen*) (CLEMENS, *Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht*, p. 14-16).

²⁷⁵ Vale dizer que Martin, em 1825, já apresentava – na classificação das diferentes modalidades de relação causal, primeiro conforme o critério da força efetiva (ou intelectual, ou física) e, depois, segundo o modo de manifestação exterior da força (ora causalidade positiva, ora negativa) – a menção expressa à eficácia negativa. Todavia não constam maiores explicações para além da enumeração dos pressupostos necessários para a responsabilidade do autor pelos efeitos: a existência de um «dever coercitivo» (*Zwangspflicht*) lesionado e a mudança no mundo exterior (MARTIN, *Lehrbuch*, §47, p. 101, §48, p. 103). Ademais, sobre o esforço de Martin na limitação do poder punitivo pelo direito, em síntese, ver MAIWALD, «Diritto e potere», p. 6-7.

²⁷⁶ Na Alemanha, por exemplo, na primeira versão do manual de v. Liszt aparece o acolhimento expresso à doutrina de Luden, como aquela que explica os «chamados delitos omissivos» não por meio de um «não agir», mas sim de um «agir de outra maneira» (*Andershandeln*) (v. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, §21, p. 81 e nota 3).

²⁷⁷ Assim pareceu compreender Cavaleiro de Ferreira – quando assumiu a lógica do *aliud agere* – ao afirmar que a omissão não é uma conduta positiva em si, mas apenas «enquanto serve de base a um juízo negativo. A ação positiva praticada tornou impossível a prática da acção esperada» e que a relevância jurídica da causalidade «tanto pode ser directa como indirecta, e é precisamente êste último o caso nos crimes comissivos por omissão» (FERREIRA, *Participação criminosa*, p. 65-66). Posteriormente, nas Lições de Direito Penal de 1945, o autor não leva rigorosamente adiante tal entender, pois expressa opinião – mais próxima à especificação proposta por Eduardo Massari – que «a omissão não é diversa, apenas inversa da ação» (FERREIRA, *Lições*, p. 194).

²⁷⁸ Por exemplo, DELITALA, *Il "fatto"*, p. 134; ANTOLISEI, *L'azione*, p. 28 e ANTOLISEI, *L'offesa*, p. 22 (conquanto, mais adiante, em sentido crítico à doutrina da ação contemporânea ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 124-125 e em defesa da condição negativa ANTOLISEI, *Manuale*, p. 163-164); CARNELUTTI, *Lezioni*, p. 193; CARNELUTTI, *Teoria generale*, p. 300; GRISPIGNI, *Diritto penale*, p. 36-37.

carateriza a omissão imprópria e oferecer estudo que pretende satisfazer a necessidade de legitimação material.

A compreensão de que a omissão é a ação positiva desempenhada ao invés daquela que era devida no caso específico (*aliud agere*), embora não atenda exatamente à fenomenologia omissiva, não pode ser desprezada em termos dogmáticos. É interessante observar que a identificação da razão pela qual a conduta omissiva foi praticada poderá advir, no caso concreto, exatamente da observação da ação diversa realizada.²⁷⁹

Entretanto, nem a versão original, nem o desenvolvimento proposto por Redslob são suficientes para a solução dos problemas contemporâneos. Neles o resultado omissivo impróprio é explicado como decorrente de uma causa de natureza positiva inerente à conduta praticada pelo agente, enquanto deveria cumprir o mandamento preceptivo, já não propriamente como consequência direta da omissão, cuja concepção não é a ausência de conduta interventiva, senão um nada causal. Sendo assim, em verdade, obriga-se que a causalidade da omissão tenha apenas a natureza ideal.²⁸⁰ E isso é suficiente para se afirmar que não se trata da específica e inerente causalidade da omissão, senão de uma causalidade a ela relacionada para o cumprimento dos fins de fundamentação da responsabilidade penal.

Em outras palavras, significa que ali Luden não conseguiu satisfatoriamente superar o equívoco da doutrina anterior o qual foi a sua intenção corrigir, isto é, distinguir a natureza da causalidade da lesão ao dever de agir.²⁸¹ Para além disso, explicar o crime omissivo na forma de *aliud agere* não permitiria a responsabilização em duas situações. Não há a verdadeira manifestação exterior de uma ação positiva na hipótese na qual omitente ao dormir deixa de praticar qualquer ação positiva,²⁸² também como faltaria a intencionalidade de provocação causal na omissão culposa

²⁷⁹ GALLO, *teoria dell'azione finalistica*, p. 29.

²⁸⁰ Antolisei vislumbra que, na proposta de Luden, a causalidade seria «apenas pensada» (ANTOLISEI, *Rapporto di causalità*, p. 122).

²⁸¹ Nesse sentido, BOYÉ, *Commissivdelikt durch Unterlassung*, p. 5.

²⁸² SANTOS, *Direito criminal/1936*, p. 337.

inconsciente,²⁸³ pois o agente desconhece que naquele caso deveria observar o dever objetivo de conduta e não agir da forma que procedeu.²⁸⁴

Já o segundo entendimento – em virtude da alteração na forma de compreender a omissão e da nova determinação que oferece à teoria normativa penal – será abordado com maior atenção no decorrer da exposição que se segue.²⁸⁵

2. A doutrina da ação precedente (*vorausgegangene Handlung*) (Krug, Glaser, Merkel)

O ponto de partida da doutrina da causalidade da omissão imprópria em August Krug é a radical percepção físico-mecânica da omissão como um absoluto nada, de modo a concluir que o valor da pura inatividade é «igual a zero» e, portanto, aquilo que arranca do nada, nenhuma coisa poderá vir a constituir.²⁸⁶ O efeito causador do resultado desvalioso deve ser buscado numa força positiva efetivamente causal manifestada previamente e diretamente relacionada à omissão posterior.²⁸⁷ Identifica desse modo, na assunção do dever de proteção ao bem jurídico, o componente positivo das omissões cujo descumprimento permitiria a imputação do resultado causado,²⁸⁸ o que ofereceria solução dogmática para os seguintes casos.

²⁸³ Para padronizar a nomenclatura, denominar-se-á a título de culposo o crime no qual não há a intenção de realização do resultado, o que a corrente denominação portuguesa entende como negligente e, na Espanha, imprudente.

²⁸⁴ GALLO, *teoria dell'azione finalistica*, p. 24 e 29.

²⁸⁵ Ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.3.

²⁸⁶ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p. 32. Entende que a pura inatividade não é objeto da naturalidade típica do direito penal, pois o dever jurídico, criado nas relações sociais, limita-se ao *neminem laedere*, assim como a prevenção de condutas, as quais coloquem em perigo ou lesionem interesses jurídicos da totalidade (*Gesamtheit*) ou de seus membros. Perigo ou lesão que, segundo o autor, só são capazes de advir condutas comissivas (KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p. 22).

²⁸⁷ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p. 34.

²⁸⁸ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p. 34-35. Vale notar que Krug, embora assumo entendimento que não possa ser defendido livre de oposição nas democráticas repúblicas contemporâneas – ao vislumbrar o Estado «não apenas como protetor do direito», mas também como encarregado da «promoção do bem público e da moralidade pública» (*Beförderung des öffentlichen Wohles und der öffentlichen Sittlichkeit*) –, manifesta preocupação na delimitação do dever jurídico, o qual distingue dos deveres éticos. Assevera que os deveres éticos seriam deveres de consciência que a coercibilidade na condição de dever jurídico teria insignificante efeito, uma vez que não seriam

No exemplo do mal nadador que morre por afogamento, a promessa de salvamento numa eventual situação de perigo apresentaria diretamente relação causal com o resultado. A vida só vem a ser ameaçada, porque o compromisso cria, naquele que se arrisca na água, a expectativa de proteção perante à força da natureza. Desse modo a omissão é também, junto com a energia natural, causa do resultado. Não diferente ocorre na hipótese do guarda dos caminhos-de-ferro que se omite de orientar corretamente os trilhos móveis e, portanto, acarreta o desastre ferroviário. A sua consideração como causa do acidente decorre do fato de que a aceitação positiva do dever induz o motorista do trem ao erro, uma vez que a rejeição do compromisso de cuidar dos trilhos teria como consequência ou que outra pessoa viesse a desempenhar a atividade, ou, ainda, que se duvidasse da correta orientação dos trilhos.

A orientação fundamentalista do modo como Krug percebe a fenomenologia omissiva provoca inafastáveis oposições, entre as quais se destaca a impossibilidade de afirmar a constante existência da ação positiva próxima e facilmente relacionável à omissão. Se a proposta tem adequação para os casos de anterior ingerência do omitente, mostra-se incompleta ao não oferecer explicação para os casos cuja origem do dever de garante advém da força da lei. Ademais, na hipótese do mal nadador ter erroneamente acreditado ouvir a promessa, quando esta, de fato, nunca houve, ainda que não exista conduta positiva anterior, a causa morte permanece sendo a força da natureza e a ausência de salvamento. Outra dificuldade percebida como comum a toda doutrina da ação precedente e que extrapola os parâmetros objetivos da causalidade diz respeito ao tipo subjetivo, uma vez que a explicação pressupõe que o agente, quando assume o dever, já manifesta o dolo e, apenas, posteriormente, com a omissão causaria o resultado que estaria coberto pela abrangência volitiva do *dolus subsequens*.

No mesmo sentido de Krug encaminham-se as reflexões de Julius Glaser, cujo conceito de causa tem clara natureza essencialista na expressão de que é «uma coisa que em si contém outra».²⁸⁹ Entende oportuno recorrer à ação antecedente,

propriamente objetos comuns, senão reconhecíveis e determinados na consciência do agente (KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*, p.22, n. 1).

²⁸⁹ GLASER, *Abhandlungen*, p. 294.

todavia, com claras intenções de superar os limites impostos pela necessidade do *dolus subsequens*. Para tanto, empreende a divisão dos crimes omissivos impróprios – considerando a descrição do tipo objetivo – em dois grupos: delitos de efeito material e delitos de efeito psíquico.²⁹⁰

No primeiro grupo, reconhece que, apenas muito raramente, a ação física do homem produz sozinha uma lesão material, de modo que não se possa pensar também na existência de comportamento negativo do autor.²⁹¹ Explica que, em regra, o sujeito manifesta um comportamento positivo que – se não vier a ser obstaculizado – pela própria ação das forças da natureza realiza o resultado, a exemplo do caso do cocheiro que incita os cavalos a correr e, quando alguém atravessa a estrada, omite de fazê-los parar.²⁹² Acredita que nessa oportunidade seria defeso desconhecer que a verdadeira causa da morte, no fundo, é a conduta física anterior que pôs os cavalos a disparar.²⁹³

Glaser esclarece, no sentido de proteger a doutrina da ação antecedente diante da objeção acerca do acolhimento do *dolus subsequens*, que a pergunta sobre o objeto do nexu causal independe do *dolus* ou da *culpa*, assim como a existência do dolo tampouco está sujeita ao fato de o resultado decorrer de uma conduta positiva ou negativa.²⁹⁴ A distinção entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* permite-lhe claramente afirmar que a causalidade pertence ao fato ocorrido, ao passo que o dolo diz respeito à imputação jurídica do juízo de culpabilidade.²⁹⁵ Tal impugnação, entretanto, – ainda que não propriamente um problema causal – impedia o acolhimento sistemático da sua doutrina, razão pela qual propõe a ampliação do conceito de conduta penalmente relevante. A conduta humana deve ser entendida

²⁹⁰ GLASER, *Abhandlungen*, p. 299.

²⁹¹ GLASER, *Abhandlungen*, p. 299.

²⁹² A enumeração prossegue com os exemplos daquele que abre a comporta de um lago e não a fecha no tempo adequado para evitar que a massa de água atinja a propriedade do vizinho, do maquinista que não cessa o movimento do trem quando vem outro no sentido contrário, do médico que realiza amputação e omite de estancar o sangramento do amputado (GLASER, *Abhandlungen* p. 299).

²⁹³ GLASER, *Abhandlungen*, p. 300.

²⁹⁴ GLASER, *Abhandlungen*, p. 300-301. Compreensão que foi, de certo modo, retomada por Haupt, uma vez que afirma que o «problema da relação causal é absolutamente diferente do problema da culpa» (HAUPT, «*Unterlassungsdelikten*», p. 539) e por Ernst Wolff, quando diz que a doutrina da causalidade da omissão é essencialmente autônoma em relação aos problemas relativos à construção sistemática do crime, com a intenção de referir-se, sobretudo, aqueles afeitos à parte subjetiva do ilícito (WOLFF, *Tun und Unterlassen*, p. 54-55).

²⁹⁵ GLASER, *Abhandlungen*, p. 301.

«como um todo», à medida que «desde o momento no qual o homem tem relação de fato com o objeto da lesão até a existência ou não da lesão», por meio de «condutas positivas ou negativas», perfaz a sua manifestação uma «totalidade».²⁹⁶ Durante esse *iter* seria, portanto, adequado falar de dolo.²⁹⁷

Já no grupo do efeito psíquico, não há a anterior realização da conduta física causadora do resultado, mas sim apenas a assunção, por parte do omissente, do dever jurídico de evitá-lo.²⁹⁸ É o caso daquele que firma contrato ou aceita o encargo público que, depois, numa situação com perfeitas condições de honrá-lo, não o cumpre. Não se trata de crime de mera desobediência à lei, pelo motivo de que a conduta do agente está ligada causalmente ao resultado e, aliás, não ocorre simplesmente em razão de que ele «tinha o dever de evitar o sinistro», antes porque a «aceitação do dever causa um estado de coisas» de aparente segurança, que deixa a «entrada do sinistro inevitável» por outros meios.²⁹⁹

Pode se perceber um ganho compreensivo acerca do reconhecimento existencial de que a omissão – embora não se identifique uma causalidade própria – é também condição para ocorrência dos resultados penais. Todavia a concepção do omitir como simples inatividade acaba por impedir o reconhecimento da omissão como verdadeira causadora do resultado e, assim, prejudica também o cumprimento da sua intenção inicial. Glaser vislumbra, na leitura conjunta do resultado externo com o estudo das respectivas causas, elemento capaz de limitar o arbítrio na aplicação da lei penal.³⁰⁰

A construção de Adolf Merkel é consideravelmente semelhante à de Glaser. Insiste na existência do liame causal entre a conduta positiva anterior e o resultado, mas propõe uma nova compreensão do juízo de culpabilidade com a finalidade de evitar reincidir no problema do *dolus subsequens*. Entende que o significado jurídico

²⁹⁶ GLASER, *Abhandlungen*, p. 301.

²⁹⁷ Para delimitar juridicamente o reconhecimento do dolo, exemplifica com o caso de alguém que prepara emboscada à espera da vítima, quando repentinamente aparece um antigo inimigo, de modo que muda o seu alvo e dispara no rival. A troca da vítima não faria com que os intencionais preparativos empreendidos para a emboscada deixassem de ter a qualificação dolosa. Mais adiante, Glaser estabelece limites ao dizer que, quando a conduta «está já encerrada», não se pode falar de dolo, pois se trataria de estágio em que a «lesão não pode mais depender do querer ou não querer do autor» (GLASER, *Abhandlungen*, p.302, p. 18, n.46).

²⁹⁸ GLASER, *Abhandlungen*, p. 307.

²⁹⁹ GLASER, *Abhandlungen*, p. 313.

³⁰⁰ GLASER, *Abhandlungen*, p. 294.

da omissão deriva «exclusivamente do comportamento ativo antecedente», à medida que faz «a integridade do outro» dependente de determinadas condições que não são cumpridas.³⁰¹ Segundo a sua concepção, para isentar a imputação subjetiva e objetiva de formas fictícias se faz necessário voltar à «eficácia do comportamento ativo» e assim compreender que o resultado externo é decorrente da «eficácia precedente» (*vorausgehende Wirksamkeit*) que somente se concretiza em razão da condição de possibilidade que a omissão oferece.³⁰²

Merkel aproveita, no seu manual de 1889, para esclarecer a relação constitutiva existente entre a causalidade e o dever de agir, pois o «comportamento do culpado em verdade» somente «aparece como contrário ao dever (*pflichtwidrig*) devido ao seu significado causal para a proteção jurídica de interesses».³⁰³

É, valendo-se disso, portanto, que introduz determinadas exigências a respeito da cognoscibilidade dos efeitos da ação anterior para a imputação dos elementos subjetivos. Merkel afirma ser necessário que, no momento da atividade, seja reconhecível pelo autor «o significado fático e jurídico e as consequências da conduta anterior», de modo que «acontecimentos imprevisíveis» possam ser reputados apenas como casuais.³⁰⁴ Ademais, a subsequente omissão deve ter ocorrido de forma negligente ou dolosa.³⁰⁵

A doutrina que situa a causa na conduta antecedente encontra, na Itália, consonância na voz de Vanini, para quem «o ato negativo (*omittere*), *in se* considerado, não tem realidade, não tem uma existência», de modo que o resultado é produzido pela ação de uma causa eficiente representada pela força da natureza ou de terceira pessoa.³⁰⁶ A ação positiva que conscientemente determina a omissão é

³⁰¹ MERKEL, *Abhandlungen*, p. 81 e 87.

³⁰² MERKEL, *Abhandlungen*, p. 86-87. Para Merkel, pensar o contrário importaria a inusitada apreciação de que a ama-de-leite que deixa o amamentado morrer por inanição não causaria a morte devido a sua omissão – que ocorre em contrariedade ao dever –, mas a criança seria morta «porque a conduta da ama é contrária ao dever». O mesmo passaria com o mestre-de-obras que não seria mais responsável em razão de construir negligentemente a casa que ruiu, senão que a «casa teria desabado, porque ele é negligente com o dever» (MERKEL, *Lehrbuch*, p. 114-115).

³⁰³ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 114.

³⁰⁴ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 116; MERKEL, *Enzyklopädie*, §768, p. 344.

³⁰⁵ MERKEL, *Enzyklopädie*, §768, p. 344.

³⁰⁶ VANINI, «*Omissione causale*», p. 37-38, nm. 2 e 3.

causa indireta do crime, pois, se o mandamento fosse efetivamente cumprido, teria neutralizado a ação da força e, portanto, obstaculizado a ocorrência do resultado.³⁰⁷

Pode se dizer que a crítica de Krug a Luden, sobretudo a ênfase empreendida na apresentação da omissão como pura inatividade, foi um dos trabalhos que contribui para consolidar e divulgar o paradigma estritamente físico-mecânico de compreensão da conduta omissiva, o que impôs à doutrina penal a investigação dos elementos externos à conduta omissiva para explicar a ocorrência do resultado.

Algumas críticas não devem ficar sem serem manifestadas. Primeiro, a doutrina da ação positiva antecedente – mesmo na proposta de Glaser – somente explica parcela dos crimes omissivos impróprios, aqueles cujo resultado decorre da ingerência prévia do omitente e de descumprimento contratual. Resta sem causalidade os casos em que o omitente deveria atuar, mas desconhece o compromisso legal a que se vê submetido. Segundo, tal orientação dogmática, ainda na proposta de Merkel de introdução do elemento da previsibilidade do resultado, insiste em reconhecer relevância causal a ações positivas, mesmo quando temporalmente distantes da omissão posterior.

3. A doutrina do efeito psíquico da omissão (Geyer)

A doutrina da causalidade como causa psíquica apresenta visão do problema que a distingue das tentativas anteriores – nomeadamente doutrina da ação contemporânea e doutrina da ação anterior –, uma vez que rejeita a possibilidade de recorrer ao que é exterior à omissão a fim de fundamentar a sua causalidade.³⁰⁸ Ao mesmo tempo, também não se satisfaz nem com os variados expedientes os quais vislumbra como «ficções de uma relação causal», nem com o que denomina como

³⁰⁷ VANINI, «*Omissione causale*», p. 38, nm. 3.

³⁰⁸ GEYER, *Grundriss*, p. 124. Geyer rejeita tais compreensões tanto na parte objetiva, quanto na subjetiva, mais específico no que se refere à ação antecedente, em que considera inadequado «recorrer ao antiquado *dolus subsequens*» capaz de indesejavelmente suprir a «falta de relação causal» na *nuda cogitatio* (GEYER, *Grundriss*, p. 124 e, já antes, GEYER, *Erörterungen*, p. 17). Diferente não é a opinião dos seus seguidores, por exemplo, encontra-se em Finger a manifestação de que a aceitação da categoria do *dolus subsequens* é «inadequada cientificamente» e «desnecessária» dogmaticamente (FINGER, *Lehrbuch*, p. 263).

«refúgio» (*Zuflucht*) à «ação interna» do omitente.³⁰⁹ Tampouco se contenta com as proposições – a partir de «múltiplas expressões» – da «violação do dever» pela omissão,³¹⁰ cujas intenções teóricas poderiam advir de presunções acerca da imoralidade, da perigosidade ao Estado ou da torpeza da atitude reprovável.³¹¹

August Geyer identifica que a omissão é também «uma causa para a ocorrência do resultado», quando ela «expressa um efeito psíquico sobre os seres vivos (pessoas ou animais)», hipótese na qual o resultado teria na sua origem comportamentos co-causais.³¹² Mesmo que a omissão, em razão da sua incapacidade natural, não oferecesse contribuição físico-material para a ocorrência do resultado, teria atuação mental de efeito conclusivo, razão pela qual somente se falaria em omissão imprópria nos casos de «omissão concludente».³¹³ Isto é, o lídimo reconhecimento da omissão como causal dependeria da averiguação de se ela – por meio da «via psíquica» (*psychische Weg*) – provocou o «estímulo para uma atividade», a qual auxiliaria a causar o resultado.³¹⁴

O penalista austríaco, devido à rigorosa subordinação aos limites do paradigma causal próprio do mecanicismo, permite que sua doutrina reste obscura, a ponto de, até mesmo, ameaçar o sucesso da proposta inicial de explicação da causalidade da omissão. Nota-se que, primeiro, afirma a existência da co-causalidade, entre a conduta omissiva e a ação positiva, para a obtenção do resultado criminoso. Depois, entretanto, em razão do estreito horizonte de possibilidades físico-naturais ao qual está submetido, encontra-se obrigado a admitir que a ausência de energia mecânica impõe que aquela não esteja «em relação causal com o acontecido».³¹⁵

A omissão, entendida puramente como «não evitação do resultado» (*Nichthindern des Erfolgs*), teria a natureza de apenas uma «condição negativa» para o

³⁰⁹ GEYER, *Grundriss*, p. 124. A opinião de Geyer acerca do pensamento que busca fundar a causalidade da omissão imprópria na repressão do estímulo para a realização da conduta devida será melhor trabalhado na oportunidade de estudo da doutrina da interferência no Capítulo II, Tópico 4.

³¹⁰ GEYER, «*Aldosser, Unterlassung*», p. 241.

³¹¹ GEYER, *Grundriss*, p. 124.

³¹² GEYER, *Grundriss*, p. 124 e, mais adiante, GEYER, «*Aldosser, Unterlassung*», p. 243.

³¹³ Exemplifica com os casos no qual o dono não chama o cachorro que ataca um homem, o condutor que não pára os cavalos quando alguém atravessa, aquele que não avisa outro da aproximação de local perigoso (GEYER, *Grundriss*, p. 125).

³¹⁴ GEYER, «*Aldosser, Unterlassung*», p. 242.

³¹⁵ GEYER, «*Aldosser, Unterlassung*», p. 242.

resultado» (*'negative Bedingung' für den Erfolg*).³¹⁶ E isso teria vez a considerar que a «não evitação» não pode ser compreendida como sinônimo de «promoção» (*Fördern*)³¹⁷ e que, segundo essa orientação, causas seriam aqueles elementos positivos promotores do resultado.

Ao menos, uma crítica que se julga oportuna, deve ser feita. A «omissão concludente», que desempenha o sustentado efeito psíquico sobre os seres vivos, não pode ser igual à dita «condição negativa»³¹⁸ do resultado. Não se duvida de que um elemento pode ser causal, na medida em que desempenha ação de conteúdo psíquico. Nem se questiona que um elemento não produza qualquer espécie de ação positiva e, ainda assim, seja causador do resultado, à medida que oferece «condição negativa» do eventual impedimento – reconhecidamente necessária ou indispensável – para a sua ocorrência. Agora, o que não se pode aceitar é que fatores ontologicamente distintos sejam reconduzidos por incoerência ao mesmo objeto.

4. A doutrina da interferência (v. Buri)

A chamada teoria da interferência desempenha para a omissão imprópria o papel que a teoria da equivalência das condições³¹⁹ cumpre para os crimes comissivos no conjunto da doutrina de Maximilian von Buri. A apresentação dessa doutrina não se deu de modo pronto e acabado, muito pelo contrário, é o resultado de aclaramentos, concessões e respostas ao intenso debate vivido na segunda metade do século XIX.³²⁰ Trata-se de orientação que, ao seu modo, perseverou no centramento das reflexões sobre o significado da ação positiva anterior para a

³¹⁶ GEYER, «*Aldosser, Unterlassung*», p. 241-242.

³¹⁷ GEYER, «*Aldosser, Unterlassung*», p. 242.

³¹⁸ GEYER, «*Aldosser, Unterlassung*», p. 241.

³¹⁹ Sobre a doutrina da equivalência das condições, a partir da discussão da letalidade das feridas do contexto do homicídio, onde, supostamente pela primeira vez, se teria levado a discussão causal para a doutrina do crime, ver v. BURI, «*Lehre von der Tödtung/1863*», p. 753-765 e 797-806 e v. BURI, «*Lehre von der Tödtung/1864*», p. 1-10.

³²⁰ Basta acompanhar o desenvolvimento e a transformação do pensamento de v. Buri nos seguintes escritos v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1869*», p.189-218; v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1975*», p. 25-33; v. BURI, «*Theilnahme am Verbrechen*», p. 89-92; v. BURI, «*Kausalität der Unterlassung*», p. 400-413.

omissão e do problema do momento de aferição do juízo de culpa,³²¹ que inegavelmente teve a primeira expressão com a doutrina da ação antecedente.

Entende v. Buri que o nexo causal existe não apenas na aspiração dos «efeitos de uma atividade» positiva manifestados no resultado exterior, senão também na «superação ou evitação das causas contrárias encontradas no seu caminho».³²² E, portanto, a atividade que «tira (*räumt*) do caminho o desenvolvimento de obstáculos contrários» também se integra como um «elo no curso causal» que acarreta o resultado.³²³ Isso porque a «relação causal não depende apenas da conduta, mas unicamente da sua eficácia», o que seria suficientemente claro na hipótese da retirada ou colocação de «obstáculos naturais à eficácia humana».³²⁴

Pressupõe, especificamente na fenomenologia do crime omissivo, que o autor apresenta sempre o impulso ou a vontade de observância do mandamento legal para intervir no curso causal perigoso a fim de impedir a sua consumação e, com isso, evitar a ocorrência do crime.³²⁵ De tal sorte que para v. Buri – diferente de outras doutrinas desse período – a omissão é algo distinto da inatividade e da ausência de energia mecânica externa. A omissão conforma o produto da ação positiva de «repressão dessa vontade» (*Unterdrückung dieses Willens*) no sentido da «remoção de uma causa contrária ao resultado» (*Beseitigung einer dem Erfolge entgegenwirkenden causa*).³²⁶

³²¹ Assim se encontra claramente na proposta de v. Buri de «transferência do momento da culpa» (*Uebertragung des Schuld moments*), a qual faria com que cursos causais antes tidos como impuníveis permitissem o «acontecer uma nova causalidade» (*neuen Causalität geschehen*) penalmente relevante (v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1875*», p. 25). Anteriormente, em 1869, havia explicado que a relação de causalidade se situa na «ação anterior», já o fundamento subjetivo para a punibilidade na «separação da relação de vontade existente» de evitação do resultado e a sua substituição pela permissividade da vontade punível (v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1869*», p. 199-200).

³²² v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1875*», p. 25.

³²³ v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1875*», p. 25 e, antes, v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1869*», p. 199.

³²⁴ v. BURI, «*Theilnahme am Verbrechen*», p. 90.

³²⁵ Diferente não é a sua compreensão da omissão própria. Entende que «frente ao mandamento legal» não seria possível o seu «não cumprimento» (*Nichtbefolgung*) em razão da «mera inatividade», porque o imperativo impulso a agir seria o limite fenomenológico à ocorrência da omissão fruto do «puro comportar passivo» (v. BURI, «*Kausalität der Unterlassung*», p. 413).

³²⁶ v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1875*», p. 26. Afirma que «a mudança da vontade é certamente apenas uma ação interna, mas a sua eficácia não é assim eliminada» (v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1869*», p. 200).

Exatamente assim, seria correto falar em causalidade nos casos em que o omitente «com alguma atenção» pudesse ter reconhecido que a sua omissão era causal para realizar o resultado.³²⁷ A fim de evitar críticas, alega em defesa de tal compreensão que, se alguém está sob influência de «vontade alheia» (*fremden Willen*), não se tem dúvida de que esse querer, à medida que determina a conduta de terceiro, possa manter relação de causalidade com o resultado, logo ainda mais significado teria caso se tratasse da «própria vontade» (*eigenen Willen*) do omitente.³²⁸

Tal posição tem o mérito de identificar que o resultado não acontece apenas como fruto de ações positivas, senão também pela evitação da interferência de outras condições e obstáculos que certamente impediriam a sua ocorrência. A compreensão estudada, infelizmente, não vai muito mais adiante. Agora, caso se aproveite aquilo que é possível depreender de tal observação e se reoriente a perspectiva de abordagem do problema para focar a omissão em si – e não, como foi pretendido por v. Buri, a ação positiva que tornaria possível a omissão –, é possível avançar. Em outras palavras, é legítimo afirmar que a inexistência do obstáculo – que a omissão da conduta devida representa – também consiste numa causa do resultado. Isso não é pouco. Decerto é o reconhecimento da própria relação de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado.

Merecido também é o destaque da leitura empreendida acerca da fenomenologia da conduta omissiva. Acerta v. Buri ao dizer que omitir – ainda que reconhecidamente não manifeste nenhuma energia mecânica no plano exterior – não é propriamente uma pura inatividade, apenas um nada físico. É a conduta que nega existência ao obstáculo para ocorrência do resultado.

A compreensão que tem do fenômeno omissivo não pode ser acolhida na sua inteireza, uma vez que pressupõe a presença constante de um elemento subjetivo insindicável, mas que logo se percebe afrontar mesmo a mais comezinha experiência tida a respeito dessa modalidade delitiva. Não se pode afirmar

³²⁷ v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1875*», p. 27 e, em outra oportunidade, destaca que não pode ser distante a realização da ação e a causalidade da negação (*Nichtung*) (v. BURI, «*Kausalität der Unterlassung*», p. 400).

³²⁸ v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1875*», p. 26. Destaca-se que v. Buri não excluía nem mesmo a hipótese de omissão negligente que teria ocasião quando o omitente não tivesse observado que poderia aproveitar «a possibilidade de evitação do resultado» (v. BURI, «*Verbrechen durch Unterlassung/1875*», p. 26).

seguramente que todo omitente teve alguma espécie de impulso interventivo salvador do bem jurídico.

Veja-se por meio de exemplos. No caso da mãe que deixa o amamentado morrer por inanição, talvez não seja tão evidente a desarmonia com o enunciado dogmático pressuposto por v. Buri, pois é de se supor alguma consciência salvadora. Todavia o desacerto é manifesto quando se pensa no homicida doloso que premedita aproveitar a condição de garante, na qual se encontra, para assim fazer uso da energia mecânica do curso causal, que expõe a sua vítima a perigo, a fim de obter o resultado morte por meio de sua omissão. Não muito diferente ocorre com o empresário que – sem maior interesse nem mesmo representação do eventual perigo – omite retirar produto alimentício impróprio ao consumo do mercado. A existência prévia do impulso salvador seria certamente questionável. E com isso, coloca-se em dúvida a constância do pressuposto de base de onde v. Buri parte.

Ademais, ainda que fosse indubitável a existência dessa vontade, não se poderia afirmar que todo impulso ou inclinação mental para agir seria efetivamente um obstáculo para o acontecimento do resultado.³²⁹ É defeso confundir o impulso – como potência para agir – com a manifestação concreta desse impulso em ato de impedimento. Por certo, somente o ato de impedimento, ainda que superável, pode ser considerado obstáculo.

Por fim, mas não menos importante, não se trata de uma causalidade propriamente da omissão. Conforme esse entendimento, a omissão não seria exatamente a causa do resultado natural, mas apenas uma causa intermediária, dado que a verdadeira relação causal que culmina no resultado é originada na «própria vontade» que interrompe o impulso salvador. Assim, conceber-se-ia a ação positiva do agente como causa da omissão – entendida como inexistência do obstáculo impeditivo – que, por sua vez, permitiria a ocorrência do resultado natural. Em síntese, a causa da causa é causa do causado (*causa causae est causa causati*).

³²⁹ Assim já observado por Geyer que adverte, sobre a investigação da causalidade da omissão, «o refúgio na conduta anterior não ajuda. A decisão anterior, para não agir, a qual faz frente a um estímulo ou impulso para agir não é causal para isso» (GEYER, *Grundriss*, p. 124).

5. Avaliação geral das doutrinas etiológicas da força eficaz da causalidade

«Principium cuius hinc nobis exordia sumet,
nullam rem e nihilo gigni divinitus umquam»
(Tito Lucrecio Caro,
De Rerum natura, 1º livro, versos 149-150)

O estudo dos primeiros esforços na colocação do problema causal da omissão imprópria tem significado compreensivo e imprescindibilidade jurídica irreduzível ao simples registro histórico das orientações apresentadas no período que se estende do início do século XIX às três primeiras décadas do século XX. Não consiste apenas na constatação da influência epistemológica do naturalismo das ciências exatas sobre o direito, nem mesmo na verificação da sensibilização dogmática acerca da relevância jurídica e político-criminal do acerto que a identificação do nexo de causalidade é capaz de conferir. É a expressão do amadurecimento científico no que diz respeito à preocupação sobre a ilegitimidade material da imputação do resultado ao omitente tão-somente fundada na violação do dito dever jurídico.³³⁰

A causalidade é concebida como elemento de racionalidade e de garantia da juridicidade, capaz de limitar o âmbito de realização do direito,³³¹ o que não se conseguiria obter satisfatoriamente com a entrega à pura normatividade. A preocupação está voltada propriamente à investigação, à reflexão e ao reconhecimento das qualidades do fenômeno omissivo impróprio, mais que a estipulação da metodologia de imputação – com base em critérios normativos juridicamente criados – com o fim estrito de aplicar o direito penal. Em outras palavras, prepondera a finalidade de explicação do resultado sobre a finalidade de pura atribuição normativa da responsabilidade, ou seja, de imputação.

³³⁰ Assim, por exemplo, de modo expressivo em LUDEN, *Abhandlungen/1840*, p. 225-226; GEYER, «*Aldosser Unterlassung*», p. 241. Para maiores referências da vasta doutrina nesse sentido, ver SCHWARZ, *Begehungsdelikten durch Unterlassung*, p. 7, nota 22.

³³¹ Sobre a «idéia de segurança no direito penal» representada pela causalidade, ver COSTA, «Causality and reasoning», p. 56-57.

Mais do que isso. Percebe-se que muito dos argumentos apresentados neste período determinam ou, ao menos, influenciam o horizonte de possibilidade da dogmática contemporânea.³³² Significativa parcela dos estudos é ora inequivocamente herdeira, ora indiretamente comprometida pela compreensão da causalidade dada no naturalismo mecanicista de Isaac Newton.³³³

Trata-se de reflexões que partem do paradigma de explicação do crime comissivo, uma vez que a pessoa só está sujeita à punição pela prática de uma ação.³³⁴ A mera existência inerte do sujeito não tem como ser, em si, causal ao resultado, pois exclusivamente a mudança na situação no mundo, nomeadamente o «movimento corporal», assim poderia ser.³³⁵ Entende-se que «toda ação é um processo externo (*äusserer Vorgang*), assim como todo fato é causal».³³⁶ Nos alicerces, encontra-se a concepção efficientista ou ativo-essencialista de causa – ou seja, de uma causa eficaz –, no sentido de que todo o resultado ocorre em razão da ação de uma energia antecedente que nele produz o seu efeito. Em síntese: tudo o que é feito é igualmente feito de outra coisa (*quidquid fit, ex alio fit*).

Ocorreria, segundo tal entender, a identificação da conduta com o resultado na extrema margem, onde teria vez a transferência de energia entre o elemento causador e o elemento causado. Isto é, um processo de produção do resultado – na

³³² Basta ver, por exemplo, a influência ainda exercida pelo conceito de causa mecânica, eficaz e essencialista e, mais do que isso, o ceticismo produzido, ainda hoje, pelo juízo de v. Lizst sobre a iniquidade do esforço dogmático deste período, o que é frequentemente convocado por aqueles que entendem sem sentido a investigação sobre a causalidade da omissão, de modo a propor a substituição por critérios normativos. Assim, JAKOBS, *Strafrecht*, 29/15, p. 791; ROXIN, *Strafrecht*/2, § 31, nm. 37, p. 639; DIAS, *Direito Penal*, p. 929, §9.

³³³ Tal observação, no essencial, parece ser partilhada por Jakobs quando afirma que «a polêmica em volta da causalidade da omissão ensina quanto difícil é para o direito penal cortar o cordão umbilical das categorias naturalísticas» (JAKOBS, *Strafrecht*, 29/15, p. 791). Embora não se desconheça que o autor faz tal afirmação – num contexto de absoluta descrença no nexos de causalidade omissivo – a dar suporte a sua doutrina de total e irrestrita normatização da imputação penal (Ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 3) e, portanto, com intenção manifestamente oposta que aqui se sustenta. Diga-se já, que a referida vinculação do direito com elementos físicos não se trata de algo incompreensível. É inteligível no sentido de que a realidade natural, no fundo, reúne uma das dimensões de resistência do «real-verdadeiro» que submete o «real-construído» e a realização da justiça penal a determinados limites de viabilidade. Isto é, uma barreira ao idealismo doutrinário, ao arbítrio do julgador e aos acordos político-criminais de ocasião. Significa uma inalienável dimensão fenomenológica do existir humano que pode oferecer substrato para a realização da justiça e a crítica da realização do direito no tempo. Sobre as categorias do «real-verdadeiro» e «real-construído» de Faria Costa, ver COSTA, *O perigo*, p. 316-317.

³³⁴ Assim, bem observa Souza e Brito em relação à doutrina de Luden (BRITO, *Crime omissivo*, p. 144), o que se acredita adequado também para outras proposições desse período.

³³⁵ KOLLMANN, *Stellung des Handlungsbegriffes*, p. 77-78.

³³⁶ KOLLMANN, *Stellung des Handlungsbegriffes*, p. 78.

forma expressada por Bonucci – como se «o último momento, terminal, do fato causa identifica-se com o primeiro momento, inicial do fato efeito».³³⁷ O que poderia, eventualmente, encontrar descrição abreviada no aforismo latino *quidquid est in effectu debet esse prius aliquo modo in causa*.

Do enfrentamento individualizado de cada uma das doutrinas estudadas é possível depurar alguns traços comuns sobre as suas características e capacidades. (1) Inicia-se da afirmação de que a omissão – em razão da sua natureza – não desempenha exteriormente qualquer força mecânica (2) e, por essa razão, sob forte determinação da compreensão da realidade dada por um paradigma estritamente físico-mecânico, a omissão em si não pode apresentar ligação causal com o resultado natural. De tal forma que, para uns, a omissão, como pura inatividade, é «igual a zero» (*ex nihilo, nihil fit*),³³⁸ ao passo que, para outros, consiste mesmo em «nenhum fenômeno», numa irrealidade.³³⁹ (3) Assim, se não é possível reconhecer uma relação de causalidade natural, a forma de cumprir o desafio de fundamentar e legitimar os crimes omissivos impróprios obriga a recorrer a nexos causais positivos diretamente relacionados ao fenômeno omissivo. As compreensões apresentaram-se adeptas a uma de duas linhas compreensivas: ora a ação contemporânea ao momento, ora a ação antecedente ao momento omissivo. (4) As doutrinas estudadas – com exceção da breve exposição contida na segunda compreensão de Heinrich Luden, que foi incapaz de explicá-la satisfatoriamente – não foram capazes de identificar a causalidade característica da omissão.

Não se duvida de que, desse entender, não se apresentam significativas dificuldades para a explicação donexo causal da maioria dos crimes, cuja origem parte de uma conduta ativa praticada pelo autor. Agora, isso não quer dizer que o paradigma pensado para os crimes comissivos ofereça resposta suficiente para o problema colocado pela omissão imprópria.

O diagnóstico da inexistência da omissão ou a sua nula importância causal ocorreu devido à inadequada compreensão da fenomenologia omissiva. Diante da inviabilidade de determinação positiva da natureza omissiva, conforme os ditames

³³⁷ BONUCCI, «causalità nell'omissione», p. 208.

³³⁸ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch*, p. 32.

³³⁹ KOLLMANN, *Stellung des Handlungsbegriffes*, p. 84.

da real força eficaz, decorreu a conclusão: se a omissão não é uma ação que representa um fato positivo, ela só pode ser um nada. Confundiou-se o impedimento de determinação positiva com toda e qualquer viabilidade de determinação conceitual, assim como se tomou a constatação de que a omissão não é a ação pela conclusão de que ela inexistente.³⁴⁰ Por evidência, a omissão não é algo físico, mas isso não implica que ela não seja qualquer outra coisa, mesmo o seu contrário ou a sua recusa. Proceder à correta determinação por via negativa levaria à conclusão de que a omissão não é a ação, porque consiste justamente na negação da existência da ação.

Conforme se constatou, essas não são propostas dogmáticas propriamente da causalidade da omissão imprópria, e sim, mais exatamente, da explicação da relação mantida entre a omissão e uma outra conduta positiva, que é compreendida como efetivamente causal para o resultado natural. E, portanto, é a existência de tal ação que permitiria fazer o autor da omissão plenamente responsável pelo resultado natural. Isso não basta para a indagação aqui proposta.

Em verdade, são propostas que concebem a manifestação da ausência de força física pelo crime omissivo como algo apenas aparente que demandaria buscar a sua potência causal numa essência localizada atrás dessa aparência. Pensa-se assim, porque essas doutrinas penais não admitem que o fenômeno é «absolutamente indicativo de si mesmo» na exata medida em que «se revela como é», o que decerto invalida o dualismo da aparência e da essência.³⁴¹ Pois a essência de um aparecer «já não se opõe ao ser»³⁴² e assim sendo a aparência da ausência de força da omissão não esconderia uma essência ativa encoberta, mas, ao contrário, ela já revelaria aquela falta que é constitutiva da sua essência.

Por outro lado, ao menos, duas positivas heranças doutrinárias precisam ser realçadas, cujo acolhimento na dogmática contemporânea, injustificadamente, não aparece impressivo. A primeira delas diz respeito à relação mantida entre a causalidade omissiva e o dever de agir que recai sobre o omitente. Após o chamado período naturalista, voltou-se a asseverar que o nexos de causal iniciado com a

³⁴⁰ BONUCCI, «causalità nell'omissione», p. 205-206.

³⁴¹ SARTRE, *O ser e o nada*, p. 16.

³⁴² SARTRE, *O ser e o nada*, p. 16.

conduta do omitente seria instituído normativamente em razão da equiparação legal da omissão com a ação. A causalidade da omissão imprópria seria decorrente da instituição típica do dever de agir da posição de garante do bem jurídico.

Esse argumento, todavia, por uma razão lógica não pode ser seguido. A causalidade é condição de possibilidade da eficiência do dever de agir.³⁴³ Em termos penais, só podem figurar como garantidor aquelas pessoas que, em determinada condição, têm capacidade de evitar que aconteça o resultado ofensivo ao bem jurídico. Não tem sentido falar na existência de efetiva posição de garante e de alguma ação devida, quando não se tem certeza de que a prática da conduta devida seria capaz de evitar o resultado. Ninguém pode ser obrigado a agir quando a sua conduta é sabidamente incapaz de proteger o bem.³⁴⁴ Isto é, a existência de nexos de causalidade entre a ação devida e a evitação do resultado – ou, em sentido contrário, entre a omissão e a ocorrência do resultado – é pressuposto material legitimador da posição de garante.³⁴⁵

O segundo ganho compreensivo diz respeito à temática abrangida atualmente, na distinção e na delimitação dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito-típico. Ainda numa visão de radical separação entre elementos objetivos, no tipo, e subjetivos, na culpa, Glaser afirmou que o problema do nexo causal não está subordinado à manifestação dos elementos subjetivos pelo agente.³⁴⁶ Pois, da mesma forma, poderia se sustentar com propriedade que a existência do dolo do resultado independe de o evento ser originado por uma conduta positiva ou negativa.

Certo é que Glaser chega à conclusão ao seguir a distinção fundamental entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, o que talvez pode ser indicativo de algum valor dogmático, ainda para os dias de hoje, subjacente na diferenciação. E com isso não se quer apontar para a observância absolutamente rigorosa e intransigente dos conceitos, senão apenas a reflexão – com os problemas teóricos e as dificuldades dogmáticas do presente – acerca do eventual proveito que o espírito e a intenção,

³⁴³ Neste sentido, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 2.

³⁴⁴ Para mais detalhes, ver adiante 3º Parte, Tópico 7.

³⁴⁵ Assim, no essencial, em MERKEL, *Lehrbuch*, p. 114-115.

³⁴⁶ Para isso ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 3. Em termos gerais, observa Kelsen que a «depuração completa» da causalidade «de todos os elementos do pensamento animista ou personalista» ocorreu «gradualmente» (KELSEN, *Teoria pura*, p. 95).

que os seus postulados incorporam, podem oferecer na observação da causalidade, independente da valoração jurídica que depois se tenha dela.

As perguntas preambulares norteadoras deste estudo podem agora desdobrar-se nas seguintes questões: (1) os argumentos invocados para demonstrar a inviabilidade estrutural da causalidade da omissão imprópria – conforme os parâmetros ontológicos forjados segundo o chamado mecanicismo – teriam a mesma adequação para rejeitar o eventual horizonte de uma qualquer outra ontologia? (2) A constatação da ineficácia motriz seria imponente de uma única via doutrinal a ser percorrida no desenvolvimento e na delimitação de um vínculo puramente normativo – isto é, feito como *factio iuris* – a título exclusivo de causa jurídica para a omissão? (3) Ou ainda, qual a plausibilidade doutrinal de reconhecer a negação do mandamento de agir como condição negativa – igualmente necessária assim como a conduta positiva – para ocorrência de qualquer resultado ofensivo ao bem jurídico?

III. DOCTRINAS EMINENTEMENTE NORMATIVAS DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

1. Breves notas sobre o contexto das propostas

O radical apego ao paradigma essencialista de causa proposto sob a égide do materialismo-mecanicista produziu consequências dogmáticas, jurídico-axiológicas e político-criminais indesejáveis na solução do problema estudado. A convocação de uma estreita compreensão da mecânica de Isaac Newton como elemento primacial de racionalidade e garantia no direito penal, assim como a compreensão da realidade restrita aos limites máximos oferecidos pelo elemento ativo impuseram a denúncia da lacuna no direito penal que colocaria em dúvida a legitimidade da reprovação penal da omissão imprópria. Em termos dogmáticos, não menos interessante foi o questionamento acerca da viabilidade de articulação das linhas gerais da imputação penal partilhadas tanto pelos crimes comissivos, quanto omissivos.

No início do século XX, Oskar Kraus, diante do rigor da exigência de estrita legalidade nos tipos penais descritos na forma positiva, contesta a sustentabilidade da compreensão que concebe a causação do resultado como equivalente à não evitação do processo causador do resultado.³⁴⁷ Para isso, toma como base o princípio da legalidade positivado no §2 do Código Penal para o Império Alemão (RStG),³⁴⁸ bem como a orientação penal de v. Liszt que identifica no princípio exatamente um «bastião do cidadão frente à onipotência do Estado».³⁴⁹

Conclui, portanto, pela existência de interpretação doutrinal extensiva, quando se equipara o «dever de agir» com o «dever de omitir», nas hipóteses em que

³⁴⁷ KRAUS, «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz», p. 789-790.

³⁴⁸ KRAUS, «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz», p. 789. O §2 do Código Penal do Império Alemão vigorou – entre 1º de janeiro de 1872 e 1º de setembro de 1935 – com abrangência na República Checa, onde escrevia Oskar Kraus. Nota-se que, no essencial, a compreensão não foge muito da visão de anterioridade da lei penal e de legalidade que se tem nos dias de hoje. Dizia o texto legal, *in verbis*, «§ 2. (1) Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. (2) Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden».

³⁴⁹ v. LISZT, «Grundbegriffe des Strafrechts», p. 80.

a lei não pronuncia «expressa» e «indubitavelmente» tal igualdade.³⁵⁰ O problema centra-se no fundamento para tal equiparação quando a descrição típica manifesta apenas a conduta positiva,³⁵¹ o que obrigaria, inevitavelmente, a considerar que «onde a punibilidade não é expressa e indubitavelmente pronunciada na lei» seria, em razão da observância lógica dos limites da própria legislação, «expressa e indubitavelmente excluída».³⁵² Parece, todavia, estar em questão não apenas a previsão legal do mandamento de equiparação, mas, mais do que isso, a subjacente compreensão da realidade na qual as condutas omissivas não podem ser assumidas como causadoras de resultados.

Uma outra compreensão – já antes disso, no final do século XIX, e igualmente comprometida pela compreensão essencialista de causa – aponta o impedimento fático de desenvolver doutrina geral do crime sustentada sobre uma dogmática comum para os crimes comissivos e omissivos. Encontra-se, em Richard Löning, a origem do pensamento que rejeita a viabilidade da investigação da causalidade da omissão³⁵³ que, posteriormente, foi assumido e divulgado por Gustav Radbruch.³⁵⁴

³⁵⁰ KRAUS, «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz», p. 791.

³⁵¹ KRAUS, «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz», p. 791.

³⁵² KRAUS, «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz», p. 791. E isso não significa que Kraus duvide que a «pena é justa» e que o «Estado na sua qualidade de instituto de proteção jurídica» possa exigir a ação nas hipóteses que a conduta omissiva ocorre em contextos nos quais poderiam ser facilmente evitados «casos de desastre» ou «delitos». Ao contrário do que eventualmente se poderia supor, aceita mesmo a autorização do Estado para «erguer» os «deveres de vida» mesmo «à esfera dos deveres jurídicos» (KRAUS, «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz», p. 793-794).

³⁵³ Löning ataca duramente a compreensão de Aristóteles em relação à ausência do piloto como causa do naufrágio da embarcação – passagem que se encontra na Física, II, 3, §195 e, depois, repetido na Metafísica II, 101 3^b –, pois entende que se trataria de uma «hora de fraqueza» do filósofo que se não tivesse existido teria «provavelmente poupado» – o que qualifica como – «muito esforço e trabalho inútil» de uma «extensamente abrangente literatura» (LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 253).

³⁵⁴ Radbruch tomou contato com o primeiro e não específico trabalho de Löning sobre o tema da imputação (LÖNING, *strafrechtliche Haftung*, p. 135-137) e, já ali, considerou que ele e – ainda antes – Schlossmann foram os autores que, até aquele momento, «ousaram trazer a consequência» de que a «ação e omissão estão desligadas uma ao lado da outra» (RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 142). Isso tudo porque Radbruch tinha a definição de fato criminoso consubstanciada no «movimento corporal em relação causal com o resultado». A omissão, uma vez que entendida como a «não ocorrência de uma mudança», «não pode ser nem efeito, tão pouco causa», vez que não tem nem «comportamento corporal», nem «resultado», o que tornaria certa a inexistência da eventual relação causal (RADBRUCH, *Die Handlungsbegriff*, p. 75, 132 e 138). É preciso dizer que, mais adiante, Radbruch abandonou o conceito naturalista de ação que era a viga mestra na sistematização proposta pelo seu professor v. Liszt e, assim, servia de referência para todas as outras «características do crime», *verbi gratia*, à «ilicitude, imputabilidade, tipicidade». Para exemplificar a fragilidade da explicação naturalista da ação, referiu alguns crimes específicos, dentre os quais veio a se tornar

Löning propõe o estudo da imputação atento aos fundamentos filosóficos do direito penal assumindo como apelo constante e específico a filosofia de Aristóteles. Adota como partida o conceito de «querer» ou «vontade dirigida», no qual vislumbra o ideal de «causalidade psíquica» que pressupõe a dupla exigência de ser: «pelo lado da vontade, a causa» e «pelo lado da ação, o efeito» elementos característicos de «procedimentos realmente positivos» (*wirkliche positive Vorgänge*).³⁵⁵

Conforme tal argumentação, as ações são «movimentos corporais» entendidas como «eficácias dos sujeitos» (*Wirksamkeiten des Subjekts*), ao passo que as omissões são concebidas apenas como «não procedimentos» (*Nichtvorgänge*), de tal modo que não poderiam receber a mesma cobertura conceitual das ações.³⁵⁶ Depreende Löning, desde o conjunto da obra de Aristóteles, que o filósofo afasta-se da proposta inclusiva da «escolástica moderna», segundo a qual o conceito de ação abarcaria tanto a ação em sentido estrito, quanto o «seu próprio oposto», nomeadamente a «não ação ou omissão».³⁵⁷ Em verdade, nesse entender, as omissões são o «próprio contrário» das ações e, assim sendo, «o que não aconteceu não pode causar outra coisa».³⁵⁸ O «querer» é o elemento concreto e imanente às ações, ao passo que o «não querer» – como falta do «querer em concreto» – consiste numa «abrangente abstração» própria do fenômeno omissivo.³⁵⁹

Em síntese, as omissões, no plano de julgamento moral e jurídico, são ou boas e elogiáveis, ou más e reprováveis, mas «de nenhuma forma indiferentes».³⁶⁰ E, assim, chega a conclusões extremas as quais defende com significativa ênfase, a exemplo de critérios não causais e específicos para a imputação da omissão.

difundido o caso da injúria. A elucidação levando em consideração puramente a sequência dos «movimentos da laringe, excitações de ondas sonoras, irritações do ouvido e processos cerebrais» deixaria de fora dois elementos essenciais para a questão, nomeadamente o «sentido linguístico» e o «significado social» da injúria (RADBRUCH, *Systematik der Verbrechen*, p. 161). E mais, sobre o percurso desenvolvido por Radbruch a respeito da ação penal, ver MENDES, *torto intrinsecamente culposos*, p. 331, nota 722.

³⁵⁵ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 245.

³⁵⁶ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 245-246.

³⁵⁷ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 247.

³⁵⁸ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 246-247.

³⁵⁹ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 249-250. Löning não consegue identificar alguma relação verdadeiramente causal – a exemplo da relação entre «querer» e «agir» que é assumidamente o seu referencial – entre o «querer» e o «omitir». Concebe «apenas um reflexo» do agir que causa na «representação subjetiva do julgador» (*subjektiven Vorstellung des Beurteilers*) (LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 250).

³⁶⁰ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 247 e 249.

Na omissão própria, os comportamentos são «condições de uma hipoteticamente imputável ação» nas quais «defrontam a omissão negativa com a positiva antítese».³⁶¹ As omissões são imputáveis, caso dependam apenas da vontade e da «condição de imputabilidade» do omitente, isto é, o «sujeito podia agir» e «seria dado para o caso dessa ação, as condições da sua imputabilidade».³⁶² Já uma outra «forma especial de omissão» é identificada como característica da omissão imprópria, na qual ocorre a «não prevenção» (*Nichtverhütung*) ou «não evitação» (*Nichtverhinderung*) do resultado.³⁶³ Espécie omissiva que, por meio da avaliação normativa, seria «igualada» à «causação positiva», pois, ao fim, pode ser vista a «não evitação como uma causação».³⁶⁴

A doutrina de Löning, contudo, não pode passar livre de inevitáveis objeções. Apesar de tratar-se de estudo com notável detalhamento e amplitude de leitura dos textos gregos no idioma original, não pondera cuidadosamente a hipótese de eventual superestima da importância da filosofia de Aristóteles na fundamentação e o desenvolvimento contemporâneo da dogmática penal.

Supor que o tradicional e filosoficamente múltiplo debate sobre a fenomenologia da causalidade do crime omissivo poderia eventualmente ter sido evitado, caso não existisse a passagem em que o filósofo reconhece a ausência do barqueiro como causa do naufrágio, consiste num exagero na avaliação. Isso é ainda mais questionável num contexto no qual Löning reconhece que Aristóteles não teria «submetido a questão ao especial debate» acerca de quais condições dependeria a imputação da omissão.³⁶⁵ E, portanto, diante dessa ausência, julga ser a leitura seletiva que empreende e a sua própria interpretação dos textos do filósofo a que deve prevalecer em termos de imputação penal da omissão.

³⁶¹ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 250.

³⁶² LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 250-251. O conceito de Löning não exclui a imputação por negligência na hipótese em que o objeto desconhecido era «empiricamente para se esperar» e por isso seria «fácil de saber» (LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 252).

³⁶³ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 252. Löning coloca essa espécie de omissão como típica de uma «não prevenção» (*Nichtverhütung*) ou «não evitação» (*Nichtverhinderung*) do resultado, o que, por si só, é questionável. Prevenir e evitar não são sinônimos. E, portanto, a responsabilidade não pode ser igual, uma vez que a capacidade causal daquele que só pode «prevenir» os riscos de ocorrência do resultado e daquele que, verdadeiramente, pode «impedir» a ocorrência do resultado não é realmente a mesma.

³⁶⁴ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 252.

³⁶⁵ LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 248.

Outra crítica versa sobre o conceito estritamente corporal de ação, que certamente perdeu força na atualidade, já que não comporta explicar os crimes omissivos e sabidamente não representa a definição dos crimes comissivos praticada pela doutrina.³⁶⁶ E mais, a explicação lastreia-se, ainda que fazendo uso de argumentação acerca da vontade do agente,³⁶⁷ na concepção essencialista de causa, o que impede de reconhecer a verdadeira fenomenologia omissiva, na medida em que é incapaz de perceber que o omitente pode buscar o resultado justamente por meio do seu não fazer.

Resulta de tudo isso que a doutrina penal atualmente dominante é de moderado apego ao paradigma causal exclusivamente natural-essencialista. Reconhece haver uma ligação normativa entre a conduta e o resultado, mesmo assim não deixa de ser excessivamente referenciada ao modelo legal e dogmático dos crimes comissivos com resultado natural. É de se observar que persevera significativa parcela da doutrina³⁶⁸ nos limites de possibilidade oferecidos pelo axioma da filosofia escolástica³⁶⁹ – o qual aparece frequentemente invocado mesmo

³⁶⁶ Sobre os limites da concepção «positivista-naturalista» de crime, por exemplo, COSTA, *Noções fundamentais*/2012, §59, p. 187-188 e, antes, DIAS, *Direito Penal*, p. 240-241, §10. Em específico, acerca dos limites dessa compreensão na doutrina do crime omissivo, CORREIA, *unidade e pluralidade de infrações*, p. 59; STOFFERS, *Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, p. 96-97.

³⁶⁷ Assim, por exemplo, em LÖNING, *Zurechnungslehre*, p. 245-246 e 249 e 250.

³⁶⁸ Por exemplo, FIANDACA, «Omissione», p. 555, recentemente, VIGANÒ, «Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva”», p. 1681.

³⁶⁹ No que diz respeito à escolástica, a máxima latina *ex nihilo, nihil fit* foi estudada e acolhida por Tomas de Aquino no contexto da chamada teologia da criação. Tomas de Aquino discorre sobre o tema geral do «modo de derivação das coisas do primeiro princípio» na questão 45, «Art. 1 – Se criar seja produzir do nada» e, depois, «Art. 2 – Se Deus pode criar qualquer coisa». Afirma – especificamente no artigo 2 número 1 – que «segundo Aristóteles, os antigos filósofos admitiram como verdade universalmente aceita por todos que do nada não se produz algo. Ora, o poder de Deus não se estende até atuar contrariamente aos primeiros princípios, por exemplo, Deus não pode fazer que o todo seja maior que a parte ou que a afirmação e a negação sejam igualmente verdadeiras. Logo, Deus não pode fazer alguma coisa do nada, que é criar» (AQUINO, *Summa Teológica*, v.1, p. 427-428). E, mesmo antes, em 1264, com atenção dedicada à essencialidade da matéria para a produção dos efeitos – no capítulo denominado «Deus produz as coisas no Ser a partir do nada» (*Quod Deus ex nihilo produxit res in esse*) – afirma que a «matéria é em relação ao agente como o sujeito que recebe a sua ação». A partir disso e em conjunto com a equivocada idéia que «a matéria não teria alguma causa», desenvolveram os antigos filósofos a «convicção comum» de que «do nada, nada se faz» (*ex nihilo nihil fit*) afirmação «certamente verdadeira caso se trate de agentes» individuais (AQUINO, *Summa contra los gentiles*, v.1, Livro II, Cap.16, p. 340 e 342). Contudo, tal axioma não se aplicaria a Deus que «é o princípio universal do ser», de modo que «não lhe convém agir somente por movimentos e mutações» e, assim sendo, «tão pouco necessita que haja com antecedência matéria para agir». Em síntese, Deus «para produzir o efeito não requer matéria prévia» (*Non igitur ad producendum effectum requirit materiam praeiacentem*) (AQUINO, *Summa contra los gentiles*, v.1, Livro II, Cap.16, p. 339-340).

na expressão latina – *ex nihilo, nihil fit*.³⁷⁰ A enunciação do princípio causal por meio da máxima latina é correta, apenas é equivocada a concepção da conduta omissiva como sendo propriamente um nada.³⁷¹

Agora, para satisfatoriamente entender como se deu a evasão do paradigma da causalidade de cariz natural-essencialista e a penetração na causalidade puramente normativa, bem como os desafios que se pretendeu resolver e as eventuais virtudes dessa compreensão é demandado retornar ao momento de colocação do problema sob o signo geral das doutrinas da causalidade jurídica. Mas não sem antes estabelecer alguns pontos comuns que propiciaram o surgimento das diferentes orientações que seguem.

Em linhas gerais, percebe-se ser obra de autores profundamente insatisfeitos com os limites explicativos da doutrina da interferência em relação aos distintos fenômenos omissivos. Daí advém a tendência cética acerca do esclarecimento da causação do resultado em termos ontológicos prévios ao direito. Frente à incapacidade do materialismo-mecanicista – fundado na concepção essencialista de causa e, por isso, eminentemente polarizado na força da conduta positiva – persistir na investigação do modelo comum de elucidação da relação de causalidade, a saída foi a radical renúncia ao referencial que o mundo natural oferece ao direito penal.

Em termos filosóficos, nota-se, no geral, serem doutrinas penais também herdeiras de certos limites do positivismo, ainda quando verdadeiramente influenciadas pelo horizonte de possibilidades da reflexão kantiana, nomeadamente naquilo que não os consegue ultrapassar. Esse horizonte pode-se apresentar ostensivamente manifestado ou, mesmo, fundamentado no pensamento de outros

³⁷⁰ Para um exemplo emblemático e de expressão curiosa, veja-se a opinião de Lundstedt que considera que o «axioma *ex nihilo nihil fit* é e permanece inabalável apesar das verdadeiras orgias da dialética sofistas por meio da qual se tentou fazer passar o preto por branco» (LUNDSTEDT, *Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, p. 64). Tal afirmação é significativamente expressiva da restrita perspectiva que o autor tem da ontologia, que não permite nem visualizar a inteireza da lei causal, nem compreender integralmente a fenomenologia do omitir.

³⁷¹ Vale destacar que, especificamente na dogmática penal, Schwalbach considera que o axioma não apresenta adequação ao contexto do problema da causalidade da omissão (SCHWALBACH, «Unterlassungsdelicten», p. 607). Nesse seguimento, acrescenta v. Bar que o conceito de crime exige muito mais o «comportamento contrário ao dever» do que propriamente uma «ação» (v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 260). Todavia, na totalidade da sua compreensão, o fato de prescindir da ação positiva como requisito central e inultrapassável não produz grandes efeitos em termos de libertação desse paradigma. Para mais detalhes sobre o pensamento de v. Bar, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.1. No sentido de negar a propriedade explicativa desse axioma para a omissão imprópria, REALE JÚNIOR, *Parte geral*, p. 43.

filósofos.³⁷² Para elucidar os eventuais limites e fundamentos desse pensamento, pode-se – em síntese apertada – indicar pontualmente algumas passagens emblemáticas.

Na obra de Immanuel Kant, encontra-se tratamento específico dado às proposições negativas, a exemplo do que ocorre no livro «O único argumento possível para uma demonstração da existência de Deus» de 1763 e, especialmente, no tópico intitulado «a essência necessária contém a mais alta realidade». Identifica que «as negações não são algo em si mesmo» ou ainda podem ser «pensáveis» em si mesmas,³⁷³ isso porque «como negação, nada estabelece» de tal modo que «assim absolutamente nada é dado» e, logo, não seria algo possível de pensar.³⁷⁴ Afirma, no contexto e propósito geral da obra, serem as «negações» pensáveis apenas por meio das «posições contrárias» de tal forma que não passariam de «posições possíveis, as quais não são elas o maior».³⁷⁵ Ao seguir por esse caminho, chega à conclusão de que as proposições positivas têm base real, enquanto «as negações não têm fundamento real (porque elas nada são de positivo)», de modo que elas «pressupõem, portanto, apenas fundamento lógico».³⁷⁶

Mais adiante, na Crítica da Razão Pura em 1781, destaca que os «julgamentos negativos» têm maior importância quando o «conhecimento possível é muito

³⁷² Por exemplo, Haupt recorre à Arthur Schopenhauer, que, por sua vez, constrói obra filosófica que parte – e se pretende de certa maneira consumadora – de pressupostos da filosofia kantiana. É assim, ao menos, que enxerga Christopher Janaway quando descreve Schopenhauer como um «crítico e revisionista seguidor de Kant» que «utiliza difundidamente o vocabulário de Kant», todavia de modo que «a forma e a motivação da sua filosofia» seja consideravelmente diferente (JANAWAY, «Introduction», p. 3 e 13). No mesmo sentido, visualizando Schopenhauer, na sua primeira obra, como «se movendo na pegada de Kant» (GOTTLIEB, *Schopenhauers Einfluß*, p. 29). Uma breve amostra da admiração e da crítica de Schopenhauer ao pensamento de Kant surpreende-se na frase de Voltaire «*C'est le privilège du vrai génie, et surtout du génie qui ouvre une carrière, de faire impunément de grandes fautes*» escolhida como epígrafe do apêndice dedicado à «crítica da filosofia kantiana» (SCHOPENHAUER, *Welt als Wille und Vorstellung*, p. 365).

³⁷³ KANT, *Demonstration des Daseyns Gottes*, nm. 648.

³⁷⁴ KANT, *Demonstration des Daseyns Gottes*, nm. 648.

³⁷⁵ A passagem no original, «*Verneinungen sind also nur durch die entgegengesetzte Positionen denklich, oder vielmehr, es sind Positionen möglich, die nicht die größte sein*» (KANT, *Demonstration des Daseyns Gottes*, nm. 649).

³⁷⁶ KANT, *Demonstration des Daseyns Gottes*, nm. 649. A passagem no original «*In der Tat sind Verneinungen an sich selbst nicht etwas, oder denklich, welches man sich leichtlich auf folgende Art faßlich machen kann. Setzet nichts als Negationen, so ist gar nichts gegeben, und kein Etwas, das zu denken wäre. Verneinungen sind also nur durch die entgegengesetzte Positionen denklich, oder vielmehr, es sind Positionen möglich, die nicht die größte sein. Und hierin liegen schon, nach [649] dem Satze der Identität die Verneinungen selber. Es fällt auch leicht in die Augen, daß alle den Möglichkeiten anderer Dinge beivohnende Vereinigungen keinen Realgrund (weil sie nichts Positives sind), mithin lediglich einen logischen Grund voraussetzen*».

limitado» em determinado âmbito, razão pela qual obriga que se observe formal e materialmente a lógica.³⁷⁷ As «ocupações próprias» (*eigentümliche Geschäfte*) das proposições negativas consistem em «tão somente evitar o erro», aquele o qual está sujeito o «nosso conhecimento», uma vez que é passível de ser «aumentado ou restringido por meio de um juízo».³⁷⁸ Exatamente para o que interessa a esta investigação um comentário não pode faltar. Tal forma de conceber o fenômeno omissivo seguramente reduz as oportunidades de construção e desenvolvimento do saber jurídico-penal, como se verá no seguimento da argumentação.

No plano dogmático, as doutrinas normativas da causalidade significam a passagem da fundamentação heterorreferenciada ou sustentada em elementos ontológicos, apenas reconhecíveis pela juridicidade, para a proposição e justificação categorial precisamente a partir da própria força instituinte do direito. E, assim, se inicia um sinuoso e sutil processo de conquista de espaço pelas explicações puramente jurídicas ou jurídico-políticas em detrimento do reconhecimento ontológico de fenômenos sintetizados em determinadas categorias da dogmática penal. Isto é, a constituição e a fundamentação do direito penal migra da valoração conferida à realidade compreendida pelo legislador para uma configuração estrutural proveniente do conjunto de finalidades que se pretende alcançar. Trata-se do direito penal não mais como prática de seleção normativa dos cursos causais relevantes, mas sim como construtor normativo da própria relação de causalidade nas situações que lhe são politicamente interessantes.

Os grupos de propostas que agora se enfrenta mobilizam distintos fundamentos e elementos culturais que as especificam e as distinguem. Contudo, se for levada em consideração a característica preponderante, mesmo quando não autodenominadas, é possível acolhê-las num capítulo amplo dedicado às orientações tributárias da causalidade normativa ou, ainda também, como aparece na literatura específica, causalidade jurídica, “não real” ou apenas hipotética.³⁷⁹ Essas noções não satisfatoriamente bem definidas têm sido apresentadas pelos mais céticos a título de

³⁷⁷ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, AA 467, p. 591.

³⁷⁸ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, AA 466, p. 590.

³⁷⁹ A expressão «causalidade hipotética» encontra-se, por exemplo, em LENCKNER; EISELE, «Vorbemerkung zu dem §13», p. 165, nm. 80.

alternativas conceituais à tradição doutrinal de estudo e de investigação da causalidade de natureza ontológica nos crimes omissivos.

Para já, adianta-se que os conceitos constam, por vezes, indistintamente enunciados ou mesmo arrolados em grupos, quase como se fossem palavras com idêntico significado tornadas a nomear com o fim de reforçar o sentido por meio da repetição. Decerto não são sinônimos na linguagem comum, também como muito se duvida de que juridicamente assim possam ser e, portanto, deve-se admitir que a referida estratégia incrementa a obscuridade a pairar sobre o tema. Logo, é necessário entender especificamente o que se intenciona nomear com cada um dos conceitos, bem como determinar exatamente em que medida se aproximam entre si e, sobretudo, quais são as consequências sistemáticas e as eventuais vantagens doutrinárias que podem oferecer. Em síntese, duas questões: o que apresentam esses conceitos de verdadeiramente causal e por que seria suficiente falar de causalidade penal nesse sentido?

2. O surgimento da doutrina exclusivamente jurídica da causalidade da omissão

2.1. A doutrina da «ampliação da causalidade» fundadas no «juízo ético» das «regras de vida» (v. Bar)

O final do século XIX oportunizou – para além do seguimento do intenso debate propositivo do modelo de causalidade natural da omissão imprópria como se bem sabe – o surgimento da doutrina jurídico-normativa da relação de causalidade. Carl Ludwig von Bar é significativamente um dos mais destacados autores empenhados na contraposição da compreensão própria do positivismo naturalista, para isso convoca fundamentos e elementos jurídicos diversos do ordenamento positivo alemão: ora no direito romano, ora no direito inglês.³⁸⁰

³⁸⁰ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, respectivamente, §126, p. 246-247 e §139, p. 264, nota 28 e, de modo específico em relação ao direito romano, anteriormente, v. BAR, *Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 119.

Se existem pontos na doutrina de v. Bar que foram modificados e alterados ao longo da sua obra, também há outros que se mantiveram com alguma constância – nem sempre atentamente compreendida – a conferir certa estrutura e unidade no seu pensamento. A oposição à «teoria da absoluta separação da relação causal e culpa» tão cara ao modelo clássico de crime é um dos exemplos,³⁸¹ pois considerava que a sua «solvência» ou dissolução abriria caminho para a resolução do problema da relação de causalidade.³⁸²

Na exposição da sua doutrina, adota como partida o fato de acreditar que, se, por um lado, as «relações causais em sentido jurídico» não podem ser consideradas «certas e extensas consequências das relações causais naturais», por outro, em espaços onde elas reconhecidamente não existem «em sentido natural», «devem ser tomadas certas relações» como se fossem causais.³⁸³ E isso porque o direito requer «não apenas a existência da natureza, senão também a existência dos homens e sua relação conjunta», a qual, como se pode perceber, implica «certo uso da natureza e por isso também uma certa alteração» dela.³⁸⁴ É clara a marca do «significado antropocêntrico das ciências do espírito» na doutrina causal de v. Bar.³⁸⁵

O homem seria causal para o resultado, na medida em que pode ser visto como «condição por meio da qual é normalmente pensado o curso do acontecimento».³⁸⁶ Já o conceito de causa, todavia, segue bastante arraigado ao horizonte do naturalismo penal, o qual v. Bar declaradamente intenciona superar, mas se desvela consideravelmente influenciado. A causa significa a «força natural» que aparece como «análoga» ao «querer», como «a condição última para a produção de um acontecimento» (*Hervorbringung einer Erscheinung*).³⁸⁷

Outro emblemático exemplo do apego de v. Bar à estreita forma de ver o mundo físico – o que se trata de uma tendência constante entre os proponentes da doutrina normativa –, identifica-se exatamente na explicação da doutrina das «regras

³⁸¹ Isso é corretamente observado por LING, *Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, p. 54.

³⁸² v. BAR, *Gesetz und Schuld*, p. 258 e, assim, já se encontrava antes em v. BAR, *Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 11 e ss.. Assim, como prosseguiu, de algum modo, em WINDELBAND, «Normen», p. 219 e 243.

³⁸³ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, p. 258.

³⁸⁴ v. BAR, *Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 11.

³⁸⁵ LING, *Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, p. 45 e 56.

³⁸⁶ v. BAR, *Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 11.

³⁸⁷ v. BAR, *Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 11.

da vida» (*Regel des Lebens*). A impossibilidade de explicação da causalidade omissiva a partir do critério da manifestação da força mecânica pela omissão imporia recorrer a uma «visão da vida» (*Anschauung des Lebens*) que o direito não poderia recusar a reconhecer.³⁸⁸ Segundo tais regras, seria possível perceber quando eventualmente faltasse algo que, «com bons fundamentos, se poderia esperar» acontecer e, por isso, os «efeitos perniciosos» nesses casos poderiam ser imputados àquela falta.³⁸⁹

Para ilustrar coloca um exemplo que bem explicita a restrita compreensão que tem da ontologia e do próprio mundo natural. Sustenta que o «buraco no casco do barco por meio do qual entram as ondas do mar» é, em sentido puramente físico, igual a nada,³⁹⁰ ou seja, por certo concretamente não existe algo físico. Todavia não se duvida de que – embora não físico – ali existe algo. E esse algo, para v. Bar, somente «aparece para nós como real» ou «algo com efeitos muito reais», quando visto sob a ótica das «condições para navegar» e das «regras correspondentes à navegação».³⁹¹ Em síntese: o buraco no casco – sem a ausência das regras e sem intenção de navegar – não existiria. A sua existência depende, portanto, do cotejo com uma certa utilidade do barco, o que é suficiente para lançar desconfiança a respeito da bondade dessa ética utilitária que – ao fim, nesse entender – seria o que conferiria existência às coisas no mundo não concreto.³⁹²

O direito penal, a princípio, teria interesse apenas nos casos de manifestação «externa do ato de vontade» em que ocorre o «movimento corporal, pois não há relevância um «puro curso mental interno» (*ein rein innerer Seelenvorgang*).³⁹³ Uma exceção, contudo, deveria ser reconhecida em razão da significativa justificação. Existem casos em que a «situação de quietude mental é uma realidade» (*Seelenruhe doch eine Realität ist*) e, assim, a «saúdável visão da vida» é autorizada a ver a causa do acontecido na falta de algo «que deveria existir».³⁹⁴ Isto é, a inatividade contraria a

³⁸⁸ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 258.

³⁸⁹ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 259.

³⁹⁰ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 259.

³⁹¹ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 259.

³⁹² Em outras palavras, o que faz v. Bar é preponderar a utilidade sobre o sentido das coisas. O sentido das coisas, por definição, não consiste em algo propriamente «útil», na medida em que «nada de imediatamente prático pode ser feito», mesmo assim «se figura como necessário», porque, como explica sinteticamente Heidegger, «se o sentido faltasse, o próprio útil ficaria desprovido de significação e por conseguinte não seria útil» (HEIDEGGER, *Língua de tradição*, p. 9-10).

³⁹³ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 259.

³⁹⁴ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 260.

suposta atividade impeditiva, entendida na forma de «positiva supressão de um obstáculo para a entrada do resultado», o que permitiria que fosse chamada de «causal». ³⁹⁵

Von Bar entende que a capacidade causal da omissão para a ocorrência do resultado «certamente não é» «mecanicamente correta», pois, conforme a «pura perspectiva mecânica», a falta de movimento corporal significa a ausência de ação. ³⁹⁶ Acontece que a «vida prática» abandona aqui, a exemplo do que acontece em vários outros casos, a fiel exclusividade «à perspectiva mecânica» para aceitar que a «causalidade da omissão se baseia num juízo ético». ³⁹⁷ Juízo que, segundo esse entender, seria encontrado decisivamente em certas relações causais em âmbitos específicos no sentido de uma observação «não moral, mas sim jurídica». ³⁹⁸

Na visão de v. Bar, a aceitação da causalidade da omissão estaria fundada na «manutenção do ordenamento jurídico» que necessita da «ideal ampliação da relação de causalidade» (*geboten (idealen) Erweiterung des Kausalzusammenhanges*). ³⁹⁹ Reconhece, portanto, que se «poderia denominar» a ampliação da causalidade como «fingida» (*fingiert*), mas ressalva apenas que assim propriamente seria se o «conceito de ficção do ser artificial não se fechasse sobre si» (*Begriff der Fiktion den des Künftigeseins in sich schlösse*). ⁴⁰⁰

Desde uma percepção intimamente vinculada aos elementos subjetivos, pontua as hipóteses nas quais seria o caso de aprovar a existência do nexos causal. Primeiro, no caso de a execução da atividade ser «tão evidente que todos os interessados a esperam» e essa espera faz o omitente culpado, quando «ele não é absolutamente descuidado». ⁴⁰¹ Segundo, no caso da execução da atividade –

³⁹⁵ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 260. Neste ponto, v. Bar abertamente manifesta grande proximidade à orientação proposta por Karl Binding, quem considera ter andado no caminho certo para a solução do problema, mas sem conseguir perceber a diferença entre a «perspectiva puramente mecânica» e a decisiva «observação ética» (v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §137, p. 260, n. 18^a).

³⁹⁶ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §138, p. 261.

³⁹⁷ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §138, p. 261 e §137, p. 258.

³⁹⁸ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §140, p. 264. No entanto, mais adiante, afirma que a aceitação da causalidade da pura omissão sustenta-se em «percepções moral e jurídica» (*moralischen und rechtlichen Anschauungen*) (v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §141, p. 268), o que, no atinente à moralização das categorias jurídico-penais, se mostra de bondade dogmática questionável.

³⁹⁹ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §141, p. 268-269.

⁴⁰⁰ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, v. 2, §141, p. 268-269.

⁴⁰¹ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, v. 2, §141, p. 269.

conforme julgamento das «regras vigentes sobre a relação causal» – poderia evitar a «ocorrência do resultado lesivo» e, nesse seguir, apresenta explicação sustentada na compreensão da doutrina da interferência.⁴⁰² Considera que existe responsabilidade por dolo quando o «estímulo psíquico» para realizar a atividade é reprimido, pois, segundo essa «visão prático-ideal» (*praktisch-idealen Anschauung*), a «repressão do estímulo para agir» é igual nas consequências à «intervenção positiva do naturalismo».⁴⁰³

Dois elementos devem ser destacados como pontos fortes na obra de v. Bar. A sensibilização para a necessidade de identificar e explicar os elementos externos que o direito penal obrigatoriamente precisa encontrar e reconhecer. Posto que com pensamento restrito aos limites dados pelo normativismo, não deixa de confirmar que a legitimidade da imputação jurídico-penal – como é o problema que agora se ocupa – não repousa apenas em elementos legais ou criados pelo direito, no mesmo sentido que se afirmara sob a égide da doutrina do positivismo naturalista.⁴⁰⁴ Põe em relevo a importância da «visão da vida» e da «vida prática» que compõe inevitavelmente o sentido penal, todavia a indeterminação da conformação da categoria e a ausência identificação da relação que guarda com a ontologia natural, acaba por fazê-la dogmaticamente pouco aproveitável.

Também ensina que a eventual intenção de resolver o tradicional problema doutrinário da causalidade da omissão por meio de definição positiva na legislação penal «não é de maneira alguma recomendada», pois sabidamente as definições legais tendem a ser ou «sem conteúdo», ou «muito complicadas e exatamente por isso resultam defeituosas».⁴⁰⁵

Por fim, para além das contraposições que foram pontualmente apresentadas, algumas considerações críticas nucleares à proposta são devidas. Os estudos de v. Bar não culminam num desfecho claro, pois nem superou como pretendia a concepção do positivismo naturalista, nem alcançou concretização a sua constante

⁴⁰² v. BAR, *Gesetz und Schuld*, v. 2, §141, p. 269.

⁴⁰³ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, v. 2, §141, p. 269.

⁴⁰⁴ Assim, segue orientação no mesmo sentido da compreensão de Glaser, na qual se pode deparar o ganho compreensivo que é proposto, com intenção de limitar o arbítrio do julgador, por meio do estudo do resultado natural externo e da identificação do curso causal (GLASER, *Abhandlungen*, p. 294). Mais pormenorizado em 2º Parte, Capítulo II, Tópico 2.

⁴⁰⁵ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §142, p. 270.

aproximação da doutrina da interferência numa, eventualmente denominada, “doutrina normativa da interferência”.

Certamente a primeira oposição trata do fato de não apresentar a fundamentação específica da causalidade da omissão e o respectivo modo de verificação, mas sim apenas a questionável «ampliação da relação de causalidade». Ampliação que não pode deixar de ocorrer em detrimento do princípio da legalidade e, mais especificamente, da certeza da lei penal. Ainda mais perigoso e recusável é quando se trata, como reconhece o autor, apenas de uma «ficção» jurídica, que resta com o critério legitimador insuficientemente explicado no que concerne às hipóteses nas quais ficção causal seria autêntica. Essa doutrina, em última instância, aparenta ser mais um recurso, diante da insuficiente compreensão da realidade pelo jurista, para alcançar legitimidade à responsabilização criminal da omissão, que propriamente um seguro critério apto a trazer certeza e garantia na realização judicial do direito.

Depois, basear a causalidade omissiva estritamente em juízo de natureza ética – capaz de superar os limites da estrita verificação dos elementos de força ou de energia mecânica – impõe recolocar a questão a respeito da forma de relação mantida entre as leis éticas e as leis naturais. Isto é, qual a observância ou aderência que as normas éticas precisam ter em relação à prévia realidade natural caso se pretendam vigentes e produtoras de sentido?⁴⁰⁶

O terceiro ponto a ser destacado trata da irrestrita confusão entre os conceitos de causalidade e culpa, cujos limites categoriais o autor pretendeu dissolver, a ponto de fazer a observação da causalidade dependente, em grande medida, da culpa. E isso se nota, quando pontua as duas formas de verificação da causalidade: ora dolosa, ora negligente. O resultado é inaceitável como sublinhou a crítica de Traeger com dois arrebatadores exemplos. Por um lado, o «brutal egoísta, maldoso insensível» – junto ao qual «o tal impulso de agir não aparece» – seria em razão da sua condição psíquica «continuamente impune». E, por outro, uma série de omitentes não poderiam ser punidos por dolo, pois «a prova de que esse impulso

⁴⁰⁶ Tema que será estudado mais adiante na 2ª Parte, Capítulo V, Tópico 2.1.

teria existido não poderia ser realizada», o que consiste provavelmente na «normalidade dos casos».⁴⁰⁷

2.2. A doutrina da causalidade a partir da vontade humana (Sigwart)

Christoph Sigwart é um filósofo que recebe enquadramento classificatório no grupo dos lógicos alemães adeptos à doutrina subjetiva da negação,⁴⁰⁸ os quais, no fim de contas, são herdeiros em certo grau da filosofia kantiana. Especificamente, Sigwart permanece no limite imposto por esse entendimento filosófico no sentido de não alcançar a fundamentação para a realidade da negação – a qual abrangeria o fenômeno omissivo –, todavia igualmente não oferece uma solução regida a partir de «uma teoria transcendental do juízo indefinido».⁴⁰⁹

Sigwart coloca em destaque a idéia da vontade do homem como elemento propulsor para realizar resultados que alteraram a realidade, uma vez que corretamente considera que tanto o repouso, quanto o movimento são igualmente formas de efeitos do querer humano.⁴¹⁰ Explica que, para atingir as suas finalidades, o homem aproveita o efeito das forças da natureza,⁴¹¹ dado que tem «o poder para intervir» e «conforme o seu comportamento» fazer com que seja o «resultado assim ou diferente».⁴¹² É preciso, em razão disso, ter consciência de que a «causa total» (*Gesamtursache*) do resultado é composta pela união de forças eficazes e de forças latentes, que não aparecem ostensivamente aos sentidos.⁴¹³ Por hábito, identificar-se-ia, geralmente, apenas a força positiva do agir como causa, mesmo assim os

⁴⁰⁷ TRAEGER, *Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, p. 64-65.

⁴⁰⁸ BRITO, *crime omissivo*, p. 93.

⁴⁰⁹ BRITO, *crime omissivo*, p. 93.

⁴¹⁰ SIGWART, «Der Begriff des Wollens», p. 190-191. Assim se assemelha ao ponto de partida da doutrina da «ação concludente» de Augusto Geyer, penalista austríaco seu contemporâneo. Para maiores detalhes sobre a doutrina do efeito psíquico da omissão, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 3.

⁴¹¹ SIGWART, «*Begriff des Wollens*», p. 192.

⁴¹² SIGWART, «*Begriff des Wollens*», p. 193.

⁴¹³ SIGWART, «*Begriff des Wollens*», p. 192.

resultados desejados são invariavelmente obtidos por uma certa complexidade de condições composta pelo agir e o deixar agir.⁴¹⁴

Sigwart chama a atenção para a idéia da vontade do homem como elemento propulsor da realização de resultados que alteraram a realidade, tendo o movimento e o repouso efeitos do querer humano. É justamente no esclarecimento acerca dos modos de causação dos resultados pelo homem, na busca pela satisfação das suas finalidades, que oferece o seu maior aporte compreensivo. É digna de nota a sua contribuição na elucidação da fenomenologia omissiva ao observar que o resultado é sempre fruto de uma co-causalidade, que comporta forças eficazes (ostensivas) e forças latentes (não ostensivas).

A compreensão de Sigwart impulsionou trabalhos de penalistas que lhe fizeram parciais críticas ou realmente acolheram os seus pontos de partida e desenvolveram outras compreensões lastreadas nas suas premissas. Entre as orientações que partem dessa base, indubitavelmente merece ser referida a doutrina italiana da «causalidade humana exclusiva» de Antolisei.⁴¹⁵ Antes disso, na França, digna de nota é proposta de Gand,⁴¹⁶ também conhecida e reiteradamente considerada por Antolisei.⁴¹⁷ Sem deixar de mencionar, entres os precursores da causalidade normativa, Haupt⁴¹⁸ e v. Rohland.⁴¹⁹

A doutrina de Sigwart recebeu uma série de oposições, dentre as quais tem maior relevo a expressiva diminuição do âmbito de condutas abrangidas pela explicação doutrinal proposta, pois o substrato das reflexões tem como direção apenas as omissões conscientes e voluntárias. Haupt exemplifica tal constatação por meio do caso da babá que – encarregada de cuidar da criança a brincar numa sala com a janela aberta – se «deixa pegar no sono» e, portanto, segundo a compreensão de Sigwart, não seria culpada se eventualmente a criança «cai na rua» e morre.⁴²⁰

⁴¹⁴ SIGWART, «*Begriff des Wollens*», p. 191 e ss.

⁴¹⁵ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 204-206 e 222-225. Para maiores detalhes sobre a doutrina da causalidade humana exclusiva, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 5.

⁴¹⁶ GAND, *Commission par omission*, p. 54 e ss., especialmente p. 57.

⁴¹⁷ Por exemplo, ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 151, nota 33.

⁴¹⁸ Sobre a doutrina da causalidade de Haupt, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.4.

⁴¹⁹ Sobre a doutrina da causalidade de v. Rohland, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.5.

⁴²⁰ HAUPT, «*Unterlassungsdeliktem*», p. 541. Mais adiante, no mesmo sentido, REDSLOB, *Kriminelle Unterlassung*, p. 12-13.

Depois, faz-se a objeção de que o omitir, apenas poucas vezes, é dirigido por uma vontade de causar o resultado, já que, na maioria dos casos, o que falta é a vontade para a execução concreta da ação que atende ao mandamento. A doutrina de Sigwart não demonstra observar corretamente o que postula ser a causalidade da omissão imprópria, uma vez que não atinge centro da questão para determinar como os omitentes são também causadores⁴²¹ e, por fim, acaba por mesclar a causalidade com a culpa, o que foi prontamente apontado pela crítica.⁴²²

2.3. A doutrina da imputação na filosofia neokantista (Windelband)

Wilhelm Windelband é conhecido por ser um dos filósofos responsáveis pela colocação em evidência e promoção do neokantismo do sudoeste alemão.⁴²³ Pensamento que carrega a proposta de um novo método científico próprio para a chamada «ciência da cultura» – ou, se preferível a tradução, «ciência cultural»⁴²⁴ –, cuja capacidade teria condições de emancipação do domínio asfíxiante da metodologia das ciências naturais, até então vigente no positivismo-materialista.⁴²⁵

⁴²¹ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, §134, p. 256.

⁴²² MERKEL, *Unterlassung*, p. 19.

⁴²³ HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik*, p. 33. Weiglin chega mesmo a afirmar que foi Windelband o responsável por «trazer a existência» o neokantismo com a conferência inaugural intitulada a «história e ciências naturais», proferida quando assumiu como reitor na Universidade de Strasbourg (WEIGLIN, *Richard Honig*, p. 46). Já, mais adiante, Radbuch apresenta as suas explicações sobre a «realidade e o valor» como continuidade da linha filosófica que parte de Windelband, corre pelo seu discípulo direto Heinrich Rickert e encontra Emil Lask, o discípulo de Rickert (RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 91, nota 1). Seguramente, se autorreconhecendo como «largamente tributário» da filosofia dos valores, em Portugal, ver MONCADA, *Filosofia do direito*, p. 321, nota 1. Sobre a penetração do neokantismo do sudoeste alemão no direito penal, ver CORREIA, *unidade e pluralidade de infrações*, p. 70.

⁴²⁴ Assim em RICKERT, *Ciencia cultural*, p. 26.

⁴²⁵ RICKERT, *Ciencia cultural*, p. 25-26; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 93. Sobre a proposta de autonomização do neokantismo, LARENZ, *Metodologia*, p. 125-138; BRONZE, *Introdução ao Direito*, p. 387-388; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 104 e nota 11; HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik*, p. 33-34; WEIGLIN, *Richard Honig*, p. 46-49; HESPANHA, *O caleidoscópio do direito*, p. 761-762. Nesse contexto, é reconhecido que as ciências culturais são muito mais recentes, sem ter alcançado a «fundamentação filosófica» que as ciências naturais obtiveram e que, muitas vezes, as suas investigações metodológicas dizem respeito à determinação da «essência da própria atividade» científica (RICKERT, *Ciencia cultural*, p. 34-36). Agora, caso se reflita sobre isso tomando como base a perspectiva de intelecção do problema da imputação como concebido no neokantismo do sudoeste alemão, percebe-se que as mudanças dizem mesmo respeito ao conteúdo, fundamento, sentido e finalidade do direito penal, isto é, em suma, a própria essência da atividade jurídico-penal.

O caminho elegido seria o estudo e a investigação axiológicos para a proposição de uma verdadeira teoria dos valores como ponto característico das ciências empíricas da cultura – dentre elas, nomeadamente as ciências jurídicas – que fosse apta a traçar a linha divisória com a ciências naturais.⁴²⁶

O neokantismo do sudoeste alemão assume a tese de que o «esclarecimento e sistematização de leis causais interdependentes ao ser» (*Verpflchtungen des Seins*) somente poderiam ser acedidos por meio dos «conhecimentos científicos do reino da natureza».⁴²⁷ Já, por outro lado, no «reino da cultura», o «decisivo» seria a «existência de valores vigentes» numa nítida e terminante separação entre a «realidade» e o «valor», cujo reconhecimento metodológico destes adviria da «teoria do conhecimento *a priori* das ciências culturais».⁴²⁸

Corretamente observa Windelband que a responsabilidade penal não depende apenas da observação da causalidade. Propõe, portanto, abordagem do problema da causalidade semelhante à empreendida por Sigwart, na medida em que como filósofo não se restringe ao direito e investiga como um todo as leis encontráveis na lógica, ética e estética. Sabidamente não seriam normas capazes de explicar a causação do resultado criminoso, mas também não deixam de ser normas que valoram comportamentos e condicionam aprovações. Isto é normas ideais, «regras de julgamento» (*Regeln der Beurteilung*), segundo as quais a qualidade axiológica do resultado poderia ser apreciada.⁴²⁹

A partir disso, aplica uma radical mudança de orientação na pergunta da imputação que, ainda nos dias de hoje, encontra ressonância na doutrina penal.⁴³⁰ A questão deixa de ser se o agente realmente causou o resultado para adquirir configuração meramente normativa, nomeadamente se «foi ou não realizada a

⁴²⁶ Rickert, levando em consideração não apenas a diferença de objeto, mas sim também de finalidades sobre o objeto, pretende a superação da oposição corrente entre «ciência da natureza» e «ciência do espírito» por uma distinção entre «ciência natural» e «ciência cultural» baseada no especial significado e importância que a cultura confere a determinados elementos, mais que a constatação da «mera natureza» dos «objetos da cultura» (RICKERT, *Ciencia cultural*, p. 44). Especificamente sobre o conceito de direito e a «teoria dos valores» no contexto maior de uma «teoria da justiça» de Radbruch, ver KAUFMANN, *Filosofia do direito*, p. 62 e 64-66.

⁴²⁷ HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik*, p. 33.

⁴²⁸ HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik*, p. 33.

⁴²⁹ WINDELBAND, «Normen», p. 286.

⁴³⁰ Sobre isso especificamente as doutrinas normativas da imputação que negam a existência da causalidade da omissão imprópria, ver 2º Parte, Capítulo IV.

norma», num contexto em que a realização da norma teria como consequência inexorável a «reprovação», independente mesmo de «se algo ou absolutamente nada aconteceu».⁴³¹ Significa, ao fim, em termos penais, a reaproximação entre os planos de análise objetivo, próprio da causalidade, e subjetivo, relativo à culpa, pois a investigação moral ou jurídica da doutrina da causalidade remete às leis que segundo os conhecimentos lógico, ético e estético são «normas ideais».⁴³²

É possível constatar – ainda que não se encontre afirmação nesse sentido – não se tratar propriamente de uma doutrina da causalidade da omissão imprópria. Muito diferente disso. É a defesa da responsabilidade penal alheada da dificuldade de verificação da existência do nexos causador. Assim, talvez mesmo por ser uma doutrina pensada de forma ampla, que não assume o desafio de precisão e de certeza próprios da legalidade como referencial jurídico fundamental, os resultados obtidos são diversos daqueles procurados pelo direito penal. A proposta acaba por ser incapaz de determinar a diferença entre a causalidade e responsabilidade penal, o que é o mesmo que ser incapaz de responder à pergunta preambular aqui formulada.⁴³³

2.4. A doutrina da causalidade segundo a filosofia de Schopenhauer (Haupt)

Friedrich Haupt reconhece que o debate sobre os crimes comissivos impróprios tem sido conduzido não estritamente por juristas, mas também pela contribuição de filósofos – a exemplo das últimas duas propostas aqui analisadas –, como a lição de Sigwart, a qual é tomada como referencial argumentativo e ponto de partida.⁴³⁴ Assume a premissa apresentada pelo filósofo de que o repouso e

⁴³¹ WINDELBAND, «Normen», p. 313-314.

⁴³² WINDELBAND, «Normen», p. 219 e 243.

⁴³³ Mesmo entre aqueles que defendem a existência de uma causalidade meramente jurídica – como faz Schwarz no seguimento da doutrina de Sauer – admite-se que Windelband escreve «muito como filósofo e pouco como jurista» e assim «não separa precisa e nitidamente» a diferença entre a causalidade e a responsabilidade penal que terminam sobrepostas (SCHWARZ, *Begehungsdelikten durch Unterlassung*, p. 62).

⁴³⁴ HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 533. A preocupação de Haupt é estritamente a omissão imprópria. Considera não haver qualquer problema em relação aos «chamados crimes omissivos

movimento são efeitos do querer humano e, portanto, impedir o movimento não é menos causal que ocasionar o movimento.⁴³⁵

Contudo, no seguimento da sua exposição, afasta-se do pensamento de Sigwart para buscar esteio em outro filósofo. É amparado no conceito de causa de Arthur Schopenhauer por meio do qual procede a aproximação do desafio do problema proposto e a estruturação da sua contribuição.⁴³⁶ Faz isso, mas não sem antes praticar alguns devidos e necessários esclarecimentos e depurações conceituais.

Haupt, sustentado em Schopenhauer, arranca do que há de mais fundamental e decisivo quando se convoca a explicação causal, ou seja, o «verdadeiro e completo conteúdo das leis causais», que se perfaz na constatação de que «toda mudança no mundo material só pode ocorrer, contanto que tenha acontecido uma outra imediata a ela» (*Jede Veränderung in der materiellen Welt kann nur eintreten, sofern eine andere ihr unmittelbar vorhergegangen ist*).⁴³⁷ E isso é assim nomeadamente porque «a lei da causalidade se baseia exclusivamente em mudanças» relativas à «entrada e saída de estados no tempo», nas quais o que se denomina «primeiro causa, depois [se] chama efeito».⁴³⁸ Aliás, ensina o filósofo, mesmo fora da matéria «permanecem intactas» as «infinitas cadeias causais de causas e efeitos».⁴³⁹

É preciso dizer que Schopenhauer põe em destaque o quanto «pernicioso» é «para a clareza do pensamento» persistir na «frequente» e indesejada «confusão entre força natural e a causa».⁴⁴⁰ Enfatiza, sobretudo, que é «impossível» trazer nitidez à compreensão filosófica «até que não seja distinguido claramente força e causa como

próprios», uma vez que a «omissão em si mesmo lesiona a norma», a dificuldade haveria se eventualmente a norma proibisse uma mudança, o que não acontece já que, nessa modalidade delitativa, ela apenas «exige uma tal» alteração (HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 546).

⁴³⁵ HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 533. Para maiores detalhes sobre a orientação de Sigwart, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.2.

⁴³⁶ HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 533-534 e 536.

⁴³⁷ SCHOPENHAUER, *Welt als Wille und Vorstellung*, p. 499; HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 534.

⁴³⁸ No original de Schopenhauer «*der frühere Ursache, der spätere Wirkung heißt*» (SCHOPENHAUER, *vierfache Wurzel des Satzes*, § 20, p. 51).

⁴³⁹ SCHOPENHAUER, *vierfache Wurzel des Satzes*, §20, p. 60; HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 535.

⁴⁴⁰ SCHOPENHAUER, *Welt als Wille und Vorstellung*, p. 503 e, antes, SCHOPENHAUER, *vierfache Wurzel des Satzes*, §20, p. 60. Isso ocorre, num contexto filosófico, como bem ressalta Gottlieb, em que as «leis da motivação» são um «gênero da lei causal» (GOTTLIEB, *Schopenhauers Einfluß*, p. 30). A partir disso, Haupt observa atentamente que a «confusão» encontra-se nos equivocados conceitos de causa das obras de Binding, Hälschner, v. Buri e Glaser (HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 536, nota 4).

coisas totalmente diferentes».⁴⁴¹ Em outras palavras, nem todas as causas são propriamente forças, nem todas forças são causas do resultado. E mais. Exatamente em razão disso seria equivocada a consideração – largamente pressuposta pela doutrina penal – de que o «conceito de causa encerra internamente o reconhecimento do conceito de força» (*Begriff der Kraft in den Begriff der Ursache hineintragend die Erkenntnis verschließt*).⁴⁴²

Desta base arranca Schopenhauer para o reconhecimento e a categorização de três diferentes formas de causalidade na natureza. Primeiro, como «causa em sentido estrito», são entendidas as mudanças realizadas no «reino inorgânico», aquelas adstritas ao domínio da mecânica, da física e da química.⁴⁴³ A segunda forma de causalidade refere-se ao «estímulo» que «domina a vida orgânica como tal», ou seja, as plantas, os vegetais e a «parte inconsciente da vida animal».⁴⁴⁴ E a terceira forma de causalidade consiste no «motivo», o qual «dirige» a «ação» no conjunto da «vida animal», nomeadamente as ações «externas» e «com consciência» de todos os animais.⁴⁴⁵

A diferença entre as três formas de causalidade evidenciar-se-ia na resposta à pergunta sobre a possibilidade de a omissão ser causal para o resultado. Ao passo que as duas primeiras formas denexo causal «é para negar» a viabilidade em atenção à «pergunta formulada»,⁴⁴⁶ já no que se refere à terceira modalidade causal relativa à «motivação dos Seres animais» (*der Motivation animalischer Wesen*), na qual o Ser tem o poder de obter resultados com a sua conduta, a inatividade é seguramente determinante para a ocorrência do resultado.⁴⁴⁷

A fim de ilustrar a explicação, Haupt exemplifica com duas situações cotidianas. Uma primeira em que alguém tenta acender um cigarro num espaço aberto e, portanto, depende que o vento não apague o fogo, e outra na qual alguém tranquilamente sentado junto à mesa observa um lápis a rolar para baixo. A inexistência do vento em intensidade suficiente para apagar o fogo e a inatividade do

⁴⁴¹ No original de Schopenhauer «so lange darin Kraft und Ursache nicht als völlig verschiedenen deutlich erkannt werden», SCHOPENHAUER, *Welt als Wille und Vorstellung*, p. 503.

⁴⁴² HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 541.

⁴⁴³ SCHOPENHAUER, *vierfache Wurzel des Satzes*, § 20, p. 62.

⁴⁴⁴ SCHOPENHAUER, *vierfache Wurzel des Satzes*, § 20, p. 62.

⁴⁴⁵ SCHOPENHAUER, *vierfache Wurzel des Satzes*, § 20, p. 62.

⁴⁴⁶ HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 539.

⁴⁴⁷ HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 539.

observador são ambos elementos causais para a ocorrência do resultado, todavia o vento não pode ser motivado a apagar o fogo, enquanto o observador pode ter a sua vontade motivada «por meio do seu intelecto».⁴⁴⁸ Conclui, portanto, que somente no segundo exemplo existe a concreta capacidade motivacional de intervenção na determinação do resultado.

Vale notar que esse esclarecimento faz ainda mais sentido se visto no conjunto da doutrina de Haupt. Isto é, caso seja identificado que, embora com outra justificativa, não deixa de seguir a elucidação trazida por Glaser aproximadamente duas décadas antes,⁴⁴⁹ no sentido de que o «problema da relação causal é totalmente diferente do problema da culpa».⁴⁵⁰ Aliás, esse entendimento consiste numa exceção entre os primeiros autores da doutrina normativa.

Alguns méritos da doutrina de Haupt merecem ser destacados. O apelo à filosofia de Schopenhauer mostra-se valioso – e talvez também insuficientemente estudado no direito penal – em relação à riqueza de caminhos que eventualmente é capaz de oportunizar. Conquanto não se pretenda conjeturar detidamente sobre as incertas razões de tal acontecer, uma breve observação merece ser feita. Decerto tem majoritariamente a produção dogmática penal – a exemplo da contemporânea alemã – suas categorias sustentadas num horizonte compreendido, no mais das vezes, entre duas linhas filosóficas matriciais. Diga-se no pensamento de Kant e Hegel.⁴⁵¹ Linhas que, ao fundamentar, interpelam constantemente o sentido próprio dos conceitos e são, mais ou menos, identificáveis consoante as características específicas de cada formulação. Schopenhauer, por sua vez, foi nomeadamente proponente do afastamento e superação de Kant em diversos pontos e, igualmente,

⁴⁴⁸ HAUPT, «*Unterlassungsdelikten*», p. 539-540.

⁴⁴⁹ GLASER, *Abhandlungen*, p. 300-301. Para mais detalhes sobre a doutrina de Glaser, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 2.

⁴⁵⁰ HAUPT, «*Unterlassungsdelikten*», p. 534.

⁴⁵¹ Apenas como pontual exemplo, especificamente no âmbito da doutrina geral da pena criminal, pode-se referir a afirmação de Hörnle que a filosofia de Kant e Hegel não são propriamente uma «parte da exposição da história das idéias», mas sim a «base dos princípios defendidos hoje» (HÖRNLE, «*Gegenwärtige Strafbegründungstheorien*», p. 11). No contexto do final dos anos 70 do século passado, Seelmann aponta um certo afastamento doutrinário – mesmo entre aqueles que referem ostensivamente a terminologia – de Hegel, na medida em que a literatura penal desconhece o que ele entende ser o verdadeiro sentido da pena no conjunto da obra (SEELMANN, «*Hegels Strafrecht*», p. 687 e 691).

contemporâneo e declarado opositor de Hegel, quem sabidamente à época era visto como o grande filósofo alemão.

Agora, é preciso, por honestidade intelectual e justiça histórica, reconhecer que já Schopenhauer enfatizava com toda a clareza algo notavelmente essencial para libertação da dogmática penal do ostracismo em relação ao mundo natural. Um certo isolamento que ainda impera fruto da má compreensão da realidade natural, talvez mesmo em decorrência do legado da perspectiva estreita e empedernida do mundo da mecânica lançada pela filosofia de Hume. Equívoco que – a despeito da clareza de Schopenhauer – se manteve e, se uma vez superado, deixaria o direito penal alcançar novo patamar de discussão e desenvolvimento. Em formulação sintética: «força» e «causa» não são sinônimos no mundo natural.

Tal associação incorreta é emblemática para evidenciar o quanto as doutrinas normativas da causalidade são mais influenciadas pela compreensão essencial-naturalista de causa e pela visão do chamado positivismo-naturalista a respeito dos fenômenos do mundo natural mecânico – dentre eles nomeadamente as relações de causalidade – do que desejam ou pretendem ser.

A compreensão de Haupt, do mesmo modo que várias outras anteriores e posteriores, não apresenta solução para todos os casos de condutas omissivas impróprias.⁴⁵² Sua contribuição destina-se, ao fim, a esclarecer apenas a possibilidade de motivação de outras pessoas, que tornaria possível o efeito ofensivo por parte da omissão. E isso, em outras palavras, significa o aproveitamento da explicação de Geyer sobre o que denominou como «omissões concludentes». Explica como os homens podem ser determinados por elementos físicos ou mecânicos, mas não responde satisfatoriamente à questão de até que ponto os homens têm aptidão causadora do resultado, por meio da conduta omissiva e qual a amplitude da responsabilidade penal daí decorrente.

Agora, a inconsistência levantada nessa doutrina por Boyè parece não se justificar. Segundo tal, Haupt faria a injustificada distinção entre a «causalidade na natureza restante e causalidade junto aos homens», o que, ao fim, seria sustentado na capacidade motivacional do humano e, portanto, confundiria o plano objetivo

⁴⁵² SCHWARTZ, *Begehungsdelikten durch Unterlassung*, p. 63.

com o subjetivo.⁴⁵³ Certamente ambas as formas causais são igualmente um elo da cadeia de produção do resultado, e isso parece não ser negado por Haupt, haja vista o exemplo do vento que apaga o cigarro. A diferença restringe-se à segunda parte, na qual busca empreender a leitura seletiva, a fim de captar apenas os cursos causais que têm relevância penal. Isso parece constar suficientemente claro na pergunta que formula – antes de recorrer à três modalidades de causalidade de Schopenhauer: «quando são para encarar como numa relação causal duas mudanças, que consistem no tempo anterior um ato humano?». Importa ainda sublinhar que essa eventual visualização do fenômeno como causal somente faria sentido se compreendida sob a ótica do lúdimo reconhecimento jurídico daquilo que é manifestado na realidade a título de penalmente significativo.

2.5. A doutrina da «observação psicológica da causalidade» conforme a «finalidade do direito» (v. Rohland)

A orientação apresentada por Woldemar von Rohland advém do horizonte de influência das propostas dos filósofos Sigwart e Windelband. Von Rohland pretende a fundamentação da causalidade da omissão tomando em consideração um caminho que parte do «princípio do conhecimento» (*Erkenntnisprinzip*)⁴⁵⁴ para chegar ao «princípio do julgamento» (*Beurteilungsprinzip*).⁴⁵⁵

O percurso escolhido elege o «princípio da finalidade» como elemento central e fundamento para toda a imputação,⁴⁵⁶ o que possibilita, eventualmente, uma das mais expressivas e claras manifestações da relevância dos fins no conjunto

⁴⁵³ BOYÉ, *Commissivdelikt durch Unterlassung*, p. 17 e, posteriormente, seguido por KOLLMANN, *Stellung des Handlungsbegriffes*, p. 147, nota 5.

⁴⁵⁴ O «princípio de observação causal» é, segundo essa orientação, «puramente um princípio do conhecimento» (v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 12), o que – embora não francamente assumido – mostra a assunção, ao menos em parte, da compreensão filosófica de Kant.

⁴⁵⁵ v. ROHLAND, *strafbare Unterlassung*, p. 122.

⁴⁵⁶ Isso se constata, por exemplo, em v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 10-19, especialmente, 11-13.

da doutrina normativa da causalidade.⁴⁵⁷ Von Rohland ousadamente intenciona levar a normativização da causalidade ainda mais longe por meio do que denomina como «doutrina causal prática», cujo pilar mestre assenta não propriamente na investigação sobre «o que realmente acontece», mas, sim, no «que nos parece como um acontecimento».⁴⁵⁸

Reconhece abertamente o autor que a «observação causal prática» adota uma «matiz subjetivista» (*subjektivistische Färbung*) que apresenta a causa como «o que surte efeito sobre nós» (*was auf uns wirkt*), em clara substituição do «conceito de ter efeito» (*Begriff des Wirkens*) pelo de «ter efeito em nós» (*Auf-uns-wirkens*).⁴⁵⁹ A explicação para tanto é reivindicada na «lei psicológica» que estabelece já «como causal» aquilo que tem efeito sobre nós, já como não causal «o que não tem efeito sobre nós» (*was auf uns nicht wirkt*).⁴⁶⁰ É indiferente, nesse contexto, tanto se, de fato, foi o que realmente aconteceu, quanto se «nos tem efeito corporalmente» ou se «influencia espiritualmente», porque, ao fim, o que interessa é a influência que tem em nós, pois assim é que «afeta os nossos interesses».⁴⁶¹

Acredita haver duas perspectivas para ver o acontecimento causal: uma delas do «ponto de vista da facticidade do acontecimento» (*Kausalität vom Standpunkte der Tatsächlichkeit des Geschehens*) e outro do «ponto de vista finalidade» (*Standpunkte des Zwecks*).⁴⁶² Von Rohland entende que, segundo o «ponto de vista da facticidade do acontecimento», possuem «todos os processos» causais o mesmo significado e a mesma importância.⁴⁶³ Todas as consequências aparecem como iguais numa suposta indiferenciação valorativa por parte do observador, de modo que o «princípio da observação causal» consiste num princípio de «esclarecimento» ou «explicação», isto é, «puro princípio do conhecimento».⁴⁶⁴

⁴⁵⁷ Decerto modo, a preocupação com os fins – se for comparada com a existente nas doutrinas do paradigma mecânico-naturalista – cresce em importância nas diversas expressões das doutrinas normativas.

⁴⁵⁸ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p.10.

⁴⁵⁹ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 10.

⁴⁶⁰ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 10 e 13.

⁴⁶¹ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 10.

⁴⁶² v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 11-12.

⁴⁶³ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 11-12.

⁴⁶⁴ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 12.

Já do ponto de vista da finalidade a situação é vista de um modo distinto. Toma-se como base que o «agir humano» está sempre acompanhado de alguma finalidade, motivo pelo qual a «causalidade final é por excelência a causalidade do homem». ⁴⁶⁵ Em síntese: «nas condutas humanas vige o princípio que toda relação causal é também relação final». ⁴⁶⁶ Conforme essa orientação, deve se operar a mudança da pergunta e da proposta causal – a exemplo do que fora proposto por Windelband – que não mais se centra na «finalidade de esclarecimento», mas sim apenas de «julgamento». ⁴⁶⁷ Pois, na realidade própria do direito penal, o «princípio do conhecimento» se transforma no «princípio do julgamento». ⁴⁶⁸ E mesmo os valores se tidos sob a «influência do princípio da finalidade» assumem «outro caráter» que não apenas o entendimento como «valores em si», ou seja, deixam de ser «valores experienciais» (*Erfahrungswerte*) para serem «valores finais» (*Zweckwerte*). ⁴⁶⁹

Assim, por outros caminhos, retoma a certa constatação de que a causalidade – se rigorosamente observada de modo objetivo – não coincide, por algumas vezes, com a apreensão comunitária dos fenômenos causais para peremptoriamente ampliar na generalização assertiva: «o que é visto puramente objetivo causal e o que nos aparece como causal não estão de acordo». ⁴⁷⁰ E isso aconteceria de tal modo que algo que realmente atua pode não ser representativo na «observação psicológica», assim como também algo que «não preenche o tipo de atuar» (*Thatbestand des Wirkens nicht erfüllt*) é capaz de ter efeitos sobre nós. ⁴⁷¹ A observação psicológica oportuniza tanto o «conceito de causalidade limitado», quanto a sua «ampliada função» ⁴⁷² e, logo, especificamente no que se refere ao tema que ora se enfrenta, há a parcial ampliação da função causal.

⁴⁶⁵ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 13.

⁴⁶⁶ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 13.

⁴⁶⁷ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 14.

⁴⁶⁸ v. ROHLAND, *strafbare Unterlassung*, p. 122.

⁴⁶⁹ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 12.

⁴⁷⁰ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 11.

⁴⁷¹ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 11. .

⁴⁷² v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 11. Vale observar que a pretensão de funcionalização do nexos causal voltou a ser trazida doutrinariamente – aproximadamente 86 anos depois de v. Rohland – com a concepção da «causalidade funcional» de Ernst Lampe, o que demonstra uma certa preservação de ideais no grupo das doutrinas normativas. E isso, por si só, justifica a sua reunião e o tratamento conjunto num capítulo comum.

Em relação aos modelos de causalidade, v. Rohland propõe uma distinção entre o que denomina como causação direta e indireta. A causação direta compõe-se de dois tipos de resultados: o resultado positivo, causado pela ação característica do crime comissivo puro, e o resultado negativo, próprio do crime omissivo.⁴⁷³ Sob o qualificativo de causação indireta, recebem abrigo o crime comissivo por omissão e o crime omissivo por comissão.⁴⁷⁴

Esse entender, no que diz respeito à causalidade da omissão imprópria, supera a orientação que encontra «uma ação positiva como a verdadeira causa» e também aquela que «transforma a omissão numa ação positiva».⁴⁷⁵ Corretamente afirma – no caminho já marcado por Sigwart – que causal para o resultado «é muito mais a omissão como tal» que «não põe a contra-causa contra o resultado»⁴⁷⁶ numa situação em que era para se esperar juridicamente que assim fizesse. A omissão «só é causal na exata medida que uma ação era esperada», pois apenas em consideração ao «âmbito da expectativa a omissão quer representar uma mudança».⁴⁷⁷ No fundo, troca o centro da discussão da causalidade para o dever de garante, pois acredita que frente à ausência de solução definitiva para o problema causal, dever-se-ia retornar à colocação do problema e à solução no viés do dever como se identifica em v. Feuerbach.⁴⁷⁸

A elogiável clareza empregada por v. Rohland na impressão das suas ideias torna a realização das críticas, senão mais necessárias, seguramente ainda mais interessantes e promissoras para o desenvolvimento desta investigação. Aproveita-se a oportunidade não somente para confrontar os seus argumentos em específico, mas também para avaliar a assunção, em claras linhas, de pontos que, em outros penalistas do seu tempo e mesmo posteriores, constam pressupostos ou articulados de modo não tão frontal ou expressivo.

⁴⁷³ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 57.

⁴⁷⁴ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 57 e 59.

⁴⁷⁵ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 58.

⁴⁷⁶ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 59. Isso num contexto em que se entende por «transgressão de uma proibição por omissão», quando o omitente, «o qual é obrigado a evitar o perigo, dolosa ou negligentemente não toma a devida ação de evitação» e, assim, «na sequência da falta ocorre o resultado contrário ao direito» (v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 58).

⁴⁷⁷ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 59.

⁴⁷⁸ v. ROHLAND, *strafbare Unterlassung*, p. 122.

A primeira objeção a ser feita localiza-se no fundamento de base da qual parte v. Rohland. Opera-se a perceptível confusão entre a «causalidade» e a «observação da relação de causalidade», o que segue, de certo modo, ainda não totalmente esclarecido em várias outras compreensões posteriores. Deve se dizer, antes de mais nada, que a causalidade não é passível de subjetivação – não apenas porque, em termos técnicos, consiste num elemento do tipo objetivo –, mas, sobretudo, por se tratar de um fenômeno objetivo próprio do mundo real.⁴⁷⁹ Aliás, tal confusão foi o que permitiu percorrer o incerto caminho do subjetivismo penal. Essa subjetivação – conforme expõe v. Rohland no início da sua argumentação quando fala da «observação causal prática» – nada mais é do que o modo pelo qual se observa o fenômeno e não o próprio fenômeno.

Inclusive, é na pretensão de substituir a investigação da existência do nexos causal pelo simples reconhecimento normativo do eventual nexos que recai a segunda contestação. A relação de causalidade – se verdadeiramente vista como tal – não pode ser teoricamente construída, mas apenas reconhecida e explicada. É um fenômeno da realidade. E, assim sendo, simplesmente acontece independente de qualificações cognitivas ou capacidades humanas de observação.

Von Rohland insiste na denominação causalidade, porém subverte a base, o conteúdo e o sentido do que se pretende encontrar numa teoria de explicação causal. Amplia parcialmente a «função causal» e com isso acarreta a inevitável extensão do conceito de causalidade, pois, ao fim, significa o mesmo que dizer que existiria nexos em outras circunstâncias nas quais, de fato, não existe. Diz-se exatamente ampliação parcial da função da causalidade, porque somente alarga o papel criminalizador e nada faz em atenção à pressuposta capacidade crítica e delimitadora da legislação. Em outras palavras, trata-se da constituição eidética do Ser subordinada à atribuição de uma função do Ser.

Depois, pode ser perfeitamente reafirmado o que já foi dito pela crítica. Von Rohland comete um equívoco metodológico que compromete toda a sua orientação, uma vez que não parte do estudo do fenômeno omissivo e a seguir apresenta a teorização sobre a definição jurídico-penal de omissão. Ao invés disso,

⁴⁷⁹ O que, aliás, o próprio autor reconhece quando trata da «causalidade do ponto de vista da realidade do evento» (v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 11-12).

apresenta o conceito de omissão tomado como base para escolher topicamente algumas hipóteses para as quais tenta fundamentar a existência do nexos causador. E, por assim proceder, resulta ora num resultado insatisfatório, ora numa construção artificial.⁴⁸⁰ Inequivocamente o recurso ao dever jurídico formal como proposto em v. Feuerbach não é capaz de apresentar solução para o problema causal, pela singela razão de não se tratar do enfrentamento da questão causal, mas sim um artifício para o prescindir.⁴⁸¹ Essa renúncia é empreendida a custo da clareza na explicação da precedência do nexos causal em relação ao dever jurídico.

Para além disso, os equívocos iniciais acarretam a incompreensão acerca da relevância de uma correta determinação do limite entre verificação da causalidade e juízo de culpa. Von Rohland afirma não propriamente que a causalidade é elemento necessário para a responsabilidade penal, mas que «causalidade e responsabilidade estão em mais estreitas ligações no direito penal».⁴⁸² E, assim, resulta uma separação insatisfatória que não aproveita o ganho compreensivo e o esclarecimento doutrinal já obtido em compreensões anteriores.⁴⁸³

2.6. A doutrina da causalidade da «ordem social» (Kohler)

A produção de Josef Kohler sobre o nexos de causalidade – e, especificamente, no que a questão diz respeito aos crimes omissivos impróprios – teve espaço no início da última década do século XIX. Kohler propõe o descentramento do núcleo epistêmico das reflexões acerca da imputação de maneira a migrar da realidade natural para a social, pois reputa como motivo para tantos «esforços incorretos» e doutrinariamente «controversos» a pretensão de obter um «direito universal geralmente válido».⁴⁸⁴ Argumenta que a causalidade dos crimes omissivos não pode estar submetida ao «puro causalismo natural», mas

⁴⁸⁰ SCHWARZ, *Begehungsdelikten durch Unterlassung*, p. 70.

⁴⁸¹ Essa crítica, no essencial, já se encontra em MERKEL, *Lehrbuch*, p. 114-115. Para maiores detalhes, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 2.

⁴⁸² v. ROHLAND, *strafbare Unterlassung*, p. 122.

⁴⁸³ Por exemplo, Julius Glaser e, depois no seu tempo, Friedrich Haupt.

⁴⁸⁴ KOHLER, *Studien*, p. 45.

especificamente o determinante seria o «causalismo de ordem social».⁴⁸⁵ E isso suportaria uma significativa «relatividade dos princípios jurídicos», já que «a consideração jurídica das leis causais não é para toda a ordem social»⁴⁸⁶ e, portanto, a resposta ao problema que agora se investiga é condicionada pelo «histórico desenvolvimento cultural».⁴⁸⁷

Apesar de se tratar de uma orientação voltada à sociedade, a leitura sobre ela se dá a partir de uma perspectiva mecânico-organicista capaz de ser facilmente evidenciada na explicação sobre os comportamentos humanos. Kohler compreende que os homens não são puramente «fatores eficazes externos» de uma realidade natural, ora sim também «rodas e manivelas» da «ordem social».⁴⁸⁸ Aquele que se omite quando a sua ação era esperada «retira uma roda da engrenagem da ordem social», de modo que a sua conduta é causal uma vez que não evita o resultado.⁴⁸⁹ Ademais, a identificação da causalidade subordina-se à existência do dever de garante do bem jurídico, o que declara sinteticamente na afirmação «quanto mais especial é o dever, mas fácil é para reconhecer uma causalidade».⁴⁹⁰

Trata-se de uma idéia interessante, no entanto, nem por isso digna de acolhimento. O conceito avançado por Kohler resulta sem conteúdo e sem limites determinados acerca do que exatamente se poderia entender pela causalidade da omissão. O autor parece tomado por uma boa intenção que não consegue concretizar com a precisão necessária para o tratamento da categoria dogmática no direito penal.

Procede assim, porque desconhece a verdadeira fenomenologia causal, o que é constatável na passagem que imputa a incorreção dos esforços dogmáticos à intenção de constituir um «válido direito universal». Em verdade, não é a validade universal do direito que está em causa. O direito como prática cultural tem, inevitavelmente, o seu sentido e legitimidade dados em razão do tempo e do local onde se manifesta. Agora, a questão da causalidade – caso concebida em termos

⁴⁸⁵ KOHLER, *Studien*, p. 45. Em sentido semelhante, no Brasil, a omissão «é causa do resultado no sentido da sociedade e da história», LUNA, «omissão no anteprojeto de código penal», p. 334-335.

⁴⁸⁶ KOHLER, *Studien*, p. 45.

⁴⁸⁷ KOHLER, *Studien*, p. 47.

⁴⁸⁸ KOHLER, *Studien*, p. 46.

⁴⁸⁹ KOHLER, *Studien*, p. 46.

⁴⁹⁰ KOHLER, *Studien*, p. 54.

ontológicos – poderá variar apenas no modo e no âmbito de reconhecimento que dela se tem e, mesmo assim, permanecerá inalterado aquilo que diz respeito a sua existência no mundo natural. Quer o reconhecimento e a valoração jurídica, quer a legítima instituição da omissão criminal dependem dessa realidade pré-jurídica que serve de base fenomenológica para qualquer normatização. Logo, se a situação é bem vista, a questão deveria versar sobre a forma como a comunidade identifica e interage com essas leis causais.

Ademais, Kohler oscila entre a discussão da causalidade e da responsabilidade penal sem oferecer uma segura distinção entre os elementos, pois, ao fim, a existência da causalidade depende da ordem social que, por sua vez, remete ao ilícito criminal. Aliás, o que consiste num problema lógico e sistemático, porque a constituição do ilícito-típico provém da leitura fenomenológica de uma certa conduta social desvaliosa causadora de um resultado desvalioso. Isto é, segundo a forma que aqui se concebe, qualificar-se-ia como *petitio principii* a argumentação de que deriva o pressuposto da causalidade da posterior conclusão pela criminalização da conduta causal.

3. A doutrina da chamada “quase-causalidade” (“*Quasikausalität*”) desenvolvida no pensamento austríaco

Na literatura penal austríaca da primeira metade do século XX, pode-se deparar com a expressão «quase-relação causal» (*Quasi-Kausalzusammenhang*), utilizada, por Leopold Zimmerl, para diferenciar a ligação existente entre a omissão e o resultado daquela «relação causal», entendida como própria apenas dos crimes de ação.⁴⁹¹ Alguns anos depois, em 1933, advém a primeira edição do manual de Theodor Rittler,⁴⁹² no qual propõe o conceito de «quase-causalidade»

⁴⁹¹ ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, p. 21.

⁴⁹² Theodor Rittler e Friederich Nowakowski, na condição de professores de direito, foram membros da chamada «grande comissão de direito penal» que deu origem aos projetos que resultaram no Código Penal austríaco de 1974 (SCHICK, «Strafrecht und Strafprozessrecht», p. 215).

(*Quasikausalität*),⁴⁹³ que veio a fazer escola, na medida em que encarna o pressuposto e o ideal da compreensão normativa da causalidade. O ponto fundamental é que os defensores da doutrina da causalidade normativa negam a obtenção de explicação satisfatória – e também a viabilidade de alcançá-la – nas tentativas de elucidação do resultado com base em «fatores causais» mecânicos⁴⁹⁴ e, ainda assim, paradoxalmente, não abrem mão de ter como referência o horizonte compreensivo permitido pelo nexo causal.

Rittler acolhe bem a argumentação de Stooß de que, perante o parâmetro natural e jurídico, «quem causar o resultado» e quem «não evitar o resultado», quando tinha condições de o fazer, estão em iguais condições para a sua ocorrência.⁴⁹⁵ Acolhimento que se dá num contexto no qual o ordenamento penal positivo austríaco não previa a cláusula de equivalência típica entre a ação e a omissão.⁴⁹⁶ O fundamento da igualdade foi sustentado como esclarecimento da finalidade normativa e não característico do eventual «multiplicar» (*vervielfältigen*) da figura típica no sentido da analogia.⁴⁹⁷ Nesse sentido, Stooß afirma corretamente serem os exemplos da mãe que não alimenta o filho o qual vem a morrer por inanição e da mulher que – sem os deveres inerentes à mãe – também não alimenta a criança comportamentos iguais diante das leis causais, todavia diferentes em consideração às leis penais.⁴⁹⁸

Considera Rittler que tal concepção, ainda que não próxima no que tange aos fundamentos, seria perfeitamente adequada em relação aos resultados propostos pelas doutrinas da causalidade da omissão.⁴⁹⁹ Ao lado da relação de causalidade que se identifica nos «crimes comissivos por meio de condutas positivas», existiria um

⁴⁹³ RITTLER, *Lehrbuch/1933*, p. 80. Conquanto, na primeira edição do manual de Rittler, conste a informação de que a sua obra foi criada tomando como base o Esboço de Direito Penal de Heinrich Lammasch – no qual trabalhou como atualizador –, nele não se encontra a menção à quase-causalidade. Ao contrário, Lammasch fundamenta a causalidade da omissão num «ponto de vista ético e jurídico» (LAMMASCH, *Grundriss/1926*, p. 130), o que não se pode deixar de notar que encontra semelhança no que fora desenvolvido na obra de v. Bar.

⁴⁹⁴ RITTLER, *Lehrbuch/1954*, p. 113.

⁴⁹⁵ STOOß, *Lehrbuch*, p. 111 e, depois, RITTLER, *Lehrbuch/1954*, p. 113.

⁴⁹⁶ Na parte geral do Código Penal Austríaco de 1852, não havia nem mesmo a disciplina própria dos crimes comissivos por omissão, todavia já se encontrava punido o delito de infanticídio no §139, especificamente, nos casos de «omissão intencional» (GRÄSEL, *Unterlassungsdelikte*, p. 34).

⁴⁹⁷ STOOß, *Lehrbuch*, p. 111.

⁴⁹⁸ STOOß, *Lehrbuch*, p. 111.

⁴⁹⁹ RITTLER, *Lehrbuch/1954*, p. 113 e nota 5.

nexo mais tênue – nomeadamente entendido como «relação de quase-causalidade» – própria dos crimes comissivos por meio de omissão (omissões impróprias).⁵⁰⁰ Nesse sentido, nega a propriedade descritiva da expressão «relevância» empregada por Traeger⁵⁰¹ para esclarecer o que estaria em causa na determinação do resultado empreendida pela omissão.⁵⁰²

A doutrina de Rittler é elogiável, naquilo que segue Stooß, ao dizer que existe equivalência em termos de desvalor jurídico entre a conduta que causa positivamente o resultado e aquela que deixa de evitar que ocorra o resultado.⁵⁰³ Para além desse acertamento dogmático, o estudo da origem do conceito da quase-causalidade justifica-se em função do amplo acolhimento numa série de autores posteriores. Por exemplo, no direito penal austríaco, dentre aqueles que seguem a compreensão e a expressão propostas por Rittler – com direta referência às obras de Rittler e de Foltin mas sem oferecer maiores explicações –, é identificável o escrito de Friedrich Nowakowski.⁵⁰⁴ No direito penal da antiga Tchecoslováquia, encontra-se o conceito empregado na obra de Edgard Foltin, o discípulo de Ernest Beling que, nesse ponto, não seguiu rigorosamente a doutrina do seu mestre.⁵⁰⁵

Mais adiante, no direito penal alemão, identifica-se a presença do conceito ora com a grafia original (*Quasikausalität*) em Graf zu Dohna,⁵⁰⁶ ora com colocação do hífen após o prefixo (*Quasi-kausalität*) em Schaffstein,⁵⁰⁷ Schünemann⁵⁰⁸ e Naucke.⁵⁰⁹ Para Kühl, ao menos, uma «chamada quase-causalidade» é vista como «possível e também exigível» para «fazer justa» a «avaliação da relação entre a omissão e resultado».⁵¹⁰ A qualificação como sendo de uma relação de causalidade

⁵⁰⁰ RITTLER, *Lehrbuch/1954*, p. 113 e, na primeira versão do manual, RITTLER, *Lehrbuch/1933*, p. 80.

⁵⁰¹ TRAEGER, *Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, p. 21-22.

⁵⁰² RITTLER, *Lehrbuch/1954*, p. 113, nota 6.

⁵⁰³ Todavia é inaceitável, como se poderá entender as razões, quando acompanha Stooß na específica idéia de que «muitos veriam a omissão como causal mas isso não é verdadeiro» (STOOß, *Lehrbuch*, p. 111).

⁵⁰⁴ NOWAKOWSKI, *Das österreichische Strafrecht*, p. 49.

⁵⁰⁵ Com imediata menção à primeira edição do manual de Rittler de 1933 (FOLTIN, *Grundzüge*, p. 9 e 47).

⁵⁰⁶ GRAF ZU DOHNA, *Aufbau der Verbrechenlehre*, p. 12-14.

⁵⁰⁷ SCHAFFSTEIN, «Risikoerhöhung als objectives Zurechnungsprinzip», p. 172.

⁵⁰⁸ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 207 e, mais adiante, SCHÜNEMANN, «Strafrechtdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen», p. 45, ponto 5.

⁵⁰⁹ NAUCKE, *Strafrecht*, §7º, p. 291-292, nm. 267.

⁵¹⁰ KÜHL, «Vorbemerkung §13», p. 73, nm. 12 e, antes, KÜHL, *Strafrecht*, p. 585, nm. 35.

«normativa», «hipotética» ou, ainda, «quase-causal» consta indistintamente no manual de Baumann e Weber e Mitsch⁵¹¹ e, na Espanha, em Silva Sánchez.⁵¹²

Sem precisar exatamente o que acolhe entre a «causalidade» e a «quase-causalidade», encontra-se o comentário ao Código Penal de Rudolphi e Stein.⁵¹³ Ademais, no Brasil, Juarez Cirino,⁵¹⁴ Luis Greco⁵¹⁵ e, em Portugal, Sousa Mendes e José Carmo identificam uma relação de «causalidade hipotética» ou também denominada «quase-causalidade» na omissão imprópria.⁵¹⁶

Entretanto algumas considerações críticas não podem ser evitadas. Adota-se para tanto como referente argumentativo o trabalho de Edgar Foltin, em razão de dedicar-se à explicação do que seria propriamente o nexos quase-causal. Agora, isso não quer dizer que as objeções feitas não tenham a mesma propriedade no que se refere à orientação de outros autores. Apenas significa que, em grande medida, aqueles que o seguiram não dedicaram a mesma atenção para a determinação da matéria. Parte-se, portanto, do ajuizamento sobre a bondade do conceito de “quase-causalidade” para, depois, avaliar o grau de coerência que guarda com o respectivo método de verificação da concreta existência da relação.

⁵¹¹ BAUMANN; WEBER; MITSCH, *Strafrecht*, §15, nm.24, p. 271. Também, «hipotética» e «quase-causal», em STREE; BOSCH, «Begehung durch Unterlassen», p. 201, nm, 61; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 19 e 20 e, depois, FREUND, *Strafrecht*, §6, nm.103, p. 246. Indicando haver consenso, ao menos, que entre omissão e o resultado uma relação de «quase-causalidade jurídica», WALTER, «Vorbemerkungen zu §§13ff», p. 751, nm. 86.

⁵¹² Silva Sánchez, embora não aponte exatamente o que entende pela «causalidade da omissiva» uma vez que enuncia uma série de conceitos que significariam, ao fim, apenas um «critério de imputação objetiva que expressa a idéia de evitação do resultado», faz menção à «quase-causalidade» ou à «causalidade hipotética» como sinônimos (SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 212).

⁵¹³ Observa-se que a doutrina de Rudolphi e Stein menciona sem tomar definição entre uma verdadeira relação de «causalidade» ou apenas de «quase-causalidade», pois, em último lugar, qualquer uma delas poderia ser renunciada por meio do acolhimento apenas da exigência da «imputabilidade objetiva da entrada do resultado». Entretanto, mais adiante, os autores não deixam de reconhecer que os «cursos dos acontecimentos» são «subordinados a leis naturais» (RUDOLPHI; STEIN, «Vorbemerkungen zu §13», nm. 23, p. 20).

⁵¹⁴ SANTOS, *Direito penal*, p. 202.

⁵¹⁵ GRECO «Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», p. 675. Nota-se que, para Greco, embora seja empregado o conceito de causalidade da omissão imprópria, o que estaria em causa seria uma «quase-causalidade» ou uma «causalidade hipotética», que autor prefere denominar como sendo verdadeira causalidade não por uma razão ontológica ou fundamental, senão apenas devido ao apelo estético relacionada à maior brevidade e beleza estilística da expressão causalidade da omissão (GRECO «Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», p. 675).

⁵¹⁶ MENDES; CARMO, «modelo semântico de representação da causalidade», p. 75, nota 2 e, no mesmo sentido, na Alemanha, antes, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 296, nm. 14.

Aquilo que eventualmente causa maior perplexidade no emprego da expressão «quase-causalidade» é a indecisão acerca do que exatamente se pretende obter com a convocação do conceito. Não é determinado de modo satisfatório quais seriam as características próprias da relação causal reconhecidas e aquelas sem respaldo numa tal «relação quase-causal». E mais, são sérias as dúvidas se isso não seria, apenas e propriamente, um recurso linguístico, a fim de oferecer maior verossimilhança à doutrina proposta por meio do emprego de um eufemismo. Pois não se questiona que o conceito de «quase-causalidade» tem como evidente inspiração linguística e dogmática o sentido historicamente afirmado pela larga tradição ontológica do conceito de causalidade.

Seguindo nessa linha – caso seja considerado que a causalidade não é propriamente algo imanente ao plano ideal do pensamento ou ao mundo lógico, mas, antes pelo contrário, tem a sua realidade afeita aos fenômenos empíricos – deve-se perguntar o que seria em concreto a experiência fenomenológica quase-causal?

A presente dúvida apresenta-se – para além do âmbito de análise filológica – na ligação de rigor entre a linguagem e a lógica, uma vez que por «quase-causal» se podem entender fenômenos que inequivocamente não eram compreendidos dentro do paradigma causal. Isto é, o conceito justifica-se no conjunto dessa orientação, dado que abrange uma gama de situações que não recebiam e não podiam receber cobertura e explicação sob o conceito mais restrito de relação causal. É por isso interessante não perder a referência de legitimação oferecida pelo plano causal, o que, ao fim, é exatamente a intenção e a justificava da sua convocação ainda que parcial. Assim, ganha maior importância, assim, a elucidação do critério que permite acolher e ordenar determinados fenômenos sob o manto da «quase-causalidade», mas o que se encontra, nessa orientação, é a indefinição sobre a parcialidade que seria efetivamente reconhecida e aquela que seria negada a título «quase-causal».

Em síntese, falta o melhor esclarecimento se tal entender que seria capaz de guardar as características e o sentido que o estudo da causalidade vem consolidando ao longo dos anos. Logo, não consegue superar o juízo crítico de que se trata de um conceito de causa apenas para a eventual satisfação das exigências do princípio constitucional da legalidade e de eficaz aplicação da lei penal. Significa dizer que se a

noção normativa de «quase-causa» for rigorosamente confrontada com o conceito de «causa» e com as propriedades de delimitação do direito que ele encarna, perceber-se-á ameaçado o sentido daquilo que resta de verdadeiramente causal – em razão da assunção a título de precária parcialidade. O valor e as finalidades que a ordem jurídica espera do nexa causal só podem ser verdadeiramente conservadas quando reconhecidas completamente na sua inteireza.

Neste ponto, não é nem despreciando, nem preciosismo pôr em relevo a indefinição no atinente ao método de verificação da causalidade. Não há maiores explicações sobre o procedimento de constatação da causalidade, o que por si só consiste significativo objeto de crítica e ainda mais se for pensado tendo em consideração o comprometimento que impõe ao conjunto da compreensão quase-causal. Foltin parece acolher a fórmula da *conditio sine qua non* invertida, tendo a averiguação do nexa a partir da seguinte questão: ocorreria o resultado se fosse realizada a conduta omitida? Segundo o autor, se for respondida a pergunta «com um ‘não’, então aquele que omitiu terá por assim dizer (*gleichsam*) causado o resultado».⁵¹⁷ E, assim, embora declare que as omissões devam ser explicadas tecnicamente como dignas de uma capacidade de determinação do resultado a título “quase-causal”, é duvidoso se existe o paralelismo entre a descrição do funcionamento e as devidas exigências do método de verificação da relação objetiva que liga a omissão do autor ao resultado. Isto é, a indefinição do conteúdo do “nexa quase-causal” torna-se ostensiva e ainda mais problemática na investigação da causalidade no caso em concreto. Como se afirmou, é significativamente incerta a natureza eidética e a qualidade do fenómeno o qual essa doutrina entende que deva ser investigado pelo método de verificação.

Nesse contexto, duas são as hipóteses de leitura para a solução da questão e, aliás, ambas dependem da compreensão do significado da expressão alemã «*gleichsam*» utilizada por Foltin. Em termos linguísticos, ou se entende «*gleichsam*» como sinónimo de «mais ou menos» alguma coisa (*mehr oder minder/weniger etwas*), e, portanto, na forma latina empregada para a determinação da natureza do conceito encontra-se o «quase» (*quasi*). Uma vez que assim se entenda, toma-se – inevitavelmente e sem justificação suficiente – o omitente “quase-causador” do

⁵¹⁷ FOLTIN, *Grundzüge*, p. 47.

acontecimento como se efetivamente fosse o causador do resultado. E isso, sem qualquer dúvida, fere frontalmente o corolário do princípio da legalidade no atinente à certeza e à determinação do direito penal.

Ou se acolhe uma segunda acepção – caso se compreenda como sinônimo de «em certa medida» (*gewissermaßen*), «em certo grau» (*in gewissem Grade*), «em certo sentido» (*in gewissem Sinne*), «de certo modo» (*in gewisser Weise*), «como» (*wie*), «igualmente como» (*gleichwie*) algo – e as conclusões, por consequência, são obrigatoriamente diferentes. Nesse entender, seria apenas o equivalente conceitual dogmático, em termos de rigor linguístico, diga-se, «o por assim dizer», «no mesmo grau que», «igualmente» causal. Prontamente, não significaria o mesmo que «em certa medida», «quase como», «praticamente» ou, na forma latina, «*quasi*» causal e, somente assim, seria o princípio da legalidade salvaguardado.

Agora isso só poderia ocorrer porque se conceituaria a natureza do vínculo como “quase-causal” e depois se intensificaria a exigência na verificação da existência do nexa, o que acabaria por fazer ser o sentido de “quase-causar” não menos rigoroso para a determinação da responsabilidade penal que propriamente o de causar. Essa, todavia, parece não ser nem a intenção da proposta originária, nem a intenção dos contemporâneos adeptos. É preciso reconhecer que, de fato, a explicação doutrinal resta insuficiente, na medida em que não elucida o que fenomenologicamente seria uma “quase-causação” determinada por uma “quase-causa” do resultado. E, ao fim, por tudo isso, se tem segurança para afirmar que o conceito austríaco de «quase-causalidade» está adequadamente inserido no tratamento destinado ao conjunto das doutrinas apenas normativas da causalidade da omissão.

4. A causalidade como uma pura forma de pensamento (*Kausalität als eine reine Denkform*)

4.1. Introdução à compreensão de Kant e de Hume sobre a causalidade

Entre as diversas doutrinas normativas, talvez nenhuma seja tão fiel expressão da filosofia kantiana como aquela que compreende a causalidade como categoria do pensamento. Kant tem a intenção de contradizer a compreensão da causalidade de David Hume e com isso vencer os limites de constituição do pensamento que lhe são próprios.⁵¹⁸

Justamente em razão disso, antes de dedicar atenção à compreensão kantiana, algumas palavras sobre o pensamento de Hume são oportunas. A filosofia do pensador escocês assume-se como uma «filosofia experimental», à medida que confessa ter como «único fundamento sólido» a «experiência» e a «observação».⁵¹⁹ Os «problemas morais» e «problemas naturais» são tratados por meio da mesma metodologia empírica, razão pela qual enxerga a «filosofia moral» com uma significativa «desvantagem particular, que não se encontra na filosofia natural», pois aquela «não pode coligir as suas experiências deliberada e premeditadamente».⁵²⁰

É previsível, portanto, que «o poder pelo qual o objeto produz outro jamais se pode deduzir apenas da idéia deles» e que se conclua ser a relação de causa e efeito constatada a partir da «experiência e não mediante qualquer reflexão ou raciocínio abstratos».⁵²¹ A causação, uma das quatro relações fundamentais da ciência, é «capaz de dar-nos a convicção» – considerando a «existência ou ação de um objeto» –, de que também «ela foi seguida ou precedida por outra existência ou

⁵¹⁸ KANT, *Prolegomena*, p. 8 e ss.. Kant pretende aproveitar a «centelha» (*Funken*) trazida por Hume no «ataque» que empreendeu contra a metafísica, mas que não resultou em «alguma luz» a essa forma de conhecimento (KANT, *Prolegomena*, p. 7 e 11). Sobre o vigor da filosofia de Hume e os frutos na filosofia da ciência do século XX, ver ROSENBERG, «Hume and the philosophy of science», especialmente, p. 71-77.

⁵¹⁹ HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 22.

⁵²⁰ HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 22. Para além disso, o esforço para tornar os «princípios tão universais quanto possível» não pode ir mais adiante que a experimentação, devendo «qualquer hipótese que pretenda descobrir qualidades originárias últimas da natureza humana» que «logo que ser rejeitada como presunçosa ou quimérica» (HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 23).

⁵²¹ HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 103-104.

ação». ⁵²² Não há algo verdadeiramente novo ao dizer que a causa é «uma coisa que produz a outra», nem tampouco seria que a causa tem obrigatoriamente «prioridade temporal» ao efeito, o que suscita a experiência de uma relação sucessiva e não coexistente. ⁵²³

Agora, significativo é como, por via da repetida afirmação do seu empirismo, rejeita o conceito essencialista de causa, advertindo que a relação de causalidade «de modo nenhum depende» das «qualidades conhecidas dos objetos», porque inexistente uma específica qualidade universal «que pertença a todos os seres» e tenha dignidade para receber especificamente «essa designação». ⁵²⁴ Por coerência matricial, é certo que, num entendimento global da causalidade, «nada existe que não deva considerar-se causa ou efeito». ⁵²⁵ Especificamente ao que aqui importa, também é expressivo destacar, como igualmente pela observação, chega à conclusão de que a causa consiste no liame estrutural «invariável» entre dois objetos, razão pela qual se justifica falar numa «coisa que produz a outra» necessariamente nos moldes de uma «conexão necessária» entre elas. ⁵²⁶

Apresentadas as bases da compreensão da causalidade por Hume, pode-se passar ao estudo mais bem determinado da orientação e do objeto de irresignação de Kant. O ponto central consiste no interesse de refutação do entendimento de que o conceito de causa não decorreria da razão, mas sim da «lei de associação» sustentada na «experiência». ⁵²⁷ Kant pretende demonstrar que a relação de causalidade «é pensada pela razão *a priori*», o que permitiria «uma verdade interna independente de toda experiência». ⁵²⁸ Dentro da sua teoria dos juízos, o princípio clássico de que «tudo que acontece tem uma causa» configura um juízo sintético *a*

⁵²² HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 107-108.

⁵²³ HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 110-111.

⁵²⁴ HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 112 e 109.

⁵²⁵ HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 109.

⁵²⁶ HUME, *Tratado da natureza humana*, p. 109.

⁵²⁷ KANT, *Prolegomena*, p. 8.

⁵²⁸ KANT, *Prolegomena*, p. 9 e, anteriormente, de modo enfático, KANT, «Kritik der reinen Vernunft», AA103, p. 147. Interessante é observar a diferença de proposta metodológica entre Hume e Kant. O filósofo alemão é significativamente desconfiado diante das possibilidades de obtenção empírica do conhecimento e também um grande entusiasta das capacidades da razão pura. Observa que o «conhecimento aumenta com a experiência», todavia isso não quer dizer que tudo corresponde à experiência (KANT, «Kritik der reinen Vernunft», AA28, p. 59), também como adverte que «a generalidade empírica é apenas um aumento arbitrário da validade» (KANT, «Kritik der reinen Vernunft», AA29, p. 61).

priori, entendido como próprio de um «atributo que acrescenta algo ao sujeito» de forma «necessária» e, por isso, «universal». ⁵²⁹ Difere-se do juízo analítico – estruturado sobretudo no princípio da não contradição –, porque além do dever de manter a coerência, o atributo não «explicita o que se encontrava no sujeito», ⁵³⁰ assim como do juízo sintético *a posteriori*, porque tem características absoluta e universal e não advém da experiência. ⁵³¹

A convocação do conceito de Kant pelos penalistas não é acidental. Trata-se, sem dúvida, de orientação inserida no movimento neokantiano de superação dos limites impostos pelo positivismo naturalista. ⁵³² Especificamente, neste ponto, há a impossibilidade de demonstrar, segundo o parâmetro da manifestação exterior de força, como a conduta omissiva é causadora do resultado criminoso. Isso seria atingível por meio da «observação transcendental» apropriada para justificar a igualação da «ação positiva» com a «omissão negativa». ⁵³³ Pois a ciência jurídica – a qual não tem que «descrever, senão tem que valorar» – observa que o «nada» em termos energéticos apresenta condições, «sob certas circunstâncias da ação positiva», de ser «igualmente algo». ⁵³⁴ Isto é, aquilo que significa «um nada natural» pode ser realmente «algo jurídico». ⁵³⁵

Por derradeiro, ainda que se acredite suficientemente claro, vale realçar a diferença entre a causalidade como categoria do pensamento de matriz kantiana e uma qualquer causalidade como simples nexos mental. O filósofo, com inspiração precursora do idealismo alemão, ⁵³⁶ almeja vencer a fragmentação da experiência concreta, depositando na categoria conhecimento *a priori* uma capacidade de

⁵²⁹ VANCOURT, *Kant*, p. 20.

⁵³⁰ VANCOURT, *Kant*, p. 19.

⁵³¹ VANCOURT, *Kant*, p. 20.

⁵³² É o que reconhece Sauer a respeito da teoria do conhecimento de Kant, num estudo dedicado especialmente a identificar cinco pontos nos quais a obra do filósofo tem influência específica e marcante na dogmática do direito e processo penal (SAUER, «Kants Einfluß», p. 1 e 6).

⁵³³ SAUER, «Kants Einfluß», p. 6.

⁵³⁴ SAUER, «Kants Einfluß», p. 6.

⁵³⁵ SAUER, «Kants Einfluß», p. 6.

⁵³⁶ Bem se destaca que o pensamento de Emanuel Kant pode ser enquadrado como o «último representante do Iluminismo do século XVIII e, ao mesmo tempo, o primeiro triunfador dele» (MONCADA, *Filosofia do direito/1*, p. 265). No mesmo sentido, em oposição à injustificada qualificação desse apenas como pertencente ao «*mare magnum* do idealismo alemão» (COSTA, «Beccaria», p. 13 e, depois, COSTA, «sentido da pena», p. 216).

conhecer inata e independente da vivência psicológica.⁵³⁷ Entende que «as condições subjetivas do pensamento devem ter validade objetiva», ou seja, como «condições de possibilidade de todo conhecimento do objeto».⁵³⁸ Isso decorre do fato de que «as condições de possibilidade da experiência» serem exatamente, ao mesmo tempo, também «condições de possibilidade do objetos da experiência», que recebem «validade objetiva num julgamento sintético *a priori*».⁵³⁹ E, portanto, seria um contrassenso se Kant, a fim de abandonar o fundamento lastreado na experiência, o buscasse justamente na subjetiva e singular forma de proceder mental.⁵⁴⁰

4.2. O desenvolvimento de Eberhard Schmidt para a omissão imprópria

A monografia de Eberhard Schmidt recebe destaque não por seu caráter inovador, mas antes em razão da dedicação específica à omissão e da frequência com que foi invocada na literatura posterior como exemplo paradigmático dessa orientação.⁵⁴¹ O propósito da reflexão de Schmidt é a determinação do «significado» e da «explicação» do «dever de evitação do resultado» e da «atividade para evitação do resultado».⁵⁴² Entende que essa se trata duma «atividade com tendência objetiva a evitação do resultado», o que, muito frequentemente, se consolidaria na «real evitação do resultado».⁵⁴³

Mesmo assim, a efetiva «ocorrência do resultado» não seria indicativo suficiente da «não realização do dever», pois, certamente, há casos nos quais a aplicação de energia humana é «inútil».⁵⁴⁴ Nega, portanto, que a omissão imprópria seja corretamente expressada apenas no geral descumprimento do «dever jurídico de

⁵³⁷ Uma das finalidades da sua investigação é precisamente determinar a «dimensão, validade e o valor» do entendimento que se pode ter acerca do conhecimento *a priori* (KANT, «Kritik der reinen Vernunft», AA32, p. 64).

⁵³⁸ KANT, «Kritik der reinen Vernunft», AA103, p. 147.

⁵³⁹ KANT, «Kritik der reinen Vernunft», AA145, p. 200.

⁵⁴⁰ A propósito, esse é um dos «equívocos» ou «mal-entendidos» identificados por Welzel no psicologismo da «volta à Kant» levado a cabo por parte da ciência penal (WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 704 e 705, nota 13^a).

⁵⁴¹ KAHLO, *Pflichtwidrigkeitszusammenhanges*, p. 308.

⁵⁴² SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 84.

⁵⁴³ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 84 e 89.

⁵⁴⁴ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 84.

evitação do resultado» ou simplesmente da «atividade de evitação do resultado», entretanto concorda com a compreensão de que a omissão é a «não realização de uma totalmente determinada ação». ⁵⁴⁵

Schmidt acredita que o «problema da causalidade» segue a onerar a questão da omissão imprópria ⁵⁴⁶ e, portanto, afirma categoricamente que a jurisprudência do Tribunal do Império alemão compreende a relação dos crimes omissivos no modo da «causalidade como uma forma de nosso pensamento e conhecimento». ⁵⁴⁷ A justificativa para tanto seria não muito mais que a referência de que a «causa» é aquilo que «não pode ser retirado, sem que anule o resultado». ⁵⁴⁸ E, a partir disso, convoca o problema da determinação do «contexto social» em que seria possível falar da «causação do resultado por omissão», a título de retirar importância e superar «a dificuldade do problema causal». ⁵⁴⁹ A resposta definitiva viria ao afirmar que o «sentido de um comportamento como não evitação do resultado» seria a omissão «possivelmente interessante penalmente». ⁵⁵⁰

Mais adiante, todavia, desvia da jurisprudência do Tribunal do Império Alemão e igualmente da doutrina dominante para fazer o acertamento da omissão de modo independente. ⁵⁵¹ Para Schmidt, há uma má percepção do que seria propriamente a omissão, já que não está em questão a confirmação «prática» e «bem determinada» no caso concreto da ação, que deveria ter sido realizada pelo agente para evitar o resultado, mas sim um comportamento com «significado social» de «não evitação do resultado». ⁵⁵²

Anterior à monografia de Schmidt, encontra-se a proposta de v. Hippel expressiva de um «conceito genérico comum» (*gemeinsame Oberbegriff*) de causalidade

⁵⁴⁵ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85, nota 49 e 51.

⁵⁴⁶ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85

⁵⁴⁷ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85 e 86. A mesma idéia encontrava-se, anteriormente, em v. LISZT; SCHMIDT, *Lehrbuch/1932*, p. 172 e a «relação causal como uma ligação lógico-cognitiva teórica» no escrito do discípulo de Eberhard Schmidt, GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht*, p. 19. No mesmo entendimento, mais adiante, Alfons Vogt referindo ora como «forma do pensamento», ora como «categoria do conhecimento» (VOGT, «Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung», p. 390 e 410).

⁵⁴⁸ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85.

⁵⁴⁹ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85-86.

⁵⁵⁰ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85.

⁵⁵¹ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85.

⁵⁵² SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 86.

como «forma do nosso pensamento».⁵⁵³ O conceito de causalidade compreenderia tanto a «causação por ação», quanto o «não-impedimento por omissão», desde que o autor pudesse e devesse ter impedido o resultado, de modo que valeria para omissão os mesmos princípios fundamentais da relação causal da comissão.⁵⁵⁴ Exatamente por esse motivo, a proposição de um conceito restritivo de causalidade destinado estritamente para as ações seria «arbitrário e estranho à realidade» e ainda responsável por criar «tecnicamente» uma série de «dificuldades supérfluas».⁵⁵⁵

Como é próprio às doutrinas normativas da causalidade, v. Hippel, ainda que pretenda uma separação – aliás, até mesmo, radical –,⁵⁵⁶ acaba por confundir a relação de causalidade fenomenológica, descrita no tipo, com o juízo de valor comunitário e jurídico que recai sobre essa relação, configurado no ilícito. Se é certo que a possibilidade que a ação teria de impedir o resultado é próprio da contraprova acerca da contribuição do elemento omissivo no nexos causal, o mesmo não pode ser afirmado acerca da expectativa social que se cria em consideração da ação. Ainda que a ação impeditiva radicalmente não fosse esperada, a ausência de impedimento seguiria sendo imprescindível para a ocorrência do resultado.

Outras críticas também são cabíveis à formulação de Schmidt. Ocorre a ampliação do âmbito de reconhecimento da relevância penal,⁵⁵⁷ à medida que não se tem bem determinado o que é a causalidade. Corre-se o risco mesmo de a «forma de pensamento» vir abarcar situações que, embora sejam compreendidas socialmente como omissão, não podem assim ser qualificadas nos limites típicos do direito penal. Para além disso, dizer que duas realidades podem ser «ligadas mentalmente» não demonstra que as duas estão realmente «unidas uma com a outra», tampouco

⁵⁵³ v. HIPPEL, «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission», p. 509, nota 29. Mais adiante, o mesmo «conceito genérico comum» de causalidade aparece repetido, ainda que sem mencionar o trabalho anterior – no qual defende a proposta da comissão de direito penal da qual participara, diante das críticas de Wilhelm Höpfner (HÖPFNER, «Unterlassungsdelikte», p. 103 e ss.) – e igualmente sem aprofundar que o conteúdo da causalidade seria uma eventual “forma de pensamento” (v. HIPPEL, *Lehrbuch*, p. 101).

⁵⁵⁴ v. HIPPEL, *Lehrbuch*, p. 101. Em oportunidade anterior, v. Hippel considera a omissão causal quando a ação era «possível» e «esperada», bem como «poderia ter impedido o resultado» (v. HIPPEL, «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission», p. 509, nota 29).

⁵⁵⁵ v. HIPPEL, «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission», p. 509, nota 29.

⁵⁵⁶ Veja-se, por exemplo, v. HIPPEL, «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission», p. 509.

⁵⁵⁷ ENGISCH, «Artz im Strafrecht», p. 422 e 425.

que uma delas poderia ser reivindicada como «real fundamento da outra».⁵⁵⁸ Por fim, ainda que com acertada sensibilidade, a proposta não consegue oferecer entendimento suficientemente exato a respeito do que consistiria a «concepção social de omissão».

4.3. A causalidade lógico-jurídica na doutrina brasileira e italiana como herdeira de inspiração comum

Variável propositiva, no mesmo horizonte compreensivo de matriz kantiana, é a chamada doutrina da causalidade lógico-jurídica da omissão. Vale observar que – quatro décadas antes das doutrinas de Schmidt e mesmo de v. Hippel – já advertia Moritz Liepmann o surgimento de orientações da causalidade penal, a partir da «chamada dominante teoria do conhecimento», e a necessidade de ir mais a fundo nas análises dogmáticas.⁵⁵⁹ Liepmann corretamente entende ser equivocado determinar o conceito de causalidade como «forças eficazes».⁵⁶⁰ Logo não há problema para reconhecer que a omissão «é causa em sentido penal», toda vez que a realização da conduta – isto é, a ausência da omissão – impediria o resultado.⁵⁶¹ A mais adequada definição do nexa causador na omissão seria na forma de uma «relação de dependência lógico-legal» (*Beziehung gesetzmäßig-logischer Abhängigkeit*).⁵⁶² Todavia, para além disso, mais alguma informação não há.

No Brasil, essa compreensão foi manifestada na doutrina de Nelson Hungria⁵⁶³ para quem a única forma de resolver o problema da causalidade da omissão imprópria seria tomando por base que a noção de causa «não é apenas um conceito naturalístico, senão também um conceito lógico».⁵⁶⁴ Pois, de acordo com a lógica, não há que negar ser também «condição de um resultado a não interferência

⁵⁵⁸ KAHLO, *Pflichtwidrigkeitszusammenhanges*, p. 311.

⁵⁵⁹ LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 47-48.

⁵⁶⁰ LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 77-78.

⁵⁶¹ LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 77-78.

⁵⁶² LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, p. 78.

⁵⁶³ Nelson Hungria – ao lado de Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira – foi um dos membros da comissão revisora do anteprojeto Alcântara Machado do Código Penal brasileiro de 1940.

⁵⁶⁴ HUNGRIA, «causalidade por omissão», p. 853.

de forças» que poderiam impedi-lo.⁵⁶⁵ Hungria acrescenta que o Código Penal brasileiro adotou a «teoria da equivalência» das condições e reconheceu a «identidade causal entre ação e omissão», o que fez desnecessária a manutenção da disposição do projeto original, cujo texto, inspirado no Código Penal italiano, estabelecia que «não impedir um evento que se tem dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo».⁵⁶⁶

O juízo da comissão revisora é correto por duas razões. Primeiro, o problema da diversidade ontológica entre o agir e o omitir não é algo que requer uma equiparação por força da criação legislativa, mas sim a investigação de quais seriam eventuais elementos comuns entre eles. Segundo, a relação de causalidade entre a inatividade do obrigado a agir e o decorrente resultado ofensivo não é, em rigor, dependente da existência do dever jurídico de agir, isto é, não é o dever jurídico-legal o criador do nexos causal. Mas, pelo contrário, a efetiva capacidade de impedir o resultado antecede, fundamenta e delimita o estabelecimento jurídico do dever de agir.

A título de crítica, percebe-se que o «conceito lógico» é consideravelmente impreciso. Argumentar no sentido da rejeição dogmática de uma qualquer categoria de essência estritamente lógica da causalidade não significa deixar a imputação penal e o acertamento da causalidade livre de rigor analítico e de estruturação lógica, que cuidam da exata coerência entre a conduta causadora e o resultado ofensivo. Justamente por isso se quer ressaltar que nem a coerência formal é exclusiva e constituinte de algo próprio da espécie de causalidade omissiva, nem o acertamento da causalidade comissiva é menos atento à conformidade lógica, o que talvez autorizaria a qualificação como menos lógica. E, portanto, a proposta da causalidade lógica somente teria razão de existir, caso se pretendesse distinguir entre o nexos causal comissivo, com natureza material e formal (lógica), e o nexos causal omissivo, apenas com natureza formal. Decerto, isso acabaria por não responder à pergunta inicial formulada na apresentação do problema, já que não ofereceria uma solução material.

⁵⁶⁵ HUNGRIA, «causalidade por omissão», p. 853.

⁵⁶⁶ HUNGRIA, «causalidade por omissão», p. 853. No mesmo sentido, posteriormente, REALE JÚNIOR, *Parte geral*, p. 41-42.

Semelhante é o caminho que empreendem Massimo Donini e Rocco Blaiotta mais de um século depois de Liepmann. É preciso observar, todavia, que os autores não expõem uma doutrina unívoca restringindo a natureza da causalidade omissiva exclusivamente ao sentido lógico. Optam pela múltipla conceitualização ao combinar ora uma causalidade de «relações meramente ‘lógicas’, de condicionalidade hipotética, de regularidade nomológica»,⁵⁶⁷ ainda uma «causalidade hipotética, mental ou lógica»⁵⁶⁸ ou apenas «causalidade lógica, hipotética»,⁵⁶⁹ ora «forma lógico-jurídica da causalidade»⁵⁷⁰ ou uma «conexão condicional» de «dimensão lógica».⁵⁷¹

Donini pretende um conceito unificador de «causa-condição» que possa ser adequado para as condutas ativas e omissivas das várias técnicas de tutela e formas de contribuição para a ocorrência do crime.⁵⁷² Para isso acolhe aquilo que identifica como uma «causalidade de tipo prevalentemente ‘lógico’ ou ‘nomológico’», o que conseguiria indicar como a conduta omissiva constitui causa do resultado independente da capacidade «cinética» ou do grau de «eficiência do fato etiológico».⁵⁷³ O agir (condição positiva e interativa) equivale-se ao omitir (condição negativa), embora somente aquele seja o «efetivo valor condicionante de um fator real», ao passo que este consistiria apenas em «hipotético».⁵⁷⁴ Tudo isso num contexto no qual os crimes omissivos dolosos formariam a única hipótese de dolo em que interessa a observação dos «decursos causais alternativos», já que é «obrigatório acertar uma causalidade hipotética».⁵⁷⁵ Trata-se da prova da causalidade considerando os «decursos causais hipotéticos que valorizados coincidam com a prova do nexu etiológico juridicamente relevante».⁵⁷⁶

Donini, conquanto sinceramente dedicado ao desafio, parece não conseguir se desvincular do paradigma ativo-essencialista da causalidade, o que pode ser

⁵⁶⁷ DONINI, «La causalità omissiva», p. 33.

⁵⁶⁸ DONINI, «La causalità omissiva», p. 35.

⁵⁶⁹ DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, p. 67 e p. 66, nota 8.

⁵⁷⁰ BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 265.

⁵⁷¹ BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 255.

⁵⁷² DONINI, «La causalità omissiva», p. 34 e 34-35 e nota 3. Com mais detalhes, anteriormente, DONINI, *Illecito e colpevolezza*, p. 246 e ss.

⁵⁷³ DONINI, «La causalità omissiva», p. 34.

⁵⁷⁴ DONINI, «La causalità omissiva», p. 35. Em sentido semelhante no essencial, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, p. 132.

⁵⁷⁵ DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, p. 131.

⁵⁷⁶ DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, p. 132.

percebido em dois pontos. Primeiro, toma o curso causal hipotético valorizado como «prova do nexu etiológico» que interessa ao direito penal, ao passo que o deveria entender como sendo o método de verificação da relação de causalidade entre a omissão e o resultado e não a própria relação que deve ser provada. Com isso rejeita a possibilidade de a causa omissiva ser também real – se bem que sabidamente não na forma de uma energia cinética – como a causa comissiva e que ambos os métodos de verificação recorrem à dinâmica contrafactual alicerçada sobre a formulação da hipótese. Hipótese que tem como finalidade investigar não outra hipótese, mas, sim, o que ocorreu na realidade, nomeadamente se a ausência de impedimento permitiu que o elemento ativo ofendesse o bem jurídico. Daí decorre o segundo ponto.

As «condições negativas», ainda que equivalentes, acabam por não ser reais. É uma conclusão insustentável caso se tenha efetivamente rigor lógico na leitura dos fenômenos, pois decerto se constata que a ocorrência de qualquer resultado não pode prescindir da confluência de elementos positivos e negativos. Por fim, mas não menos importante, é preciso contrapor agora o eventual tipo «mental» da espécie de causalidade omissiva, mesmo que se reserve momento posterior para avaliar a capacidade das formulações lógica e hipotética satisfazerem a questão indagada. O nexu que se investiga é a objetiva relação causadora do resultado criminoso e não um hábito reflexivo ou psicológico de associação ou, ainda, um artifício etiológico.

Blaiotta entende corretamente que a orientação da causalidade «somente hipotética» não é «plenamente convincente». ⁵⁷⁷ A relevância causal da conduta omissiva – para além de apreensível no plano dos valores do «senso comum» – encontra respaldo no fato de que a ação omitida consiste «fator necessário» para a explicação jurídica do acontecimento. ⁵⁷⁸ É precisamente isso que justificaria falar num imprescindível «dato lógico». ⁵⁷⁹ A partir disso, as «duas importantes interrogações» que seguem são acerca da utilidade do método condicionalista e o grau de certeza exigível para o acerto de que a ação devida evitaria o resultado. ⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 265.

⁵⁷⁸ BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 265.

⁵⁷⁹ BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 265.

⁵⁸⁰ BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 265-266.

Os dois autores, cada um segundo a sua visão da realidade, agregam elementos explicativos acerca do funcionamento ou da interação das categoriais na imputação penal, todavia em ambos os casos resulta imprecisa a elucidação específica e própria da causalidade omissiva. Essa lacuna certamente prejudica os resultados de todas as reflexões que nela se apoiam, de modo que esse entendimento, bastante difundido na dogmática italiana, polariza a discussão mais no método⁵⁸¹ e nas exigências que se tem para o acerto, que propriamente no tipo de nexos que deve ser identificado.

Na filosofia lógico-analítica, surgida nas décadas subsequentes à expressão de Liepmann, encontra-se observação supostamente apta a estancar o acolhimento da noção de relação lógica da causalidade. Entretanto, a história mostra que a amplitude e a profundidade dos efeitos causados por observações e argumentos não se deixam rigorosamente pré-determinar no mundo da cultura. Isso é o que manifesta Ludwig Wittgenstein sobre o limite que a «liberdade de vontade» (*Willensfreiheit*) impõe à pretensão de conhecer «ações futuras», de modo a «não poderem ser conhecidas no presente».⁵⁸² Pois a única maneira de as conhecer seria «se a causalidade fosse uma necessidade interior, como a da conexão lógica».⁵⁸³ E, então, se for admitido não ser possível demonstrar essa inevitável necessidade interior, a causalidade também não pode ser lógica.

Exatamente nesse ponto, justifica-se um brevíssimo desvio da linha argumentativa para dedicar atenção a uma certa interpretação do pensamento de Wittgenstein que poderia levar à radical e absoluta rejeição da noção de causalidade. Com base, principalmente, na segunda parte do número 5.1361, onde o filósofo afirma sinteticamente a idéia – aqui anteriormente trabalhada no sentido de negar a natureza lógica da causalidade – de que «não podemos inferir os acontecimentos futuros dos acontecimentos presentes. A crença no nexos causal é superstição (*Aberglaube*)».⁵⁸⁴

⁵⁸¹ Sobre a *conditio sine qua non* e a subsunção a uma lei científica, DONINI, «La causalità omissiva», p. 34-35; BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, p. 266-267.

⁵⁸² WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.1362, p. 48.

⁵⁸³ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.1362, p. 48.

⁵⁸⁴ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.136, p. 48. Pensamento que, no essencial, já constava na inscrição do dia 15.10.16 no seu diário ao dizer que o «nexos causal é nenhum nexos» (WITTGENSTEIN, *Tagebücher 1914-1916*, p. 180).

Contudo se entende que não necessariamente a interpretação correta deva ser essa. Para comprovar o que se afirma é bom recuperar o contexto e a sequência de apresentação dos argumentos. Tome-se, prioritariamente, o *Tractatus Logicus Philosophicus*, o versículo em questão, de número 5.1361 significa, segundo a razão expositiva de Wittgenstein, a especificação do anterior de número 5.136. Nesse, em atenção e decorrência ao número 5.135, é dito que «não existe um nexos causal que justifique uma tal inferência».⁵⁸⁵ A inferência a que se refere o filósofo é aquela que pretenderia encontrar o nexos de causalidade sustentado sobre o conceito essencialista de causa, no qual um elemento autônomo próprio do objeto – denominado de a causa – tem invariavelmente dignidade ativamente impulsionadora de processos e causadora de fenômenos. Wittgenstein pretende justamente demonstrar não haver a independência – característica dos «conceitos fundamentais da lógica» – na «operação» que «é a expressão de uma relação entre estruturas do seu resultado e das suas bases»,⁵⁸⁶ já que «de maneira nenhuma se pode inferir da existência de uma situação qualquer a existência de outra situação, totalmente diferente da primeira».⁵⁸⁷ É exatamente nessa impossibilidade de inferência de uma causalidade entre situações absolutamente diversas que não se reconhece o nexos causal.

Essa interpretação, ao menos na orientação de Vives Antón, parece mais bem querer se opor a uma concepção ativo-essencialista de causalidade que, com irrazoáveis pretensões de domínio absoluto, imaginaria encontrar controle dos resultados, desde o reconhecimento das causas,⁵⁸⁸ que propriamente levantar argumentos aptos à reprovação massiva das variadas formas de compreender a causalidade. Reconhecer a causalidade dos fenômenos não significa agrilhoar-se ao determinismo e aniquilar a liberdade de vontade do agente, nem mesmo estreitar a

⁵⁸⁵ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.1361, p. 48.

⁵⁸⁶ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, números 5.451 e 5.22, p. 54 e 50.

⁵⁸⁷ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.135, p. 48.

⁵⁸⁸ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 309-310.

leitura da conduta como simples efeito exteriorizado da interna vontade humana.⁵⁸⁹ São pontos a que certamente a filosofia de Wittgenstein faria franca resistência.⁵⁹⁰

Todavia nada parece impedir a viabilidade de retroativamente identificar uma causa a partir do resultado, desde que já se conheça empiricamente aquela constância de acontecimentos, que seria revelada na forma de leis da natureza,⁵⁹¹ passíveis de observação e descrição científica.⁵⁹²

5. A causalidade humana exclusiva (Antolisei)

«Natura non nisi parendo vincitur»
(Bacon, *Advancement of learning*, 1605, Livro I, § 6)

A orientação da causalidade humana exclusiva – desenvolvida por Francesco Antolisei – assume ostensivamente como premissa inicial a viabilidade da distinção entre a «causalidade humana» e a «causalidade mecânica».⁵⁹³ Divisão que é partilhada por uma série de compreensões,⁵⁹⁴ entre as quais a de Sigwart que é tomada como base das reflexões.⁵⁹⁵

⁵⁸⁹ Confusões que – para além da restrição da causalidade à relação entre o «movimento corporal» e o «resultado» – aparecem presentes em VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 307-308 e 311.

⁵⁹⁰ Especificamente, por exemplo, quando aponta a diferença da presunção de infalibilidade da previsão da relação causal descritiva de um fenómeno da natureza e de um fenómeno volitivo humano (WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, número 631, p. 470).

⁵⁹¹ Para Wittgenstein a própria forma que teria a «lei da causalidade» seria: «há leis da natureza» (WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 6.36, p. 80).

⁵⁹² Compreender, ao contrário, uma cabal refutação da causalidade tornaria sem sentido e desnecessária a afirmação «o que pode ser descrito também pode acontecer, e o que é excluído pela lei da causalidade não pode também ser descrito» (WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 6.362, p. 81).

⁵⁹³ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 150.

⁵⁹⁴ De certa maneira, se poderiam igualmente mencionar os autores do surgimento da doutrina exclusivamente jurídica da causalidade da omissão, v. Bar, v. Rohland e Kohler, maior detalhes, respectivamente, em 2º Parte, Capítulo III, Tópicos 2.1, 2.5 e 2.6.

⁵⁹⁵ Sobre a orientação de Sigwart, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.2. Ainda antes de Sigwart, são indicadas, sem maiores referências, as compreensões de John Locke e Arthur Schopenhauer em GAND, *Commission par omission*, p. 31, seguido por ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 150, n. 33 e p. 152.

Em específico, a causalidade humana consiste naquela «marcada pela intervenção da vontade do homem», já que é verdadeiro que ele «tende sempre, na direção das [suas] finalidades», a aproveitar «as forças da natureza» em seu benefício.⁵⁹⁶ Pois, se é de conhecimento geral que o homem exerce o seu «domínio sobre as coisas por meio das ciências e das artes», também é correto que, diante da força da natureza, não haja efetivamente um império, a não ser se ela vier a ser obedecida, na síntese de Francis Bacon, «*naturae enim non imperatur, nisi parendo*».⁵⁹⁷

Isso tornaria compreensível que, na causalidade humana, «o comportamento do sujeito não é considerado sozinho, mas em união com as forças externas» que podem ser utilizadas segundo o seu interesse.⁵⁹⁸ E, portanto, mesmo quando permanece inativo, sem realizar qualquer movimento corpóreo, o homem poderá atingir perfeitamente os seus objetivos,⁵⁹⁹ razão pela qual se poderia falar de causação do resultado tanto por ação, quanto por omissão.⁶⁰⁰

Todo resultado que numa perspectiva limitada, restrita à condição positiva, seria devido à energia mecânica remonta, no fundo, ao homem, dado que se referiria a «fatores» que não são «independentes dele».⁶⁰¹ Antolisei pretende superar o limite da compreensão do fenômeno apresentado por Sigwart, que acaba por restringir a sua capacidade explicativa aos crimes omissivos dolosos,⁶⁰² pois a elucidação é proposta por meio da intencionalidade do omitente em aproveitar determinado decurso causal na produção do resultado.

⁵⁹⁶ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 150. Aproximadamente um século antes, essa explicação encontra-se na doutrina de Julius Glaser quando reconhece a cooperação causal que, muitas vezes, ocorre no fenômeno criminal, na qual o homem utiliza a «ação das forças da natureza» para «alcançar os seus objetivos» (GLASER, «Thäterschaft und Beihilfe», p. 135). Igualmente, mais adiante, no pensamento de Hans Welzel no sentido de que em relação ao homem a «sua força» depende «que ele consiga se adaptar aos fatores reais e as suas leis e desse modo poder tomar eles em seu serviço» (WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 79). Posteriormente, no mesmo sentido, Arthur Kaufmann, pondo em destaque que tanto a conduta comissiva, quanto omissiva tomam «um processo causal em seu serviço» (KAUFMANN, «ontologische Struktur der Handlung», p. 105).

⁵⁹⁷ BACON, *Novum Organum*, Livro I, aforisma 129, p. 126. A passagem integral da obra de Bacon reproduzida – frequentemente apenas na versão reduzida – tem a seguinte expressão «*Quod si quis humani generis ipsius potentiam et imperium in rerum universitatem instaurare et amplificare conetur, ea proculdubio ambitio (si modo ita vocanda sit) reliquis et sanior est et augustior. Hominis autem imperium in res, in solis artibus et scientiis ponitur. Naturae enim non imperatur, nisi parendo*».

⁵⁹⁸ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 222.

⁵⁹⁹ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 223.

⁶⁰⁰ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 223.

⁶⁰¹ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 223.

⁶⁰² ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 152 e 223.

Para isso, alarga o conceito do que seria possível de ser imputado, a fim de abranger não apenas as forças exteriores, as quais ele teria «calculado» na sua conduta, mas também aquelas que ele «poderia calcular».⁶⁰³ Afirma mesmo que são considerados «‘próprios’» do omitente «todos fatores externos indistintamente que ele poderia ter em conta» para os seus objetivos.⁶⁰⁴ E, assim, decerto consta superado o equívoco que excluía a explicação causal dos crimes omissivos culposos inconscientes.

O propósito do autor é apresentar o fundamento da causalidade e os seus limites idênticos ao dos crimes de ação lastreados sobre a noção de regularidade. Pois nem todos os cursos causais seriam suficientes para sustentar a responsabilidade omissiva, uma vez que teriam alguns qualificados como «ocasionais», por exemplo, o filho que, abandonado pela mãe em local ermo, é levado para um orfanato, onde vem a morrer vítima do desabamento do teto.⁶⁰⁵ Caso em que Antolisei veria a exclusão do nexos de causalidade, em razão da transformação em «simples nexos de ocasião», segundo o qual o «resultado» decorreria de «fatores anormalíssimos» ou «excepcionais».⁶⁰⁶

Se a exposição até aqui ainda não fosse suficiente para a dedução de que a doutrina de Antolisei é também um modelo de causalidade normativa, bastaria então a leitura do seu conceito de causa para chegar a essa conclusão. Mesmo assim, segue oportuno ressaltar não estar em análise uma compreensão puramente normativa – que recebe tratamento neste capítulo apenas por ser uma crítica frequentemente encontrada –, diferente daquela de Sigwart que lhe serviu de base. Desde o conceito de causa, o autor faz separar os «cursos causais verdadeiros e próprios» daqueles apenas «ocasionais»,⁶⁰⁷ de modo que somente os primeiros poderiam ensejar o início da apuração da responsabilidade penal. Certamente para alcançar tal finalidade, introduz a noção de regularidade e inclusive a de previsibilidade que dela poderia decorrer.

⁶⁰³ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 223.

⁶⁰⁴ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 223.

⁶⁰⁵ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 224 e 227.

⁶⁰⁶ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225.

⁶⁰⁷ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225.

Interessante é observar que Antolisei é um autor consciente de que o problema da causalidade e da ilicitude são questões dogmáticas distintas, razão pela qual nem toda omissão causal é punível.⁶⁰⁸ A punibilidade das condutas causais depende da contrariedade ao dever de agir, porque a omissão do garante e de qualquer outra pessoa, sem o encargo de proteção do bem jurídico, não pode ser distinguida no plano meramente causal.⁶⁰⁹

É correto, o que já se afirmou, que a concepção de Antolisei teria bem aproveitado a doutrina da condição negativa para desenvolver o seu pensamento.⁶¹⁰ A compreensão que apresenta do fenômeno da conduta omissiva poderia ser descrita pontualmente mediante elementos essenciais: (1) o homem aproveita as forças da natureza para atingir as suas finalidades, (2) a ocorrência do transcurso natural do curso causal pode ser a melhor forma de atingir a sua finalidade, (3) a ação e a inércia humana são igualmente causais e podem ser decorrentes da vontade do homem e (4) os resultados dependem de uma necessária confluência de causas positivas e negativas, o que consiste num elemento idêntico entre os crimes comissivos e omissivos.

A proposta de Antolisei tem também entre os seus méritos perceber e enfatizar o quanto fundamental é o estudo da causalidade na teoria geral do delito e, especificamente, na particularidade fenomenológica dos crimes omissivos.⁶¹¹ Para além disso, pretende apresentar a descrição da relação de causalidade com existência e determinação livre da valoração jurídica, ainda que rigorosamente não tenha obtido êxito nesse ponto.

É oportuno destacar que o autor tinha consciência de que a identificação do nexos causal entre a conduta e o resultado não é o mesmo que a avaliação se a conduta violou algum dever jurídico-penal.⁶¹² Não obstante, como foi dito acima, introduz uma leitura significativamente valorativa já na noção de causa, o que permitiria afirmar serem irrelevantes penalmente aquelas causas entendidas como

⁶⁰⁸ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 224, 227 e 228.

⁶⁰⁹ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 226-227. Em sentido amplo acerca da diferença entre a causalidade natural e a imputação jurídica, Kolis Summerer aponta Antolisei como sendo o primeiro a se dedicar ao tema na literatura italiana (SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, p. 18, nota 4).

⁶¹⁰ LUNA, «a causalidade na omissão», p. 332.

⁶¹¹ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225.

⁶¹² ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 228.

ocasionais. A verdade é que independente do juízo que faça, de modo algum, elas deixam de ser necessárias para a ocorrência do resultado concreto. Isto é, a observação da fenomenologia causal não autoriza distinguir e apreciar algumas causas como verdadeiras e próprias e outras, diferentemente, como excepcionais e ocasionais.

A investigação em questão trata da indagação acerca do ocorrido no caso específico que culminou na causação do resultado e não um procedimento de avaliação da maior ou menor regularidade dos concorrentes fatores causadores. Aliás, essa pressuposição conceitual *a priori* consiste em alterar a própria amplitude revelada no âmago da fórmula da *conditio sine qua non* manifestamente acolhida por Antolisei. Não se pode substituir a busca por saber o modo de manifestação causal do fenômeno apenas pelo eventual reconhecimento da relevância penal da contribuição humana empreendida no caso.

Uma das críticas feitas a essa doutrina deveu-se justamente à subvalorização da explicação das características do processo causal omissivo – ponto a que se pretende, mais adiante, propositivamente chegar neste estudo – em detrimento do método de investigação e de identificação concreta da contribuição do omitente para o acontecimento do resultado. Diante disso se sustentou haver a confusão da hipótese com a tese, ao propor a priorização do prognóstico causal – isto é, a hipótese – em prejuízo do essencial diagnóstico causal do ocorrido.⁶¹³

6. A doutrina da causalidade no pensamento finalista

6.1. Hans Welzel

Hans Welzel persiste com a noção de v. Liszt – no sentido de que «não há omissão ‘em si’, senão apenas a omissão de uma determinada ação» –, a qual pretende melhorar a diferenciação em relação às características próprias da conduta

⁶¹³ Assim em COSTA JÚNIOR, *Nexo causal*, p. 117-118.

ativa, *v.g.* a questão da causalidade.⁶¹⁴ A omissão forma, em conjunto com a ação, uma das duas modalidades de comportamentos humanos determinados pela «vontade intencional».⁶¹⁵ Especificamente, ela não designa uma «pura negação» de algo, mas sim um «“conceito limite”» referenciado à «ação possível do autor», porque a configuração de toda omissão exige o «poder final do fato» (*der finalen Tatmacht*), nomeadamente a «potencial finalidade da pessoa» em evitar o resultado.⁶¹⁶ Isto é, somente «aquela ação, que está sujeita ao poder final do fato (domínio do fato) de uma determinada pessoa, pode ser omitida».⁶¹⁷

Welzel tem consciência – assim como já tinha *v. Liszt* – da co-causalidade dos resultados quando afirma que o «efeito é a resultante cega de componentes igualmente válidos (*gleichgültiger Komponenten*)», do mesmo modo que esses, por sua vez, formam essa «constelação» que «é apenas a resultante cega de anteriores componentes igualmente válidos».⁶¹⁸ Ainda assim, também a exemplo de *v. Liszt*, não consegue enxergar o fenômeno causal de maneira suficientemente ampla a compreender que não há consequência que seja resultante apenas de forças positivas.⁶¹⁹ Limite esse que compromete significativamente a estruturação global de toda a sua doutrina.

Diante disso, encontra-se obrigado a propor uma dogmática excepcional para os crimes omissivos, dado que a diretriz geral dos crimes comissivos indica um elemento ontológico como resposta acerca de qual «característica específica um acontecimento real deve apresentar» para ser «portador ou objeto» de valores

⁶¹⁴ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 200 e 201.

⁶¹⁵ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 200.

⁶¹⁶ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 200. No mesmo sentido, KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 53.

⁶¹⁷ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 200. No mesmo sentido, MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 20, p. 185.

⁶¹⁸ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 65.

⁶¹⁹ Welzel aponta claramente que a finalidade é nota específica do fenômeno humano, no sentido de empreender energia cinética ou «colocar fatores causais no mundo exterior, como meios para alcançar um determinado resultado, é precisamente a característica mais essencial do agir humano, pelo qual se distingue principalmente dos meros processos causais-mecânicos» (WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», v. 58, p. 502). O mesmo limite compreensivo pode ser identificado em Arthur Kaufmann, que manifestamente segue a explicação de Welzel, ao compreender que os crimes comissivos utilizam a «própria causalidade» decorrente da ação, ao passo que os crimes omissivos aproveitam a «causalidade alheia» (KAUFMANN, «ontologische Struktur der Handlung», p. 105).

jurídico-penais.⁶²⁰ Para Welzel, a relação de causalidade entre a ação e o resultado é a «única e exclusiva determinação do acontecimento real» a ser levada em consideração na comissão.⁶²¹ Por outro lado, especialmente, no que diz respeito à omissão imprópria faltaria a categoria ontológica do nexo de causalidade no comportamento do autor, o que poderia mesmo ser visto como elemento diferenciador da comissão.⁶²²

Mais adiante, afasta-se não apenas de v. Liszt como também da doutrina da ação esperada,⁶²³ ao manifestar que a ausência de impedimento do resultado, por meio da não realização da ação devida, deve ser considerada objetivamente, ou seja, independente da subjetivação que não seja a eventual expectativa de sua realização.⁶²⁴ Isso tecnicamente é correto em termos de imputação, mas já não na explicação da constituição e do reconhecimento legítimo das omissões em comunidade, pois, em última linha, não se poderia esperar a realização de ações quando o garante não tem capacidade para tanto.

Nesse seguimento, a sua doutrina propõe três elementos componentes do «poder final de fato» (*finale Tatmacht*), nomeadamente a «capacidade de evitar o resultado»: (1) conhecimento da situação típica relativa à ameaça de acontecer o resultado; (2) reconhecibilidade do caminho para evitar o resultado (*Erkennbarkeit des Weges zur Erfolgsabwendung*), ou seja, a capacidade de planejar a evitação do resultado; (3) a possibilidade física-real de evitar o resultado (*physisch-reale Möglichkeit der Erfolgsabwendung*).⁶²⁵ Decerto, o terceiro ponto só pode ser verificado por meio da convocação da análise do nexo causal, que ficaria ao encargo de um «juízo causal hipotético»⁶²⁶ de manifesta natureza normativa. Welzel adverte que esse juízo hipotético não se refere à «realidade, mas apenas a uma possibilidade» capaz de

⁶²⁰ WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 708. Seguindo o entendimento de Welzel, no sentido que a causalidade é «uma categoria real do ser», embora com a ressalva que ao direito penal não importaria nem o conceito filosófico, nem o conceito das ciências naturais de causa, no Brasil, LUNA, «causalidade na omissão», p. 327.

⁶²¹ WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 708.

⁶²² WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, II, p. 203. A identificação do nexo de causalidade na dogmática de Welzel – expressado como «categoria ôntica apta para a explicar a sucessão empírica de eventos» – encontra-se em COSTA, «Causality and reasoning», p. 55.

⁶²³ Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 2.

⁶²⁴ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 201.

⁶²⁵ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, I, p. 212.

⁶²⁶ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, I, p. 212.

fornecer geralmente apenas «valores de probabilidade», mediante a fórmula heurística da *conditio sine qua non*.⁶²⁷

Não há como deixar de anotar que Welzel segue apegado ao conceito de causa ativo-essencialista próprio do naturalismo-mecanicista,⁶²⁸ o que é evidenciado ao menos em dois momentos. Primeiro, é expressivo o ceticismo com que contempla os dois séculos de história dogmática das ciências criminais, em busca da melhor determinação – daquilo que entende por ser a «ilusão» (*Phantom*) – da causalidade da omissão.⁶²⁹

Segundo, diante do entendimento de que a «característica essencial» dos acontecimentos causalmente determinados seria a capacidade permanente do «antecedente» de «ser causador» daquilo que é causado em toda relação da qual participa, isto é, de modo a importar o estudo de «como ele é ativado» na forma de uma causa e exatamente a «qual efeito ele conduz». ⁶³⁰ A constância da aptidão causadora do resultado só é possível de acordo com a noção essencialista de causa, que atribui a qualificação universal de causal especialmente a alguns elementos independente do contexto específico de inserção.

Ocorre que tal orientação não condiz com a realidade dos acontecimentos e entra mesmo em contradição com aquilo que há de mais fundamental na compreensão acerca da necessária co-causalidade para a produção do resultado. Por certo, não se pode provar a constante capacidade causadora de um elemento se ele vier a ser tomado isolado. Isso porque ainda que se adote como referência um impulso mecânico ativo – *v.g.*, um vetor de força –, ele somente exercerá uma determinada consequência, caso não esteja sob o campo de intervenção de um outro qualquer que o anule ou desvie.

Welzel ainda concebe uma «incomparável singularidade da vontade como fator causal», mas apenas a situa diante do que denomina como sendo o «nexo causal mecânico cego». ⁶³¹ Mas já não a concebe – ao contrário, do que seria

⁶²⁷ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, p. 212.

⁶²⁸ Não é por menos que se observou que o finalismo de Welzel proporia uma «causalidade mecanicista pelo avesso» (LUNA, «a causalidade na omissão», p. 334). Com o mesmo sentido, no essencial, também, RODRÍGUEZ MOURULLO, *omisión de socorro*, p. 55.

⁶²⁹ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, p. 213.

⁶³⁰ WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 711.

⁶³¹ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 79.

eventualmente de esperar – como um conceito mais amplo que o naturalismo-essencialista, a título de elemento propulsor da causação de resultados. Pois, ao fundo, a causação segue uma obra exclusiva de forças naturais mecânicas, qualificadas como «fatores reais»,⁶³² o que prejudica significativamente a compreensão ontológica da relação de causalidade e do fenômeno omissivo como um todo.

Ao menos quatro consequências dogmáticas encarnam concretizações específicas dessa noção. Primeiro, a omissão, quando entendida «como não realização de uma ação», acaba por ser causadora de «absolutamente nada».⁶³³ É por essa razão que a sua punibilidade não seria justificada no fato de efetivamente causar o resultado, e sim em virtude de não o ter evitado.⁶³⁴

Segundo, a concepção do «domínio do fato» estruturada numa determinada relação apenas «concretamente possível» ou «potencial-final»⁶³⁵ significa a retirada do lastro que suporta a capacidade interventiva no efetivo e específico nexos causal entre a conduta e o resultado. E, no fundo, consiste na mera referência à possível relação que supostamente poderia existir na precariedade do potencial-final⁶³⁶ ou hipotético. Isso quer dizer que se imputa a responsabilidade não pela causação do resultado, antes pela potencial aptidão para intervir que o omitente detinha e assim não fez.

Terceiro, parece ser inapelável reconhecer, como se verá mais adiante,⁶³⁷ que a única forma de materialmente atentar para a identificação do verdadeiro poder do omitente em evitar o resultado é por meio da consideração da sua capacidade interventiva no curso causal. Isso é o suficiente para fazer com que – mesmo contra a empenhada negativa de Welzel da causalidade omissiva e a recusa do conceito de causa além do parâmetro ativo-essencialista – a solução proposta se baseie em outros pressupostos.

Se o omitente é responsabilizado porque não impediu a ocorrência do efeito, quando, na expressão de Welzel, existia a «possibilidade físico-real de evitação do

⁶³² WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 79.

⁶³³ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 213.

⁶³⁴ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 212.

⁶³⁵ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §26, I, p. 213 e §28, I, p. 212.

⁶³⁶ Em sentido crítico à proposta da causalidade potencial, ver BAUMANN, *Derecho penal*, p. 141.

⁶³⁷ Ver 3º Parte, Tópico 6 e 7.

resultado», conclui-se, por rigor lógico, daí que a ausência de impedimento compõe essencialmente a explicação do resultado. Em outras palavras, ela é igualmente tão causa do resultado quanto o desenvolvimento do curso causal não obstado. Com isso não se pode falar numa perfeita rejeição dogmática da causalidade da omissão, mas tão somente no seu enfraquecimento ou rebaixamento à condição de causalidade potencial, ou seja, digna de um juízo hipotético não real⁶³⁸ (eminentemente normativa).

Quarto, é também em razão de desconsiderar a causalidade da omissão que o limite à responsabilização penal de todo e qualquer omitente, segundo tipos penais comissivos de resultado, acaba por recair num critério sobretudo normativo. Welzel entende que os «crimes omissivos impróprios são nesse ponto crimes especiais próprios»⁶³⁹ e assim faz migrar o problema da seleção de condutas causadoras de resultados, conforme a relevância penal, para um momento posterior adstrito à indicação normativa dos destinatários da norma, ou seja, aqueles que devem ser responsáveis. Resta sem explicação a razão e o critério utilizado para alguns serem responsabilizáveis, e outros, não. Pois admite que, se, nos crimes especiais próprios, existe a «característica objetiva participativa» disciplinada no «tipo legal», já, nos crimes omissivos impróprios, «deveria o juiz por si próprio encontrar a característica objetiva co-participativa por meio de complementação típica (*Tatbestandsergänzung*)».⁶⁴⁰

E, assim, embora se deva reconhecer que produz suas reflexões diante da inexistência de disciplina legal específica para a omissão imprópria no antigo Código Penal alemão,⁶⁴¹ não é menos preocupante a conclusão a que chega. Segundo seu entendimento, os crimes omissivos impróprios possuiriam tipos penais «parcialmente legais» e «parcialmente, ao contrário disso, por formar judicialmente».⁶⁴² Essa situação supostamente decorreria da própria «natureza das

⁶³⁸ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, p. 212.

⁶³⁹ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, p. 208.

⁶⁴⁰ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, p. 209.

⁶⁴¹ Apenas posteriormente veio a ser introduzida a atual disciplina específica da «comissão por omissão» no § 13 do Código Penal alemão (*StGB*) com a seguinte redação «(1) *Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.* (2) *Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*»

⁶⁴² WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, p. 209.

coisas» que tornaria «a princípio impossível» determinar concreta e exhaustivamente na lei a «enorme variedade de possíveis autores da omissão».⁶⁴³

A inadequação democrático-constitucional dessa doutrina está certamente fora de questão no Estado de Direito, em vista da manifesta e direta violação do princípio da legalidade, dado que a previsão de uma conduta incriminadora não pode ficar ao encargo da pontual intervenção de decisões judicial. Todavia é interessante observar como – justamente por se afastar do núcleo do problema, a relação material entre a omissão e o resultado ofensivo ao bem jurídico – acaba por assumir uma solução mais abstrata e indeterminada dos limites da responsabilidade penal com base nos tipos de autores.

6.2. Maurach/Gössel/Zipf

A proposta de Reinhart Maurach, Karl Gössel, Heinz Zipf, embora siga as bases do conceito finalista de ação, não acompanha por completo o modelo de imputação da omissão imprópria apresentado por Welzel. Inicialmente, a classificação dos crimes de resultado divide-se em duas modalidades, nomeadamente os chamados «crimes de causação» (*Verursachungsdelikte*) e os «outros crimes de resultado» (*sonstigen Erfolgsdelikten*).⁶⁴⁴ Enquanto aos primeiros pertenceriam aqueles delitos cujo tipo penal descreve apenas «o resultado causado pela atuação», livre de maior pormenorização da forma de causação, os segundos seriam caracterizados sobretudo por dois outros elementos.⁶⁴⁵ Isto é, a existência de uma situação de perigo e da posição de garante do bem jurídico.⁶⁴⁶

A composição da relação de causalidade mantém-se no mesmo padrão do naturalismo de v. Liszt e Beling e do finalismo de Welzel. Entende-se que o esbatimento do conceito natural de ação abriu caminho para a solução do problema da omissão imprópria. Por sua vez, o conceito social de ação teria o mérito de

⁶⁴³ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §28, p. 210.

⁶⁴⁴ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 16, p. 184.

⁶⁴⁵ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 16 e 17, p. 184.

⁶⁴⁶ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 54, p. 194.

mostrar que a discussão da causalidade não estaria contida nos limites do «puro curso natural» de «efeitos de forças mecânicas», melhor seria o ver entre os «acontecimentos da vida social da comunidade» na condição de «determinações de objetivos humanos de relevância» (*menschlichen Zielstreben von Erheblichkeit*).⁶⁴⁷ Mesmo assim, a indiferenciação do conteúdo da vontade omissiva produziria uma dogmática na qual o significado de omissão acabaria «totalmente sem substância» e distanciado da realidade, o que logo seria passível de ser superado com a discussão acerca da vontade da conduta omissiva.⁶⁴⁸ Mais exatamente, é a «vontade orientada para um fim», elemento essencial da conduta, que justificaria propriamente se falar numa omissão. Pois se acredita que assim a inatividade ganharia substância sendo capaz de superar a «pura mediação causal».⁶⁴⁹

É defendida a «igualdade axiológica substancial» entre «ação» e o «deixar acontecer» (*Geschehenlassen*) com referência expressa à doutrina de H. Mayer.⁶⁵⁰ A punibilidade da omissão, à primeira vista, não está estruturada com fundamento no elemento material oferecido pelo nexos de causalidade.⁶⁵¹ E sequer consta uma palavra sobre o seu conteúdo na apresentação do procedimento de verificação a partir do postulado da doutrina da adequação.⁶⁵² A causalidade da omissão seria o contrário da causalidade dos crimes comissivos, devendo, portanto, mudar o sentido da pergunta, contido na fórmula da *conditio sine qua non*, ou seja, se a ação omitida fosse realizada o resultado permaneceria.⁶⁵³ Sabidamente se trata de um «procedimento mental hipotético», que, nos crimes comissivos, constam identificados todos os pormenores e, no crime omissivo, a própria ação esperada constitui «um fenômeno hipotético».⁶⁵⁴

A título de mérito dessa proposta dogmática encontra-se a intenção de zelar por uma certa harmonia da doutrina geral da imputação ao reconhecer um método

⁶⁴⁷ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 20, p. 185.

⁶⁴⁸ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 20, p. 185.

⁶⁴⁹ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 20, p. 185.

⁶⁵⁰ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 21, p. 185.

⁶⁵¹ Muito pelo contrário, a discussão no intuito de melhor determinar a causalidade da omissão imprópria é desqualificada – na linha de v. Liszt – como pertencente às questões «irrealistas e improdutivas» que «sem necessidade atormentaram a ciência jurídico-penal alemã» (MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 18, p. 184).

⁶⁵² MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 22, p. 186.

⁶⁵³ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 22, p. 186.

⁶⁵⁴ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Lehrbuch/2*, nm. 22, p. 186.

comum para os dois tipos comissivos e omissivos. Todavia é necessário também apontar algumas críticas. Primeiro, vale ressaltar o modo como são compreendidos o mundo natural e a essência da conduta omissiva. Ao manter a concepção do universo ontológico muito polarizada nas grandezas do paradigma mecanicista, sabidamente estruturado sob o conceito ativo-essencialista de causa, a forma de conferir conteúdo à omissão seria por meio da vontade final.

Segundo, desconsiderar a relevância da necessidade de estudo específico e, até mesmo, da existência da causalidade da omissão, mas, posteriormente, vir a indicar o método de verificação da causalidade não só demonstra incoerência lógica como inviabiliza a satisfatória execução da tarefa ao encargo da doutrina criminal. Não é possível resolver ou fazer suplantado o problema próprio da natureza da causalidade da omissão recorrendo apenas ao seu método verificação. A correção e o acerto do método só podem ser avaliados, caso primeiramente se tenha designado qual a natureza daquilo que se pretende ver identificado no fato concreto.

Terceiro, no mesmo sentido da crítica anterior, uma oposição em relação à concepção da fenomenologia omissiva. Pode-se ver com melhor nitidez a confusão entre categorias no sentido de que uma acaba por assumir indevidamente as qualidades da outra. É defeso tomar o «processo mental hipotético de verificação» da causalidade como se fosse a natureza da contribuição dada pela omissão para o resultado. A conduta omissiva – quer como ação devida não realizada, quer como não impedimento – não é hipotética, mas, ao contrário, real e verdadeira. Caso contrário, em vez da ocorrência do resultado ofensivo ao bem jurídico o que estaria em questão seria a interrupção do curso causal com efeito salvador.

Quatro, acolher a doutrina do incremento do risco, sem antes determinar a ontologia da causalidade da omissão imprópria, tende a se apresentar na condição de substitutivo dogmático daquela, o que certamente arrasta consigo uma série de equívocos que serão estudados com detalhamento e profundidade no momento oportuno.⁶⁵⁵ Ao fim, vale lembrar que persistir a conceber a relação de causalidade apenas constituída pelo direito torna novamente oportuna a crítica feita, na doutrina penal da antiga União Soviética, em alusão ao *Esquema de direito penal* de Maurach.⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ Ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 3.

⁶⁵⁶ MAURACH, *Grundriss*, p. 49.

Advertia-se o quanto perigoso representa o abandono da investigação material do nexo causal, por meio da «manhosa substituição da doutrina filosófica geral sobre a causalidade pelo conceito de causalidade ‘jurídica especial’». ⁶⁵⁷ Decerto essa estratégia não resolve a questão objeto deste estudo.

7. Avaliação geral das doutrinas eminentemente normativas

«Bachelierus – Mihi a doctor
Doctore domandatur causam et rationem
quare opium facit dormire:
A quoi respondeo,
quia est in eo virtus dormitiva,
cujus est natura sensus assoupire»
(Molière, *Le Malade imaginaire*, *Troisième intermède*, 1673)

As primeiras doutrinas jurídico-normativas da causalidade – a despeito de serem mais recentes que as doutrinas características do mecanicismo-naturalista proponentes do conceito ativo-essencialista de causa – são, paradoxalmente, objeto de referência e estudo crítico menos frequente na literatura especializada. Eventual hipótese explicativa dessa realidade poderia ser colhida no fato de as bases cognitivas do fenômeno, lançadas no naturalismo, seguirem a ter influência na estruturação do pensamento da dogmática penal contemporânea. De tal modo que existiria uma certa resignação científica em relação aos resultados obtidos, que ainda se somaria à desconfiança da doutrina majoritária acerca das suas próprias capacidades investigativas e propositivas para ir mais adiante e ver o estado das coisas de maneira diversa.

O enfrentamento das diversas compreensões reconduzíveis ao tópico das doutrinas eminentemente normativas da causalidade permite depurar alguns elementos comuns correntes em todas elas. A presente exposição coloca em evidência, primeiro, os elementos comuns abrangidos pelas doutrinas

⁶⁵⁷ ZDRAVOMÍSLOV; SCHNEIDER; KÉLINA; RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético*, p. 13.

eminentemente normativas e, somente depois, destaca individualmente como esses elementos em conjunto com outros se expressam em cada uma delas.

É necessário pontuar que as compreensões normativas da causalidade não se resumem às construções eminentemente ou exclusivamente normativas. Também normativas são aquelas orientações que reconhecem uma parcela de realidade, anterior à intervenção jurídica, segundo a conformação técnica e axiológica própria do direito penal o que justifica a denominação final de normativa com Antolisei. Já, por eminentemente normativas, entendem-se as doutrinas que respondem à pergunta acerca do elemento capaz de legitimar a relação objetiva entre a conduta omissiva e o resultado ofensivo com a negação de qualquer ontologia pré-jurídica e de qualquer outro caminho que não seja por meio da indicação de um critério fundado e delimitado no próprio direito. Isto é, a assunção manifesta de uma prática absolutamente autorreferenciada nos estritos limites da normatividade.

Se foi dito, na primeira metade do século passado, que «o caminho naturalístico na construção do crime» seguia a «onerar pesadamente a ciência do direito penal»⁶⁵⁸ não parece haver justificativa forte o suficiente para sustentar que essa situação tenha sido enfim completamente superada.⁶⁵⁹ Certamente há conceitos e compreensões doutrinários que ou se mantiveram inalterados, ou apresentaram pequenas modificações na sucessão do paradigma do positivismo naturalista pelo neokantismo.

Reconhecer isso não significa cometer a desfaçatez intelectual de desconsiderar o patente valor dos vários desenvolvimentos, em termos de categorizações e fundamentações particulares e sistemáticas, obtidos desde então. Entretanto não parece ser exagerado afirmar que a compreensão da realidade – especificamente naquilo que diz respeito à causalidade omissiva – não é muito diversa daquela época. Ao menos, é isso que se depreende da leitura das frequentes

⁶⁵⁸ CORREIA, *unidade e pluralidade de infrações*, p. 78.

⁶⁵⁹ Por exemplo, Günther Jakobs, em que pese apresentar-se descontente com a dificuldade do direito penal para se independizar das categorias naturalistas, segue vinculado ao conceito mecânico-naturalista de causa (JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15). Eventual razão para a persistência da influência do naturalismo contemporaneamente pode ser sindicada na descrição histórica acerca do amplo acolhimento recebido pelo naturalismo na sociedade portuguesa do século XIX. Acolhimento que não se restringiu ao âmbito técnico-jurídico, mas também se mostrou pujante no espaço cultural e filosófico (MONCADA, *história da filosofia do direito*, p. 88-89). No mesmo sentido, CORREIA, *unidade e pluralidade de infrações*, p. 67

convocações do axioma escolástico «nada vem do nada» pelos autores da natureza normativa da causalidade para explicar o fenômeno omissivo.⁶⁶⁰

Parece não haver grande oposição a respeito do que demonstrou Hans Welzel sobre a existência de significativos elementos em comum entre o positivismo e o neokantismo.⁶⁶¹ Welzel chega mesmo a afirmar que o neokantismo seria, decerto modo, nada mais que uma «teoria complementar do positivismo», dado que assume integralmente e apenas «completa o mundo do positivismo» com elementos advindos de um âmbito de racionalidade puramente teórica.⁶⁶² O positivismo e o neokantismo apresentam uma «base comum» – forjada na noção de realidade supostamente obtida a partir da observação empírica –, que vem a ser suplementada em alguns pontos por meio da adição de «suportes apriorísticos» e de «valores regulativos».⁶⁶³

A propósito, interessante seria atentar se alguns desses elementos também não passaram incólumes às mudanças propostas pelo finalismo. Fato é que apesar das intensas críticas apresentadas por Welzel ao naturalismo, especificamente no que toca à concepção da causalidade, o seu pensamento segue fiel ao conceito ativo-essencialista de causa próprio do naturalismo-mecanicista.⁶⁶⁴ E, portanto, por exclusão, todo elemento imprescindível para a ocorrência de um resultado, caso não tenha uma participação ativa do desempenho da energia de determinada força, somente poderá existir com natureza jurídico-normativa. Assim, quer-se dizer que o conceito eminentemente normativo do nexos de causalidade omissivo persiste influenciado – ao menos numa boa parte das doutrinas normativas – pela visão de mundo característica do legado deixado pelo naturalismo positivista.

⁶⁶⁰ A título de exemplo, MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 127. Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 1.

⁶⁶¹ WELZEL, *Naturalismus*, p. 41-42.

⁶⁶² WELZEL, *Naturalismus*, p. 43. Welzel afirma serem dados oriundos de uma «esfera da irrealidade» presumida como necessária para superar o positivismo (WELZEL, *Naturalismus*, p. 43). No mesmo sentido, Cabral de Moncada assevera que o «que havia entre eles de comum era mais do que aquilo que os separava», a exemplo da intransigência anti-metafísica e do primado da razão pura teórica (MONCADA, *Filosofia do direito/1*, p. 322).

⁶⁶³ WELZEL, *Naturalismus*, p. 43.

⁶⁶⁴ Fato esse que já foi bem observado em LUNA, «a causalidade na omissão», p. 334 e RODRÍGUEZ MOURULLO, *omisión de socorro*, p. 55. Para mais detalhes, ver as expressivas passagens da dogmática penal de Welzel analisadas no 2º Parte, Capítulo III, Tópico 6.1.

As doutrinas normativas próprias do período de surgimento das orientações da causalidade exclusivamente jurídica são expressão, em matéria penal, do ideal de utilidade que marca uma época.⁶⁶⁵ Mais específico, são manifestações múltiplas e variadas da significativa preocupação com a utilidade ou finalidade do direito.⁶⁶⁶ Alguma semelhança não fortuita é guardada com a orientação metodológica da jurisprudência dos interesses que lhe foi contemporânea, nomeadamente naquilo que diz respeito ao modo de conceber os fins do direito com a substituição da «intenção formalista» por uma «intenção finalista».⁶⁶⁷ Ideal que foi assumido e recebeu posteriormente diversas concretizações de acordo com cada uma das formulações teóricas.

Outro ponto fundamental da doutrina normativa diz respeito ao empedernido apego ao paradigma material da realidade e ativo-essencialista da relação de causalidade. Tudo o que não é materialmente constatável e mecanicamente eficaz no desempenho de uma energia ativa acaba por ser tomado como inexistente ontologicamente. E, portanto, a causalidade omissiva não poderia ser percebida como «categoria do ser», uma vez que não é uma fonte de energia verdadeira.⁶⁶⁸ A ontologia, segundo essa visão, reduz-se injustificadamente ao substancialismo do mundo físico.

É significativamente interessante atentar no modo como a tentativa de abandonar a definição de causa do pensamento naturalista-positivista⁶⁶⁹ – nos

⁶⁶⁵ Sobre o pensamento utilitário, a impossibilidade de reduzir o fundamento do direito à razão calculadora (*ratio calculatrix*), COSTA, «Beccaria hoje», p. 11; COSTA, *O perigo*, p. 67-68, nota 97 e, especialmente, 343-344, nota 120.

⁶⁶⁶ Por exemplo, a ética utilitária surpreendível na doutrina de Ludwig v. Bar. Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.1.

⁶⁶⁷ NEVES, «Jurisprudência dos interesses», p. 219. Gustav Radbruch reproduz na íntegra a explicação de Hermann Kantorowicz – inicialmente publicada com o título «A época da ciência jurídica em 1914» – sobre a diferença da orientação formalista e finalista no pensamento jurídico ao longo do tempo, bem como a forma que se expressa essa oposição, por exemplo, no «verbalismo e realismo, positivismo e racionalismo, historicismo e modernismo, método filológico e método teleológico». A «orientação formalista», com caráter puramente lógico, procede mediante a pergunta «como eu devo interpretar este texto para corresponder a vontade daquele que formulou este texto?». Por outro lado, a «orientação finalista» – com ponto de partida não do texto, mas do «sentido, da realidade», das «finalidades e necessidades da vida social, espiritual e moral» – apresenta a questão «como eu devo manusear (*handhaben*) e configurar (*gestalten*) o direito para satisfazer as finalidades vitais» (RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, p. 63-64).

⁶⁶⁸ Em síntese acertada, JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, nm. 3, p. 618.

⁶⁶⁹ Tal intenção observa-se claramente, por exemplo, na compreensão da causalidade como forma de pensamento em LISZT; SCHMIDT, *Lehrbuch/1932*, p. 172; SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 85

limites da formulação de «teorias da força»⁶⁷⁰ – não conseguiu completar exitosamente o percurso. A razão desse fracasso decorre da incompreensão da fenomenologia omissiva, em virtude do apego ao limitado horizonte, que Cabral de Moncada bem denominou como sendo típico de um «conceito pobre de realidade».⁶⁷¹ Partir-se-ia de uma realidade compreendida, desde o fundamento possibilitado pela «categoria suprema» de intelecção do mundo própria da «mesmíssima causalidade mecânica» do naturalismo.⁶⁷² Portanto, ao lado do mundo das forças mecânicas, localizar-se-ia o mundo oriundo da formação e da valoração normativo cultural, conformado não em complemento ou aderência, mas antes em idealizável independência e capacidade de regência normativa daquele.

Conforme se tem visto até aqui, encontra-se no horizonte filosófico de uma significativa parte das doutrinas eminentemente normativas o pensamento de Immanuel Kant e o seu aproveitamento nas formulações do neokantismo jurídico-penal do sudoeste alemão. Os conceitos do neokantismo são formulados como conceitos puramente jurídicos,⁶⁷³ pois se pode identificar os alicerces desse pensamento numa extrema separação entre o «ser» e o «dever-ser».⁶⁷⁴ É verdade que o início do processo de quebra da relação cooperativa do ser com o dever-ser – que existira na «doutrina do direito natural» – ocorreu já no «direito natural do iluminismo» e seguiu constante no positivismo jurídico, quer na versão material da jurisprudência dos interesses, quer visão formal do método jurídico segundo as ciências naturais.⁶⁷⁵

Exemplo paradigmático nesse sentido é identificado na argumentação jurídico-penal de v. Hippel, para quem corretamente os conceitos de «causalidade e ilicitude são duas coisas» diferentes, as quais imagina equivocadamente «que uma nada tem a ver com a outra».⁶⁷⁶ A causalidade seria a «ligação exterior de acontecimentos», ao passo que a ilicitude trataria da «valoração jurídico-social», em

e 86; GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht*, p. 19; VOGT, «Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung», p. 390 e 410.

⁶⁷⁰ GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht*, p. 19.

⁶⁷¹ MONCADA, *Filosofia do direito*/I, p. 323.

⁶⁷² MONCADA, *Filosofia do direito*/I, p. 323.

⁶⁷³ KAUFMANN, *Kritik der Neukantischen Rechtsphilosophie*, p. 82-85.

⁶⁷⁴ Sobre isso, ver MONCADA, *Filosofia do direito*/1, p. 252-253

⁶⁷⁵ WOLF, «Naturrecht und Gerechtigkeit», p. 56-57.

⁶⁷⁶ v. HIPPEL, «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission», p. 509.

razão disso, mesmo sem indicar precisamente se estaria a se referir a omissões éticas ou morais, conclui que «nem toda omissão é ilícita».⁶⁷⁷

Destacam-se, por hora, apenas dois equívocos dessa concepção. Primeiro, as duas categorias não podem ser descritas como se eventualmente fossem absolutamente autônomas. Não é correto considerar como ilícito criminal uma conduta que não causa ofensa ao bem jurídico protegido. O juízo de relevância penal é justamente decorrente da verificação de que o comportamento não é irrelevante para a causação da ofensa.

Segundo, a não intervenção diante do transcurso causal perigoso é qualificada como omissão, a partir da existência de mandamento de agir estipulado em norma de conduta. Decerto isso não pressupõe um mandamento especificamente jurídico-legal, mas não deixa de inexoravelmente requer uma norma e, portanto, procedimento de valoração. Assim, somente quando a razoabilidade dessa valoração é reconhecida pelo direito como portadora de dignidade penal tem-se a criação não apenas formal, mas material da ilicitude penal. Os contornos dessa ilicitude estão baseados em elementos que fundamentam e transcendem a positividade como é o caso da relação de causalidade.

Alguns ganhos compreensivos não podem passar sem receber o devido destaque. Não apenas por um dever de resgate daquilo que historicamente foi pouco considerado, mas, sobretudo, pelo perigo de seguir adiante sem estabelecer uma base suficientemente sólida para as conclusões e proposta a que se pretende chegar ou, quando não ainda pior, voltar a incidir nos mesmos equívocos.

É notável o esclarecimento na compreensão das relações de causalidade proposto por Arthur Schopenhauer e aproveitado por Friedrich Haupt, no que diz respeito à forma de entender o nexos causal livre de qualquer influência da concepção essencialista de causa.⁶⁷⁸ Até então, vigia a confusão conceitual – que atualmente segue em parte da doutrina do direito penal – que se inclinava a ver as causas quando não sinônimo da manifestação da energia cinética, ao menos, categorias armazenadoras do conceito de força mecânica. A verdade é que nem todas as causas são forças, assim como nem todas as forças atuantes em

⁶⁷⁷ v. HIPPEL, «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission», p. 509.

⁶⁷⁸ Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.4.

determinado fenômeno são causas do resultado. Muito breve: as noções de força e de causa não têm o mesmo significado do mundo natural.

Para além do equívoco da associação entre «causa» e «força», um outro mal-entendido entre o poder de alterar a ocorrência do resultado e a presença de uma força mecânica também persiste hoje e foi diagnosticada naquela época, desde os trabalhos de Sigwart, Wildeband e Haupt. É falsa a pressuposição de que a única conduta que demonstra poder causador do resultado é aquela caracterizada pela manifestação de energia mecânica. Em verdade, o poder tem como requisito essencial a disposição de uso sobre determinada força, de modo que não se exaure na força, mas, ao contrário, é aquilo que a domina. Em outras palavras, o poder é a capacidade de uso da força interventiva. Por essa razão, quando se opta pelo não empreendimento de qualquer ação de força ou não intervenção em determinado curso causal, ainda assim estará presente a manifestação do poder.

Os autores do nexos causal eminentemente normativo persistem no equívoco – ainda que sem produzir consequências radicais – das doutrinas que rejeitam em absoluto a verificação da causalidade ao considerar que a omissão é um “não ser”. Tal associação equivocada é emblemática para evidenciar o quanto as doutrinas normativas da causalidade são mais influenciadas, na percepção dos fenômenos do mundo natural, pela compreensão essencial-naturalista – a que se costuma denominar «naturalismo penal» – do que desejavam e pretendiam ser. Dentre essas percepções do fenômeno, importa destacar especialmente as relações de causalidade.

A definição de causa não se pode polarizar no ideal de *causa efficiens*, de modo que se imponha como conceito exclusivo ou, mesmo, seja levado a tal ponto a impedir a visualização do próprio funcionamento da realidade mecânica. Não é possível explicar corretamente a causação do resultado apenas com o vetor de força que acabou por sobressair. De certo modo, as orientações da causalidade jurídica ou normativo-hipotética ficam a meio caminho de superar o horizonte apresentado pelo positivismo naturalista, como se mostrou em diversas oportunidades.⁶⁷⁹ Pois, ao fim, acolhem e seguem, na sua grande maioria, a ter em consideração apenas a força mecânica como conteúdo do conceito de causa.

⁶⁷⁹ Assim, constatou, por exemplo, Michael Ling no estudo específico sobre a obra de v. Bar (LING, *Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, p. 58).

Outro ponto a destacar consiste no predomínio da utilidade sobre o fundamento da explicação. Talvez não seja demasiado dizer em relação ao neokantismo, que esse é mais um dos itens próprios do positivismo que não se consegue superar, haja vista se saber que «o utilitarismo foi o fundamento da ética positivista».⁶⁸⁰ Com isso não se supõe que a análise da utilidade dos institutos ou mesmo a filosofia utilitarista seja desprovida de uma qualquer axiologia; ao contrário, apenas se tem a consciência que levar adiante determinadas compreensões pode fazer preponderar o interesse na realização do útil sobre o sentido advindo das próprias coisas.⁶⁸¹ Em última instância, a priorização da utilidade dos conceitos jurídicos em desconsideração do sentido axiológico põe em perigo a própria noção de utilidade, por meio de definições auto-sustentadas, incapazes de servir como parâmetro de segurança, a partir da realidade, e de crítica, desde o que é externo aos conceitos do arcabouço teórico.

No plano dogmático-penal, especificamente em relação ao chamado neokantismo penal, já foi bem esclarecido que fazer a correta «indicação da teleologia» em questão – ou seja, atentar ao «correto ponto de partida» dessa compreensão – ainda compõe a descrição do problema e não fornece necessariamente a sua solução.⁶⁸² Pois é certo que apenas a invocação de uma qualquer teleologia não seria suficiente para estabelecer um determinado limite material, uma vez que *a priori* «todo acontecimento pode ser submetido a uma observação teleológica».⁶⁸³ Por sua vez, a indicação do limite material deverá necessariamente recair sobre uma questão de reconhecimento ontológico daquilo que manifesta relevância penal.

É verdade que a compreensão da causalidade no plano ideal – como um *a priori* cognitivo – permite solucionar uma série de problemas concretos que se colocavam à filosofia da época de Kant. Diga, por exemplo, ampliar a cobertura do âmbito de explicação dos fenômenos e superar a necessidade de pontual verificação empírica do curso causal produtor do resultado.

⁶⁸⁰ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 15.

⁶⁸¹ Sobre isso, HEIDEGGER, *Língua de tradição*, p. 9-12.

⁶⁸² WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 707.

⁶⁸³ WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 707 e nota 18.

Também é correto que essa compreensão não resolve a questão dos limites ontológicos à estruturação do normativismo jurídico, pois a realização do direito exige a realização da justiça material nos casos penais em concreto e não apenas à referência a noções formais ou ideais de justiça. Como foi bem salientado, a superação da «distância abismal» entre os «mundos da idéia e da realidade» e a ligação entre o reino da razão pura e aquele dos fenômenos não são algo que consiga ser alcançado com facilidade e por isso tem ocupado o centro dos debates posteriores à obra de Kant.⁶⁸⁴ Situação que pode ser encontrada especificamente nos desafios próprios da compreensão da natureza do nexos causal e da sua importância no reconhecimento da relevância penal da omissão.

Nessa visão da realidade está igualmente reproduzida e especificada outra oposição, diga-se, entre o «poder» e o «dever», tão inevitavelmente discutida e tão essencial ao direito penal. Pressupor uma absoluta separação impede a identificação das múltiplas e internas implicações entre os dois elementos, que se apresentam mesmo na realidade mais mezinha da vida comunitária, e, portanto, impõem obstáculo para o desenvolvimento de novas propostas de compreensão do fenômeno omissivo impróprio. Praticar a cisão até tal ponto consiste em arriscar indesejavelmente se aproximar do artificialismo narrativo, na medida em que – quer na normatividade ético-moral, quer na normatividade jurídico-penal – os deveres não podem ser estabelecidos num plano de pura racionalidade dissociada dos fenômenos da vida.

Particularmente, em relação à dogmática do direito penal, é destacável a expressividade da observação de um dos proponentes da doutrina eminentemente normativa orientada pela finalidade do direito. Observa v. Rohland que, quanto «mais se distancia» o jurista da «pura observação objetiva», mais se pode «percorrer outros caminhos» na proposição de soluções ao problema.⁶⁸⁵ É nesse horizonte compreensivo que se altera a proposição da questão, no sentido de migrar da investigação do que causou do resultado para determinação de como a conduta omissiva deve ser valorada normativamente. E, portanto, daqui decorre a conclusão: a legitimidade de imputação do resultado à conduta tem justificação em razão da

⁶⁸⁴ MONCADA, *Filosofia do direito*/I, p. 253 e 269.

⁶⁸⁵ v. ROHLAND, *Kausallehre des Strafrechts*, p. 10.

valoração da conduta como imputável, em conformidade com outros referenciais normativos diversos do fundamento oferecido pelo vínculo causal.

Nota-se, ao fim, algo em comum a todas as doutrinas eminentemente normativas. Falta nelas a identificação do elemento ontológico – ainda que substancialmente imaterial – que evidencia a causalidade própria dos crimes omissivos.

Tendo como referência o estudado até aqui, é possível identificar o percurso de um intencional movimento de despreendimento do direito penal da realidade ontológica no sentido do aprofundamento das buscas de soluções no mundo da realidade normativamente construída. As concepções normativas da causalidade, todavia, não são, nesse panorama, o mais acabado e radical modelo, uma vez que seguem igualmente a ser doutrinas da causalidade. Para o amplo enfrentamento das alternativas de solução do problema impõe-se ir mais adiante no caminho da normativização do direito penal e para isso se enfoca agora um grupo de doutrinas que nega a viabilidade de identificação da causalidade omissiva.

IV. DOCTRINAS NEGADORAS DO RECONHECIMENTO DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA E O RETORNO À DOCTRINA DO DEVER PENAL

1. A premissa comum às doutrinas negadoras da causalidade da omissão imprópria

As doutrinas que negam o reconhecimento da causalidade da omissão imprópria, embora não formem um conjunto homogêneo, partem de uma premissa comum de rejeição, direta ou indiretamente, da relevância dogmática da causalidade omissiva. Há um radical ceticismo⁶⁸⁶ em relação ao reconhecimento ontológico e à determinação categorial da causalidade advindo do desencantamento diante da longa e pesada discussão doutrinal das propostas físico-mecânicas e normativo-jurídicas, estribadas no conceito de causa ativo-essencialista.⁶⁸⁷ É certo que algumas das doutrinas fazem – ocasionalmente em meio a suas explicações – menções meramente concessivas à noção de nexo de causalidade para exclusivos fins utilitários de explicação de parcela do tipo penal. Observa-se, contudo, que isso não é o bastante para alterar o princípio reitor dos seus enunciados de rejeição da observação ontológica da causalidade e de proposição da intensificação da normativização dos critérios de imputação.

O entendimento restrito da causa como quantidade de energia é decisivo para a rejeição do nexo de causalidade, tanto por aqueles que a negam em absoluto, quanto pelos mais moderados, que reconhecem a configuração de um processo implementado normativamente pelo direito – por vezes com a alcunha de quase-causal⁶⁸⁸ ou «causalidade hipotética» –⁶⁸⁹ para cumprir com as exigências de realização dos elementos típicos dispostos na lei.

⁶⁸⁶ Vale destacar que todo ceticismo «tem sempre na sua base um dogmatismo» e não deixa de ser «dele senão a última consequência», o que tornaria possível qualificá-lo como «um dogmatismo que deixou de ser útil ou eficaz» (NEVES, *Questão-de-facto*, p. 67). Ocorre que, ao se manter aferrado aos cânones, possibilidades de fundamentação e a visão de mundo de uma certa dogmática, limita profundamente as vias de enfrentamento do problema, de modo a comprometer qualquer alternativa de solução que se apresente para além daqueles limites dogmáticos.

⁶⁸⁷ Assim, no essencial, já em ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 29-30.

⁶⁸⁸ Ver 2º Parte, Capítulo III.

Uma parcela da doutrina entende não se justificar seguir na investigação acerca da causa do resultado da omissão, uma vez que notavelmente falta energia mecânica, na conduta omissiva imprópria.⁶⁹⁰ Bastaria essa constatação em conjunto com duas ideias, expressa em máximas latinas, para formar o horizonte que rejeita o reconhecimento da causalidade ontológica da omissão imprópria. Acreditam que, no plano existencial, «tudo que é feito, é feito a partir de outro» (*Quidquid fit, ex alio fit*), assim como que «nada existe a partir do nada é afirmação verdadeira» (*Nihil ex nihilo existere vera sententia est*) ou, de modo mais breve, «a partir do nada, nada é feito» (*Ex nihilo, nihil fit*). Portanto a conduta omissiva – em razão de, em termos materiais e energéticos, ser um nada – não poderia ser causa de um resultado natural.

Proposta com consequências semelhantes, apenas com especificidades em relação à aparência, é aquela que não afasta de plano a causalidade da omissão imprópria, mas faz dela apenas uma das formas de imputação do resultado omissivo. E, portanto, sugere critério alternativo à causação do resultado capaz de ampliar a imputação, baseado na suposta finalidade da intervenção penal protetiva do bem jurídico.⁶⁹¹ Ao fim, a razão da punição repousa igualmente no sentido da construção normativa do dever penal a ser cumprido.

Ainda que significativamente heterogêneas nos fundamentos, nas finalidades e mesmo no horizonte compreensivo do direito penal demonstram coincidências em relação à concepção da conduta omissiva e a alguns outros pontos dogmáticos, que permite a sua reunião neste capítulo maior. São orientações que comungam do ideal – que aqui, embora com expressividade variável, é tomado a título de critério aglutinador – de fortalecimento da doutrina do dever jurídico-penal, como procedimento decisivo para a resolução dos limites de punibilidade da omissão imprópria.

Decerto, conforme aporta o título do capítulo, não são verdadeiramente doutrinas da causalidade da comissão por omissão. Mesmo assim, merecem ser aqui estudadas não apenas em razão da dignidade doutrinal apresentada, mas, sobretudo,

⁶⁸⁹ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15.

⁶⁹⁰ Na Alemanha, JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15. Segundo o que afirma Gimbernat Ordeig, no caso específico da Espanha, tratar-se-ia mesmo da doutrina dominante (GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 41 e nota 25).

⁶⁹¹ Assim, a doutrina da diminuição do risco de Roxin e Stratenwerth.

em decorrência do fato de consistirem um dos trajetos alternativos de solução da questão proposta.

2. As doutrinas da ação esperada ou da expectativa (*Erwartungstheorien*)

As doutrinas da ação esperada podem ser identificadas como as primeiras a negar ostensivamente a causalidade da omissão e retroceder à busca de critérios normativos relacionados à constituição do dever de agir. É correto afirmar que a ênfase empreendida na rejeição do nexos causal variou sensivelmente, desde a doutrina de v. Liszt até à de Gallas. Percebe-se, por vezes, mesmo a admissão de um certo tipo de relação de causalidade geral, que se não é exatamente direta entre a conduta e o resultado, ocorrendo apenas por meio da construção de mais um elo normativo na cadeia causal. Precisamente por isso pode ser afirmado que a origem do ideal de rejeição do referencial ontológico da causalidade – defendido por alguns nos dias de hoje – já se apresenta, no essencial, esboçada na doutrina penal do final do século XIX.⁶⁹²

A convocação da opinião de v. Liszt – profundamente cética e coerente com solução proposta por sua doutrina – de que seria a investigação da causalidade da omissão «umas das mais infrutíferas que a ciência do direito penal já manteve»⁶⁹³ forma dois grupos doutrinários. Um daqueles que repetem a opinião como se tivesse força para simbolizar o epitáfio de toda compreensão fenomenológica de um conjunto de ideias intensamente debatidas em quase dois séculos⁶⁹⁴ e outro, que dela se utiliza como recurso retórico para selecionar apenas algumas orientações a serem debatidas.⁶⁹⁵

⁶⁹² Armin Kaufmann já observou corretamente que a doutrina da expectativa «não é mais do que a doutrina do dever mesmo» (KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 51).

⁶⁹³ v. LISZT *Lehrbuch/1888*, §29, p. 124.

⁶⁹⁴ Assim, por exemplo, Gimbernat Ordeig que refere algumas propostas desse período especificamente sobre a causalidade sem cuidar dos seus fundamentos, quase como a título de introdução ao debate supostamente importante (GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 31-32).

⁶⁹⁵ Assim, por exemplo, KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 58.

Ambos os grupos haverão de ser oportunamente contestados na conclusão do capítulo, mas, desde já, pode-se expor brevíssimas observações. Sobre o primeiro grupo, é importante observar que, ao convocar a repetida frase de v. Liszt, o resultado argumentativo obtido não é muito mais do que aquele inerente à convocação de uma opinião pessoal. Não se consegue nem comprovar algo, nem mesmo ganhar segurança que determinada compreensão jurídica reflete efetivamente a verdade.

Em relação ao segundo grupo, a estratégia de corte analítico na história do desenvolvimento da categoria, sem a indicação de qual o critério utilizado para a seleção, revela-se arbitrário. Trata-se de um artifício que, sem dúvidas, desonera o investigador da necessidade de avaliação histórica de uma série de doutrinas, mas é incapaz de justificar o porquê exato dessa liberação. Certo é que a probabilidade de melhor, mais profunda e amplamente entender as hipóteses já tentadas de solução do problema impõe a tarefa da mais larga revisão das doutrinas. Com isso se espera evitar o engano de ter descoberto algo supostamente novo, quando a proposta já existia e, talvez mesmo, já se encontrava manifesta em melhores linhas.

Sabidamente, por outro lado, compreender o percurso esgrimido pelo entendimento humano não significa necessariamente o mesmo que caminhar para propor a melhor solução. Admite-se que a pretensão reconstrutiva, caso perca a intenção do problema a ser investigado, pode levar a pesadas e pouco elucidativas narrativas. Mesmo assim, com a exposição desse horizonte de possibilidades almeja-se evitar o desconhecimento de oposições e de limites eventualmente cabíveis à proposta a ser apresentada.

Acima de tudo, algo de inalienável a tudo isso deve ser dito. A história recente dos últimos anos não deixa de ser história e com isso inevitavelmente o debate dogmático sempre tem algo semelhante com a reflexão histórica. E, portanto, quando o acadêmico, com base nas noções e no sentido da sua temporalidade, confronta o problema e a solução colocada no horizonte duma época passada já está desvelando uma compreensão dogmática.

2.1. Franz von Liszt

O pensamento de Franz von Liszt é propulsor do chamado modelo clássico de crime, cuja vigência, em parte da Europa, persistiu até se tornarem insustentáveis os fundamentos filosóficos e ideológicos da Escola Clássica.⁶⁹⁶ A partir do conceito de ação causal, a teoria do crime apresenta uma concepção de base bipartida considerando parcelas independentes e incomunicáveis, o que objetiva a clareza e a simplicidade das categoriais.⁶⁹⁷ A ação, o tipo e o ilícito configuram a parte objetiva relativa aos elementos externos do delito, ao passo que os motivos e a vontade estabelecem uma concepção psicológica de culpa, consoante os elementos internos do agente, na parte subjetiva.⁶⁹⁸

Trata-se de uma orientação de base – herdeira da tradicional bipartição *imputatio facti e imputatio iuris* – que tem como ponto forte a preocupação com a segurança, o rigor e a certeza próprios das exigências da realização jurídica no Estado de Direito.⁶⁹⁹ Para a satisfação de tal pretensão, acolhe a compreensão do

⁶⁹⁶ Para a descrição da mundividência do período aproveita-se a já referida irresignação dos autores da doutrina exclusivamente jurídica da causalidade da omissão no que diz ao positivismo naturalista, especialmente, Sigwart e Windelband. Maiores detalhes na 2ª Parte, Capítulo II, Tópicos 2.2 e 2.3. Acerca do positivismo jurídico em geral, ver COSTA, *História do direito*, p. 394 e ss..

⁶⁹⁷ A concepção clássica bipartida do crime perdura no direito penal de países do *common law*, assim como em vários países europeus continentais e também no direito penal internacional (AMBOS, «100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“», p. 470). No direito penal do *common law*, ASHWORTH, *Criminal law*, p. 84 e ss.; ORMEROD, *Criminal Law*, p. 42-44 e 94-95; WILSON, *Criminal law*, especialmente, p. 67-68; ELLIOTT; QUINN, *Criminal Law*, p. 9 e 16. Sobre o modelo inglês de análise dos elementos do crime, em Portugal, MENDES *torto intrinsecamente culposo*, p. 29. Na França, Pradel não desconhece a «concepção mais minuciosa» dos «componentes da infração» típica da doutrina alemã contemporânea, mas considera que se trata de uma análise «muito complexa», pois os «aspectos subjetivos aparecem» mais de uma vez no contexto dessa explicação. Por isso, propõe uma compreensão «muito simples» em três elementos: «elemento legal», «elemento material» e «elemento moral, psicológico ou também intelectual» (PRADEL, *Droit pénal*, p. 280). No mesmo sentido, referindo-se à «análise clássica francesa», MERLE; VITU, *droit criminel*, p. 445 e, também, propondo uma bipartição – elemento material e moral – com idêntico ideal e enfatizando tanto exatidão, quanto a melhor adequação à disposição do Código Penal dessa opção, DESPORTES; LE GUNEHEC, *Droit pénal*, p. 394-395. Na Bélgica, encontra-se a divisão entre o «fato incriminado» e «imputabilidade do fato ao agente», *v.g.*, em HENNAU; VERHAEGEN, *Droit pénal*, respectivamente, p. 133 e ss e 241 e ss. e TULKENS; VAN DE KERCHOVE, *droit pénal*, p. 294-295. No direito penal internacional, AMBOS, «100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“», p. 464-471 e AMBOS, *Internationales Strafrecht*, §7, nm. 2, p. 126.

⁶⁹⁸ GROPP, *Strafrecht*, §3, nm. 60.

⁶⁹⁹ Assim reconhecido, por exemplo, em JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 202; RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 318; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 10º, p. 241, §11; COSTA, *Noções fundamentais/2012*, Cap. 7º, § 62, p. 189; D’AVILA, *Ofensividade*, p. 18-20.

direito e da metodologia jurídica características do pensamento positivista – vale dizer, positivismo naturalista⁷⁰⁰ – sustentado sobre os postulados das ciências naturais e atributivo de uma «lógica formal, alheia a qualquer valoração» no «entrecruzamento entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser».⁷⁰¹

Agora, antes de avançar à leitura dogmática, é necessária uma breve nota distintiva a fim de desambiguar o que aqui é referido por Escola Clássica, haja vista algum uso da nomenclatura, tomada a título de univocidade, enquanto assim não o é. Sabidamente as escolas clássicas de direito penal, talvez com equivalente projeção para além das fronteiras dos seus países de origem, são duas: uma italiana e outra alemã.

A Escola Clássica de direito penal e criminologia italiana, que tem Giovanni Carmigni (1768-1847), Pellegrino Rossi (1787-1848) e Francesco Carrara (1805-1888) como expoentes mais ilustres,⁷⁰² é anterior a sua homônima alemã e contemporânea ao pensamento de v. Feuerbach no qual encontra semelhanças. Tem a *Scuola classica italiana* o seu procedimento metodológico baseado na intensa racionalização dos conceitos jurídicos em abstrato – na valência própria da visão apriorística da razão – e apenas, posteriormente, a convocação do texto legal para comprovação da argumentação empreendida.⁷⁰³ Justificativa para tanto, talvez, se ache na extrema desconfiança a respeito do direito vigente à época,⁷⁰⁴ o que impôs ao jurista uma «verdadeira e própria fratura entre a norma jurídica e a elaboração doutrinal».⁷⁰⁵

⁷⁰⁰ O conceito clássico do crime é deduzido do positivismo científico (WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 22 e ss.). Orientação essa que também é compartilhada por Ernst Beling e diferencia-se do positivismo normativista de Karl Binding, que é visto, por alguns, como a «corrente liberal teórica» do positivismo do final do século XIX (WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 22, nota 5).

⁷⁰¹ COSTA, *Noções fundamentais/2012*, Cap. 7º, § 62, p. 189. Eventualmente seja também essa a razão pela qual se tenha percebido que o direito, no positivismo, deixar de ser prudência – concepção de racionalidade prática – para ser eminentemente teórico (COSTA, «Causality and reasoning», p. 57). A radical separação da realidade entre o mundo do ser e do dever-ser – característica da filosofia kantiana – não consiste propriamente num dos pontos que se alteram com a passagem do positivismo naturalista para o neokantismo (MONCADA, *Filosofia do direito/1*, p. 252-253).

⁷⁰² Um seleção geral e explicativa de diversos temas das obras *Elementi del diritto criminale* de Giovanni Carmigni e do *Programma del corso di diritto Criminale* de Francesco Carrara encontra-se em SEMINARA; VORMBAUM, *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, respectivamente, p. 76-90 e p. 91-115.

⁷⁰³ BETTIOL, *Diritto penale*, p. 20-22.

⁷⁰⁴ DIAS; ANDRADE, *Criminologia*, p. 7-8 e 10.

⁷⁰⁵ BETTIOL, *Diritto penale*, p. 21.

Assim sendo, procede desde uma lógica dedutiva que toma como premissa o jusnaturalismo e o contratualismo social para a obtenção dos institutos penais. Conquanto com alguns pressupostos dogmáticos comuns⁷⁰⁶ e interesses similares no sentido de racionalização e limitação do poder punitivo, o exame analítico do conceito de crime inicialmente proposto pela Escola Clássica italiana não se equivale à maior especificação e à sistematicidade empreendida pelo modelo clássico de crime alemão de v. Liszt e Beling.⁷⁰⁷ Nem mesmo se pode afirmar corretamente que compartilham de idêntica visão do mundo e metodologia jurídica,⁷⁰⁸ uma vez que é exatamente com o ulterior desenvolvimento do positivismo naturalista na Itália – em manifesta crítica à Escola Clássica – que surge a Escola Positiva italiana.

Segundo v. Liszt, o crime é definido como «ação ilícita, culpável, ameaçada com uma pena»⁷⁰⁹ e, nesse entender, a ação é concebida como a «modificação, ou

⁷⁰⁶ O elemento objetivo do crime para ambas as doutrinas é a ação mecânica, seja a «força física» para o classicismo italiano (CARRARA, *Parte generale/1924*, §53, p. 86), observado também por BETTIOL, *Diritto penale*, p. 22; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. XXIII), seja o «movimento corporal» para o classicismo alemão (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 15 e 17).

⁷⁰⁷ Também não encontram consonância na justificação da pena, nomeadamente, retributiva para os clássicos italianos (BETTIOL, *Diritto penale*, p. 24 e destacando especialmente os nomes de Pessina e Brusa, FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. XXIII) e preventiva para v. Liszt (v. LISZT, *Zweckgedanke*, p. 35-37). Ter consciência disso, proporciona uma outra classificação no contexto da chamada «disputa de escolas» da dogmática alemã do final do século XIX e do início do século XX, segundo a qual teria o retributivismo, defendido por Binding, o nome de «escola clássica» e o ideal ressocializador de v. Liszt, «escola moderna» (NAUCKE, «„Schulenstreit"», p. 559). A propósito, Naucke apresenta uma releitura da disputa de escolas, na qual aponta não a diferença, mas, sim, a semelhança entre ambas na defesa da pena criminal não propriamente livre de cumprir finalidades (NAUCKE, «„Schulenstreit"», p. 562).

⁷⁰⁸ A metodologia da Escola Clássica alemã é extremamente apegada ao direito positivo, de modo que «valores filosóficos, conhecimentos psicológicos e fatos sociológicos» devem ficar excluídos da dogmática do direito (JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 203).

⁷⁰⁹ Conceito que se manteve estável desde a primeira até a vigésima-quarta edição de 1922 em co-autoria com Eberhardt Schmidt (v. LISZT; SCHMIDT, *Lehrbuch/1922*, p. 119). Posteriormente, foi incluída contribuição acerca do conceito de tipicidade avançado por Ernst Beling no sentido de que «o crime é a ação típica, ilícita, culpável, subordinável a correspondente ameaça de pena sob condições suficientes» (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 7). A partir do ano de 1927, na vigésima quinta edição, passou a constar que «o crime é a ação típica (com ameaça de pena), ilícita e culpável» (v. LISZT; SCHMIDT, *Lehrbuch/1927*). Vale atentar, o que já foi apontado por Rodríguez Devesa (RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, 318, n. 14), acerca do equívoco na tradução espanhola que injustificadamente antepôs a culpabilidade à ilicitude, «ato culpável, contrário ao direito e sancionado com uma pena» (v. LISZT, *derecho penal*, p. 264) – a indicar como se a primeira categoria tivesse prioridade em detrimento da segunda – algo que não fora feito por v. Liszt na formulação «*Verbrechen ist die Strafe bedrohende schuldhaftige rechtswidrige Handlung*» (v. LISZT, *Lehrbuch*, p. 123). Esse vício parece também existir na – já anterior – tradução ao português de 1899, dado que se tem o crime como «acção culposa e contrária ao direito». Essa inversão sequer encontraria paralelismo com a explicação seguinte sobre «a construção systemática da teoria do crime», quando se manteve a original ordenação analítica, ao afirmar que «devemos considerar o crime primeiramente como injusto, e portanto: a) como acção, b) como acção contrária ao direito, c) como

seja, causação ou não-evitação de uma modificação (de um resultado) do mundo exterior por meio de uma conduta voluntária».710 A causação decorrente de uma ação pode ter a sua origem tanto no «fazer», quanto no «omitir», pois também a omissão no sentido de «causalidade humana» pode ser perfeitamente um crime.711

O inicial entendimento de v. Liszt acerca da causalidade da omissão imprópria, manifestado na primeira edição do seu manual em 1881,712 defende a explicação da omissão no sentido de «outra ação» (*Andershandeln*) na acepção própria da doutrina da ação contemporânea.713 Já, na segunda edição de 1884, inicia um processo de afastamento dessa compreensão,714 o qual empreende por meio de um lúcido entendimento acerca da soma necessária de antecedentes para a ocorrência de um resultado.

Mesmo assim, mantém-se constantemente aferrado aos limites do conceito ativo-essencialista de causa. Von Liszt explica que a causa é propriamente a «totalidade dos antecedentes de um estado», por isso quando se denomina especificamente apenas um «antecedente» como «causa» – *v.g.*, a «ação humana» –, em verdade se está a proceder a realização de uma «abreviatura».715 Pois é bem sabido que «todo antecedente é causa somente [se visto] na ação conjunta com o restante dos antecedentes».716 Numa fórmula, se poderia colocar que $a + a_1 + a_2 + a_3 = b$ e isso quer dizer que todos são causas conjuntas de “b”, mas nada impede que, por força do interesse do observador, seja destacado especialmente um dos

ação culposa; ao que acresce *d*) a indagação da diferença entre o injusto punível e o não punível» (v. LISZT, *direito penal alemão*, p. 183). Apesar de um pouco extenso, o acerto desta nota justifica-se, sobretudo, em razão do amplo conhecimento que a doutrina de v. Liszt, também facilitada pela «tradução em 1899», alcançou não apenas no Brasil, mas também «largamente» em Portugal (CORREIA, «A influência de Franz v. Liszt», p. 14-15).

710 v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch/1922*, p. 123.

711 v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 112-113. Apenas a possibilidade de haver uma causalidade natural nos crimes omissivos é negada pelo autor, o que já foi bem observado em D'AVILA, *omissivos próprios*, p. 255-256.

712 v. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, §21, p. 81 e nota 3.

713 Compreensão que foi apontada como um dos pontos responsáveis pela derrocada do modelo clássico do crime, assim, em DIAS, *Direito Penal*, Cap. 10º, p. 240, §10 e COSTA, *Noções fundamentais/2012*, Cap. 7, §59, p. 187-188. Sobre a doutrina da ação contemporânea, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 1.

714 Vale destacar que, na segunda edição, o autor reconheceu o seu posicionamento anterior apresentado na primeira edição (v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 112-113 e 113, nota 2).

715 v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115.

716 v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115.

fatores o qual mais lhe interessa.⁷¹⁷ Por outro lado, o eventual efeito de “não a” é a inocorrência de “b” e, assim, mesmo que se preservem existentes os outros fatores, já não seriam mais geradores de “b”, mas, sim, de “c”.

A prova do seu comprometimento com o conceito ativo-essencialista de causa e da limitação ontológica com que enfrenta a questão da ausência de impedimento no fenômeno omissivo evidencia-se quando ensina que a «omissão de uma condição (a omissão de uma conduta humana) não é em si mesma causal», isso porque entende que tão-somente «as condições restantes agem causalmente».⁷¹⁸ Em outras palavras, a causalidade situar-se-ia «ao lado das forças ativas omitidas» (*in den neben dem Unterlassenden thätigen Kräften*).⁷¹⁹

Essa é a lógica que aplica ao compreender dois exemplos de condutas omissivas. Primeiro, acredita que, ao se dizer que «a criança morreu porque a mãe não deu qualquer alimento», estar-se-ia a exprimir que a verdadeira causa da morte não é a omissão da mãe, mas o «processo fisiológico» degenerativo ocasionado pela ausência da mínima alimentação.⁷²⁰ Segundo, não diferente aconteceria na hipótese em que o «bom nadador não salvou o mal», uma vez que, no fundo, ele morre não fruto da decisão do bom nadador de negar salvamento, mas, sim, em razão do próprio afogamento.⁷²¹

O alheamento das explicações que buscam encontrar a causalidade omissiva nos limites de manifestação de uma força ativa culmina no avanço de outra leitura acerca da fenomenologia do crime omissivo, que representa ganho na compreensão dogmática. Destaca algo que, há tempo, era sinalizado sem assumir a devida expressividade. Foi enfatizada, por v. Liszt, a transitividade do verbo omitir, levando em consideração que não se pode ter a omissão como um nada, nem mesmo com um simples e indeterminado «nada fazer». É, muito mais e propriamente, o «não fazer algo», nomeadamente algo que era «esperado», o «que era devido».⁷²²

⁷¹⁷ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115.

⁷¹⁸ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115.

⁷¹⁹ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115.

⁷²⁰ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115.

⁷²¹ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115.

⁷²² v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116. Definição que se disseminou amplamente na doutrina não apenas alemã, mas, por exemplo, na Itália, em PULITANO, *Diritto penale*, p. 221.

Nesse entender, a omissão é definida como «a inatividade em consideração a uma totalmente determinada ação esperada», ao que acrescenta ter na base do conceito de omissão uma expectativa de conduta.⁷²³ A expectativa de conduta não é necessariamente originada no direito, pois o reconhecimento jurídico da omissão requer a prévia existência de um dever de agir, o qual corretamente ensina o autor que a «existência desse dever não faz a omissão causal», mas autoriza «falar em uma omissão».⁷²⁴

A título dos méritos da contribuição de v. Liszt encontra-se uma explicação de notável clareza – ainda que incompleta, o que legitimou as críticas posteriores – sobre a coexistência dos fatores positivos no desenvolvimento dos processos causais. Para além disso, bem esclareceu que eventualmente apenas um dos iguais fatores do curso causal pode ser posto em evidência, por força do especial interesse do observador.

Também destacável é a descrição que empreende da fenomenologia da conduta omissiva na qual demonstra o pressuposto normativo para a caracterização da omissão, sem com isso, todavia, arriscar a criação artificial da causalidade. Tem a consciência científica – a respeito do que já constava especificamente aclarado, *v.g.*, em Adolf Merkel⁷²⁵ – de que não é a «existência» do «dever» de realização de uma «determinada ação esperada» que faz a omissão ser causal, senão ele é apenas aquilo que «autoriza, de maneira geral, a falar sobre omissão».⁷²⁶ Por certo, não está em questão uma simples e qualquer ausência de conduta ou inatividade, mas antes a inatividade numa situação em que existia o dever de agir para impedir o resultado, o que é capaz de conferir o exato sentido de omitir.⁷²⁷

O pensamento de v. Liszt sobre a comissão por omissão merece atenção crítica por algumas razões, sobretudo, por três motivos: iniciar um profundo processo de normativização, desenvolver a doutrina da ação esperada e ter alcançado uma ampla receptividade da ação esperada entre outros autores.

⁷²³ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116.

⁷²⁴ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116.

⁷²⁵ Ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 2.

⁷²⁶ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116.

⁷²⁷ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116.

Conforme Armin Kaufmann, v. Liszt teria sido responsável pela grande divulgação da doutrina da expectativa por meio do seu manual.⁷²⁸

A mudança de orientação de v. Liszt, seguramente, causou e talvez, atualmente, siga a causar alguma confusão doutrinal. Fato que justifica um comentário aclaratório. Foi provavelmente em razão da associação da primeira doutrina de v. Liszt com os seus enunciados de base, próprios do naturalismo positivista, que derivou a conclusão de que autor seria um dos «pioneiros do pensamento naturalista», que – por força de necessidade em admitir que a omissão tem uma existência referencial à ação devida – teria entrado no «caminho do normativismo».⁷²⁹ O efetivo problema desse mal-entendido surge se eventualmente for depreendida daí a suposição da inexistência de outra via dogmática possível, a fim de fundamentar a causalidade da comissão por omissão, o que seria criticável mesmo para um positivista atento ao conhecimento das ciências da natureza.

Ocorre que os primórdios da discussão sobre a causalidade natural remetem à primeira metade do século XIX, e as publicações de v. Liszt sobre o tema aparecem – precisamente, a primeira, em 1881, e a segunda, em 1884, edições do manual – no último quarto do século XIX, quando já estavam em plena atividade os precursores das explicações normativas do nexos causal da omissão.⁷³⁰ É correto que v. Liszt não fez muito mais do que aderir à explicação da doutrina naturalista da ação contemporânea na sua primeira compreensão teórica,⁷³¹ sendo introduzido o critério normativo apenas na segunda edição. Por isso, em que pese ser vinculado ao positivismo naturalista e seguir com o conceito de causa ativo-essencialista, seria mais rigorosamente um dos pioneiros da doutrina normativa da causalidade do que exatamente da explicação causal própria do paradigma mecânico-naturalista.

Ademais, conforme se adiantou, ainda que interessado no aproveitamento científico da metodologia das ciências da natureza, v. Liszt não esteve isento de equívocos. A sua doutrina manifestou uma visão do mundo dos fenômenos naturais

⁷²⁸ Armin Kaufmann chegou mesmo a denominar esse processo de divulgação como sendo uma «marcha triunfal» (*Siegeszug*) da doutrina da expectativa na literatura alemã (KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 51).

⁷²⁹ ASCENÇÃO, *Ação finalista*, p. 77 seguido por NEGRÃO, «omissão impura», p. 25.

⁷³⁰ Por exemplo, conferir v. Bar, Sigwart, Windelband que trabalharam com uma causalidade para além do parâmetro corporal. Mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.1, 2.2 e 2.3.

⁷³¹ Conforme reconhece na segunda edição do manual, ver v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 112-113.

e culturais prejudicada, em virtude dos limites possibilitados pela redutora ontologia que lhe serviu de base, segundo a qual grande parte dos acontecimentos seria explicável a partir da ação de força mecânica. Ao fim, se percebe que não basta a insatisfação com a conformação dos conceitos jurídicos, desde critérios puramente axiológicos ou político-criminais, e a consciência acerca de elementos prévios ao direito, é necessário empreender uma visão da realidade que não se limite aos ditames do naturalismo científico do final do século XIX e início do século XX.

Justifica-se, inclusive, a renovação do esclarecimento feito a respeito da suposta renúncia ou superação por v. Liszt da doutrina que lhe servia de base, quando avançou a explicação normativa da omissão. Decerto, o naturalismo «não implica que tenha que ser inventada uma substância para cada conceito», mas tão-somente «que cada substância, a qual existe por si só» e não por criação humana «seja estudada segundo o modelo causalista de explicação do real». ⁷³² Que a omissão não é dotada de uma corporificação tangível não se questiona, agora que a sua contribuição para o desfecho do resultado seja menos causal – apenas por não ter uma qualquer substância – é uma afirmação profundamente duvidável.

Nesse sentido, específica e enérgica crítica foi dirigida por v. Bar à opção de v. Liszt de renunciar à viabilidade das explicações como se poderia considerar a omissão causal e a sua manifesta aderência ao positivismo. ⁷³³ Afirma que para v. Liszt, ao fim, «apenas o direito positivo é decisivo», por «isso finge a causalidade». ⁷³⁴ A indefinição do limite a respeito de quando «deve valer essa ficção» é flagrante, pois a lei «muito raramente» indica ou, ainda mesmo, «não informa» quais são casos nos quais a omissão deve estar em igual condição à ação e aqueles em que a ficção deve ser limitada. ⁷³⁵ Portanto o resultado de tal construção termina «inaceitável» e «altamente perigoso para o ordenamento jurídico». ⁷³⁶

Certo é que, ao se manter fielmente aferrado ao conceito ativo-essencialista de causa, parte do pressuposto equivocado que compromete não só a completude

⁷³² MENDES *torto intrinsecamente culposo*, p. 331.

⁷³³ A propósito, vale sublinhar que o positivismo científico – entendido como metodologia jurídica ou jurídico-penal – é objeto de significativas críticas, que pretendem ser superadas por uma boa parte daqueles, que, paradoxalmente, repetem a conclusão normativista a qual chegou v. Liszt, ostensivamente fundada no positivismo.

⁷³⁴ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, p. 258.

⁷³⁵ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, p. 258.

⁷³⁶ v. BAR, *Gesetz und Schuld*, p. 258.

do esclarecimento da co-causalidade dos fenômenos, mas também a compreensão do verdadeiro significado que a ausência da ação impeditiva desempenha na elucidação do fenômeno omissivo. Von Liszt não consegue ver que a amplitude da explicação co-causal dos resultados combina necessariamente fatores positivos e negativos. E, portanto, embora tenha avançado na descrição da fenomenologia omissiva – ao admitir que a omissão é diferente de uma qualquer inatividade ou um nada – segue, todavia, numa leitura insatisfatória que acaba por vê-la incapaz de ser causal.

É emblemática, aliás, a leitura que v. Liszt propõe dos exemplos por ele trazidos. Primeiro o resultado morte quer por processo fisiológico degenerativo, quer por afogamento é, em boa verdade, também o resultado da conduta omissiva do agente. Não se pode duvidar que foi exatamente a ausência de impedimento que tornou possível a manifestação da força positiva na intensidade e na qualidade que se constatou nos exemplos.⁷³⁷

Pois bem, ao fim, parece não haver alternativa a reconhecer que a viragem doutrinal de v. Liszt deixou de oferecer solução para o problema específico da causalidade, como requisito fundamental na imputação do resultado à omissão imprópria. Logo, muito mais adequado é concordar com a censura, particularmente feita a essa doutrina, no sentido de que, ao contrário de investigar o fenômeno causal, tratou «de resolvê-lo suprimindo a própria exigência da causalidade como pressuposto da responsabilidade criminal».⁷³⁸ Para a imputação do resultado, bastaria a verificação da possibilidade de ação no lugar da comprovação do nexos causal.⁷³⁹ Daí resultam duas perguntas: por um lado, se a afirmação da possibilidade de ação não depende, em certa medida, do conhecimento do curso causal perigoso e da efetiva capacidade interventiva e, por outro, se essa normatização levada às últimas consequências, não arriscaria inclusive a leitura parcial do ilícito-típico, sem atentar à descrição do nexos de causalidade.

⁷³⁷ Sobre isso, explicação pormenorizada, encontra-se em 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.2.2.

⁷³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *omisión de socorro*, p. 51.

⁷³⁹ KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 51.

2.2. Max Ernst Mayer

Seguramente também é o conceito ativo-essencialista de causa o ponto de partida de Max Ernst Mayer. Acredita ser equivocada a colocação do problema da omissão tomando por base a pergunta de quando «uma conduta humana é causa do resultado».⁷⁴⁰ Para ele, seria correto assumir que a «omissão não pode ser causa de um acontecimento», porque fatalmente «nada vem do nada», o que acarreta duas consequências dogmáticas. Uma na direção de «negar toda causalidade da omissão»,⁷⁴¹ e outra de reputar a título de «esforços inúteis» as tentativas de identificar a causalidade entre o resultado e a atividade que o homem efetivamente realizou, que, para o autor, seria apenas uma simples construção.⁷⁴²

Procede mediante uma explicação não suficientemente clara a respeito do conteúdo e do limite entre a causalidade e a relevância penal da omissão. O problema correto, segundo Ernst Mayer, consistiria em saber identificar as hipóteses em que a «omissão representa uma condição negativa do resultado», na forma da «inexistência de um obstáculo positivo»⁷⁴³ ou, ainda mais específico, quando «as omissões são penalmente relevantes».⁷⁴⁴ A resposta da questão proposta recorre a v. Liszt para dizer que as omissões têm relevância penal quando o «direito esperava uma ação» do agente naquela «posição».⁷⁴⁵ Acrescenta que «nem todas as ações possíveis podem ser esperadas» pelo direito, mas apenas aquelas nas quais aparece uma razão para isso.⁷⁴⁶

Tenta vencer duas oposições que obstruem o caminho da sua explicação. Uma primeira que exige equivalência entre as «caraterísticas objetivas» necessárias para se asseverar que uma ação é realmente «fato de uma pessoa» e que «uma ação é devida».⁷⁴⁷ A resposta do problema teria síntese na afirmação de que «o direito pode

⁷⁴⁰ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 127.

⁷⁴¹ Mayer, aqui, segue flagrantemente o pensamento de v. Liszt, MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 127.

⁷⁴² MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 127; MAYER, *Lehrbuch*, p. 150.

⁷⁴³ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 128.

⁷⁴⁴ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 129 e 130.

⁷⁴⁵ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 129 e 133.

⁷⁴⁶ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 129-130.

⁷⁴⁷ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 130.

esperar uma ação, onde isso mesmo está ordenado ou o não fazer está proibido», isto é, quando existe o dever jurídico de agir capaz de tornar a omissão penalmente relevante.⁷⁴⁸ Na esteira de v. Liszt, o ilícito é feito à categoria decisiva, tendo a regência da imputação ordenada pela presença de dois requisitos imprescindíveis: o «dever de agir» e a «relação causal entre a lesão do dever e a ocorrência do resultado».⁷⁴⁹

Até aqui, não avança muito mais do que fora estabelecido sobre o dever especial de agir com Westphal, Winckler, Stübel e v. Feuerbach – antes da exigência de verificação da causalidade na omissão imprópria –, no final do século XVIII e início do século XIX. Novamente empreende a ampliação do espaço normativo no acertamento da imputação, o que veio a atingir maior intensidade e desenvolvimento na doutrina penal do final do século XX. Para Mayer, não há importância na investigação se a omissão é verdadeiramente causadora do resultado no caso concreto.

Em síntese, trata-se do distanciamento da omissão do seu resultado por meio da anteposição de mais um elo normativo na cadeia causal, ou seja, a omissão causa a lesão do dever de agir e, por consequência, a lesão do dever causa o resultado. Com isso, mantém-se o funcionamento causal, mas se faz migrar o centro da reflexão da omissão causal para a omissão ilícita, acarretando a mitigação da relevância categorial do nexo causal.

Já a segunda objeção remeteria à tendência a encontrar a imputação objetiva e subjetiva amalgamada ao conceito de dever jurídico de agir, no exato sentido defendido por v. Bar, aproximadamente trinta anos antes.⁷⁵⁰ Isto é, toda vez que se comprovasse a violação de dever de agir pelo omitente, encontrar-se-ia a consequência inexorável da punição da omissão. Mayer empenha-se a demonstrar que tal oposição não se justifica, pois «o dever jurídico para agir é um momento puramente objetivo», ao passo que o conceito de responsabilização «deve de

⁷⁴⁸ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 130.

⁷⁴⁹ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 131.

⁷⁵⁰ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 131. Para mais detalhes sobre a doutrina da «ampliação da causalidade», a partir do «juízo ético» das «regras de vida» de v. Bar, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.1.

qualquer forma conter um subjetivo».⁷⁵¹ Não há como se falar em culpa do agente sem a comprovação do elemento subjetivo, a exemplo do guarda de incêndio da cidade que equivocadamente considera, a partir da perspectiva oferecida no local o qual ocupa, que o início de um incêndio é apenas uma normal queima de calcário e, portanto, omite de dar o alarme.⁷⁵² Reconhecidamente o erro do guarda não impede a imputação do tipo objetivo, mas exclui a sua culpa.⁷⁵³

Mayer conclui a exposição doutrinal com a afirmação, a título de síntese, de que o resultado será «sempre objetivamente para imputar» se estiver numa «atividade volitiva humana causadora de uma relação» expressa na forma de omissão.⁷⁵⁴ Segundo esse entendimento a omissão, enfrentada como «condição negativa» necessária para a ocorrência do resultado, está «fora do âmbito de possibilidade».⁷⁵⁵

Se a doutrina de Max Ernst Mayer não foge muito das propostas – algumas literalmente acolhidas – de v. Liszt, no que diz respeito ao conteúdo, distancia-se notavelmente no estilo literário de expressão da idéia. Se a clareza e o rigor sistemático do conjunto conceitual de v. Liszt são características marcantes da sua obra, não se pode dizer algo semelhante da monografia de Mayer, o que, talvez, não tenha contribuído decisivamente para o ganho de expressividade da sua doutrina.

Acima de tudo, não são as questões da conduta omissiva e do resultado omissivo que ocupam o foco do estudo, mas da definição de se omissão é ilícita. Encontra-se um problema comum a toda a doutrina da ação esperada, atinente ao conceito ativo-essencialista de causa, que arrebatava qualquer possibilidade de conhecer a fenomenologia omissiva na sua inteireza. A afirmação de que a causalidade da omissão depende do dever jurídico faz dela não o elemento orientador da estruturação do dever, senão apenas uma consequência, o que decerto modo aproxima essa compreensão dos equívocos dos precursores do normativismo.

⁷⁵¹ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 131-132.

⁷⁵² MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 132.

⁷⁵³ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 132.

⁷⁵⁴ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 133.

⁷⁵⁵ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 133.

2.3. Hugo Meyer/ Phillip Allfeld

Bastante semelhante aos entendimentos acima estudados é a doutrina apresentada por Hugo Meyer e Phillip Allfeld. Tomam como ponto de partida que os comportamentos penalmente significativos podem ser tanto a ação positiva, o «movimento corporal arbitrário», como também a omissão, ou seja, a «não realização do movimento corporal» quando é esperado, pois ambas as condutas são capazes de lesar ou pôr em perigo «um bem jurídico».⁷⁵⁶ Isso em perfeito seguimento da contribuição avançada por v. Liszt acerca da expectativa de conduta do omitente, ao afirmar que a «omissão não é sinônimo de todo não fazer», mas, sim, apenas daquele «quando o fazer da respectiva pessoa era para se esperar».⁷⁵⁷ Somente nesta situação se pode dizer que houve propriamente uma omissão.

Meyer e Allfeld firmam opinião contrária ao caminho tomado por outros na doutrina – entre eles, diga-se, v. Liszt – que desistem da investigação ou tentam a minimização da importância da causalidade para se contentarem com a substituição dessa discussão pelo posterior problema da ilicitude da omissão, consubstanciado no dever de agir.⁷⁵⁸ Meyer e Allfeld manifestam ostensivamente reconhecer que a pergunta pela «causalidade da omissão não é desnecessária», porque sabidamente o código penal menciona a «causação de um resultado» em vários tipos penais, o que impede o reconhecimento de resultados imputáveis a omissões, caso não seja devidamente identificada a existência do vínculo causador.⁷⁵⁹ Entendem que o conceito de causa não deve ser visto apegado ao sentido estrito da *causa efficiens*, pois, mesmo nos crimes positivos, por exemplo, seria mais adequado entendê-la como «uma ação condição do resultado».⁷⁶⁰

Já, na omissão, haveria uma «condição negativa» que permite o livre agir do elemento positivo causador do resultado, para o qual exemplificam com o caso da

⁷⁵⁶ MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 101 e 102.

⁷⁵⁷ MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 101, nota 3. Neste ponto, contesta a doutrina que pretende encontrar uma «ação interna» na omissão, como exemplo emblemático a doutrina da interferência de v. Buri, sobre isso 2º Parte, Capítulo II, Tópico 4.

⁷⁵⁸ MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 111.

⁷⁵⁹ MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 111.

⁷⁶⁰ MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 111-112.

babá que, ao deixar de cuidar da criança sob a sua responsabilidade, permite que ela caia por uma janela aberta.⁷⁶¹ Enfatizam que «a omissão da atenção» foi «também condição para o resultado», da mesma forma que «a abertura da janela».⁷⁶² E, portanto, a conduta omissiva é verificada como «causa de um resultado» nas hipóteses em que a «realização da atividade omitida teria evitado» a sua ocorrência. Para além disso, a perfeita denominação de causa dependeria ainda de mais outro critério, dessa vez indicativo de uma «situação na qual era por esperar a atividade impeditiva exatamente daquela pessoa», porque existe o «dever jurídico para a realização dessa ação».⁷⁶³

Alguns acertos são notáveis no desenvolvimento proposto em Meyer e Allfeld. Primeiro, a introdução da temática do valor na análise da eventual equivalência entre a ação e a omissão, o que reconhecidamente não constava na primeira ordem da explicação da doutrina da ação esperada sob fundamentos do positivismo naturalista. Em outras palavras, poderia ser apontada em referência ao bem jurídico, na condição de critério capaz de indicar a paridade ofensiva de ambas as condutas, a indistinção entre elas, no que se refere à lesividade ou perigosidade ao valor tutelado.

Segundo, mesmo levando adiante a idéia da ação esperada apresentada por v. Liszt, não aderem à integralidade dos seus juízos. Muito pelo contrário têm a consciência da impossibilidade de mitigação ou de substituição da importância da investigação causal. O maior equívoco de pretender substituir a identificação do nexo entre a omissão e o resultado pela determinação da ilicitude penal, a partir de um dever de agir, consiste no fato de que não é possível por força da criação normativa substituir a descrição da realidade do fenômeno. Veja-se. A precisa identificação do descumprimento do dever de agir depende, ao fim, da verificação prática se o cumprimento da conduta teria evitado o resultado.

Entretanto uma consideração crítica também é cabível. Dizer que somente tem relevância penal a investigação do nexo de causalidade, quando há o dever de agir não pode ser entendido como fazer decorrer do dever de agir o nexo de

⁷⁶¹ MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 112 e nota 39.

⁷⁶² MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 112 e nota 39.

⁷⁶³ MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 113.

causalidade. O recorte normativo da realidade do fenômeno penalmente relevante muito se diferencia da criação da ligação causal por força do interesse jurídico-normativo. A explicação de Meyer e Allfeld vai bem até o momento que adiciona o critério normativo sem antes ter satisfatoriamente aclarado três pontos essenciais, nomeadamente a natureza, o fundamento e o método de verificação do nexo de causalidade da comissão por omissão. Pois, ao fim, a expectativa de conduta impeditiva não pode criar o nexo causal, mas apenas, quando muito, servir de critério para assinalar a relevância penal.

2.4. Edmund Mezger

Edmund Mezger segue francamente no essencial o conceito de omissão lançado por v. Liszt. Na sua obra, apresenta dois entendimentos doutrinários em momentos diversos, os quais serão aqui analisados.

Primeiro, revela-se logo um inequívoco pessimista em relação aos avanços obtidos com a discussão acerca da fenomenologia da omissão, uma vez que considera «cansativo» e «dispensável» o debate sobre o ser dos crimes omissivos, cujas conclusões jamais conseguiriam responder como um «não fazer» causaria o resultado.⁷⁶⁴ O importante não seria a pergunta pelo que «aconteceu» ou «não aconteceu», e sim pelo que «deveria ter acontecido», o que implica a conduta «dever-ser julgada conforme o fato mandado».⁷⁶⁵ Nesse quadrante, considera os crimes omissivos impróprios como aqueles em que não está em questão apenas a «omissão enquanto tal», mas, mais do que isso, a imputação ao autor da omissão por meio da qual é «causado um ‘resultado’ penal».⁷⁶⁶ A omissão é nomeadamente «não agir» diante de uma «ação devida».⁷⁶⁷

⁷⁶⁴ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 51.

⁷⁶⁵ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 51.

⁷⁶⁶ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 51.

⁷⁶⁷ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 51.

Para o autor, a «‘omissão causadora do resultado’», o qual usa entre aspas, é a «omissão da evitação de um resultado que a ação teria evitado».⁷⁶⁸ E, assim, remete toda a importância decisiva da «extensão da omissão imprópria no direito vigente» à categoria do «dever de evitar o resultado»,⁷⁶⁹ no qual decerto – embora seja o ponto o qual empreende maior energia – não resta satisfatoriamente delimitado em conteúdo e extensão. Naquela oportunidade, Mezger, a exemplo de outros autores seus contemporâneos e outros tantos na atualidade, denomina a título de fundamentos dos crimes omissivos o que seria, a bom rigor lógico, apenas a indicação dos casos no quais a omissão tem relevância penal. Isto é, toma como sendo o “porquê da omissão” aquilo que, no desenvolvimento do fenômeno, no máximo poderia figurar na qualidade do «quando da omissão» é reconhecida pelo direito.

Se realmente for pretendido coerência com a pergunta preambular e com a linha até aqui percorrida, deve-se admitir que o apontamento de constelações de casos nos quais existe o dever de agir não resolve o problema da identificação de como a omissão causou o resultado. Muito pelo contrário. A própria organização da constelação de casos pressupõe inevitavelmente, ainda quando de maneira indireta, a presença do nexos de causalidade entre a omissão e o resultado.⁷⁷⁰

Por outro lado, não se duvida de que, para atingir amplamente os interesses repressivos da «remodelação» empreendida pelo direito penal nacional-socialista,⁷⁷¹ o enfrentamento da causalidade mais do que supérfluo, poderia se tratar de manifesto obstáculo.⁷⁷² Nem mesmo se questiona que Mezger, sabedor desses limites e imbuído desses ideais, compreendeu mesmo a necessidade do reconhecimento de «deveres jurídicos» existentes «fora das leis».⁷⁷³ De fato, o que se debate é se haveria harmonia jurídico-dogmática e jurídico-axiológica dessa orientação com os princípios do Estado Democrático de Direito.

⁷⁶⁸ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 51.

⁷⁶⁹ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 52.

⁷⁷⁰ Mais detalhes, ver 3º Parte, Tópicos 5 e 6.

⁷⁷¹ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 52.

⁷⁷² No mesmo sentido, era a opinião de Mezger sobre a relevância do nexos causal na doutrina da pena. Sobre isso ver 1º Parte, Capítulo II, Tópicos 5.1.

⁷⁷³ MEZGER, *Grundriß/1938*, p. 52-53.

Mais específico, o horizonte dogmático acaba por perder contato com a realidade ao concentrar as atenções no mandamento de agir, como se fosse o que realmente mais importa. Isso, por si só, já importaria o indesejável prejuízo às intenções de segurança e justiça do direito penal. A resposta acerca da imputação penal do resultado ofensivo ao bem jurídico ao omissivo não se resume ao julgamento da conduta omissiva realizada em desconformidade com o fato comandado, pois depende da verificação de se aquele supostamente obrigado a evitar o resultado tinha verdadeiramente condições para isso. Isto é, uma análise prática que certamente não pode se restringir ao plano normativo.

É importante que a criação penal não deixe de ter consciência dos limites das suas capacidades normativas e, portanto, a atenção deve sempre recair igualmente sobre dois planos existenciais: o mundo natural, onde o fenômeno se manifesta, e o mundo normativo, onde se modelam ou criam proibições e mandamentos.

No seu manual, praticamente dez anos mais tarde, retorna aos temas da causalidade e do fundamento da omissão com uma compreensão mais interessante. Diante do que entende ser a impossibilidade de fundamentar a omissão seja internamente, seja externamente apenas por via normativa, a noção de «ação esperada» assume maior importância dogmática.⁷⁷⁴ A explicação daquilo que entende ser apenas a «chamada causalidade da omissão» encontraria resposta da mesma forma que ocorre para a comissão.⁷⁷⁵ Haveria apenas um acerto a ser feito, no sentido de que a verificação da causalidade não investigaria a relação da conduta omissiva com o resultado, mas tão só o nexo entre a «ação positiva pensada» e o resultado.⁷⁷⁶ Para Mezger, a questão essencial seria: se a «ação esperada» teria impedido o resultado?⁷⁷⁷

O ponto fundamental da doutrina da omissão situar-se-ia na determinação daquilo que seria exatamente a ação esperada.⁷⁷⁸ Aqui se apresenta a maior contribuição teórica oferecida pelo autor ao conseguir perceber uma estrutura da

⁷⁷⁴ MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 136.

⁷⁷⁵ MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 136.

⁷⁷⁶ MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 136.

⁷⁷⁷ MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 137.

⁷⁷⁸ MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 137.

conduta omissiva anterior ao reconhecimento jurídico,⁷⁷⁹ precisamente na distinção entre dois conceitos de «ação esperada» e de «ação comandada».⁷⁸⁰ Por assim diferenciar, consegue situar a causalidade da omissão prévia à formulação do juízo de ilicitude da conduta e superar a correta crítica, que já vinha sendo apontada em outras doutrinas por Wilhelm Sauer, como o «deslocamento do problema causal para a doutrina da ilicitude».⁷⁸¹ Embora, posteriormente em termos práticos, somente assumirão relevância penal as ações esperadas, que vierem a ser comandadas pelo direito.⁷⁸²

Mesmo na explicação apresentada no manual, Mezger não chega a esclarecer a natureza da causalidade da comissão por omissão. Não se trata propriamente da indicação de como a omissão causa o resultado, senão a menção a um outro vínculo existente entre a ação pensada como devida e o resultado.⁷⁸³ Apenas, mais adiante, na versão do manual atualizada por Hermann Blei, lê-se a persistência do entendimento de «pleno paralelismo» entre a causalidade da ação e da omissão, bem como a referência ao modo de proceder segundo a orientação proposta por Karl Engisch.⁷⁸⁴

3. A doutrina da diminuição do risco no conjunto das doutrinas da imputação objetiva do final do século XX

As doutrinas da chamada «atual» ou «moderna» imputação objetiva – particularmente segundo as formulações iniciadas no último quarto do século XX⁷⁸⁵ – têm obtido, desde a sua criação, a ampliação do seu espaço de inserção na

⁷⁷⁹ Sousa e Brito bem sublinhou esse ponto, qualificando-o como a visualização da conduta omissiva com uma «avaliação anterior à da ilicitude, e, portanto, de algum modo pré-jurídica» (BRITO, *crime omissivo*, p. 85).

⁷⁸⁰ MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 137.

⁷⁸¹ SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, p. 454.

⁷⁸² MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 137.

⁷⁸³ Nesse sentido crítico, FERREIRA, *participação criminosa*, p. 63.

⁷⁸⁴ MEZGER; BLEI, *Strafrecht/1970*, p. 85.

⁷⁸⁵ A denominação das doutrinas da imputação objetiva, surgidas nesse período, varia entre os autores, *v.g.*, Kindhäuser nomeia-as de «atual doutrina da imputação objetiva» (KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 14) e Sousa Mendes e Susana Aires de «moderna» (MENDES, «Crítica à idéia de ‘diminuição do risco’», p. 105; SOUSA, *A responsabilidade criminal pelo produto*, p. 423).

literatura penal de língua alemã contemporânea. O âmbito de influência desses critérios normativos atinge também a dogmática de outros países, entre os quais alcançam destaque Portugal,⁷⁸⁶ Espanha⁷⁸⁷ e Itália.⁷⁸⁸ Esse fato agrega mais uma razão para o seu tratamento num tópico específico, conquanto não se desconheçam as correspondentes críticas na literatura especializada⁷⁸⁹ e a reduzida aceitação judicial desses entendimentos da imputação no seu país de origem.⁷⁹⁰

As novas doutrinas da imputação objetiva são propostas com fundamentos, fontes, sistematizações dos argumentos não completamente harmônicos e até, por vezes, com soluções diversas para casos iguais, o que é bem observado pelos seus defensores como um impeditivo à afirmação da existência de «uma» única «teoria da imputação objetiva».⁷⁹¹ Não há sequer um posicionamento uniforme e pacífico diante do tradicional referencial material oferecido pelo nexo de causalidade: ora os critérios normativos atuam na seleção dos cursos causais axiologicamente relevantes, seguindo o caminho aberto pela doutrina da causalidade adequada,⁷⁹² ora os referenciais normativos de imputação funcionam a título de pretensos substitutivos do parâmetro causal,⁷⁹³ ora, por fim, ampliam a imputação para além do parâmetro causal, ainda que sem ostensivamente renunciar à noção de causalidade.⁷⁹⁴

⁷⁸⁶ DIAS, *Direito Penal*, Cap. 12º, p. 322-343 e Cap. 37º, §9, p. 910-911.

⁷⁸⁷ CUADRADO RUIZ, «La comisión por omisión» p. 391 e 414; BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, p. 99.

⁷⁸⁸ FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 247 e ss. e, antes, especificamente sobre a imputação objetiva na omissão, FIANDACA, «causalità e imputazione obiettiva», p. 954-955.

⁷⁸⁹ KÜHL, *Strafrecht*, p. 586, nm. 39; MAIWALD, «Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit?», p. 336-337 e 344-345. E, especificamente em sentido crítico à doutrina da diminuição do risco, vendo apenas no máximo uma função heurística para buscar as verdadeiras razões materiais de interrupção do nexo de imputação (MENDES, «Crítica à idéia de ‘diminuição do risco’», p. 118) e, igualmente, à doutrina do aumento do risco, por considerar, em alguns casos, desnecessária e, em outros, capaz de consequências problemáticas (KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 12, nota 2, 25, 28 e 33).

⁷⁹⁰ Especificamente sobre a doutrina do incremento do risco na omissão, o Superior Tribunal Alemão pronunciou-se expressamente – no caso do Lederspray julgado em 1990 – que a jurisprudência nunca seguiu essa orientação (BGH 37, 106, p. 127). Na Itália, a doutrina também foi rejeitada na *Senstenza Francese* prolatada pela sessão unida de direito penal da Corte Suprema de Cassação, para mais detalhes, ver MAIWALD, «Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit?», p. 336-337 e 344-345; MARINUCCI, «Causalità reale», p. 527-530.

⁷⁹¹ SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, «La reformulación de la tipicidad», p. 21.

⁷⁹² Nesse sentido, sobre a «gênese» e «finalidade» dessa doutrina em «delimitar» e «restringir o nexo causal» (SOUSA, *A responsabilidade criminal pelo produto*, p. 423).

⁷⁹³ Com intuito de explicar que a sua compreensão da «imputação objetiva» não se trata apenas de uma «forma de correção equivalente» diante da estrita responsabilidade pela «pura relação causal (natural)», mas, sim, da ênfase no princípio de que a imputação refere-se à «vontade subjetiva» do

Enfocar-se-á, dentre as diversas orientações, especificamente aquela denominada de doutrina da diminuição do risco nas propostas de Claus Roxin e Günther Stratenwerth. Agora, a fim de melhor compreender o sentido, a finalidade e os fundamentos dessa compreensão, faz-se importante dedicar alguma atenção ao apontamento de um momento marcante para o desenvolvimento do conjunto heterogêneo formado pelas doutrinas da imputação objetiva.

3.1. A doutrina da imputação objetiva de Larenz

Estudo de relevância histórica expressiva na proposição doutrinária do conceito de imputação objetiva é o trabalho jurídico-filosófico de Karl Larenz – com sentido crítico à noção de causalidade jurídica a partir do pensamento de Friedrich Hegel – publicado no final da segunda década século XX.⁷⁹⁵ Trata-se de uma investigação insatisfeita com os limites explicativos da imputação, quando entregues estritamente às capacidades elucidativas da identificação da dinâmica causadora de resultados mediante leis naturais.⁷⁹⁶

Larenz pretende manifestamente recuperar o conceito de imputação objetiva – que acredita perdido na jurisprudência e em parte da doutrina – entendido na forma do julgamento acerca da questão de se o fato ocorrido pertence ao sujeito,⁷⁹⁷

«autor» (*Urheber*) – entendido como «senhor da sua ação» –, mais do que o «causador» (*Verursacher*) (LARENZ, «Tatzurechnung und 'Unterbrechung des Kausalzusammenhanges'», p. 1012).

⁷⁹⁴ Essa última orientação é o caso da doutrina da diminuição do risco em ROXIN, *Strafrecht*/2, § 31, nm. 54, p. 645; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 436, nm. 37.

⁷⁹⁵ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. IV. Apesar de ser um trabalho jurídico-filosófico, o autor faz questão de pautar a importância da «imputação do fato» para o direito penal, privado e administrativo, destacando que a «imputação da culpa domina o direito penal» (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 97-98).

⁷⁹⁶ Larenz demonstra irresignação diante das compreensões da imputação jurídica quase que exclusivamente baseada no que considera ser o «ponto de vista naturalístico da causalidade» (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VII e 89). Ainda que seja discutível se a imputação da responsabilidade jurídico-penal tenha sido, alguma vez, efetivamente proposta tomando em consideração apenas o referencial objetivo do nexo de causalidade, sem qualquer limitação normativa, como já se viu na 1ª Parte, Capítulo II, Tópico 5.2 e como Larenz bem apontou na LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 63.

⁷⁹⁷ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60. O autor ressalta a redução de sentido do conceito de imputação praticada pela jurisprudência, sabendo que a distinção entre a «imputação do fato» (*imputatio facti*) e a «imputação da culpa» (*imputatio juris*) teria sido rejeitada na amálgama do «conceito

cuja importância dogmática não se restringe à constatação da existência do nexo de causalidade.⁷⁹⁸ E, portanto, por meio da doutrina da imputação, almeja fazer a distinção do «fato próprio» do autor daquele «fato casual»,⁷⁹⁹ até mesmo porque, se bem sabe, que o nexo de causalidade é – anterior e posteriormente à pontual conduta penalmente relevante – essencialmente ilimitado.⁸⁰⁰

A imputação é um juízo voltado ao cumprimento de uma finalidade, fundado no «caráter ético-teleológico do direito»,⁸⁰¹ num contexto em que, mesmo os supostos conceitos jurídicos da causalidade não seriam puramente causais, mas antes teleológicos.⁸⁰² Larenz é claro ao enfatizar que o problema de imputação objetiva é um problema de valoração ou axiológico,⁸⁰³ sendo assim, o «conceito de finalidade» não deve ser enfrentado subjetivamente, senão objetivamente.⁸⁰⁴

A orientação de Larenz, especificamente sobre a imputação da omissão, não aporta maior esclarecimento sobre o fenômeno e a natureza da causalidade omissiva. A adesão ao conceito restritivo de causa como força dinâmica é flagrante, quando afirma que o pensamento de que o «poder da vontade» tem capacidade de orientar cursos causais consegue explicar a imputação de acontecimentos seja baseados em causalidades reais, seja em apenas ligações causais «possivelmente pensadas». ⁸⁰⁵ O omitente não seria realmente causador do resultado, o que tornaria relevante responder à pergunta: como se poderia responsabilizar alguém que não causou o acontecimento?⁸⁰⁶

Larenz refuta a eventual resposta baseada na ilicitude da conduta omissiva equivalente à ação causadora – que corretamente compreende não na forma da

de ação dos hegelianos» – fundada na idéia de fato culposos –, com repercussão jurisprudencial no emprego da denominação apenas para a imputação da culpa (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60-61).

⁷⁹⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61.

⁷⁹⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VII-VIII, 53 e 61; LARENZ, «Tatzurechnung und 'Unterbrechung des Kausalzusammenhanges'», p. 1011.

⁸⁰⁰ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 53 e, mais adiante, LARENZ, «Tatzurechnung und 'Unterbrechung des Kausalzusammenhanges'», p. 1011.

⁸⁰¹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VIII, 63 e 68.

⁸⁰² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. VIII e 63.

⁸⁰³ LARENZ, «Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung», p. 80.

⁸⁰⁴ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68.

⁸⁰⁵ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 85.

⁸⁰⁶ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 85.

solução, mas, sim, da desistência do que há de fundamental no problema –⁸⁰⁷ e chega à conclusão de que, na sua visão, a única forma possível seria mediante uma «relação teleológica».⁸⁰⁸ O desafio da questão da imputação não seria encontrar o fundamento e o modo de reconhecimento da causalidade omissiva, senão aceitar que se trata de um «juízo teleológico» para além do parâmetro causal.⁸⁰⁹ O fundamento da imputação repousaria na previsibilidade do titular da vontade no encaminhamento do curso causal.⁸¹⁰ Como é evidente a compreensão de Larenz, ainda que conheça a contribuição do omitente para o resultado final o que justifica a imputação, não oferece solução ao problema do fundamento material da causalidade da conduta omissiva.

3.2. A substituição da verificação do nexó de causalidade pela análise de risco e a omissão como não diminuição do risco (Roxin e Stratenwerth)

Considerando o que foi assentado até este momento, consegue-se limpidamente perceber que a concepção da doutrina da diminuição do risco agora estudada tem inserção numa tendência maior de resgate da imputação objetiva, surgida na segunda década do século passado. A partir de então, a autonomização e o desenvolvimento de algumas premissas de base propuseram – nos anos 70 do século XX – a mudança na forma de conceber, fundamentar e, por consequência, sistematizar o direito penal, atentando a certas finalidades ou mesmo imprimindo a funcionalização da sua dogmática.⁸¹¹ O princípio reitor de tais alterações seria o cumprimento de fins político-criminais em conformidade constitucional.⁸¹²

Desde a recuperação da imputação objetiva, conforme a «observação jurídica do idealismo-crítico» de base hegeliana, proposta por Larenz⁸¹³ até a doutrina do

⁸⁰⁷ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 86.

⁸⁰⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 86 e 88. Larenz assim adere manifestamente aos pontos de vista de v. Rohland e Wachenfeld. Sobre o pensamento causal de v. Rohland, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.5.

⁸⁰⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 88.

⁸¹⁰ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 88.

⁸¹¹ ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 205-211, nm. 26-36.

⁸¹² ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 206, nm. 26 e 27.

⁸¹³ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 89.

incremento do risco no «sistema penal funcional» de Roxin,⁸¹⁴ o que se observa é a alteração do conteúdo de alguns conceitos dogmáticos essenciais. Evidencia-se o afastamento doutrinal de um fundamento material filosófico, seguido pela aderência a uma certa política direcionada às atividades penais, que resulta no alargamento do espaço concedido ao jurídico-normativo, em detrimento do reconhecimento de uma ontologia prévia à intervenção jurídica.

A doutrina da diminuição do risco, na imputação objetiva do resultado à conduta omissiva, tem a sua justificativa apoiada em razões de otimização da proteção oferecida pelo direito penal ao bem jurídico. Defende-se uma orientação político-criminal que visualizaria a necessidade de pena de comportamentos que deixam de ampliar as chances de salvamento do bem em hipóteses incertas,⁸¹⁵ como por exemplo de tratamentos médicos.⁸¹⁶

Particularmente, as orientações de Claus Roxin e Günther Stratenwerth sobre a causalidade da omissão imprópria detêm complexidade maior do que se deixa perceber à primeira vista. Roxin nega, em momento algum, a existência da causalidade omissiva, mas, ao contrário, assume a existência do nexo causal na forma indicada pela doutrina da «condição conforme a lei».⁸¹⁷ Nesse sentido, admite seguir o caminho deixado pelas compreensões da relação de causalidade de Engisch, Puppe e Higendorf, sem oferecer maior esclarecimento sobre a natureza ou sobre o funcionamento da dinâmica causal na omissão.⁸¹⁸ Acerca disso, encontra-se apenas a breve e lacônica observação de que a causalidade dos crimes comissivos e dos omissivos seriam diferentes, porque o nexo causal do agir se sustentaria numa «energia positiva ativa» e o do omitir limitar-se-ia a uma «relação legal» ou regular.⁸¹⁹

⁸¹⁴ ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 205, nm. 26. Sistema funcional que, na expressão de Roxin, pretende alterar a doutrina da imputação do tipo objetivo substituindo a pura causalidade natural por um «conjunto de regras orientado por valorações jurídicas», mediante a introdução da noção de «realização de um risco não permitido dentro da abrangência do tipo» (ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 206, nm. 28).

⁸¹⁵ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 642-643, nm. 52; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 436, nm. 37; DIAS, *Direito Penal*, 38º Cap., p. 931, §10.

⁸¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 65-66 e 71; FIANDACA, «causalità e imputazione obiettiva», p. 960-691; DIAS, *Direito Penal*, 38º Cap., p. 931, §10.

⁸¹⁷ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 640, nm. 42.

⁸¹⁸ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 641, nm. 42.

⁸¹⁹ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 641, nm. 43.

Stratenwerth igualmente reconhece a causalidade da conduta omissiva, embora diminua a importância da correta identificação da natureza do vínculo entre o omitir e o resultado.⁸²⁰ Afirma a existência de uma suposta «causalidade (‘hipotética’) possível» e, depois, diz que a prática a enxerga como uma «relação legal» (*gesetzmässiger Zusammenhang*),⁸²¹ o que deixa restar inconcluso o exato teor dos dois conceitos supostamente tomados como sinônimos pelo autor.

Para Roxin, o mais importante problema discutido no âmbito da causalidade omissiva seria saber se a imputação do resultado ao omitente exige a verificação da probabilidade próxima à certeza de que a ação devida teria evitado o resultado ou se bastaria a mera possibilidade de salvamento.⁸²² Apresenta dois casos para ilustrar a questão, designadamente o do pai que não aproveita a chance de 50% de salvar o filho, que se afogava em um rio, e o do médico que deixou de realizar determinado tratamento médico, cuja capacidade salvadora era duvidosa.⁸²³

A discussão diria respeito à melhor determinação do critério normativo e da dinâmica de operacionalização baseada no fato de que a ação não realizada poderia ter diminuído a possibilidade de ocorrência do resultado, de acordo com as prescrições da doutrina da «diminuição do risco».⁸²⁴ Roxin enfrenta a discussão por meio de uma forma que é frequente no seu modo de argumentação jurídica. Primeiramente, expõe dois conjuntos de opiniões de penalistas, que reciprocamente se opõem e suposamente se situam equidistantes em relação à proposta que pretende apresentar.⁸²⁵ A partir desse horizonte, pode concluir validamente ser a solução que entende correta localizada no caminho do meio entre as orientações qualificadas como extremas.⁸²⁶ O primeiro, conforme a compreensão clássica,⁸²⁷ exigiria a probabilidade próxima à certeza na identificação de que a conduta omitida

⁸²⁰ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 435, nm. 35.

⁸²¹ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 435, nm. 35 e 36.

⁸²² ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 642, nm. 46.

⁸²³ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 642, nm. 46.

⁸²⁴ BEULKE; BACHMANN, «Die ‘Lederspray Entscheidung’», p. 743; ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 643, nm. 49.

⁸²⁵ Outro exemplo do emprego dessa estratégia argumentativa pode ser colhido no artigo, no qual trata da sua compreensão do direito penal, a localizando entre a ontologia de Welzel e o «normativismo livre de empiria» de Jakobs (ROXIN, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie», p. 436-437).

⁸²⁶ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 645, nm. 54.

⁸²⁷ MAIWALD, «Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit?», p. 329.

teria evitado o resultado para a afirmação da responsabilidade penal objetiva. O segunda aceitaria a imputação objetiva do resultado ao omitente fundada na mera melhora da chance de salvamento do bem jurídico, por meio da abdicação da verificação do nexo causal.⁸²⁸

O primeiro é entendido pelos defensores da doutrina da diminuição do risco como insuficiente para atender à proteção do bem. O segundo foi objeto de franca crítica doutrinal apontando que a atribuição do resultado tão somente por razões de aumento das possibilidades de salvamento – numa situação de inevitabilidade duvidosa do acontecimento pela ação – far-se-ia em ampla contrariedade à máxima do *in dubio pro libertate* ou, já no curso do processo penal, *in dubio pro reo*.⁸²⁹

Consciente da consistência dessa oposição,⁸³⁰ Roxin entende que a resolução do problema se alcançaria alterando o momento de observação do significado penal da conduta. Não haveria legitimidade para imputar o resultado ao omitir baseado apenas numa observação *ex ante*,⁸³¹ mas já seria diferente no caso do momento da análise situar-se *ex post*.⁸³² Assim, Stratenwerth explica que a «relação juricamente considerada» entre a conduta omissiva e o resultado somente alcançaria comprovação com a «avaliação *ex post* de todas condições conhecidas» de que a realização da ação teria efeito na «redução do risco».⁸³³

Ao fim, é Roxin quem novamente vem expressar que as doutrinas da diminuição do risco e da causalidade da omissão supostamente não se excluem, mas, sim, apresentam «relação de complementação» entre elas.⁸³⁴ Em outras palavras, a doutrina da diminuição do risco propõe como consequência não diretamente a renúncia do liame causal entre a conduta e o resultado, antes a ampliação da responsabilidade penal para cobrir casos em que inexistente o nexo. Isto é, o limite mínimo da imputação seria a verificação da causalidade e o limite máximo à comprovação *ex post* de que a conduta omitida poderia ter diminuído o risco de

⁸²⁸ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 644-645, nm. 52-53.

⁸²⁹ Por exemplo, NAUCKE, *Strafrecht*, §7º, p. 292, nm. 267; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 327; WALTER, «Vorbemerkungen zu den §§13ff», p. 751, nm. 86.

⁸³⁰ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 644, nm. 51.

⁸³¹ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 647, nm. 60.

⁸³² ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 645, nm. 54. No mesmo sentido, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 436, nm. 37.

⁸³³ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 436, nm. 37.

⁸³⁴ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, p. 647, nm. 61.

causação do resultado, o que significa transformar a causalidade num elemento prescindível para a imputação objetiva. A esse respeito, emblemática é a afirmação de Strentenwerth de que o preenchimento do tipo de omissão pode ocorrer diante da falta de ação que «teria eliminado ou também diminuído» o perigo de «lesão ao bem jurídico».⁸³⁵

3.3. Avaliação crítica da doutrina da diminuição do risco e do perigo da migração do direito penal da heurística do resultado para a estocástica do risco

É necessário enfrentar quais são as considerações críticas à doutrina da diminuição do risco. Todavia, antes de ingressar na especificidade de cada uma das oposições, importa fazer duas observações sobre a inserção sistemática e a visão de mundo dessa doutrina. Um primeiro ponto indica o pertencimento a uma orientação jurídica com vocação à instrumentalização da dogmática do direito penal,⁸³⁶ a fim de satisfazer interesses preventivos da criminalidade. A prioridade seria a proteção alargada do bem jurídico, dando ampla vazão ao acentuado ideal de precaução⁸³⁷ em detrimento da justa punição da ofensa, por meio da retribuição da culpa do agente.

⁸³⁵ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 436, nm. 37.

⁸³⁶ Faria Costa destaca estar o ideal utilitário, que faz preponderar a utilidade sobre o fundamento da justiça criminal, na origem do pensamento funcionalista sistêmico – e do funcionalismo do penal, mesmo com os seus limites na ética e nos direitos fundamentais (COSTA, «sobre o sentido da pena», p. 213). O funcionalismo penal de Roxin – sabidamente com inegáveis pontos de reconhecimento empírico da realidade e de uma dimensão axiológica pré-jurídicas – não parece constituir orientação que se distancie significativamente desse étimo comum do pensamento funcional.

⁸³⁷ Certamente, o cuidado em evitar os crimes não se trata de uma novidade nas ciências criminais, dado que, conforme destaca Faria Costa, a prevenção da prática de delitos «esteve sempre presente ao longo de toda a história do direito penal» (COSTA, *caução de bem viver*, p. 11). Todavia, após a «função preventiva» entrar «verdadeiramente no ideário fundamental de qualquer política criminal» no século XIX (COSTA, *caução de bem viver*, p. 11), veio a alcançar – a partir dessa doutrina – patamar demasiadamente elevado, capaz de criar alternativas dogmáticas as estruturas fundamentais do conceito de crime.

Um segundo ponto relativo à visão de mundo arrosta um certo desinteresse pela dimensão ontológica dos fenômenos, como se percebe na doutrina de Roxin.⁸³⁸ O autor inclina-se a restringir os limites das suas observações sobre a ontologia especialmente àqueles adstritos à compreensão de Hans Welzel e de seus discípulos, localizada na primeira metade do século passado.⁸³⁹ Com isso não são examinadas outras hipóteses de fundamentação do direito penal de matriz ontológica, nem mesmo consideradas realidades ontológicas culturalmente construídas, *v.g.*, os valores da honra, da liberdade e da solidariedade e a conduta omissiva.

Feitas essas considerações, ganha-se maior nitidez na leitura das específicas críticas apresentadas pela doutrina. Primeiro, a mudança no conteúdo e na finalidade da norma penal proibitiva da omissão imprópria. A doutrina da diminuição do risco pretende a criação de um critério alternativo menos exigente que a verificação da causalidade da conduta omissiva para a realização do tipo penal e a imputação do resultado. A partir disso, percebem-se duas outras consequências não manifestamente ponderadas. Por um lado, um indesejável efeito prático judicial. Ao se fazer o nexo de causalidade apenas uma das hipóteses legítimas de fundamentação da imputação objetiva por omissão, cria-se o perigo de que o critério menos exigente, em termos probatórios e mais interventivo no âmbito da liberdade, venha a se sobrepor ao mais rigoroso, por questões de economia de meios e interesses político-criminais de tutela.

Por outro, uma transformação ontológica com impacto jurídico-normativo. A tipologia do omitir deixaria, por via indireta, de ser a conduta causadora da ofensa ao bem jurídico – por não impedir determinado transcurso causal perigoso – para assumir a qualidade do comportamento que tão somente não diminuiu o risco de ocorrência do resultado.⁸⁴⁰ Afinal toda conduta causadora do resultado é

⁸³⁸ Particularmente interessante é a manifestação no sentido de que o direito penal não deve ser uma «reprodução de regularidades ontológicas», antes uma «ligação com o pensamento político-criminal dominante» (ROXIN, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie», p. 436). Ocorre que o conhecimento da dimensão ontológica não impõe ao normativismo jurídico-penal a obrigação de refratar ou reproduzir categorias ontológica, mas apenas reconhecer existenciais que antecedem e orientam à formulação da norma jurídica.

⁸³⁹ ROXIN, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie», p. 423-427.

⁸⁴⁰ Nesse sentido, a proposta de Gimbernat Ordeig de abandono do parâmetro causal e da transformação do núcleo do ilícito omissivo impróprio é notavelmente mais franca que a doutrina da diminuição do risco. O autor sugere que migrar para o controle do «nível de risco permitido dos focos de perigo» e, portanto, a imputação deve se basear somente na questão «se o correspondente

necessariamente uma conduta que deixou de diminuir o risco do resultado, ainda que nem sempre conduta que não diminui o resultado seja causadora dele.⁸⁴¹ Pois «toda a causa pode ser classificada, no âmbito de um prognóstico, como fator de risco, mas nem todo o fator de risco se revela *ex post* como causa».⁸⁴²

Segundo, a violação do princípio da legalidade no sentido da substituição do elemento típico da causalidade pelo elemento externo risco. A referida doutrina, em vez de buscar o aperfeiçoamento do modelo de identificação da causação do resultado ofensivo, pretende a introdução de elementos exteriores ao tipo, de acordo com os supostos novos conteúdo e finalidade da norma determinados. Ocorre que o conteúdo da norma é a proteção do bem jurídico na exata dimensão do âmbito de tutela. E portanto, não se pode ultrapassar o parâmetro típico, transformando a proibição de causar o resultado por omissão na proibição da não evitação do resultado, quando havia alguma possibilidade.⁸⁴³ Em última instância, a finalidade da norma é a realização da justiça penal substantiva no caso em concreto,⁸⁴⁴ o que impõe a observância não propriamente de elementos formais e materiais. A justiça material também exige a atenção aos limites formais do tipo garantidores da liberdade.

Terceiro, violação do princípio da legalidade no que diz respeito à ausência de prova de um elemento típico. Conforme foi visto, é incorreto tomar um «fator de risco» como sendo uma causa, porque, no máximo, o fator de risco se caracteriza como uma «causa potencial», que poderá vir a se concretizar em causa efetiva ou não, segundo o que antecipa determinado prognóstico.⁸⁴⁵ Portanto, mesmo que a observação de que a conduta teria diminuído o risco do resultado seja *ex post*, careceria ainda assim da concreta prova da causação do fato descrito no tipo penal. Contra a falta de exigência da comprovação da causalidade por parte da orientação

garante» tenha «cumprido ou não com sua obrigação de manter nesse nível», isso tudo «independentemente de se o cumprimento da dita obrigação haveria podido impedir ou não a produção desse resultado» (GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropia», p. 72).

⁸⁴¹ KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 21.

⁸⁴² KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 21.

⁸⁴³ Em sentido crítico à insegura dilatação do tipo penal, KÜHL, *Strafrecht*, p. 586, nm. 39.

⁸⁴⁴ Sobre isso ver 1º Parte, Capítulo II, Tópico 5.2.

⁸⁴⁵ KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 20, nota 19.

da diminuição do risco já se insurgiu especificamente a doutrina.⁸⁴⁶ E, igualmente, contra a transgressão do princípio da responsabilidade pelo «fato próprio mediante o parâmetro causal»,⁸⁴⁷ decorrente lógico da inexistência da prova.

Quarto, a violação do princípio da legalidade na transformação da descrição do resultado ofensivo. Com a doutrina da diminuição do risco alterar-se-ia a narrativa do ilícito-típico de um crime de resultado para um de perigo⁸⁴⁸ – por meio de um procedimento de analogia *in malam partem* ou *contra libertate* – com a degradação do evento à mera condição objetiva de punibilidade.⁸⁴⁹ Desse modo, assumir-se-ia a priorização do desvalor da conduta em detrimento do desvalor do resultado,⁸⁵⁰ correndo-se o perigo de mudar o centro do direito penal na conduta ofensiva para a conduta arriscada. Donini sustenta que a intenção de imputar o resultado como obra do garante, que diante da «modesta probabilidade de salvar» o bem jurídico, omitiu-se de realizar a conduta devida, caracteriza a falácia lógica designada como *non sequitur*.⁸⁵¹ Isto é, a conclusão pela imputação do resultado do crime omissivo ao omitente, não pode ser obtida se forem seguidas rigorosamente as premissas apresentadas. Pois o cumprimento do dever de agir de modo absoluto e inquestionado – independente da averiguação da real probabilidade de salvamento do bem – não significa o mesmo que a causação do resultado.

4. A hipertrofia do conceito de imputação no funcionalismo radical de Jakobs

O funcionalismo penal radical de Günther Jakobs estrutura-se sobre um conceito muito estreito de causa e restrito de realidade fenomenológica. Os acontecimentos são entendidos apenas como decorrentes das eficácias de forças

⁸⁴⁶ KAHLO, *Pflichtwidrigkeitszusammenhanges*, p. 306, n. 2; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 327 e ss. e 385 e s.; DONINI, Massimo, «La causalità omissiva», p. 39; ROMANO, *Commentario sistematico*/1, p. 377, nm. 42.

⁸⁴⁷ Sobre essa violação, DONINI, «La causalità omissiva», p. 39 e 71-72.

⁸⁴⁸ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 327; WALTER, «Vorbemerkungen zu den §§13ff», p. 751, nm. 86; MARINUCCI, «*Causalità reale*», p. 529, 532 e 535.

⁸⁴⁹ DONINI, «La causalità omissiva», p. 71-72; DONINI, *Imputazione oggettiva*, p. 107.

⁸⁵⁰ DONINI, «La causalità omissiva», p. 40.

⁸⁵¹ DONINI, «La causalità omissiva», p. 52.

mecânicas exteriormente perceptíveis. O autor tem a intenção sistemática de vencer determinadas contrições doutrinárias impostas pela ontologia naturalista, conforme se evidencia na observação acerca do quanto seria difícil ao direito penal «a independização de categorias naturalísticas». ⁸⁵²

Com especial atenção à omissão, encontra-se expressiva afirmação de que «apenas um acontecimento (*Ereignis*) pode causar um resultado, mas não a falta de um acontecimento». ⁸⁵³ Em outras palavras, quer dizer que a omissão não tem posicionamento ontológico no mundo dos fenômenos, de modo que se pudesse perceber nela a ocorrência de um acontecimento. A sua existência não se daria ou aconteceria por si mesma, mas sim seria referenciada em algo que lhe seria externo, diga-se, a falta do acontecimento. Segundo essa orientação, a omissão seria a «não-execução de uma ação», o que se apresentaria «não causal para a ocorrência do resultado». ⁸⁵⁴

Daí decorre a impossibilidade teórica de estabelecer uma doutrina geral da causalidade, sendo necessário recorrer à bipartição dos fundamentos e do modelo da imputação do resultado, de acordo com a espécie de conduta em questão. Se, nos crimes comissivos, a verificação fenomenológica do nexo de causalidade é algo relevante na qualidade «condição mínima» para a imputação penal, ⁸⁵⁵ tal realidade não se apresenta constante nos crimes comissivos por omissão. ⁸⁵⁶

Jakobs não vê qualquer benefício no reconhecimento da causalidade própria da omissão pelo direito penal e ainda vislumbra uma «confusão terminológica». ⁸⁵⁷ Até mesmo porque, chega a entender ser o princípio, que assevera que «todo autor de um crime consumado deve ter sido causal para o resultado», de uma «duplicação do sistema causal» apesar de inútil execução. ⁸⁵⁸ A partir disso, explica o vínculo que liga o omitir ao resultado ora como sendo apenas advindo de um juízo normativo plasmado no conceito de imputação, ⁸⁵⁹ ora segundo a chamada «causalidade

⁸⁵² JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15.

⁸⁵³ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 194, nm. 26.

⁸⁵⁴ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15.

⁸⁵⁵ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 195, nm. 29.

⁸⁵⁶ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 194 e 791, nm. 26 e 15.

⁸⁵⁷ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 792, nm. 18.

⁸⁵⁸ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 792, nm. 16.

⁸⁵⁹ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 194, nm. 26.

hipotética». ⁸⁶⁰ Ao fim, os resultados poderiam ser imputáveis às omissões devido à existência nomeadamente da «relação de imputação correspondente à relação causal». ⁸⁶¹

Entende que a correta observação do problema em questão se articula no sentido de que não é a causalidade que determina a imputação, mas o «princípio da imputação» que teria condão de determinar «se» e «em que amplitude» (*wie weit*) a causalidade é necessária. ⁸⁶² O importante seria saber se haveria «capacidade abstrata» do autor da conduta omissiva para evitar o resultado, que corresponderia ao «movimento corporal» do autor da conduta ativa. ⁸⁶³

Percebe-se a ostensiva expansão da construção valorativa – por intermédio da instrumentalização jurídico-normativa – a tal ponto que chegaria a rejeitar a necessidade de investigação dos fundamentos e dos elementos ontológicos de orientação da conformação do direito penal. Com base nisso, ao menos, cinco consequências indesejáveis são identificadas no plano das ciências criminais e, particularmente, na dogmática dos crimes omissivos impróprios.

Primeiro, a desorientação e a potencialização da opacidade do sistema incriminatório. O funcionalismo radical, ao desincumbir a produção do direito do dever de conhecer minimamente os fenômenos – a ponto de ser capaz de considerar os posicionamentos ontológicos e os sentidos da realidade inerentes ao âmbito no qual o direito pretende intervir –, potencializa o perigo de desorientação da política-criminal. Trata-se não apenas do risco de assumir propostas ineficientes em relação aos seus interesses e objetivos, mas, sobretudo, do perigo de produzir concretas injustiças.

Se é verdade que oferta conformação doutrinal e acolhe a maior gama de eventuais interesses legislativos, de modo que libera a política-criminal para ir mais

⁸⁶⁰ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15.

⁸⁶¹ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 194 e 791, nm. 26 e 15. Especificamente neste ponto, em Portugal, orientação com alguma semelhança – sem que se encontre qualquer manifestação expressa nesse sentido – parece ser a de Taipa de Carvalho, quando afirma haver casos que – embora não exista relação de causalidade – o resultado deve ser imputado ao autor da conduta, como ocorreria com as condutas omissivas (CARVALHO, *Direito Penal*, p. 302-303, nm 553).

⁸⁶² JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15. Em outra oportunidade mais adiante, Jakobs é ainda mais enfático ao lembrar que a noção de imputação precede a noção de causalidade na história do direito penal, sendo a «causalidade penal» um «derivado da imputação», devendo portanto essa categoria determinar «o que é necessário na causalidade» (JAKOBS, «Strafrechtliche Haftung» p. 421).

⁸⁶³ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 788 e 791, nm. 10 e 15.

longe, também é correto que globalmente mitiga – mediante a pulverização e diversificação da intervenção penal – a carga axiológica negativa inerente ao crime e à responsabilidade penal. Mesmo com uma diminuída carga axiológica da incriminação, persiste o perigo de abstrata e de concreta restrição injusta do direito de liberdade do destinatário da norma.

Segundo, o distanciamento do referencial antropológico na configuração do conceito de crime. A intensa normativização e abstração doutrinal do conceito de crime afastam o direito penal do sentido advindo da efetiva investigação criminológica do fenômeno antropológico específico e dos valores em questão. O recurso a expressões imprecisas – *v.g.* «equilíbrio social» e «ponto zero social» (*soziale Nullpunkt*) –⁸⁶⁴ e à filosofia idealista – eventualmente com base no imperativo categórico ou numa abstrata percepção do princípio do *neminem laedere* – produzem um ordenamento social idealisticamente presumido. Presumido no sentido de que falta fundamento material próprio da conformação ontológica presente em cada âmbito de intervenção.

A axiologia que é o elemento fundamentador da instituição do ordenamento comunitário ou social, bem como a razão de estabelecimento de âmbitos de proteção acaba reduzida ao próprio ordenamento. A positividade axiológica e o âmbito de abrangência da regra deixam de estar vinculados à proteção do valor que as fundamentam, pois a força instituinte do ordenamento se autonomiza da realidade material, e o valor da norma passa a residir em si mesma.

Terceiro, a confusão sistemática dos conceitos em virtude do irrazoável amalgamento indiferenciado de diversos sentidos na noção de imputação. Jakobs não logra esclarecer rigorosamente o que seria a tal “relação de imputação”, nem mesmo indica satisfatoriamente qual seria a justificativa para aceitar a responsabilidade penal apenas baseada em critérios normativos. A dilatação da categoria imputação é tão desmedida e irrazoável, que, além de não trazer mais clareza ao processo de atribuição da responsabilidade penal, arrisca mesmo a perda do sentido conceitual e a diminuição do significado axiológico próprio da noção de

⁸⁶⁴ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 792, nm. 16.

imputação penal. Pois, não há qualquer dúvida, «se tudo é imputação, a imputação é nada».⁸⁶⁵

Quarto, a conformação sistemática eminentemente normativa da omissão baseada na negação fenomenológica da omissão. A pretensão de construir um sistema absolutamente independente dos referenciais ontológicos ou empíricos naturais não consegue se efetivar. É o próprio Jakobs que adota um conceito restritivo de causa e do nexos de causalidade,⁸⁶⁶ fundados apenas naquilo que é perceptível exteriormente como a ação positiva da energia mecânica.⁸⁶⁷ Como resultado disso, nem a sua intenção teórica realiza-se, nem se têm meios capazes de entender as particularidades do fenômeno omissivo que se quer proibir.

Quinto, a proibição da conduta é que cria a causalidade da omissão e o princípio da imputação que determina a sua concreta relevância. No Estado Democrático de Direito, a legítima instituição do dever de agir tem como base a verificação do desvalor comunitário, materialmente fundado na capacidade da conduta omissiva em causar ofensa ao bem jurídico. Na doutrina de Jakobs, ocorre o contrário disso, o nexos de causalidade é quem requer para a sua existência a definição da conduta não permitida.⁸⁶⁸ Isto é, o nexos de causalidade torna-se apenas um termo, sem conteúdo ontológico prévio ao direito e sentido jurídico definido, que não se diferencia dos demais normativamente criados. E, mesmo assim, trata-se de um conceito determinável ou dependente da indicação da relevância dada pelo ainda mais indeterminado “princípio da imputação”.

⁸⁶⁵ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, p. 105.

⁸⁶⁶ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 792, nm. 17.

⁸⁶⁷ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 15.

⁸⁶⁸ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 792, nm. 16. Em termos doutrinários, tal solução se assemelha muito com aquelas – criticadas no início do século XIX por v. Hippel e Sauer – que empurravam o acerto da causalidade para a doutrina da ilicitude penal.

5. Avaliação geral das doutrinas negadoras da causalidade da omissão imprópria

A visão de mundo das compreensões que negam a causalidade da omissão são, precisamente neste ponto, filosófica e epistemologicamente menos elaboradas que outras doutrinas dedicadas ao tema. Veja-se que, enquanto o positivismo naturalista pressupunha uma essência ativa causadora por trás da aparência de ausência de força, bem como as concepções normativas propunham distintos modelos do liame entre a conduta e o resultado, a partir de diversos fundamentos, as doutrinas que rejeitam a causalidade da omissão têm uma compreensão restrita da existência dos fenômenos. Dessa base parte especificamente um prejudicado entendimento do fenômeno omissivo.

Se é certo que as doutrinas negadoras da viabilidade de investigação da causalidade da omissão são herdeiras do impulso dado pela orientação de v. Liszt, não menos verdade é o fato de serem legatárias da mesma visão de mundo confinada ao limite de possibilidade do naturalismo positivista. Em geral, compartilham o ponto de se autodeterminarem num horizonte construído segundo o legado do positivismo científico.

Por mais paradoxal que a primeira vista aparente ser, os propulsores de uma concepção do direito penal, que se pretende político-criminalmente mais apropriada para lidar com os desafios dos novos tempos, são aqueles mais aferrados ao horizonte de realidade físico-material. Propagam, algumas vezes, os diferentes modelos de imputação demasiadamente normativos a título de metodologia capaz de superar o déficit cognitivo dos fenômenos e a fragilidade explicativa do homem em relação ao mundo. Todavia não conseguem ver uma realidade para além da daquela físico-material acessível pelos cinco sentidos. Em síntese, pretendem fazer da natureza uma objetividade calculável, que Heidegger, citando Max Planck, identifica como sendo expressável máxima «real é aquilo que pode ser medido».⁸⁶⁹

Assim, se só é real e verdadeiro aquilo que é concreto e físico, não é de estranhar que a diminuição da compreensão da realidade não alcance outras vias de

⁸⁶⁹ Sobre isso Heidegger, *língua de tradição*, p. 25.

solução da questão proposta. Decerto, em linhas gerais, avançam na construção normativa das categorias do direito penal muito além do que fora v. Liszt. Isso porque, até o seu pensamento manteve-se o ensinamento dos autores das doutrinas etiológicas da força eficaz da causalidade, no sentido de observar a distinção ontológica entre o nexa causal e o dever de agir, sendo impossível que a existência do dever de agir pudesse fundamentar a existência do nexa ou a imputação penal.

Em v. Liszt e Mezger, também era límpido que a omissão não poderia ser qualificada como um nada, embora não manifestasse energia cinética, tanto é que se afirmou ser a omissão algo concreto, perceptível no «não fazer algo», nomeadamente algo que era «esperado», o «que era devido».⁸⁷⁰ Particularmente, Mezger chega a explicar como ocorreria uma valoração anterior ao reconhecimento jurídico do desvalor da conduta omissiva por meio do ilícito penal. Agora, a partir de Max Ernst Mayer, inicia o aparecimento de radicalizações da diminuição da compreensão ontológica da realidade, tendente a rejeitar a qualidade ontológica daquilo que não é físico-mecânica. Nesse entendimento, a conduta omissiva passa a ser, por vezes, incompreendida como um nada.⁸⁷¹

O equívoco principal das doutrinas da ação esperada – exceções sejam feitas a orientações como a de Mezger – e a orientação de Jakobs localiza-se justamente na visão que têm sobre o fenômeno omissivo. Não apenas rejeitam esclarecimentos oferecidos pela doutrina normativa da causalidade, como também não abrem mão da visão de mundo do naturalismo-positivista. Certo é que a omissão não é um nada. Mas muito diferente disso: a omissão é a ausência de força impeditiva. Consequentemente, fruto do equivocado pressuposto sobre a fenomenologia da conduta omissiva, arrancam da idéia de que a delimitação e precisão do ilícito-típico precisaria decorrer da identificação do dever de garante e de outras regras de imputação normativamente criadas. Tem-se com isso o injustificado incremento da importância doutrinária da categoria imputação e das regras que a estruturam, em detrimento dos referenciais ontológicos e transcendentais ao ordenamento jurídico-penal.

⁸⁷⁰ Sobre isso, ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópicos 2.1 e 2.4.

⁸⁷¹ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 130-131.

Em verdade, conforme se verá adiante, a legitimidade do dever de garante depende da capacidade real do destinatário em realizar a conduta e com isso salvaguardar o bem jurídico.⁸⁷² Pois a concreta aptidão para impedir o resultado depende da capacidade causal do agente em realizar a conduta obrigada pelo mandamento.

Depois, o fato de se observar a introdução de um nexo de causalidade eminentemente normativo – já no desenvolvimento da doutrina da ação esperada e ainda presente em diversas doutrinas mesmo contemporâneas – não invalida o que se qualifica como doutrinas negadoras da causalidade da omissão. A noção de causalidade que lá se encontra não é aquela mesma que aqui se investiga. Não é uma relação autêntica e necessária mantida entre a omissão e o resultado, mas apenas uma ligação que a omissão manteria com o resultado indiretamente, ou seja, por meio da adição normativa de um elo na cadeia causal. A construção normativa do ilícito-típico chega a tal ponto que a própria causação imediata é substituída por um mero sentido geral de causalidade, o que dá sinais de ser um artifício proposto à harmonização da doutrina defendida com as exigências da lei penal e do princípio da legalidade.

Por fim, uma última palavra acerca da doutrina da diminuição do risco. A proposta de Roxin e Stratenwerth manifesta que o ideal de Roxin de construção de uma teoria da imputação completamente desligada da base causal⁸⁷³ não se efetivou, pois, ainda que se sustente no eventual incremento ou diminuição do risco, a análise de risco sempre consistirá num prognóstico que não pode prescindir do reconhecimento de leis causais.⁸⁷⁴

⁸⁷² Sobre isso, ver 3º Parte, Tópicos 6 e 7.

⁸⁷³ ROXIN, «Problematik der Zurechnung im Strafrecht», p. 135-136.

⁸⁷⁴ Fato que teve que ser admitido pelo autor quando voltou atrás para acolher a doutrina dominante no sentido que o nexo causal é fundamento para toda imputação (ROXIN, *Strafrecht/1*, § 31, p. 359) e mesmo a própria inserção sistemática da criação do risco não permitido, como intermédio entre a conduta causadora e o resultado, (ROXIN, *Strafrecht/1*, § 11, p. 372-373, nm. 47) só pode estar de acordo com a realidade do fenômeno caso se refira a um ponto da cadeia causal entre os dois elementos.

V. PROPOSTA DE RECONHECIMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DA CAUSALIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS. A NECESSÁRIA CO-CONDICIONALIDADE PARA OCORRÊNCIA DO RESULTADO

A insatisfação científica com a capacidade explicativa das doutrinas estudadas torna necessário o acertamento de alguns pontos na compreensão da temática e o encaminhamento de uma nova visão sobre a fenomenologia omissiva.⁸⁷⁵ As orientações, em sua grande maioria, confundem dois pontos absolutamente fundamentais para o conhecimento do problema que aguarda solução. Primeiro, é habitualmente feita a equivalência da natureza normativa da omissão – ou seja, a dependência de uma norma instituinte do dever de agir – com o modo de causação do resultado pela conduta omissiva, entendido como existente apenas valorativamente. Segundo, é tomada a natureza normativa da causalidade – no sentido de que toda a causalidade penal é normativizada por meio do reconhecimento jurídico – como sendo o mesmo que a sua criação por via jurídico-normativa, sem qualquer substrato anterior passível de apreensão na realidade.

Para permitir o imediato cotejo das diretrizes gerais de tais compreensões e o ajuizamento acerca das suas adequação fática e bondade doutrinal, passar-se-á à expressão de um quadro sintético. Pretensão que, para ser satisfatoriamente cumprida, prejudica, por certo, qualquer exercício de reprodução exaustiva da plêiade de orientações, fazendo-se menção estrita a alguns exemplos emblemáticos de cada compreensão.

⁸⁷⁵ Fenomenologia é utilizada aqui no sentido da ciência que estuda os fenômenos (HUSSERL, *fenomenologia*, p. 25).

1. Síntese das propostas doutrinárias sobre a natureza e a causalidade da conduta omissiva

1.1. A conduta omissiva é um nada em termos naturais, reais e ontológicos

Identifica-se, em parte considerável da doutrina, a afirmação de que a conduta omissiva seria um nada («não-ser»),⁸⁷⁶ dado que nem apresenta uma existência corpórea natural, nem permite que a sua contribuição mecânica para a ocorrência de determinado resultado seja traduzida em grandeza energética.⁸⁷⁷ Considerando esses dois dados, alguns vão radicalmente ainda mais longe para argumentar no sentido do eventual equívoco que se trataria tomar a omissão como algo real⁸⁷⁸ ou, até mesmo, reconhecer nela alguma qualidade ontológica.⁸⁷⁹ Chega-se mesmo ao ponto de supor que «a ação pertence ao ser», ao passo que a «omissão ao dever-ser», uma vez que não seria possível conceber a omissão «sem a norma impositiva do agir».⁸⁸⁰

É, atualmente, indiscutível que a omissão não ostenta uma manifestação exterior apreensível pelos sentidos na forma própria em que se encontra nas forças naturais. Igualmente é correto que o aferramento ao paradigma do essencialismo-ativo, característico do mecanicismo naturalista, impôs que muitos autores acabassem por negar a existência real da omissão.⁸⁸¹ Todavia esse pontual consenso

⁸⁷⁶ NUVOLONE, *diritto penale*, p. 178 e 179; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 791, nm. 16.

⁸⁷⁷ Hart e Honoré consideram que esse seria um ponto de vista mais difundido no direito penal romano-germânico que no direito penal anglo-americano (HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 447).

⁸⁷⁸ MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 127; DIAS, *Direito Penal*, 37º Capítulo, p. 905, §2. De modo mitigado, referindo-se às causações por omissão como acontecimentos não «integralmente reais», ROMANO, *Commentario sistemático/1*, p. 375, nm. 36.

⁸⁷⁹ Em Portugal, CUNHA, «Das omissões lícitas», p. 79; na Espanha, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 673; no Brasil, LUNA, «causalidade na omissão», p. 326; D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 186-187.

⁸⁸⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 59, p. 132; D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 186-187.

⁸⁸¹ Essa constatação já consta, no essencial, em Everaldo Luna para quem a natureza omissiva é apenas jurídica, LUNA, «causalidade na omissão», p. 325-327.

não justifica extrapolar os seus limites no sentido de afirmar que a omissão seria um nada em termos reais e ontológicos.⁸⁸² Veja-se brevemente as razões.

O pressuposto de validade dessa orientação sustenta-se na premissa de que a realidade é restrita ao mundo natural mecânico das forças e energias externamente apreensíveis. Isto é, trata-se do estreitamento do âmbito ontológico, restringindo-o apenas àquilo que diz respeito à ontologia natural ou substancialista e, por consequência, tudo que dela difere passa a ser reputado como inexistente ou nada. E, assim sendo, resta eliminada toda viabilidade de reconhecimento ontológico da negação, da ausência e da falta de algo. Decerto, essa não é a noção de realidade cultivada pelas reflexões ontológicas mais recentes.⁸⁸³

Mesmo que se tome o resultado da conduta omissiva, como a ausência da ação de força, não se poderá concluir corretamente pela negação da realidade ontológica da omissão.⁸⁸⁴ Em última instância, caso a conduta omissiva fosse efetivamente nada, não seria sequer uma conduta e, por consequência, jamais poderia violar uma norma penal. Conforme bem ensina Jean-Paul Sarte, não é possível «definir o ser como uma presença», haja vista que «a ausência também revela o ser, já que não estar aí é ainda ser».⁸⁸⁵

E mais. A verdade é que a realidade ontológica do homem – como «ser que é» ou «ser que está» – impossibilita não só material, mas antes também logicamente, que ele possa existir (ser) e, concomitantemente, não existir (não-ser). O homem – na qualidade própria de um ser que é algo em absoluto – não é passível nem de nadificar-se, nem de deixar-se ser nadificado e, logo mais adiante, recuperar a sua existência. Uma vez nadificado, diante da sua negação em absoluto, não consegue

⁸⁸² É correto aquilo que já foi destacado por Vives Antón no sentido de que os defensores da concepção da omissão como um nada não explicam satisfatoriamente o modo pelo qual seria possível ser um nada ontológico (VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 601).

⁸⁸³ Por exemplo, Jean-Paul Sartre, refletindo sobre um «fenômeno de ser» ou uma «aparição do ser», define a ontologia como «a descrição do fenômeno de tal ser tal como se manifesta» e, portanto, aponta o erro de uma ontologia que inverte a primazia da existência pela essência (SARTRE, *O ser e o nada*, p. 19 e 28). Certamente o omitir como conduta e a omissão como fato social são fenômenos reconhecíveis na mais mezinha prática do cotidiano de uma comunidade, onde existe algum regramento de condutas.

⁸⁸⁴ SOFOS, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, p. 212.

⁸⁸⁵ SARTRE, *O ser e o nada*, p. 19.

voltar a ser novamente homem. Portanto, mesmo quando o homem se omite de praticar determinada conduta, não deixa de existir e estar em absoluto.⁸⁸⁶

O omitir não significa nem um nada em termos reais, nem uma intermitência na existência humana em termos jurídicos,⁸⁸⁷ pois o omitente é pressuposto fundamental da omissão, ou seja, é impensável a existência de uma omissão dissociada do autor da conduta omissiva.⁸⁸⁸ É exatamente por isso que, se for adotado um sentido amplo de ação mais abrangente que a tão somente manifestação exterior da conduta, não se poderá conceber igualmente a existência de uma completa e absoluta inação humana.⁸⁸⁹ Pois mesmo quando o autor supostamente nada teria feito, ele permaneceria a fazer algo em realidade.⁸⁹⁰

No que diz respeito à observação ontológica da conduta humana, a explicação que aqui se oferece em termos físicos naturais, encontra respaldo numa doutrina que não se pode afirmar como recente. Em Sigwart, já se depara a advertência que, em relação aos seres humanos, os comportamentos positivos e negativos unem-se numa unidade de difícil separação, o que também é seguido pelo seu discípulo Rümelin.⁸⁹¹

Para além disso, não são irrelevantes as provas da existência da omissão colhidas nas narrativas cotidianas dos processos em julgamento nos tribunais, até porque a operacionalidade designativa do conceito requer uma minimamente razoável determinação do sentido daquilo que pretende ser comunicado. Não contrariar esse dado já seria o suficiente para afirmar que se trata de algo presente,

⁸⁸⁶ De certo modo, essa compreensão pode ser encontrada, no essencial, em v. Bar, quando afirma corretamente que uma «absoluta negação é uma real impossibilidade», porque o «homem», numa situação na «qual ele é inativo, faz certamente algo e mesmo por meio do sono, onde teria existido dever de guarda» (*wo Wachen Pflicht gewesen wäre*), pode alguém fazer-se responsável» (v. BAR, *Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 96-97). E, já antes, em Glaser, quando chamava atenção de que «o homem está em íntima relação com o seu meio, que a sua pura existência e o próprio curso de suas funções corporais produzem mudanças» (GLASER, *Abhandlungen*, p. 296).

⁸⁸⁷ BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, p. 104-105.

⁸⁸⁸ Ponto esse que foi bem destacado por Engisch e, depois, Armin Kaufmann (KAUFMANN, «Unterlassung und Vorsatz», p. 214 e, anteriormente, KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 61).

⁸⁸⁹ Justamente por ter consciência dessa realidade, Hruschka empreende a questionável expressão que – ao invés de afirmar apenas à impossibilidade de conceber uma inação absoluta – indica ser inconcebível um «omitir absoluto», HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 63.

⁸⁹⁰ Esse é o pressuposto fundamental da doutrina do *aliud agere*. Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 1.

⁸⁹¹ RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe*, p. 150. E, na Itália, ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 222 e ss.

ao menos, como linguagem. Por conseguinte, se eventualmente a intenção fosse insistir na qualificação da conduta omissiva como “não ser”, dever-se-ia dizer – por rigor analítico e fidelidade à realidade – que melhor teria a sua expressão como um “não ser que é” algo, algo sabidamente utilizado na linguagem do cotidiano e dos tribunais.

A derradeira prova da existência da conduta omissiva, por mais paradoxal que pareça, pode ser colhida nas narrativas dos autores que argumentam em prol da suposta ausência da realidade omissiva. Aceitam a existência da omissão justamente quando acabam por admitir que o omitir se manifesta num plano de realidade normativa.⁸⁹² Ora, enfatizar tal conclusão e evitar o pleonasma, obriga ser breve: o qualificativo normativo não torna a existência da omissão irreal. E ainda, caso o problema específico do reconhecimento da natureza da conduta omissiva tivesse sua circunscrição adstrita ao nexos de causalidade, seria oportuno acrescentar que a causa negativa é tão própria da realidade natural dos fenômenos físicos, quanto a causa positiva, correntemente apreciada como sendo a única e verdadeira causa do resultado.⁸⁹³

Ademais, o entendimento que acolhe a ação no âmbito da realidade do ser e remete à omissão ao plano do dever ser acaba por renegar a própria dimensão fenomênica da omissão, bem como a presença real da norma que lhe é pressuposta. É necessário distinguir a norma preceptiva do sentido do comando normativo, a fim de trazer mais precisão à explicação. Decerto toda e qualquer qualificação de uma conduta a título de omissiva requer a existência anterior e indiscutível da norma preceptiva que comanda a realização de determinada ação. O sentido do comando da norma preceptiva indica a forma como o destinatário deverá se comportar – o que justifica o tratamento como um dever ser –, mas isso não se caracteriza como algo diferente ao que ocorre nas normas proibitivas.

O fato de o sentido do comando normativo efetivar-se como dever ser não implica que a norma instituinte do comando normativo seja por si mesmo apenas um dever ser. A norma preceptiva somente adquire vigência, capacidade de

⁸⁹² Por exemplo, num dos precursores da doutrina normativa, v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 137, p. 259.

⁸⁹³ Para mais detalhes, ver Ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.3.

orientação e sancionamento de condutas, quando supera o plano ideal ou hipotético de constituição da norma para concretizar efetivamente como norma já presente e perceptível pelos destinatários. A própria coercibilidade do comando mandamental depende que a norma não seja uma hipótese, mas antes uma realidade. Por fim, a conduta omissiva é um fenômeno do mundo real que a norma jurídica não cria, mas assume como seu objeto de orientação, sendo sempre possível fazer a distinção entre o mandamento legal de agir e a conduta omissiva. Isso remete, no fundo, à outra diferença de base, aquela encontrada entre o fenômeno omissivo e a valoração jurídica que se faz do fenômeno omissivo.⁸⁹⁴

1.2. A conduta omissiva só existe como realidade jurídico-axiológica

Acerca da descrição da conduta omissiva, uma parte da doutrina – também apegada ao conceito ativo-essencialista de causa, ostensivo no mundo mecânico-naturalista – encontra na dimensão da juridicidade a única via possível para explicar o fenômeno. Nem o omitir, menos ainda o nexo de causalidade entre o omitir e o resultado apresentariam outra natureza e outro fundamento que não aqueles criados e conformados pelos interesses envolvidos na atividade de produção legislativa.

Mais do que uma qualquer normatividade instituída, o fenômeno omissivo em sentido amplo teria o seu próprio significado advindo da intervenção jurídica. Em outras palavras, para a identificação do desvalor da conduta não bastaria a prévia existência de uma normatividade-axiológica, mas dependeria especificamente de uma normatividade jurídico-axiológica. A ponto de chegar-se mesmo a dizer que «a omissão é um conceito jurídico-penal».⁸⁹⁵

⁸⁹⁴ PULITANÒ, *Diritto penale*, p. 221-222.

⁸⁹⁵ LUNA, «causalidade na omissão», p. 327, supostamente influenciado por Reinhard Maurach – como se pode perceber em outros pontos do seu pensamento –, que afirmou expressamente ser a «omissão uma categoria jurídica» nas edições de 1965 e 1971 do seu manual (respectivamente, MAURACH, *Deutsches Strafrecht/1965*, p. 498 e MAURACH, *Deutsches Strafrecht/1971*, p. 586). Essa compreensão só veio a ser reparada com a ampla reformulação do manual proposta por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf na 5ª edição de 1978, quando foi devidamente reconhecido o «significado do conceito ôntico de omissão» e dos «critérios pré-jurídicos» (MAURACH; GÖSSEL; ZIPF,

O entendimento de que a omissão obteria estruturação na realidade por meio da força instituinte do direito contempla parcialmente a descrição do fenômeno omissivo. Sem qualquer dúvida, o direito é capaz de avaliar o deixar de praticar uma conduta como sendo um não fazer juridicamente relevante, o que, por via inversa, é capaz de determinar o sentido do comando de agir. Entretanto a instituição do dever de intervir pelo direito não se trata da característica essencial da conduta omissiva. Até mesmo porque, como já foi bem afirmado por Armin Kaufmann e seguido por Wolfgang Schöne, a valoração jurídica não «faz algo a partir do nada», mas, sim, pode «a partir de algo», fazer «algo valorado».⁸⁹⁶ Especificamente, no caso da conduta omissiva, a valoração jurídica reconhece outra valoração que lhe antecede, como ensinara Mezger⁸⁹⁷ e bem observou Sousa e Brito.⁸⁹⁸

O omitir, antes mesmo da intervenção legislativa do direito, é a conduta de descumprimento da expectativa comunitária contida no comando de uma norma, *v.g.*, ética, moral ou religiosa. Nesse plano específico, se está a pressupor os elementos necessários para a instituição normativa – objeto, comando, destinatário – sem que se exija o rigor material e a pormenorização próprios da normatividade jurídica ou, ainda mais intenso, jurídico-penal. Agora com isso não se quer dizer que o descumprimento do comando por si só não manifesta desvalor comunitário, mas antes apenas que a assunção de relevância penal a determinado comportamento observa requisitos técnicos para conferir legitimidade ao eventual anseio criminalizador.

Portanto, a noção de omissão é dependente da existência de uma norma, contudo não propriamente uma norma jurídica. Isto é, a sua existência ocorre num plano do real-construído em sentido amplo que não necessariamente se reporta à realidade juridicamente construída. Particularmente, a omissão jurídico-penal somente existe como qualificação normativo-penal da negação da norma, que

Strafrecht/1978, p. 121 e 126). No sentido de que não existe uma omissão «pré-jurídica», GALLAS, «Stand der Lehre vom Verbrechen», p. 9.

⁸⁹⁶ KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 49; SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, p. 7. É esse também o entendimento de Arthur Kaufmann em KAUFMANN, «ontologische Struktur der Handlung», p. 103-104.

⁸⁹⁷ MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 137.

⁸⁹⁸ BRITO, *crime omissivo*, p. 85.

reconhece o dever ético de agir e, a partir disso, impõe o dever jurídico de agir para impedir o resultado perigoso a certo valor jurídico-penalmente valioso.

1.3. A causalidade é um processo descritivo da ação de força de um elemento sobre outro

Na base do que foi tratado no ponto anterior, consta o frequente entendimento de que a relação de causalidade é um processo que descreve a ação de força de um elemento sobre outro.⁸⁹⁹ Isto é, o antecedente, para ser considerado causal, deve manifestar obrigatoriamente propriedades genéticas ativas e virtudes produtivas, na forma prescrita pelo conceito eficiente de causa.⁹⁰⁰

Ainda mais restritivo, o conceito essencialista apresenta a causa como elemento que carregaria intrinsecamente algo indicativo do resultado que acionaria no mundo natural, como se fosse um sujeito que indicasse – antecipadamente em si – algo acerca do seu inevitável predicado. Em perfeito acordo com a noção acima trabalhada e quase como uma especificação dela derivada, tem-se a idéia de que a «causalidade liga mudanças com mudanças», sendo assim se estaria autorizado a concluir que «a não ocorrência de uma mudança pode ser tão pouco efeito quanto causa».⁹⁰¹

Caso se tome a expressão do fenômeno causal apreensível pelos sentidos, a primeira parte do asseverado parece estar correta, todavia não se pode concordar com a conclusão, em razão da redução do âmbito de observação. Para ampliar a análise, necessita-se fazer retroceder a investigação. Se é verdade, como já afirmou Schopenhauer, que «toda mudança no mundo material só pode ocorrer, contanto que tenha acontecido uma outra imediata a ela»,⁹⁰² igualmente correto é o fato de

⁸⁹⁹ Pelo que tudo indica, esse é o entendimento pressuposto na argumentação de Dopico Gómez-Aller no sentido crítico à capacidade causadora de resultados devaliosos pela omissão (DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 30).

⁹⁰⁰ Assim, PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 63 e 122.

⁹⁰¹ STREE; BOSCH, «§13 Begehung durch Unterlassen», nm. 61, p. 221.

⁹⁰² SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, p. 499, seguido por HAUPT, «Unterlassungsdelikten», p. 534.

que não se pode atribuir a ocorrência das mudanças estritamente à existência de forças em prol do evento.⁹⁰³

Sabidamente a realidade mecânica é composta por forças em sentidos diversos e, muitas vezes, mesmo em sentidos opostos. Por essa razão se deve constatar que as leis causais têm capacidade explicativa não apenas em espaços onde os vetores de força reinam absolutos diante da inexistência de qualquer oposição, mas também naqueles em que resultam vencedores na disputa com outros com menor intensidade. Em ambas hipóteses, está pressuposta a verdadeira importância da ausência do impedimento.

A descrição da lei causal, por conseguinte, não pode ser consumada sem a menção de que a energia positiva empreendida não encontrou obstáculo para a consecução do resultado.⁹⁰⁴ É possível testar a correção dessa assertiva por meio de casos, vejamos dois exemplos. Primeiro, um atirador dispara uma minipistola, com alcance útil estimado em cinquenta metros, que atinge a vítima localizada à distância de três metros. Segundo, o mesmo atirador, utilizando a mesma minipistola, realiza o disparo numa suposta vítima localizada à distância de aproximadamente quatrocentos metros.

Antes de mais nada, seria excessivo propor aqui a revisão dos conceitos da teoria geral da mecânica e, sobretudo, como a cotidiana interação humana com o ambiente não deixa de acontecer conforme esses princípios, mesmo quando não se tem consciência exata da explicação desse funcionamento. Necessário é ter presente que a interação do homem com o mundo físico acontece num processo cognitivo de redução de complexidade. Isto é, a imensa maioria das pequenas atividades cotidianas são realizadas com a clara intenção de obter alguma consequência específica, sem que se estude ou reflita de antemão como é que o resultado acaba por ser obtido. O agente, por meio da sua experiência, prevê a obtenção do resultado que está habituado, mas, por muitas vezes, desconhece exatamente qual processo mecânico acontece para que a ação humana resulte naquilo.

⁹⁰³ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 31.

⁹⁰⁴ Semelhante no essencial, ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 30 e, depois, SOFOS, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, p. 213.

Visto isso é despidendo discutir que o perigo ao qual o bem jurídico está submetido é incomparável em termos objetivos em ambos os casos, pois não há paralelismo em relação à capacidade ofensiva da minipistola considerando vítimas localizadas em distâncias muito diversas. Dir-se-á acertadamente, no segundo caso, que a arma era incapaz de atingir o alvo e, portanto, causar o dano. Agora o que consta subentendido nessa afirmação é que, na distância em questão, o projétil da arma não teria aptidão para vencer o atrito do ar.

Fora de questão está o fato de que é costume, mesmo na própria descrição técnica da arma pelo fabricante, referir apenas ação positiva que a arma pode desempenhar no ambiente, nomeadamente o alcance útil. Todavia, jamais se pode olvidar que em realidade o alcance útil da arma de fogo significa a capacidade da arma em expedir determinado projétil e fazê-lo chegar ao alvo mesmo sofrendo a ação contrária do atrito do ar. Para a identificação do alcance são igualmente essenciais tanto a potência da arma, quanto a resistência imposta pelo ar.

E mais, o exemplo do motorista que freia o carro numa pista seca ou molhada permite agregar ainda mais uma variável que evidencia o que se está a tratar. Para além da velocidade de tráfego do motorista, deve ser considerada a capacidade dos freios em reduzir a velocidade em prol da interrupção do curso do veículo e também o grau de atrito que a aspereza da pista pratica nas rodas do carro. Somente a indicação da propriedade do sistema de freios para a diminuição da velocidade não pode ser tomada como único elemento em consideração e menos ainda como algo invariável diante do ambiente de inserção do automóvel. Pois certamente ela toma também por base um nível de atrito das rodas que é tão essencial para o resultado desaceleração, quanto a força acionada na engrenagem da roda para parar o veículo.

Os princípios causais são costumeiramente narrados na forma de uma ação positiva, o que, por vezes, passa a falsa impressão de que condições negativas deveriam ser mostradas como positivas para poderem figurar na explicação causal.⁹⁰⁵ A verdade é que a descrição da relação de causalidade se dá incompleta ao contemplar tão somente o vetor de força que venceu as influências e os obstáculos de outros vetores no processo de causação do resultado. A compreensão integral da

⁹⁰⁵ HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 449.

causalidade do mais comezinho fenômeno não se perfeitibiliza na ação de um elemento sobre outro. Em realidade, o que se tem descrito na lei causal é a ocorrência de determinado resultado devido à confluência de elementos positivos, que mecanicamente o impulsionaram, e elementos negativos, que fazem existir a ausência de impedimento do transcurso da força.⁹⁰⁶

1.4. O omitir não é propriamente causar, mas apenas deixar o fluxo normal das coisas acontecer

A verificação da capacidade causadora das condutas penalmente relevantes tem decerto a sua sustentação alicerçada na noção do nexo de causalidade. Mais especificamente, a essência do nexo entre a conduta e o resultado pressupõe uma determinada concepção de conduta e de resultado, o que, por conseguinte, permite indicar as condutas cobertas e as excluídas pela abrangência do conceito de relação causal.

Alguns têm polarizado a leitura da lei da causalidade equivocadamente – como se viu no item anterior – nos limites estritos manifestados pelo transcurso da energia mecânica como força motriz, o que sabidamente exclui a viabilidade do reconhecimento do omitir como causador de fenômenos. Segundo essa orientação, a omissão seria simplesmente «não impedir» ou deixar o curso das coisas acontecer.⁹⁰⁷ Sendo assim, ao passo que a conduta comissiva desempenharia um nexo causal com o resultado – passível de verificação por meio de um juízo explicativo –, a relação entre a omissão e o resultado seria de natureza diversa, permitindo apenas a convocação de uma avaliação sustentada numa «estrutura lógica prognóstica».⁹⁰⁸ Seguindo o entendimento de que a omissão não consistiria em uma «verdadeira e própria forma de causalidade», chega-se mesmo a admitir que a dita «causalidade normativa» não passaria de uma mera «técnica de imputação objetiva

⁹⁰⁶ Para maior pormenorização, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.3.

⁹⁰⁷ FIANDACA, «Omissione», p. 555; STREE; BOSCH, «Begehung durch Unterlassen», p. 221, nm. 61; DONINI, «garantismo della ‘conditio sine qua non’», p. 921.

⁹⁰⁸ VIGANÒ, «Riflessioni sulla c.d. ‘causalità omissiva’», p. 1681; FIANDACA, «Omissione», p. 555.

do resultado pensada para fazer frente às específicas exigências da responsabilidade penal». ⁹⁰⁹

A dedução é de que o omitir seria não impedir ou deixar o fluxo normal das coisas acontecer, embora formalmente coerente com a premissa inicial da qual parte nem é correta em termos materiais, nem oferece uma solução satisfatória para o problema da imputação do resultado omissivo. A fundamentação dos critérios de imputação penal no reconhecimento do nexos causal de natureza ontológica não pode ser cumprida por meio de um mero substitutivo jurídico-normativo.

O problema dessa orientação localiza-se justamente na premissa de base da qual arranca lastreada numa compreensão incompleta da realidade. Caso se reconheça a integralidade da relação de causalidade, desfaz-se a aparência de que os resultados seriam causados apenas por elementos positivos. A contribuição negativa – diga-se, a não intervenção no curso da força mecânica – é tão essencial quanto o primeiro acionamento da força mecânica. Logo não há razão para manter essa noção restritiva de causalidade.

1.5. A causalidade do agir e a do omitir só podem ser ontologicamente diversas

Para uma parte da doutrina, caso se viesse a admitir a possibilidade de denominar a relação entre a conduta omissiva e o resultado como sendo causal, o nexos deveria ser ontologicamente diverso daquele concebido nos crimes comissivos. ⁹¹⁰ O fazer e o não fazer guardariam diferenças constitutivas essenciais que acabariam por se refletir no eventual liame que se pretendesse identificar entre a conduta penal e o resultado desvalioso. ⁹¹¹ Conforme esse entender, o fazer seria

⁹⁰⁹ FIANDACA, «Omissione», p. 555. Em momento posterior, Fiandaca acentua o «caráter acentuadamente hipotético da causalidade omissiva» (FIANDACA, «causalità e imputazione obiettiva», p. 955).

⁹¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 46.

⁹¹¹ Fiandaca acredita numa diversidade ontológica entre as duas condutas que imporia inapelavelmente distintos critérios de imputação, os crimes omissivos impróprios ao invés de uma «verdadeira e própria causalidade» teria apenas uma «causalidade em sentido hipotético-normativo-finalístico», sem qualificação como uma «categoria do ser (semelhante a uma energia física)», de

apto a receber cobertura por uma lei físico-mecânica, por pressupor uma «energia ‘positiva’ ativa», ao passo que restaria ao não fazer apenas se limitar a uma «relação legal»⁹¹² ou buscar a construção de um nexo de outra qualidade.⁹¹³

Seguindo nessa linha de raciocínio, alguns entenderiam que, se a essência da omissão é jurídico-normativa, não haveria itinerário coerente para além daquele que indica a obrigatoriedade de aceitação da relação de causalidade com o resultado delitivo também sendo jurídico-normativo. O argumento poderia ser eventualmente refinado, em termos de harmonização das premissas, com a seguinte expressão. Se o que realmente importa na constituição do ilícito é somente o resultado ofensivo reconhecido pelo direito (resultado jurídico) e igualmente se a conduta omissiva relevante é somente aquela que contraria o comando para agir contido na lei penal, não haveria razão para se seguir a investigar uma causalidade de outra ordem que não a normativa.

Ocorre que tais considerações atingem apenas a camada mais superficial da concepção e do apuramento metodológico das categorias penais. Que os conceitos da teoria penal são normativos afigura-se livre de significativas dúvidas na atual dogmática, todavia que obrigatoriamente devem ser apenas normativamente constituídos – sem reconhecer ou minimamente considerar as estruturas previamente existentes à intervenção jurídico-penal – é algo bastante questionável.⁹¹⁴ Em específico, descuidar das diretrizes fornecidas pelos elementos da realidade pré-jurídica pode mesmo ser minaz à qualidade e aos fundamentos da investigação do conteúdo material da relação que a conduta de omitir mantém com o resultado delitivo.

Talvez em virtude da discutível presunção de que o objeto da atenção do jurista é a causalidade reconhecida pelo direito, aquela adequada aos fundamentos e às finalidades da juridicidade, acreditar-se-ia vê-lo desonerado do encargo de conhecer e saber indicar como melhor reconstruir o fato *sob judice*. E, portanto, se

natureza misteriosa entre a «metafísica e epistemologia» (FIANDACA, «causalità e imputazione obiettiva», p. 954-955 e 959). A argumentação do autor manifestamente reduz a qualidade ontológica apenas daqueles elementos com características ônticas próprias da dinâmica dos fenômenos cinéticos.

⁹¹² ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 43, p. 641.

⁹¹³ Assim, por exemplo, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 19-20 e, em Portugal, CUNHA, «críticas sobre a omissão imprópria», p. 506.

⁹¹⁴ Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.1.

poderia mesmo assumir, num raciocínio cíclico e acabado, que a causalidade derivaria da própria proibição penal da conduta. Enquanto, todavia, o correto seria admitir que o direito penal, como incriminador de condutas, procede a positivação legal por meio de seleção de fenômenos de uma realidade comunitária.

A leitura da bibliografia especializada indica que, poucas vezes, se percebe devidamente que a causalidade negativa – entendida como ausência do impedimento da ação da força positiva – independe da seleção ou do julgamento que o direito faz da circunstância fática específica. A qualificação de determinado elemento componente do curso causal como sendo de relevância jurídica não altera a sua condição ontológica prévia ao direito. O direito apenas fragmentariamente identifica e recorta aquilo que axiologicamente é mais significativo.

Por fim, alguma diferença é perceptível nos tipos de fenômenos manifestados propriamente pela ação e pela omissão, ao passo que a ação indica uma energia positiva; a omissão, a falta da energia positiva. Todavia a causalidade de ambas se baseiam igualmente em um dos componentes da lei causal.

2. A lei da causalidade e o seu reconhecimento pela norma jurídica

«Cerca-nos uma Natureza inconsciente, impassível,
mortal como nós, que não nos entende, nem sequer nos vê,
e donde não podemos esperar nem socorro nem consolação.
Só nos resta para nos dirigir, na rajada que nos leva, esse secular preceito,
suma divina de toda experiência humana – *ajudai-vos uns aos outros!*»
(Eça de Queirós - *A correspondência de Fradique Mendes*, 1900)

Vencida a tarefa de identificar sinteticamente os obstáculos e, talvez mesmo, as aporias que determinadas compreensões doutrinárias impõem ao desafio dogmático de fundamentação e de delimitação dos crimes omissivos, é a vez de chegar ao espaço propositivo. Em virtude da metodologia utilizada nesta exposição, já é possível antever alguns traços grossos a partir do que até aqui ficou assentado. Trata-se do momento de empregar esforço na identificação e na diferenciação do

que é realmente essencial e, mais adiante, no aprofundamento do conhecimento e da explicação desses alicerces como num movimento de retorno às bases.⁹¹⁵

A investigação sobre as causas do fenômeno consiste na busca da razão pela qual se deu o resultado, até mesmo porque se reconhece, em sentido amplo na filosofia, que não é possível existir algo sem uma razão prévia para a sua ocorrência. Tal consciência encontra-se expressa em duas sentenças latinas, nomeadamente «nada existe sem razão» (*nihil est sine ratione*) e igualmente «não há efeito sem causa» (*nullum effectum esse absque causa*).⁹¹⁶ O sentido contido nas sentenças pode ser abordado de diferentes formas, parte-se aqui para o enfrentamento da viabilidade da proposta em dois planos complementares de análise: um de coerência lógico-analítica e outro cognitivo ontológico.

2.1. Observação nomológica e jurídico-metodológica a partir do problema da vigência da lei causal. O limite externo ao sentido e à eficácia do direito

Assunto que consta intensamente conflituoso, na filosofia do direito e na dogmática jurídico-penal contemporânea, diz respeito à interação da normatividade jurídica com a realidade prévia ou transcendente ao direito.⁹¹⁷ É algo que toca no tema maior – e ainda não muito explorado cientificamente – da teoria da legislação

⁹¹⁵ Assim foi a proposta intelectual empreendida em COSTA, «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica», p. 7-8. Mas sem que esse retorno às bases implique um injustificado e forçoso reviver do passado ou mesmo na obliteração da espiral hermenêutica reduzida a movimentos circulares. Sobre a reflexão jurídica dentro de uma espiral hermenêutica, ver COSTA, *O perigo*, p. 173 e 229.

⁹¹⁶ Heidegger refere as frases na formulação contida no tratado *Primae veritates* de Gottfried Leibniz (HEIDEGGER, *A essência do fundamento*, p. 18).

⁹¹⁷ Especificamente em relação ao direito penal, são vários e diversificados os pontos de interação entre a juridicidade e a realidade prévia à juridicização, aqui se apresenta apenas três exemplos dois a respeito do ilícito, nomeadamente a teoria do bem jurídico (*v.g.*, D'AVILA, «teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos», p. 19) e a verificação seletiva e transformadora da conduta ofensiva ao valor em conduta ofensiva penalmente relevante, e, um terceiro, acerca das causas de exclusão do juízo de culpabilidade fundado na afetação da capacidade de culpa do autor da conduta (*v.g.*, HASSEMER, «Neurociências e culpabilidade», p. 223-224). Particularmente, sobre o último exemplo, expressiva é a explicação de Moura que destaca a diferença dos planos de entendimento do fenômeno do excesso de legítima defesa, num primeiro, a «dimensão psicológica» e, num segundo, a «dimensão axiológica» (MOURA, *excesso na legítima defesa*, p. 126 e 274).

penal,⁹¹⁸ o que certamente não é apenas um assunto do interesse da ciência política e da criminologia. A sua essencialidade para o jurídico reside no fato de que a produção da boa legislação é indispensável para a justa e correta realização do direito no caso em concreto.

Nesse espaço de dúvidas, emergem algumas questões fundamentais, que vão acompanhar este estudo em diversas oportunidades: estaria o direito penal independente da estrita e rigorosa observância da realidade prévia nas suas construções político-normativas? Seria a noção de realidade perfectível meramente no mundo físico tangível ou, para além disso, também se teria uma realidade cultural mesmo com afloramentos normativos, *v.g.* ética, moral? E mais, quais os fins buscados pelo direito e o que isso implica no que diz respeito ao seu comportamento diante do real, na sua conexão com a realidade? Seria exatamente a eficácia da proposição normativa descritiva, no sentido de orientação motivacional do destinatário da norma, «completamente indiferente ao seu valor-de-verdade»⁹¹⁹?

Antes de mais nada, na dogmática penal contemporânea, é necessário atentar aos pressupostos filosóficos e aos horizontes nos quais as ideias são apresentadas para não se perder a distinção fundamental da orientação do direito penal que agora se propõe diante daquela aventada no auge das propostas do positivismo naturalista no século XIX. Existe uma diferença não despreciada entre o mecanicismo do naturalismo jurídico-positivista e uma concepção do direito penal que encara os limites ontológicos, naturais e mecânicos, a que está sujeito o ordenamento penal.⁹²⁰

⁹¹⁸ A teoria da legislação em geral não tem sido grande objeto de consideração da metodologia jurídica tradicional devido à pouca importância concedida ao processo legislativo diante da prioridade na identificação do método de determinação do direito em concreto tanto no direito natural, no jusnaturalismo, quanto nos positivismos jurídicos (KAUFMANN, *Filosofia do direito*, p. 24-25, 123-124). Mesmo assim, alguns precursores que empreenderam esforços nessa matéria não podem ficar sem ser referidos, Montesquieu (*v.g.*, MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, p. 214-215 e 652-653), Beccaria (*v.g.*, BECCARIA, *Dos delitos*, p. 71, 154-155), Jeremy Bentham e Filangieri. Sobre a teoria da legislação em geral, ver CANOTILHO, «teoria da legislação penal», p. 827 e ss. e, mais adiante, CANOTILHO, «teoria da legislação», p. 7 e ss.

⁹¹⁹ VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 62.

⁹²⁰ Mesmo quando abordado com intuito de refletir metodologicamente sobre o caráter científico do direito penal, o problema do fundamento ontológico nem sempre tem recebido a atenção merecida. Parte da doutrina tende a reduzir as hipóteses de reconhecimento ontológico e desenvolvimento categorial a partir de elementos prévios ao direito penal aos limites teóricos próprios do finalismo de Hans Welzel, assim SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», p. 22-23; ROXIN, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie», p. 423, 426-427; AMBOS, «100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“», p. 466.

Há casos em que não existe qualquer dúvida acerca do espaço ao qual está confinada a criação da atividade jurídica. Tome-se um exemplo breve e expressivo. O direito não apresenta a menor condição de refutar ou mesmo de mitigar a vigência da lei física da ação e reação, a partir dos meios de que dispõe. Isto é, não é possível, por meio de leis e costumes, que compõem uma realidade construída, alterar a imperatividade da reação com a igual intensidade de força e no sentido contrário ao qual a ação foi realizada.

Esse plano de observação e compreensão do real é, até então, apenas objetivo, pois independe de qualquer juízo ético ou valorativo que possa ser feito.⁹²¹ Nesse sentido, tanto a criança que lesiona a cabeça, ao tropeçar e se chocar com a superfície rígida do chão, quanto o simples ato de amassar batatas cozidas com o garfo estão sob a regência da mesma regra. E, assim, conforme esse plano, não está em reflexão que o primeiro resultado é involuntário e desvalioso, ao passo que o segundo é, ao contrário, intencional e valioso. Igualmente o mesmo poderia ser dito em relação ao que ocorre com a lei da gravitação universal, o peso dos objetos é conferido pela atração gravitacional da terra e por isso os corpos tendem a cair, puxados pela força centrípeta do planeta, independente da percepção, da vontade ou do juízo humano sobre o fenômeno.

Enfim, são leis naturais que o direito não pode negar.⁹²² Mesmo quando as desconhece, o sentido e a eficácia de toda disposição jurídica dependem, ao fim de contas, que não as contrarie. Uma vez que inevitavelmente interage com essas leis, não cabe ao direito penal muito mais do que tentar, da melhor forma possível, reconhecê-las pela mediação das suas categorias jurídico-normativas ou, em outras palavras, jurídico-valorativas.

⁹²¹ Isso não quer dizer que a observação, a descrição dos fenômenos e a síntese do conhecimento em eventuais leis não esteja sob a influência e em acordo com os limites de interação que o observador mantém com a realidade. Nem mesmo que a seleção cognitiva realizada na observação possa estar livre de uma qualquer avaliação axiológica daquilo que foi priorizado. Tal consciência encontra-se, por exemplo, em Heidegger quando refere a passagem de Heisenberg, para quem a relação existente entre a ciência da natureza e a técnica seria própria do «escoramento recíproco» (HEIDEGGER, *Língua de tradição*, p. 23).

⁹²² A noção de lei natural aqui trabalhada não é aquela encontrada em Montesquieu, como «leis da natureza». Essas seriam derivadas «unicamente da constituição» do próprio ser do homem e teriam como seus exemplos a «paz», a «procura por alimentos», o «compromisso natural que sempre fazem um com o outro» e o «desejo de viver em sociedade». Todavia é preciso reconhecer alguma semelhança no sentido de serem leis que se reportam a fenômenos que ocorrem «antes de todas as leis» e «do estabelecimento das sociedades» (MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, p. 130-131).

A verdade é que a legitimação do direito como um todo e as finalidades político-jurídicas que se pretende atingir têm esses limites exteriores de toda a realização do direito como dados imprescindíveis. Nesse contexto, descurar a ciência penal, conformadora do direito penal na expressão de disciplina jurídico-normativa e realidade fenomênica sobre o crime e a pena,⁹²³ das possibilidades e dos limites de compreensão e fundamentação do direito penal que o mundo material oferece não é a mais sensata e adequada orientação a ser tomada.⁹²⁴

Para melhor entender a complexidade da realidade que está em questão, urge convocar uma distinção em dois planos. São planos que se entrecruzam a compor igualmente a realidade circundante ao observador penalmente interessado, razão pela qual não são suscetíveis de avaliação conforme uma suposta diferença de grau de expressividade do real.⁹²⁵

O plano do «real-verdadeiro»⁹²⁶ é aquele próprio da ontologia material perceptível pelos cinco sentidos e das forças da natureza capazes de constatação segundo os referenciais de medidas das ciências exatas. São os objetos materiais e fenômenos humanos com expressão na realidade concreta, nomeadamente elementos visíveis, audíveis, tocáveis, cheiráveis e degustáveis. Já o plano do «real-construído»⁹²⁷ refere-se a uma realidade de menor densidade e espessura em que as coisas não têm a concretude de objetos sujeitos às grandezas métricas, possuem uma natureza mais sutil que exige maior sensibilidade para a sua percepção e descrição. São frutos imateriais da criação humana estudados pela ontologia, de modo que não se duvida de que efetivamente existem, como é o exemplo das práticas culturais e, entre elas, especialmente, o direito, a ética e a moral.

⁹²³ COSTA, *Noções fundamentais*, §105, p. 70.

⁹²⁴ No contexto dos limites do direito penal dentro do conjunto denominado «ciência total do direito penal (total)», o que faz ser também aqui integralmente adequadas as conclusões, Faria Costa já afirmou que o direito penal não é uma «realidade isolada, separada de outras realidades» (COSTA, *Noções fundamentais*, §107, p. 70).

⁹²⁵ COSTA, *O perigo*, p. 317.

⁹²⁶ Para mais informações sobre o real-verdadeiro em contraste com o real-construído, ver COSTA, *O perigo*, p. 317, 396, 511 e 564-565.

⁹²⁷ Para mais informações sobre o real-construído em contraste com o real-verdadeiro, ver COSTA, *O perigo*, p. 317, 396, 511 e 564-565. Especificamente em relação ao direito, noção não distante do real-construído de Faria Costa é o que Engisch denomina como sendo sendo «a realidade social 'performada'» (*sozial 'vorgeformte' Wirklichkeit*), própria da imagem do mundo do jurista (ENGISCH, *Weltbild des Juristen*, p. 12).

Diante disso não se pode anuir nem com uma dogmática jurídico-penal que apenas identifique e descreva conceitos teóricos – com suposta neutralidade axiológica – a partir de elementos naturais, segundo o procedimento próprio do positivismo naturalista, nem mesmo com uma concepção dogmática de inspiração neokantiana que pretende superar o positivismo, ao propor uma divisão radical em dois reinos: o puro natural e o puro cultural. Cada reino teria as suas estruturas próprias e independentes. Segundo tal divisão a ciência jurídica, situada no reino cultural, criaria as suas categorias com base num método autônomo de «conversão» do material empírico do reino natural para a valoração do reino da cultura.⁹²⁸

Igualmente a criação teórica da ciência jurídica não se perfaz numa mera intenção teleológica, que tomaria como base a estrutura causal mecânica como suporte para a, apenas posterior, consecução da sua leitura valorativa e realização dos seus interesses no sentido vertido pelo finalismo. É preciso atentar que a estrutura ontológica da realidade não se restringe ao mundo natural, dado que, no mundo cultural, também há elementos com conteúdo ontológico. Justamente em razão disso que uma idealística distinção entre ontologia – como suporte estrutural para a valoração – e axiologia – como significação valorativa do suporte – não faz sentido. Ademais, desde a determinação dos cursos causais que importam ao direito penal, está presente uma abordagem axiológica, que se manterá presente durante toda a avaliação e classificação jurídica que se fará do fenómeno causal.

É precisamente na interação entre os planos do real-verdadeiro e do real-construído que se situam as maiores controvérsias, sobretudo, aquela que aqui mais interessa, acerca das relações e dos limites constitutivos existentes entre eles. Ao que tudo indica, o sentido da conformação do real-construído não ocorre absolutamente livre de uma certa constrição no que diz respeito aos limites máximos do espaço de criação postos pelo real-verdadeiro. Isto é, o próprio reconhecimento comunitário do real-construído depende de alguma maneira de uma certa aderência ao ambiente que é dado pelo real-verdadeiro.

A constatação dessas barreiras às possibilidades estruturantes do real-construído a partir do real-verdadeiro não significa que aquele seja apenas uma decorrência ou desdobramento orgânico das linhas gerais contidas neste. Muito pelo

⁹²⁸ Em sentido crítico, WELZEL, *Naturalismus*, p. 47.

contrário, o próprio conhecimento e o relacionamento consciente do homem com o real-verdadeiro moldam-se de acordo com a qualificação da capacidade cognitiva à disposição. O conhecimento histórico aponta uma série de exemplos de mudanças na cultura decorrentes do impacto de descobertas e do melhor conhecimento dos fenômenos no real-verdadeiro.⁹²⁹

Com isso se quer mostrar apenas que o real-construído goza de autonomia parcial na constituição da sua própria realidade e, em razão disso, não está sujeito ao integral e absoluto conhecimento do real-verdadeiro em toda a sua complexidade e riqueza informacional. Todavia não se pode esperar amplo reconhecimento comunitário e, acima de tudo, eficácia de uma construção normativa que contrarie frontalmente a verdade dos fatos, como, por exemplo, – levantando-se uma hipótese absurda – a norma jurídica pretender revogar a atração dos corpos para o centro da terra. Em síntese, a eficácia do normativismo – quer moral, ético ou jurídico – do real-construído depende, em certa medida, de uma tal aderência ao mundo do real-verdadeiro que o antecede.

Têm-se agora melhores noções para enfrentar o problema proposto pela reflexão da filosofia formal na análise lógica da norma jurídica. Afirma-se que a validade da proposição normativa descritiva não se sujeita à veracidade da informação que consta nela descrita, pois a «verificação empírica como critério-de-verdade (material) não se transporta para o mundo do direito como critério-de-validade».⁹³⁰ E, por consequência, a «proposição descritiva falsa pode ser tão eficaz como uma proposição verdadeira».⁹³¹ O ordenamento jurídico permaneceria, numa visão de conjunto, «sempre válido, como válidas são as normas-partes ou elementos desse conjunto», sendo que a «ineficácia» de alguma norma não seria consequência de fatos ou condutas contrárias ao comando normativo, mas, sim, de uma decisão do próprio «sistema jurídico» no sentido de suprimir a validade.⁹³²

A primeira parte da análise lógica parece digna de receber ampla concordância. Segundo os cânones da analítica formal, a validade de uma

⁹²⁹ Apenas a título de exemplo, os resultados de diversas investigações científicas acerca das capacidades tóxicas de substâncias – como a nicotina do cigarro – e nutritivas de alimentos mudaram hábitos e culturas nas últimas décadas.

⁹³⁰ VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 62.

⁹³¹ VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 62.

⁹³² VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 61.

proposição não exige que se verifique se ela é efetivamente verdadeira, pois a questão não é propriamente de fundamentação, mas tão somente de validação da premissa.⁹³³ A verificação da validade é um estudo filosófico formal adstrito apenas à necessidade entre os elementos implicados na operação lógica de acordo com regras que independem do contexto argumentativo.

E, por isso, exatamente em vista dessas razões, não há como extrapolar o âmbito de validade dessa reflexão para chegar ao terreno empírico inerente à constatação da eficácia do comando normativo. A eficácia do comando normativo depende, sobretudo, da capacidade de orientação e de motivação dos destinatários da norma, o que, como foi visto acima, necessariamente requer uma aproximação, para além da verificação formal, mas efetivamente material sobre uma realidade específica. Não há meios para a supor idealisticamente, já que reclama a observância prática. Logo, afirmar que as normas só podem ter a validade retirada pelo próprio ordenamento refere-se, no máximo, à vigência da norma e, por consequência, isso não autoriza impingir a conclusão de que a eficácia normativa depende exclusivamente da validade da proposição.

Para a validade das proposições, requer-se a constatação de se há uma conexão necessária formal entre elas, mas nada sobre uma conexão entre a norma e a realidade, o que poderia se chamar de juízo de verdade. Isso porque a verdade se refere à algo mais, diga-se, a «consonância» ou «concordância com aquilo que na identidade se manifesta como unido»⁹³⁴ em um determinado contexto dado, o que decerto não é o mesmo que a conexão necessária simplesmente formal entre as proposições.

No caso específico da juridicidade, seria a questão de saber se há consonância entre a norma e a realidade na qual ela tem a sua inserção. É por isso que o problema da verdade é uma questão material que está necessariamente relacionada como o problema do fundamento,⁹³⁵ a que, por essência e intenção, a lógica formal não pode responder. Até mesmo porque, para se chegar a uma verdade própria de algo ou «verdade ontológica», seria necessária a compreensão

⁹³³ Com maiores detalhes, 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.2.1.1.

⁹³⁴ HEIDEGGER, *A essência do fundamento*, p. 20.

⁹³⁵ HEIDEGGER, *A essência do fundamento*, p. 20.

existencial do ser de determinado ente no seu mundo,⁹³⁶ o que inevitavelmente é um juízo material.

Retornando à questão nomológica, pode-se afirmar com maior segurança que a explicação da realidade a partir da leitura física dos fenômenos – conquanto inequivocamente incompleta – é de investigação irrenunciável e incapaz de ser cumprida satisfatoriamente por meio da assunção de um substitutivo eminentemente axiológico. Tal substitutivo acaba, em verdade, por negligenciar o conhecimento que se tem da realidade concreta sobre a qual incide a própria valoração. Isto é, não se pode confundir o «fundamento ontológico» ou «o suporte para possíveis valorações» com o juízo que se faz desses elementos.⁹³⁷

Deve ser esclarecido igualmente que a proposta de o direito reconhecer realidades ontológicas prévias não significa decerto retornar a acreditar que o processo de conhecimento e valoração estão absolutamente separados, como já se concebera na metodologia das ciências jurídicas em outras épocas. Apenas se realça o fato de ser uma conquista doutrinal – capaz de contribuir na delimitação do justo e, por consequência, na redução do arbítrio – afirmar a necessidade do direito penal não ser negligente com os limites advindos dos elementos que lhe são exteriores. Realidades ontológicas que eventualmente podem apresentar interação com o direito ou ainda mesmo assumir existência trans-sistemática, mas que, todavia com isso, não a reduz à natureza meramente normativa.

Especificamente, acerca da ligação entre a conduta e o resultado, é necessário ter consciência de que aquilo que é «puramente causal» e precede à «relação de colocação teleológica da intencionalidade» não se confunde – pois se diferencia ontologicamente – com o reconhecimento e com a avaliação jurídico-penais.⁹³⁸ Precisamente daí decorre a consequência de que «a lei não cria a causalidade, mas integra-a no fato típico, de modo que a causa é a causa típica», de tal sorte que a

⁹³⁶ HEIDEGGER, *A essência do fundamento*, p. 24.

⁹³⁷ Assim, significativamente claro e expressivo em WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 719. Igualmente, Vilanova para quem não se pode confundir entre o «fato natural» que é o «substrato para a qualificação jurídica» com a apreciação axiológica que se faz dele (VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 46). No mesmo sentido, já antes, ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 15-17.

⁹³⁸ WELZEL, «Kausalität und Handlung», p. 719. Ademais, em Portugal, sobre os limites do direito na delimitação da causalidade de natureza ontológica, ver FERREIRA, *Direito penal/1*, p. 152.

«substância da causa permanece ontológica».⁹³⁹ O juízo de relevância jurídico-penal nem suprime, nem cria outro nexos causal derivado daquele ontologicamente existente, mas apenas identifica, seleciona e delimita os cursos causais que importam ao direito penal.⁹⁴⁰

Para tanto, é necessário estudar mais a fundo o fenômeno que consta narrado na chamada lei da causalidade. Nessa abordagem, deve-se atingir uma dupla perspectiva filosófica ao contemplar tanto a analítica própria da filosofia formal, quanto a ontologia típica da filosofia material no estudo do fenômeno, da sua refração nos elementos que compõe a lei da causalidade e da relação que eles guardam entre si.

Afirma-se isso porque, em verdade, a dogmática da omissão imprópria não é espaço excepcional, onde a doutrina do direito penal estaria livre de constritos materiais e amplamente entregue ao espaço de consenso e acordo acerca dos interesses político-criminais em questão.⁹⁴¹ Mas, ao contrário, para que se realize de modo satisfatório a conformação cognitiva e a capacidade orientadora da dogmática penal, faz-se necessário verificar o que realmente não pode receber a mesma explicação nos crimes comissivos e omissivos no mundo mecânico. E, mais, identificar o que se distingue entre as duas modalidades de crimes e porque assim ocorre.

⁹³⁹ FERREIRA, *Direito penal/1*, p. 152.

⁹⁴⁰ FERREIRA, *Direito penal/1*, p. 152.

⁹⁴¹ Sobre os limites consensuais de conformação do direito penal e a rejeição do consenso como fundamento do jurídico, ver, especialmente, COSTA, «Consenso, verdade», p. 95.

2.2. Os componentes da lei causal mecânica: a força, a ausência da força impeditiva e o resultado

2.2.1. A validade lógico-analítica da compreensão dos componentes da lei da causalidade

2.2.1.1. A contribuição da lógica para a resolução do problema

Numa nota de abertura não é demais frisar o que aqui se propõe. A análise lógica dos componentes da lei da causalidade a que se procede, embora com algumas semelhanças, não se identifica com duas outras orientações teóricas, nomeadamente o «método lógico-analítico» do direito penal e a doutrina da causalidade lógica da comissão por omissão. A razão para isso diz respeito a duas questões de ordem material. A pretensão deste estudo é identificar uma certa determinabilidade da conduta omissiva capaz de apontar como ela é causadora do resultado ofensivo ao bem jurídico. Isto é, conferir elementos acertados que indiquem uma via segura para a realização da justiça penal, *rectius* justiça penal material.

Tome-se em estudo a primeira orientação. A identificação minuciosa do que pode ser esperado da relação de causalidade – como elemento típico – e igualmente do ilícito – como orientador da realização do direito – exige a definição das duas categorias. Ainda quando, por ventura, possam ser entendidas reunidas e constituintes do conceito de ilícito-típico. No intuito de atingir tal pretensão, poder-se-ia aproveitar a vocação analítica da explicação da estrutura lógica do fato criminoso, senão como metodologia penal suficiente, ao menos, como etapa necessária na afirmação do sentido categorial. Encontra-se esse ideal de rigor expresso na proposta de distinção normativa da chamada, primeiramente, «análise precisa dos conceitos»⁹⁴² E, posteriormente, de modo sistemático, «método lógico-

⁹⁴² HRUSCHKA, Vorbemerkung In: HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*.

analítico»⁹⁴³ de Hruschka e na doutrina da «lógica da estrutura do crime» de Kindhäuser.⁹⁴⁴

O importante é ressaltar, desde já, que, ao menos, Hruschka adota um conceito eminentemente normativo de omissão, absolutamente independente da consideração do princípio constitucional da ofensividade e da verificação da causação do resultado ofensivo pela conduta. A omissão é simplesmente uma «não aplicação de uma regra ou grupo de regras»,⁹⁴⁵ o que passa a ser apenas, mais adiante, restringido por um critério empírico relativo à avaliação da «possibilidade de ação» na «situação concreta».⁹⁴⁶ E, por consequência, não consegue proporcionar uma boa determinação da imputação, com a mesma qualidade que poderia ser atingida por meio do rigor analítico e a especificidade oferecidos pelo princípio da ofensividade e pela verificação do curso causal.

Kindhäuser, em atenção à dogmática geral do fato criminoso, propõe uma primeira divisão em dois tipos diversificados de normas. As normas penais teriam o caráter predominante «axiológico» e «prescritivo» dos comportamentos desvaliosos, ao passo que as regras de imputação determinariam as diretrizes pelo meio das quais o autor da conduta pode ser punido.⁹⁴⁷

As normas penais e as regras de imputação podem ter alguma diferenciação em relação aos destinatários imediatos, embora isso não permita negar que sejam ambas igualmente valorativas. As normais penais destinam-se, primeiramente, a todos os cidadãos para orientarem as suas condutas e, num segundo momento, às autoridades públicas que exercem o controle sobre as condutas sociais, *v.g.*, polícia, fiscais administrativos do executivo, ministério público e judiciário. As regras de imputação têm como objetivo primeiro indicar se um fato desvalioso pode ser punido, embora também sejam endereçadas aos cidadãos, à medida que dizem quais condutas ilícitas são justificadas e quais condutas são ilícitas e culpáveis.

Essa proposta pode ser aproveitada no seu ideal, caso se superem eventuais pontos imprecisos. Primeiro, não existe a determinação suficiente do conteúdo do

⁹⁴³ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, *passim*.

⁹⁴⁴ KINDHÄUSER, «Logik des Verbrechensaufbaus», p. 77 e ss.

⁹⁴⁵ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 60-61.

⁹⁴⁶ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 62.

⁹⁴⁷ KINDHÄUSER, «Logik des Verbrechensaufbaus», p. 80.

crime. O desiderato das normas penais é identificar os fatos desvaliosos comunitariamente e para isso – ao contrário do que apresenta Kindhäuser, num conceito notavelmente lacônico, como «vontade de contrariar a norma» – faz-se obrigatório empreender maior esclarecimento e determinação que a categoria da ofensividade ao bem jurídico pode oferecer. Assim afirmar que certa conduta causa a ofensa ao bem jurídico é um primeiro momento, ainda longe de significar diretamente as consequências sancionatórias jurídico-penais.

Segundo, empreende-se a mitigação do caráter axiológico das regras de imputação, como se tivessem apenas o caráter atributivo das consequências jurídicas, livre de valoração normativa. Ainda que tal neutralidade fosse quiçá desejável, a descrição não condiz com a realidade prática. As normas de imputação partem do reconhecimento de uma realidade ontológica, mas como qualquer reconhecimento tem a característica da parcialidade que poderá ser moldada de modo intencional segundo a axiologia de base e da política-criminal que se implementa.

Vale referir o exemplo da imputação dos crimes comissivos em que tanto a doutrina da causalidade adequada, quanto a nova doutrina da imputação objetiva intenciona a aplicação de um filtro normativo ao liame natural.⁹⁴⁸ Além disso, ainda que não seja a proposta que aqui se oferece, é inegável que parcela considerável da doutrina concebe o nexo causal da omissão imprópria como sendo uma causalidade normativa criada pelo direito.⁹⁴⁹ Isto é, conforme essa compreensão doutrinária, a regra de imputação do tipo objetivo que liga a conduta delitiva ao resultado seria essencialmente valorativa.

Terceiro, há a tendência à idealização da autonomia e limpidez dos modelos normativos. Não se pode corretamente supor uma autonomia absoluta entre os dois modelos normativos – como se consubstanciassem independentes estandartes quer valorativos, quer atributivos – numa realidade muito mais interpenetrada que, por vezes, se supõe. Em relação à causalidade, a descrição objetiva típica de como o comportamento causa o resultado configura a base material da pressuposição fática que constará valorada negativamente na constituição do ilícito.⁹⁵⁰ Isso quer dizer

⁹⁴⁸ Assim ver 1º Parte, Capítulo II, Tópico 5.2.

⁹⁴⁹ Assim ver 2º Parte, Capítulo III.

⁹⁵⁰ Para maiores detalhes, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.3.

que a diretriz para a verificação da relação causal entre a conduta e o resultado não é apenas uma indicação para saber como se imputa a pena ao autor, mas antes disso, muito mais relevante é o fato de que se trata de um elemento que configura e liga a conduta ao resultado na descrição da conduta desvaliosa.

Também é verdade que a verificação lógica que se pretende empreender igualmente não significa aderir à doutrina da causalidade lógico-jurídica da omissão imprópria de Liepmann, Hungria ou, recentemente, Donini e Blaiotta.⁹⁵¹ Ali, a conceção da causalidade da omissão perfectibiliza-se na inferência lógica de que a ausência de impedimento é um antecedente imprescindível para a ocorrência do resultado. E ainda que se possa perquirir do sentido da obrigatoriedade das regras lógicas e, sobretudo, os respectivos fundamentos dessa obrigatoriedade residirem na ontologia ou no procedimentalismo,⁹⁵² essa orientação jurídico-penal fica apenas no contorno formal. Aqui não se aspira a invalidar por completo tal inferência, mas, ao contrário, a acolher parcialmente só naquilo que diz respeito ao rigor de validação das proposições. A irresignação diz respeito ao fato de que o diagnóstico da fenomenologia causal da omissão o pressupõe, mas não se consome no plano formal.

O método da ciência jurídica não se consome na prática de silogismos e nas «inferências lógicas formais», mesmo assim, sabidamente se reconhece que é importante levar a reflexão lógica acerca dos argumentos jurídicos o mais longe possível, tendo como limite o necessário cuidado com a qualidade e com os elementos materiais.⁹⁵³ É possível identificar a contribuição da lógica para o pensamento jurídico em dois momentos, tanto na clara estruturação do problema, como na verificação da coerência necessária entre a solução proposta e as suas

⁹⁵¹ Para maiores detalhes, ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 4.3.

⁹⁵² A obrigatoriedade dos regramentos lógicos para a argumentação racional é indiscutível, a incerteza que existe consiste na fundamentação dessa obrigatoriedade. Essa justificação tem sido buscada por meio de duas perspectivas distintas, ora partindo de que são regras gerais abstratas fixadas pelo domínio do objeto de que se fala, *v.g.* Bertrand Russel, Heinrich Scholz e Arthur Kaufmann (ontológica), ora de padrões do diálogo racional estabelecidos pela compreensão intersubjetiva, *v.g.* Paul Lorenzen e Ulfrid Neumann (dialógica). Em pormenor, NEUMANN «Juristische Logik», p. 257-261.

⁹⁵³ KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do direito*, p. 103 e 115. Jan Joerden apresenta a metáfora do esqueleto humano para explicar o fato de que o julgamento do direito não se restringe ao conhecimento de leis lógicas e que igualmente não há como fazer ciência jurídica sem observar essa estrutura formal na exposição dos argumentos (JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 1-2).

premissas de base.⁹⁵⁴ Em sentido estrito, a lógica pode ser entendida como sendo um conjunto de regras formais que tem a sua validade independente do âmbito argumentativo ou «campo de aplicação específico».⁹⁵⁵ Assim, quando se faz referência a uma tal «lógica jurídica», ou se está a indicar alguma particularidade da forma de raciocínio em determinado plano e, logo, se entende a lógica como a «metodologia», ou se invoca o uso do raciocínio lógico geral para validar determinadas proposições relativas ao direito e à ciência jurídica.⁹⁵⁶

A aplicação das regras de rigor lógico ao campo do direito é o que nos importa agora. Justamente por a lógica clássica ou tradicional não assumir uma qualquer orientação material filosófica é que se torna possível que o exame formal atinja uma capacidade de cobertura mais alargada, sem depender do contexto no qual se inserem as premissas.⁹⁵⁷ Também é por essa razão que faz ser indicado arrancar a partir da análise lógica a sequencial verificação da validade e da verdade da tese a que se propõe. Pois, neste primeiro momento, se visa apenas à reconstrução racional da coerência implícita nos argumentos da tese para, depois, apresentar o desenvolvimento dos respectivos fundamentos.

2.2.1.2. O procedimento da análise lógica

O intuito específico deste tópico é verificar a correição da conclusão de que a força e a ausência de força impeditiva são igualmente causas dos fenômenos,⁹⁵⁸ o que demanda expor as premissas de forma suficientemente determinada capaz de tornar possível controlar se é válida a operacionalização da inferência lógica. Para isso é necessário retirar a proposição lógica do seu contexto empírico ou existencial,

⁹⁵⁴ JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 2.

⁹⁵⁵ TROLLER, *Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie*, p. 90; NEUMANN «Juristische Logik», p. 237; VILANOVA, *As estruturas lógicas*, p. 4 e 9.

⁹⁵⁶ NEUMANN «Juristische Logik», p. 237.

⁹⁵⁷ TROLLER, *Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie*, p. 91.

⁹⁵⁸ Segundo o que apresenta Vilanova, a «análise lógica vem, historicamente, depois do conhecimento» dos objetos e, portanto, significa uma «reconstrução» do conhecimento adquirido «numa direção por assim dizer retrocessiva e recompositiva do já feito» (VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 5).

por meio da alteração da atitude de consciência diante do objeto a ser validado, o que torna possível alcançar satisfatoriamente o seu isolamento temático.⁹⁵⁹ Adota-se o silogismo como o tipo adequado para esse objetivo, em razão da imperatividade própria do juízo categórico que é proporcionado.

A fim de evitar o acúmulo de informação em cada premissa e também para particularizar o tratamento de cada um dos componentes causais dos fenômenos, aplica-se o teste, primeiro à força, e, depois, se repete com a especificação necessária à ausência de força impeditiva.

Todos os antecedentes (A) são causa (C) do fenômeno
 A força (F) é antecedente (A) do fenômeno
 —————
 A força é causa do fenômeno

Tal formulação poderia ser expressa de modo gráfico ainda mais concisa, conforme o reconhecido rigor e simplicidade inerente ao silogismo da universal afirmativa no denominado *modo barbara*:⁹⁶⁰

A a C
 F a A
 —————
 F a C

Uma vez constatada a validade da inferência que a força é causa do fenômeno, agora se repete com atenção à ausência de força impeditiva.

Todos os antecedentes (A) são causa (C) do fenômeno
 A ausência de força impeditiva (AF) é antecedente (A) do fenômeno
 —————
 A ausência de força impeditiva é causa do fenômeno

A formulação anterior poderia ser proposta igualmente no silogismo indicativo da revelação geral-positiva apenas por meio de letras:

A a C

⁹⁵⁹ VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 4-5.

⁹⁶⁰ Uma explicação elucidativa sobre a lógica jurídica, os modos dos silogismos e o emprego dos símbolos vogais, encontra-se no pequeno *collegium logicum* apresentado por KAUFMANN, *Filosofia do direito*, p. 103 e 106 e, igualmente, em NEUMANN «Juristische Logik», p. 239; SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, p. 112-113 e JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 330-333, especialmente, p. 331.

AF a A

 AF a C

Logo, conclui-se pela conexão necessárias entre as proposições. Isto é, a aceitação de que a ausência de impedimento é tão causa do resultado como a força propulsora que provoca a reação perceptível no mundo exterior.

As conclusões, que o exercício lógico aqui estampado permitiu inferir, não são absolutamente originais. Interessante é atentar que John Stuart Mill – mesmo sendo um filósofo do positivismo inglês, o que tenderia à compreensão significativamente aferrada aos limites do mundo físico-natural –⁹⁶¹ empreendeu ampla reflexão acerca dos elementos da dinâmica causal. De tal consciência sobre os elementos da lei causal – manifestada no seu livro *Um Sistema de Lógica*, na primeira parte do século XIX, a partir da verificação lógico-formal – não se pode prescindir para o melhor êxito do entendimento e da orientação da construção dogmático-penal.

A co-causalidade é um elemento indispensável à «lei de causação universal», desde que se entenda ser «a verdadeira causa» dos fenômenos exatamente «a unidade desses antecedentes».⁹⁶² Por essa razão, Mill adverte que, em âmbito filosófico, não se teria o «direito para dar o nome de causa apenas para um desses» elementos antecedentes.⁹⁶³ E mais, a ocorrência causal de «todo fato ou fenômeno» requereria inevitavelmente uma «certa combinação» entre «fatos positivos» a existirem e «outros fatos positivos a não existirem».⁹⁶⁴

O percurso até aqui percorrido foi de confrontação argumentativa nos caminhos da filosofia formal, tendo como base o rigor lógico, uma vez que a lógica é tão somente a «teoria formal do direito».⁹⁶⁵ Agora, é momento apropriado para ir

⁹⁶¹ Assim designa, WELZEL, *Naturalismus*, p. 2.

⁹⁶² MILL, *A system of logic*, Livro III, Cap. V, §3, p. 378.

⁹⁶³ MILL, *A system of logic*, Livro III, Cap. V, §3, p. 378. Exatamente no mesmo sentido é o entendimento de Larenz, que decompõe o vocábulo alemão *Ursache* (causa) para manifestar a impossibilidade – mediante o rigor da análise lógica – de afirmar validamente a existência de uma «única causa» no sentido de algo primitivo, anterior ou originário à coisa («*Ur-sache*») (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 62).

⁹⁶⁴ MILL, *A system of logic*, Livro III, Cap. V, §3, p. 382.

⁹⁶⁵ Segundo Vilanova, a lógica jurídica é o formalismo do raciocínio empregado na juridicidade, ou seja a «formalização do ser do direito», o que decerto é insuficiente quando se pretende chegar a sua concreção existencial, já que não fornece uma qualquer ontologia, mas sim apenas «uma capa desse ser do direito». Não cabe à lógica indicar se a proposição válida é acertada ou justa ou mesmo

um pouco adiante, no sentido de pensar uma tomada de posição jurídico-penal e, pontualmente, filosófica do tema que demanda, no seu desenvolvimento, o enfrentamento de conteúdo com respaldo na filosofia material.

2.2.2. A conformação ontológico-material segundo a física: especificamente as leis da mecânica

«Lex I: Corpus omne perseverare in statu suo
quiescendi vel movendi uniformiter in directum,
nisi quatenus a viribus impressis cogitur statum illum mutare»
(Newton, *Philosophiae naturalis principia mathematica*, 1687)

2.2.2.1. Breve aprofundamento sobre o limite constitutivo do direito penal. O sentido e o valor da noção de lei física

A argumentação no sentido da afirmação da necessidade de verificação da causalidade para a imputação penal, da rejeição de um conceito de causa ativo-essencialista, da insatisfação com um noção puramente lógico-jurídico ou mental da causalidade, da avaliação da conexão necessária entre os elementos componentes da lei causal, da superação do ceticismo quanto ao reconhecimento ontológico da omissão, torna a identificação e fundamentação material do nexos causador da omissão ainda mais esperado e relevante.

Sabidamente se reconhece que o conceito de «causa» foi historicamente determinado pelo conceito de «ação», o que ocasiona que persista a ser uma noção,

«selecionar» as proposições válidas aplicáveis num caso concreto e «dizer qual a conclusão» que delas se infere. Pois o reconhecimento dos fatos e da valoração dos fatos está para além das análises formais (VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 48-49). No mesmo sentido, Rupert Schreiber adverte não se ocupar a lógica de uma veracidade em relação a fatos e sim a uma validade em relação a uma proposição anterior (SCHREIBER, *Logik des Rechts*, p. 4) e Alois Troller enfatiza que a lógica clássica não teve as suas tarefas alteradas, de modo a abranger reflexões sobre «teoria do conhecimento» e «ontologia» (TROLLER, *Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie*, p. 92-93).

no corriqueiro «senso comum», muito relacionada ao conceito ativo-essencialista.⁹⁶⁶ Entretanto, não é mais nesse âmbito que se desenvolvem as investigações contemporâneas,⁹⁶⁷ logo é preciso encarar o conceito de causa e a lei da causalidade de forma condizente a compreender o que, em realidade, está implicado no fenômeno.

Ponto fundamental na abertura deste tópico consiste na complementação e especificação daquilo que se tem sustentado aqui acerca dos limites constitutivos do direito e da teoria da norma jurídica. Particularmente, a lucidação do porquê o reconhecimento do funcionamento mecânico não é o mesmo que retornar, em termos metodológicos e intencionais, à orientação do positivismo naturalista. Cumprir satisfatoriamente com o desígnio de dar resposta a essa questão impõe inevitavelmente dedicar atenção às formulações científicas de Isaac Newton denominadas como Leis da Mecânica e, dentre elas, especialmente a primeira Lei da Inércia.

Trata-se da explicação, reinante e amplamente difundida no mundo físico, do repouso e do movimento dos corpos. É certo também que, em razão do hábito de manter o foco direcionado prioritariamente à capacidade funcional da lei na elucidação dos resultados produzidos, se deixa de atentar ao que se desenvolve na realidade fenoménica. Isto é, aquilo que justifica a vigência da lei física – como formulação sintética da explicação do fenômeno – e permitiu que Newton chegasse a tal conclusão.⁹⁶⁸

Assim, se está a percorrer um caminho profícuo de compreensão do mundo físico, sem com isso se subordinar à cultura científica que imperava na época da sua descoberta no século XVII ou depender dela. Mesmo os conceitos fundamentais, como o de causa, não precisam ser acolhidos dentro de um paradigma ativo-

⁹⁶⁶ HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 29; VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 309 e 310, nota 59.

⁹⁶⁷ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 310, nota 59.

⁹⁶⁸ Isso quer dizer, em outras palavras, que a lei pode permanecer a apresentar a sua capacidade explicativa, ainda que não se conheça ou se siga canonicamente como verdadeiros os pressupostos epistemológicos do processo que a fundamentou originariamente. Por exemplo, nada se perde em relação à vigência da lei se se assumir um conceito de causa distinto do conceito essencialista de causa proposto por Hume, em razão da observação das descobertas de Newton. Nem é necessário, para a compreensão da regência da Primeira Lei da Mecânica, repisar o caminho percorrido por Newton em consideração às forças da gravidade e os seus propósitos explicativos imediatos, relativos à queda dos corpos e aos movimentos dos planetas.

essencialista e, desse modo, pretende-se evitar que o presente estudo caia num desdobramento aporético. De outro modo, a doutrina jurídico-penal correria o risco de ver-se reduzida à indesejável dicotomia: ou acolheria o conceito essencialista de causa para a conduta omissiva – ainda que manifestamente contrário a sua realidade – e se reconciliaria com a física do século XVII, ou rejeitaria a possibilidade de descrever a causalidade da omissão por meio do conceito essencialista e, por conseguinte, deveria se afastar de toda explicação física da realidade.

Junto a isso, há também outras perguntas interessantes a repropor agora num conceito mais específico, que dizem respeito à própria noção de «lei» ou «axioma» em questão, nomeadamente o sentido e o valor próprios dessa noção. Teria a Primeira Lei da Mecânica exercido a regência física dos fenômenos e também alguma orientação da vida comunitária – quando essa formulação sintética era desconhecida do universo dos sábios – no mundo grego antigo e europeu medieval? Qual dependência guarda a vigência da referida lei em relação ao seu conhecimento e à disseminação da informação que contém entre os homens?

Essas perguntas são estruturais no sentido de que as suas respostas pressupõem o enfrentamento da distinção entre o tema da existência e da cognição de leis naturais pelo homem e, mais, qual refração incide na organização da vida comunitária, mais ou menos, dependente do reconhecimento dos efeitos dessas leis. Identifica-se, para já, duas alternativas de resposta diametralmente opostas: (1) as leis naturais valem, como leis do mundo físico, independente do reconhecimento humano;⁹⁶⁹ (2) as leis naturais valem, como leis observadas dentro das balizas científico-culturais possíveis em um certo período de tempo, ou seja, como normas dependentes em última instância do conhecimento do homem como ser cultural. Vale dizer que, consoante a solução que se empreenda, são certamente distintas as consequências em relação aos limites legítimos do direito como um todo e, por isso mesmo, como não poderia deixar de ser, do direito penal.

Na primeira visão, o direito tem os seus limites legítimos também condicionados ao reconhecimento de uma determinada realidade ontológica, normativamente independente de qualquer manifestação constitutiva (real-

⁹⁶⁹ Nesse sentido, as leis naturais são tão verdadeiras no presente, quanto foram no passado e serão no futuro, v. KIRCHMANN, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, p. 14.

verdadeiro). E, portanto, é constricto, no que refere às intenções e finalidades, ao limite do possível, determinado especificamente em acordo com a realidade na qual intervém. Especialmente, a criação e a instituição normativa subordinam-se – em termos de legitimidade, eficácia e, porque não, também de eficiência – ao correto reconhecimento da estrutura que não é culturalmente construída.

Na segunda compreensão, a superação dos tradicionais obstáculos ao exercício regulatório do direito são notáveis. Tem-se a libertação do poder inventivo da juridicidade de certas amarras naturais, que impedem estruturar a orientação de comportamentos para além do que o mundo físico-biológico permite ou condiciona. Isto é, a construção da normatividade jurídica – como vazão a certos interesses políticos e econômicos, utilidades filosófica e teleologias racionais – possui maior espaço de criação. É o mesmo que afirmar, em outras palavras, a mutação das fronteiras entre o real-verdadeiro e o real-construído, por meio do alargamento do campo deste em detrimento da redução do espaço daquele.

Sem aprofundar a problematização acerca do fato de que «as diferentes redes correspondem a diferentes sistemas de descrição do mundo», certo é que a mecânica newtoniana oferece «uma forma unitária à descrição do mundo».⁹⁷⁰ Essa unidade, em razão da coerência de cânones e uniformidade de enunciados que lhe é típica, oferta uma ampla cobertura da realidade dos fenômenos e uma certa independência em relação aos diversos parâmetros culturais de cada agrupamento comunitário no mundo. É isso também o que torna as leis físicas uma sistematização de rigor confiável para servir de referencial para os critérios de imputação que a dogmática jurídico-penal pretenda estabelecer.

2.2.2.2. As leis da mecânica

Veja-se especificamente a Primeira Lei da Mecânica ou, como também é conhecida, Lei da Inércia. Trata-se de uma lei que teve o seu conteúdo fenomênico observado primeiramente por Galileu Galilei e, posteriormente, por Isaac Newton

⁹⁷⁰ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 6.341, p. 78-79.

quem deu a atual formulação.⁹⁷¹ A constatação baseou-se no fato de que – numa situação em que possa ser desprezada alguma influência resultante do ar – os corpos caem atraídos para terra, com «movimento uniformemente acelerado» e com a constância da «mesma aceleração».⁹⁷²

Newton foi responsável por avançar no conhecimento e ampliar a abrangência dos fenômenos cobertos pela explicação de Galileu,⁹⁷³ a partir do postulado de que toda matéria compreende uma «propriedade fundamental», capaz tanto da «resistência à alteração do movimento», quanto da «atração entre os corpos».⁹⁷⁴ A generalidade e a constância da propriedade observada possibilitaram a formulação sintética da lei da inércia que segue inequivocamente sendo um dos pilares de sustentação da física contemporânea.⁹⁷⁵

A compreensão da realidade do mundo da vida pela física contemporânea nem se encerra na aplicação ampla e absoluta dos reconhecidos postulados da *principia* de Isaac Newton do séc. XVII, nem é digna de descrição como sendo a ampla superação dessas leis por teorias complexas e, por vezes, indeterminadas. Trabalha-se com diferentes âmbitos de explicação dos fenômenos que se manifestam e interagem em níveis⁹⁷⁶ – quer no mesmo espaço, quer, até mesmo, em espaços contíguos. Em razão disso, para determinados acontecimentos – *v.g.*, o movimento do agir humano – a primeira e a segunda lei da mecânica seguem como explicação cientificamente correta para a dinâmica,⁹⁷⁷ que é a teoria que «descreve

⁹⁷¹ RODRIGUES, «Comentário do tradutor», p. 891, nota ii.

⁹⁷² RODRIGUES, «Comentário do tradutor», p. 891, nota ii.

⁹⁷³ VUILLE; SERMAY; FAUGHN, *College Physics*, p. 85; WOLFSON, *Physics with modern physics*, p. 93; COSTA; ALMEIDA, *Fundamentos da física*, p. 103.

⁹⁷⁴ RODRIGUES, «Comentário do tradutor», p. 891, nota ii.

⁹⁷⁵ Os limites da explicação da mecânica newtoniana vieram a ser descortinados, posteriormente, pelas teorias da relatividade restrita apresentada por Albert Einstein em 1905, da relatividade generalizada terminada por Einstein em 1916 e pela mecânica quântica, desenvolvida por vários físicos, a partir de 1920. Foi identificado que para «grandes velocidades, campos de gravitação muito intensos e objectos muito pequenos» seria necessário recorrer aquelas teorias (RODRIGUES, «Comentário do tradutor», p. 891-892, nota ii e 904, nota xxi).

⁹⁷⁶ Segundo essa compreensão, Peter Coles entende ser plausível que a estrutura causal não se mantenha inquebrantável em todos os níveis de manifestação fenomenológica no espaço-tempo (COLES, *From cosmos to chaos*, p. 134).

⁹⁷⁷ VUILLE; SERMAY; FAUGHN, *College Physics*, p. 83-84; BENESON; HARRIS; STOCKER; LUTZ, *Handbook of physics*, p. 37; WOLFSON, *Physics with modern physics*, p. 94-98; COSTA; ALMEIDA, *Fundamentos da física*, p. 103-104; ALONSO; FINN, *Física*, p. 28.

como corpos se movem sob a ação de forças externas».⁹⁷⁸ A indefinição científica sobre a adequação da explicação causal para determinados fenômenos - ocorridos em espaços de microfísica, intensa velocidade e gravitação – não é justificativa apta a opor a forma de compreender e julgar os fenômenos humanos submetidos à apreciação jurídica.⁹⁷⁹

Consta, na formulação de Newton no *Philosophiae naturalis principia mathematica*, que «todo corpo mantém o seu estado de repouso ou de movimento uniforme segundo uma linha reta, se não for compelido a mudar o seu estado por forças nele impressas».⁹⁸⁰ Com isso se explica que não há mudança de estado – da inércia para o movimento, do movimento retilíneo e uniforme para outra forma de movimento ou para a inércia –, se não existir a ação de um vetor de força que provoque esse resultado. Newton exemplifica com a hipótese dos projéteis que tendem a continuar o seu movimento, caso não sejam «retardados pela resistência do ar ou impelidos para baixo pela força da gravidade».⁹⁸¹

Em decorrência do aprofundamento cognitivo da realidade de base, que sustenta a enunciação da Primeira Lei da Mecânica, tem-se a constatação da Segunda Lei da Mecânica. A redação é a seguinte: «a mudança no movimento é proporcional à força motora impressa e faz-se na direção da linha reta segundo a qual a força motora é impressa».⁹⁸² Os dois elementos principais a serem considerados dizem respeito à proporção entre a força empreendida e a sua contribuição para a ocorrência do resultado e à direção na qual essa força é empreendida, o que permite traçar o vetor que tende a gerar o movimento.

Newton é suficientemente claro quando explica a proporção guardada entre o vetor de força e o movimento decorrente, uma vez que «se uma força gera um movimento, uma força dupla gerará um movimento duplo».⁹⁸³ Decerto isso não

⁹⁷⁸ BENESON; HARRIS; STOCKER; LUTZ, *Handbook of physics*, p. 37; ALONSO; FINN, *Física*, p. 79.

⁹⁷⁹ Em sentido semelhante, por exemplo, FIERRO, *Causalidad e imputación*, p. 95.

⁹⁸⁰ NEWTON, *Princípios matemáticos da filosofia natural*, p. 41. Na redação latina original, «Lex I: Corpus omne perseverare in statu suo quiescendi vel movendi uniformiter in directum, nisi quatenus a viribus impressis cogitur statum illum mutare».

⁹⁸¹ NEWTON, *Princípios matemáticos da filosofia natural*, p. 41.

⁹⁸² NEWTON, *Princípios matemáticos da filosofia natural*, p. 41. Na redação latina original, «Lex II: Mutationem motis proportionalem esse vi motrici impressae, et fieri secundum lineam rectam qua vis illa imprimitur».

⁹⁸³ NEWTON, *Princípios matemáticos da filosofia natural*, p. 42.

pode ser lido no sentido de que uma força sempre causa um movimento, mas apenas de que se uma força X causa um movimento Y, toda vez que – sem adicionar qualquer outro vetor de força interveniente – se aumentar X, igualmente aumentará proporcionalmente Y. Pois o movimento é a consequência da interação entre todas as forças que incidem sobre determinado corpo, *rectius* é o vetor de força resultante.

2.3. A constatação da necessária co-condicionalidade para ocorrência do resultado ou da imprescindibilidade da ausência de força impeditiva do resultado

A explicação geral dos fenômenos habitualmente tem como foco a força ou a energia dinâmica despendida numa certa intensidade e sentido. O centro da atenção recai sobre o elemento positivo, sem que a elucidação do fenômeno apenas nisso se perfectibilize ou mesmo esteja livre para desconhecer ou rejeitar a imprescindibilidade do elemento negativo para a realização do acontecimento.⁹⁸⁴ Os impeditivos do transcurso de uma força e da obtenção do resultado – vistos, nesta perspectiva, como elementos negativos – têm a sua importância realçada, de acordo com a avaliação comunitária e a frequência com que se observa a sua ocorrência. Ainda mais do que tudo, recebem consideração em razão da intenção de completude descritiva que se pretende expressar na explicação.

A verdade é que o reconhecimento da confluência de elementos positivos e negativos co-condicionantes não se trata de uma opção de perspectiva científica ou compreensão cultural do transcurso causal. Mas, muito pelo contrário, advém da ampla observação da estrutura fundamental causadora do resultado. Mesmo na física, a ausência da força impeditiva tem a sua existência e o seu significado reconhecidos no resultado dos fenômenos. A ausência participa a título imprescindível, porque é cientificamente inextirpável da mais comezinha à mais complexa explicação oferecida pela mecânica acerca da realidade.

⁹⁸⁴ HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 447.

Diante disso, por interesse na rigorosa compreensão daquilo que se quer enunciar, a aproximação entre os sentidos das noções de «ausência» e de «nada» não permite ser conduzida sem maior justificação. Decerto, uma apressada associação cria o perigo de negar ilegitimamente a amplitude do significado de «ausência» e assumir equivocadamente os conceitos como sinônimos, baseando-se estritamente naquilo que é próprio apenas à noção de «nada». Isto é, aquilo que não existe, o não ser.

Desde já, é bom que se afirme que a ausência é muito mais uma observação relacional acerca do ser ou daquilo que não está presente e supostamente poderia estar. A ausência de algo esperado não se resume ao nada, pois há algo existente como ausência.⁹⁸⁵ É justamente esse sentido de ausência – *rectius*, ausência de força impeditiva – que interessa ao fenômeno físico.

Conforme se identifica empiricamente, o que consta enunciado na Primeira Lei da Mecânica, um corpo sempre se manterá em movimento retilíneo e uniforme, caso não tenha a intervenção de outro qualquer vetor de força. Em outras palavras, quer dizer que uma força continuará a produzir seus efeitos, se não sofrer alguma intervenção. Ou de modo equivalente, apenas narrado em sentido inverso: a força motriz não produzirá o mesmo efeito ou igualmente não produzirá qualquer efeito, se sofrer uma significativa intervenção de outra força. Isso é substancialmente o que sintetiza a Segunda Lei da Mecânica.

Quando se investiga a explicação mecânica do movimento ou – na forma mais próxima ao direito penal – se pergunta pela causação do resultado, inevitavelmente é preciso reconhecer uma co-condicionalidade para a explicação completa do fenômeno. O resultado ocorreu porque determinado vetor de força mecânica atuou livre de significativa interferência de outros vetores, aptos a impedir ou desviar a sua trajetória inicial. Logo, a explicação que se restringe a descrever o que é passível de exame segundo grandezas positivas resulta insuficiente e cientificamente incorreta. Não apenas por uma razão lógica, mas também material, a condição positiva é tão importante quanto a negativa para a produção do resultado.

⁹⁸⁵ Note-se, por exemplo, a ausência do professor na sala de aula, dos pais na educação dos filhos, do médico no hospital, do membro do colegiado decisório na reunião jamais são culturalmente avaliadas a título de nada. Mas sim a manifestação de algo existente.

E, assim, se está apto a determinar precisamente a contribuição da ausência de força impeditiva para a ocorrência de certo resultado, o que é traduzível numericamente, por antonomásia, na exata medida do vetor de força que acarretou o resultado.

A explicação aqui exposta, em termos de doutrina geral da causalidade, apresenta alguma ressonância, naquilo que é essencial, com doutrinas nem sempre devidamente consideradas em estudos contemporâneos do direito penal. Primeiro, o reconhecimento da capacidade causadora da ausência de força impeditiva está em harmonia com o longo e variado percurso de afirmação da dogmática da causalidade negativa⁹⁸⁶ no direito penal.⁹⁸⁷

Segundo, a situação fenomenológica aqui descrita revela-se pressuposta em grande parte dos escritos sobre o nexos de causalidade do século XIX, ainda que a compreensão integral resulte prejudicada em face do aferramento ao conceito restritivo de causa como força cinética. Vejam-se dois exemplos. É notável, na compreensão de Julius Glaser, a consciência dos «pressupostos positivos e negativos» do delito, quando aponta para a necessidade de um «grande número de pressupostos positivos» dever «por si só eliminar múltiplos obstáculos» para causar o crime.⁹⁸⁸

Ainda mais adiante, Karl Binding, com especial destaque ao fato de que numa situação de igualdade entre as condições positivas e negativas não é possível acontecerem os resultados. Afirma que a «causação de uma mudança» é idêntica à «mudança do equilíbrio entre condições impeditivas» e as «condições atuantes», sendo que a mudança na igualdade ocorre «a favor das últimas».⁹⁸⁹

⁹⁸⁶ Por exemplo, Vogel para quem o omitir trata de «um meio de uma (negativamente formulada) lei causal» (VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 158, nota 68).

⁹⁸⁷ Depara-se, em Robert v. Hippel – embora sem conseguir perceber o nexos causal como uma relação ontológica, mas apenas decorrência de uma forma de pensamento – o entendimento que o «conceito de causalidade», usado na «vida e no direito», abrange tanto o «causar por ação», quanto o «não-evitar por omissão» (v. HIPPEL, *Lehrbuch*, p. 101). Para mais detalhes sobre o pensamento de v. Hippel, ver 2º Parte Capítulo III, Tópico 4.2. Recentemente, destacando que ao jurista interessa também as condições negativas que impedem o resultado, DONINI, «garantismo della ‘conditio sine qua non’», p. 921.

⁹⁸⁸ GLASER, «Thäterschaft und Beihilfe», p. 135.

⁹⁸⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung/1*, p. 116. Karl Binding denomina como «condição impeditiva» aquilo que a ausência considera aqui como causa do resultado, pois para ele, segundo o paradigma natural-essencialista de causa, as «causas são as condições positivas na sua preponderância sobre as negativas» (BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung/2*, p. 116). Mais adiante, no segundo volume do seu *Normas e sua violação*, conceitua a «causação» como sendo o

Terceiro, a doutrina da «condição conforme a lei» (*gesetzmäßige Bedingung*) acolhe amplamente essa noção de acordo com a explicação de que «causar algo não significa: produzir modificações mediante forças reais», mas antes «estar as manifestações temporalmente sucessivas em relações de legalidade»,⁹⁹⁰ que é seguido por Puppe,⁹⁹¹ Hilgendorf⁹⁹² e Roxin⁹⁹³

2.4. O reconhecimento da ontologia causal na incriminação de condutas

«Por muito tempo achei que a ausência é falta.
E lastimava, ignorante, a falta.
Hoje não a lastimo.
Não há falta na ausência»
(Carlos Drummond de Andrade, *Ausência*, 1984)

A partir da realidade do fenômeno causal, coloca-se em destaque o modo de proceder do direito penal no reconhecimento seletivo de parcelas da realidade para a incriminação de condutas. Antes de mais nada, particularmente em atenção à dogmática penal, não se pode concordar com a orientação que vislumbra apenas a causalidade dos crimes omissivos como necessariamente co-causal, especificamente dependente da força positiva.⁹⁹⁴ Ao passo que o nexo de causalidade dos crimes comissivos independeria da coexistência da ausência de impedimento da energia em movimento. Em bom rigor, conforme foi visto no tópico anterior, tanto a força

«efeito (*Herbeiführung*) da preponderância das condições positivas sobre as negativas do resultado por meio da vontade humana» (BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*/ 2, p. 492).

⁹⁹⁰ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 31 e, depois, ENGISCH, «Das Problem der psychischen Kausalität» p. 264 e s..

⁹⁹¹ PUPPE, «Erfolg und seine kausale Erklärung», p. 895, 899, 909 e 911.

⁹⁹² HILGENDORF, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen», p. 564.

⁹⁹³ ROXIN, *Strafrecht*/ 2, § 31, p. 641, nm. 42.

⁹⁹⁴ Orientação que se encontra na pontual observação de v. Feuerbach – aqui referida não apenas em razão da sua dignidade histórica, mas sim da sua expressividade – na parte especial da primeira edição do seu manual. Ao dedicar tratamento específico ao crime homicídio, o autor afirma que o delito «pode ser cometido tanto por meio de conduta positiva, quanto por meio de conduta negativa», sendo que «a última exige uma conduta positiva para a responsabilidade, cuja omissão tornou-se a causa necessária da morte do outro» (*deren Unterlassung zur nothwendigen Ursache des Todes des anderen geworden ist*) (FEUERBACH, *Lehrbuch*/ 1801, §244, p. 192).

propulsiva do movimento, quanto a ausência de força impeditiva do movimento não causam por si só o resultado, ambas carecem impreterivelmente da simultânea coexistência da outra.

O direito penal apenas seleciona aquele elemento – positivo ou negativo – da lei causal que lhe interessa para descrever como sendo o comportamento proibido causador do resultado desvalioso.⁹⁹⁵ Essa seleção não é, como se verá adiante, procedida de modo arbitrário, mas antes inequivocamente fragmentária e valorativa que toma por base o desvalor da conduta penalmente relevante que se julga necessário reprimir.⁹⁹⁶ Nesse sentido, Kindäuser sublinha que a única preocupação do direito penal, diante da totalidade do fenômeno causador, é saber se teria como evitar essa causação, mediante a orientação de comportamentos de certos destinatários fazendo o uso de «normas de conduta».⁹⁹⁷

Os crimes por ação são aqueles fundados no conteúdo positivo da lei causal, de modo que recortam a parcela da manifestação exterior da energia cinética para servir de base fática na narrativa da conduta proibida. A estrutura fenomenológica da dinâmica causal é de fluir ilimitado e por si só axiologicamente neutra. Assim, é a atividade do observador que delimita espacial e temporalmente fragmentos dessa cadeia infinita, permitindo a sua identificação e valoração cultural. Quando a observação coloca contornos individualizadores no empreendimento de energia, traduz-se esse fragmento culturalmente numa conduta ativa. Vale ressaltar que a mera noção de ação ou conduta ativa – mesmo prévia ao reconhecimento jurídico – depende da intervenção seletiva da normatividade, diante da integralidade do fluir da cadeia causal. Portanto não se trata de exagero afirmar que o conceito de ação é normativo, fundado na leitura axiológica de determinada da dimensão ontológica do

⁹⁹⁵ Essa observação fenomenológica tem clara expressão, por exemplo, na descrição legal do *caput* do artigo 13 do Código Penal brasileiro. «Art. 13 - 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».

⁹⁹⁶ Alguma consciência disso já aparece em v. Liszt, quando afirma ser a causa do resultado o conjunto formado pela totalidade dos antecedentes, mas que nada impediria ao observador de identificar apenas um deles entre os demais (v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 115).

⁹⁹⁷ KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 16. Semelhante, no essencial, KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 61.

real-natural. Decerto, o recorte jurídico-penal impõe-se ainda mais restritivo, por meio da valoração normativa, sem deixar perder o seu conteúdo ontológico.⁹⁹⁸

Agora, tendo consciência da existência real e concreta da ausência de força impeditiva, a explicação da base causal da conduta omissiva já transcendeu a aparência que lhe encobria. De tal modo que se pode afirmar, em termos filosóficos, ser possível distinguir entre aquilo que «é um 'si mesmo' e o que não é».⁹⁹⁹ Exatamente no mesmo sentido do que se explicou sobre a neutralidade axiológica da força dinâmica da parte positiva da lei causal, por rigor lógico e ontológico deve ser dito sobre a parte negativa. Isto é, a ausência de força impeditiva não apresenta intrinsecamente qualquer caráter valorativo. Igualmente a delimitação espaço-temporal da conduta, que permite o transcurso da ação de força sem qualquer impedimento, decorre da leitura cultural humana.

Aliás, a conduta de deixar de fazer algo impeditivo de determinada força não indica necessariamente um juízo negativo, conforme ficou anteriormente demonstrado.¹⁰⁰⁰ Em outras palavras, há a delimitação normativa do comportamento fundado ontologicamente na real ausência de impedimento, sem que haja algum desvalor ou falta ética. Somente por meio do juízo valorativo da conduta de deixar de fazer algo, na hipótese de haver mandamento de agir, que ela assume desvalor e passa a omitir ou conduta omissiva. A agregação de uma nova dimensão de realidade ontológica cultural não desperdiça o seu substrato igualmente real fundado na parte negativa da lei causal natural. Nem mesmo com a passagem de conduta omissiva genérica para conduta omissiva penal – que certamente observa critérios normativos mais rigorosos – não desaparece a dimensão ontológica natural do fenômeno. Por conseguinte, os crimes por omissão assentam o seu conteúdo ontológico na ausência de impedimento da força dinâmica, ou seja, no elemento negativo da lei causal.

⁹⁹⁸ Tal consciência se encontra manifesta em várias doutrinas da conduta penal, quando rejeitam a abrangência de determinados comportamentos – *v.g.*, somáticos – pelo conceito de ação penalmente relevante, e também nas várias doutrinas do ilícito, quando deprezam axiologicamente comportamentos pouco ofensivos, entendidos como irrelevantes ou bagatelares.

⁹⁹⁹ HEIDEGGER, *Essência do fundamento*, p. 39 e 41.

¹⁰⁰⁰ Sobre isso ver 3º Parte, Tópico 1.1.

3º PARTE – CONTRIBUTO À COMPREENSÃO DO FUNDAMENTO E DO PLANO JURÍDICO EXISTENCIAL DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Considerando o esclarecimento acerca da fenomenologia do nexo de causalidade, agora se deve proceder à explicação de como surge a conduta omissiva e, especificamente, os crimes omissivos impróprios. Até aqui, se buscou fundar as bases acerca da importância causal da ausência de impedimento do resultado, que serve como referencial ontológico do fenômeno investigado e igualmente como norteador da formulação das categorias jurídicas.

O momento presente é oportuno para ter claro que a relevância penal da omissão não é a primeira questão a ser observada, assim como é verdadeiro que os seus fundamentos e suas dimensões dependem, em alguma maneira, do reconhecimento causal.¹⁰⁰¹ Por ser a questão da elucidação existencial da omissão imprópria atrelada ao problema da causalidade, a descrição do modelo causal proposto não estaria completa, caso não fosse enfrentado particularmente – ainda que com brevidade – alguns pontos essenciais desse tópico. É necessário responder às perguntas sobre o que é, bem como o porquê e quando o omitir adquire relevância penal, tendo consciência de que o reconhecimento do desvalor jurídico da conduta é o elemento principal para a responsabilidade penal do omitente.

Aproveite-se a inspiração de um exemplo frequente na doutrina para tornar mais nítidas as questões a serem esclarecidas. Tome-se o caso de um afogamento diante de três distintas pessoas: o professor de natação, o exímio nadador e o péssimo nadador. Tanto o professor de natação, que nada faz para impedir a morte do seu aluno, quanto o exímio nadador, que acompanha imóvel o transcorrer do acontecimento, e o péssimo nadador que – embora sensibilizado com a situação, sequer apresenta alguma condição de realizar o salvamento – se atira na água, contribuem causalmente de maneira rigorosamente igual para o não impedimento

¹⁰⁰¹ A presente reflexão direciona-se a elucidar a essencialidade da estrutura causal na formação do fundamento da omissão imprópria, sem buscar exaurir as particularidades das análises da ilicitude omissiva e das várias especificações de fontes e concretizações do dever de agir, que afloram em diversos âmbitos da vida.

do resultado morte. O resultado, contudo, não poderá ser atribuído igualmente aos três, em razão dos fundamentos que lastreiam a viabilidade da imputação.

Certo é que uma compreensão doutrinal, aqui compreendida como excessivamente normativa, tem mitigado a imprescindibilidade do estudo do problema da causalidade e pretendido a sua superação por meio da definição e determinação dos limites do dever de garante.¹⁰⁰² Por ter consciência dessa situação, a reflexão proposta pretende se voltar para a identificação dos componentes do fato desvalioso, que os interesses político-criminais pretendem ver proibidos, antes mesmo da análise da técnica de tutela consagrada no ilícito-típico. A questão diz respeito ao fundamento e ao plano jurídico existencial da omissão imprópria.

1. Síntese das concepções doutrinárias sobre a conduta e a fenomenologia omissiva

O mesmo método de abordagem, que foi empregado quando se apontaram sinteticamente as principais diretrizes e propostas doutrinárias passíveis de críticas sobre a natureza da causalidade e a causalidade omissiva, será novamente seguido para tratar concentradamente das principais incompreensões sobre a conduta e a fenomenologia omissiva.

1.1. A conduta omissiva não é nem sinônimo da simples inação, nem o não fazer algo concreto

Para uma parte da doutrina, a omissão perfectibilizar-se-ia como sendo uma inação ou, ainda mais específico, na forma que posteriormente se apresentou, um não fazer qualificado,¹⁰⁰³ no sentido de que o omitente não faz algo concreto, uma

¹⁰⁰² Sobre isso ver 2º Parte, Capítulo IV.

¹⁰⁰³ VELOSO, *Apontamentos sobre omissão*, p. 5.

específica e «determinada ação».¹⁰⁰⁴ No seguimento da orientação que a omissão consistiria numa simples inação, tem-se chegado à equivocada conclusão de que seria impensável um agir sem um omitir a ele correspondente, igualmente não se poderia conceber um «omitir no sentido estrito da palavra», dissociado de uma contemporânea e respectiva ação.¹⁰⁰⁵ Ilustra-se tal noção com o exemplo daquele que, ao dormir numa cama estaria obrigatoriamente a se omitir de levantar-se durante o sono.¹⁰⁰⁶

Independente de a omissão ser um conceito relativo a uma ação específica, dois são os enganos dessa compreensão, um referente à observação do fenómeno e outro ao próprio apuramento conceitual. Primeiro, quando algum agente se dedica de corpo e alma para a realização de uma ação sempre acaba impedido, por uma natural limitação das suas capacidades de intervenção exterior, de realizar várias outras atividades.¹⁰⁰⁷ Todavia isso não leva a crer que toda a diversidade de ações que ele deixou de empreender caracterize simultaneamente diversas omissões,¹⁰⁰⁸ pois são antes simples ações não realizadas ou condutas de não fazer algo.

Segundo, o omitir jurídico-penal requer outros elementos para além da observação da inatividade do agente. A noção de não fazer algo não adianta qualquer sentido acerca do eventual juízo de aprovação ou reprovação que recai sobre a conduta. Mesmo o tradicional exemplo da mãe que nega alimentação ao seu filho pode significar a perfeita observação da prescrição médica nutricional, a fim de alcançar uma dieta adequada ao desenvolvimento da criança.¹⁰⁰⁹ Decerto, nesse caso, a conduta dos pais seria avaliada positivamente. Todavia, em outro contexto, a não alimentação pode caracterizar o meio encontrado para impor sofrimento ou causar a morte da criança, hipótese na qual o juízo seria negativo.

O confronto das duas diferentes modalidades de inações permite identificar que não há uma igualdade entre ambas as condutas e, aliás, que apenas uma delas permite suportar a qualificação a título de omissão. Certamente não há qualquer

¹⁰⁰⁴ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116; WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, p. 200-201, GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 3.

¹⁰⁰⁵ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 63.

¹⁰⁰⁶ Por exemplo, HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 63.

¹⁰⁰⁷ ENGISCH, «Artz im Strafrecht», p. 423.

¹⁰⁰⁸ GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 23

¹⁰⁰⁹ Esse exemplo, no essencial, consta em LUNA, «O crime de omissão», p. 50.

dúvida de que – conforme o sentido do fato em questão e os limites da linguagem – inexistem elementos para cogitar uma fortuita classificação do comportamento dos pais, que seguem corretamente a orientação nutricional prescrita, como sendo omissivo. Com isso se constata que a mera inação ou o não fazer algo em específico não tem o mesmo significado ou, ainda, equivalência ao omitir.

Então é justamente daí que parte necessariamente uma nova reflexão: o que precisamente difere o não fazer algo específico do propriamente omitir. A resposta para essa questão reside na abordagem axiológica que se faz do fenômeno, o que acaba por convocar um plano normativo.

1.2. A conduta omissiva não é a simples contrariedade à lei

Levando em consideração que a fenomenologia da conduta omissiva e a instituição do crime omissivo convocam – na forma de pressuposto necessário – o plano normativo,¹⁰¹⁰ alguns têm afirmado que o essencial para a omissão seria a contrariedade entre a conduta do omitente e a legislação penal. Essa orientação consumir-se-ia no primeiro nível da tradicional compreensão da dogmática penal alemã do século XVIII, especificamente na conceituação dos crimes a título de «*violationem legis*».¹⁰¹¹ Nem mesmo o segundo nível de apreciação apresentado por essa dogmática, relativo à distinção entre os tipos específicos de leis,¹⁰¹² receberia alguma atenção. O omitir atingiria sua plenitude tão somente na violação ou na contrariedade à lei penal.

É preciso ter alguma cautela para não aderir simplesmente ao niilismo em relação às estruturas pré-jurídicas, à subestimação da aptidão constitutiva da dogmática penal e à superestimação da capacidade da legislação em criar a realidade. A interpretação de que a ciência jurídica não passaria de uma mera ciência legística, por vezes, atribuível ao suposto sentido da reconhecida passagem de Julius von

¹⁰¹⁰ Assim, por exemplo, GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 54.

¹⁰¹¹ Assim, por exemplo, em KOCH, *Institutiones iuris criminalis*, §21, p. 26 e ENGAU, *Elementa iuris criminalis*, §15, p. 20. Mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 1.

¹⁰¹² Segundo Johann Koch e Johann Engau, as leis dividir-se-iam em leis proibitivas e preceptivas (KOCH, *Institutiones iuris criminalis*, §21, p. 26 e ENGAU, *Elementa iuris criminalis*, §15, p. 20).

Kirchmann – contida na sua conferência, de 1848, intitulada *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* – não pode ser tomada como um dado indiscutível. A afirmação de que «três palavras corretivas do legislador e bibliotecas inteiras virariam papéis para embrulho»¹⁰¹³ é proferida num contexto em que o autor expressa profundo ceticismo quanto ao desenvolvimento cultural da legislação prussiana do seu tempo em comparação aos extintos Tribunais do Povo (*Volksgerichte*).¹⁰¹⁴

É nítida a insatisfação de v. Kirchmann diante do limite de um certo modelo de reflexão jurídica – o qual denomina como o «lamentável da jurisprudência» (*Klägliche der Jurisprudenz*) – que intencionalmente se afastaria da política e, assim, se explicaria incapaz de determinar ou mesmo orientar o «caminho dos novos desenvolvimentos» da sua matéria.¹⁰¹⁵ Tudo isso visto num horizonte científico em que esse tipo de reflexão e atividade consistiria em «parte essencial» ou na «mais alta tarefa» das outras ciências.¹⁰¹⁶

A questão fundamental é que a presumida neutralidade política absoluta da ciência jurídica, mesmo quando desejada, não é plenamente realizável, de modo que o fazer dogmático, enquanto constituinte de noções e conceitos, interfere e sofre interferência de outras práticas culturais. A atividade legislativa não parte de uma plena liberdade criativa originária, mas, ao contrário, mesmo a Constituição convoca e positiva uma série de conceitos já debatidos no conhecimento jurídico que a antecede.¹⁰¹⁷ Portanto, especificamente, no que diz respeito à existência e ao conceito de omitir, nada justifica a sua redução existencial à positividade do texto legal.¹⁰¹⁸

A conduta omissiva não tem a sua individualidade perfeitamente caracterizada pela contrariedade à lei. O importante não é apenas a formal violação da lei em abstrato, mas, sim, a material contradição com o conteúdo da lei, nomeadamente o âmbito de proteção do bem jurídico. É por isso que aferição da verdadeira contrariedade somente poderá ocorrer em concreto, ou seja, o que

¹⁰¹³ v. KIRCHMANN, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, p. 21.

¹⁰¹⁴ v. KIRCHMANN, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, p. 33.

¹⁰¹⁵ v. KIRCHMANN, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, p. 33.

¹⁰¹⁶ v. KIRCHMANN, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, p. 33.

¹⁰¹⁷ Isso considerando que o direito penal não se trata de um mero instrumento de sanção posto em ação por um programa constitucional, conforme bem ensinou Faria Costa (COSTA, *O perigo*, p. 219-221). No mesmo sentido, RUIVO, *Criminalidade financeira*, p. 57-58.

¹⁰¹⁸ KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 50.

interessa é saber o significado prático da conduta do autor, se o comando normativo foi desatendido.

1.3. A omissão não é apenas a formal negação da ação devida (contrariedade ao dever)

Como desdobramento e especificação da orientação legalista acerca da gênese da conduta omissiva, encontra-se outra forma de inteligir que identifica o seu étimo especificamente na contrariedade ao dever ou, mais precisamente, na negação da ação devida. O comportamento omissivo seria aquele que «transgride uma obrigação de conteúdo positivo, uma obrigação de fazer»¹⁰¹⁹ ou que não aplica «uma regra ou grupo de regras».¹⁰²⁰ Para alguns, mesmo «na palavra omitir» já estaria contida «uma negação que se refere à ação».¹⁰²¹ Isso não significa que se trate de toda e qualquer possibilidade de uma qualquer ação contemporânea ao omitir, mas especialmente uma «bem concreta ação» numa «direção determinada».¹⁰²²

A omissão decerto não é nem mera criação designativa da falta da ação devida, nem a singela negação da ação devida, ao contrário disso, consiste numa noção normativo-ontológico que denomina uma das duas espécies de condutas penais ofensivas ao bem jurídico tutelado. Caso a conduta omissiva não tivesse natureza ontológica e efetivamente não fosse mais que uma mera negação, o resultado por ela causado somente lhe poderia ser imputado ilegitimamente. Por certo, a partir da mera negação – inversão do sentido em termos lógico-rationais – não poderia decorrer um resultado prático ontológico como lídima consequência.

¹⁰¹⁹ GALLO, *Appunti*, p. 126 e, antes, GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, p. 25. Vale observar que para Marcello Gallo a conduta omissiva «não é *conditio sine qua non* do mesmo evento», pois o resultado seria «produzido por várias forças físicas» (GALLO, *Appunti*, p. 127).

¹⁰²⁰ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 60-61.

¹⁰²¹ KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 25. Mesmo assim, em outra oportunidade, Armin Kaufmann ressalta o fato de que mesmo para ele «a omissão não é só negação de uma ação, a cada omissão pertence o autor dela que um homem que deve possuir capacidade de agir», porque tem consciência que o «conceito de omitir» e «o que este abrange permanece sempre no âmbito do ser» (KAUFMANN, «Unterlassung und Vorsatz», p. 214).

¹⁰²² KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 25. No mesmo sentido, GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 3 e 36.

Conforme as leis do procedimento lógico, a negação exerce uma função sintática de alteração do operador deôntico da proposição a qual prefixa, isso quer dizer que assume um caráter neutro em relação à validade da proposição.¹⁰²³ Isto é, partindo estritamente da existência da negação, não é possível afirmar, por exemplo, qual das conclusões «D deve ser realizado» ou «D não deve ser realizado» é a válida. Trata-se apenas de um elemento designativo da inversão do sentido da proposição, que é incapaz de adiantar a sua validade e, menos ainda, indicar algo a respeito da sua veracidade, o que, por si só, demonstra ser a negação um elemento inconclusivo para a caracterização da essência do omitir. A conduta omissiva não pode ser uma mera negação, dado que possui um caráter intrinsecamente desvalioso.

Para essa orientação, a negativa avaliação axiológica da conduta omissiva não decorreria da compreensão autônoma que se tem dela própria, mas, sim, se daria como um juízo reflexo, desde o referencial externo adotado. Afirmar-se-ia primeiro a bondade do dever de agir e, portanto, a sua negação seria um desvalor. Ocorre que o dever de agir tende a restar insuficientemente definido e sem a indicação de um fundamento material, o qual pode ser tomado como estrutura para a sua valoração.

A verdade é que para ser fiel às características do fenômeno omissivo e exato na definição, não é viável que a conduta omissiva negue diretamente a ação que, em realidade, não existe. Por rigor aos fatos, é preciso admitir que a ação somente existe ou como conteúdo mandamental da norma de conduta, ou na forma da consequente expectativa comunitária de conduta.

A omissão nega o mandamento da norma de conduta que prescreve a diretriz de cuidado de perigo¹⁰²⁴ ao bem jurídico, cujo entendimento e observância deve ser procedido pelo garante para que se concretize satisfatoriamente de acordo com a particularidade do caso. Nem o mandamento de agir na sua abstração comanda específica e literalmente a execução de uma determinada ação salvadora, nem é factível que o omitente negue a ação adequada para aquele caso. Melhor dizendo, a omissão nega diretamente o mandamento de cuidado do bem jurídico, contido na norma de conduta e com isso também rejeita indiretamente a ação que era devida naquela situação.

¹⁰²³ VILANOVA, *As estruturas lógicas*, p. 98.

¹⁰²⁴ Sobre a categoria cuidado-de-perigo, ver COSTA, *Noções fundamentais*, § 20 e 21, p. 10.

A identificação da ação devida para o específico caso somente pode ser observada tendo como referencial a situação em concreto e a experiência que se tem acerca da estrutural disposta pela relação de causalidade, que serviu de base para a avaliação axiológica instituinte do comando normativo do dever de agir. Certamente, o crime omissivo é tão ofensivo ao bem jurídico, quanto o crime comissivo.

1.4. A conduta omissiva não é a simples contrariedade à expectativa

A noção de que omitir é contrariar uma expectativa de conduta é o maior legado compreensivo e teórico da doutrina da ação esperada.¹⁰²⁵ A conduta omissiva consagrar-se-ia, no âmbito de relevância das condutas humanas, como sendo aquele comportamento que desatende a uma expectativa de ação previamente estabelecida.

Certamente a expectativa de conduta não pode ser um juízo pessoal entregue ao subjetivismo do avaliador, mas, sim, deve encontrar alicerce no plano da objetividade. Os pressupostos e fundamentos que explicam a expectativa de conduta repousam ora na formal previsão jurídico-positiva de um dever de agir, ora na dinâmica cultural comunitária que reconhece materialmente determinadas ações como efetivamente realizáveis e necessárias em certos contextos.

Tem-se dito que só se pode afirmar uma autêntica expectativa jurídica, caso exista o estabelecimento de um dever de agir e, por conseguinte, exista também um direito.¹⁰²⁶ Assim sendo, a determinação da ação esperada não realizada encontraria-se no dever de agir que recai sobre o garantidor, de modo a manter o paralelismo entre a «expectativa» e o «dever». No fundo, o que estaria problematizado seria um ponto da teoria das normas referente à reprodução da relação bilateral entre direitos e deveres.

A questão principal a ser apontada é que apenas com a indicação da existência de um dever não se resolve satisfatoriamente o problema do conceito

¹⁰²⁵ Para mais detalhes sobre a doutrina da ação esperada, ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 2.

¹⁰²⁶ KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 51.

material da conduta omissiva. Conforme foi visto no ponto anterior, o próprio dever requer um conteúdo material que não repousa estritamente na instituição jurídica, mas, sim, numa realidade ontológica culturalmente conformada que o condiciona e o antecede. Diga-se, por hora apenas numa frase, não faz qualquer sentido acreditar que a mera instituição legal de um dever irrealizável – ou seja, que excede amplamente a capacidade do garantidor do bem jurídico – poderia gerar a legítima expectativa de execução da ação protetiva ou salvadora.

O reconhecimento da situação de perigo, a bondade e a necessidade de determinada conduta ativa, a formação normativa pré-jurídica do mandamento de agir, a instituição jurídico-penal do dever de agir são níveis de análise que, embora em graus diferentes de qualificação e de rigor, repousam sobre uma mesma relação material comum. A melhor especificação dessa relação material é imprescindível para determinar os limites do dever de agir e até que se ponto trata de uma expectativa legítima.

O omitir viola a expectativa comunitária, que se institui independente ou com a colaboração da intervenção jurídica, porque se espera razoavelmente que o valor pré-jurídico ou o bem jurídico não venha a sofrer alguma ofensa significativa. São os nexos causais já conhecidos, sustentadores da relação material de cuidado-de-perigo, que estabelecem o dever de agir e a decorrente expectativa de conduta. E jamais o inverso disso. Não é a mais indeterminada expectativa de conduta que institui o mais determinado dever jurídico e cria o concreto nexo de causalidade entre resultados a evitar e a conduta omissiva.

1.5. A conduta omissiva não é a ausência de eliminação da causa do resultado

Alguns autores, ancorados numa leitura da relação de causalidade estritamente desenvolvida conforme o conceito ativo-essencialista de causa, afirmam que a conduta omissiva não seria propriamente causadora do resultado que o direito penal quer evitar e punir. Isto é, ao injustificadamente tomar o conceito de causa como força motriz e, a partir disso, proceder à polarização da interpretação do nexo

causal apenas nos limites estritos manifestados pelo transcurso da energia mecânica, conclui-se pela inviabilidade do reconhecer o omitir como causador de fenômenos. Assim, segundo essa orientação, a omissão seria simplesmente deixar o curso das coisas acontecer.¹⁰²⁷

O acerto causal, apesar de ser uma exigência material, teria importância mitigada nos crimes omissivos, sendo apenas um «problema meramente hipotético», solucionável por meio de um «juízo de idoneidade» reconduzível ao adimplemento do dever que faria desaparecer a causa.¹⁰²⁸ Isso porque, em síntese, a figura típica do crime comissivo mediante omissão consistiria na «falta da eliminação da causa» do resultado.¹⁰²⁹

Não há dúvidas de que a verificação da capacidade causadora das condutas penalmente relevantes mantém o seu alicerce na noção que se tem acerca do nexo de causalidade. E, desse modo, a estruturação do liame entre a conduta e o resultado pressupõe uma determinada concepção dos dois elementos que se encontram ligados – a conduta e o resultado –, o que decerto permite indicar os comportamentos abrangidos e aqueles excluídos pelo conceito de relação causal.

A dedução de que o omitir consiste meramente na falta da eliminação da causa do resultado, embora formalmente coerente com a premissa inicial da qual parte, não é correta em termos materiais, justamente porque arranca de uma compreensão incompleta da realidade. Caso se reconheça a integralidade da relação de causalidade, desfaz-se a aparência de que os resultados seriam causados apenas por elementos positivos. A contribuição negativa, diga-se a não interrupção no curso da força mecânica, é tão essencial para o acontecimento, quanto o primeiro acionamento da força mecânica. Logo não se justifica nem a persistência na noção estreita de causalidade, nem o desconhecimento da capacidade causadora da conduta omissiva.

O omitir também diz respeito a algo efetivamente concreto, mas algo concretamente previsto no conteúdo de determinada norma de conduta reconhecida pela comunidade que se estrutura a partir da evidenciação de determinado curso

¹⁰²⁷ STREE; BOSCH, «Begehung durch Unterlassen», p. 221, nm. 61.

¹⁰²⁸ NUVOLONE, «causalità nel diritto penale», p. 721-723, 724.

¹⁰²⁹ NUVOLONE, «causalità nel diritto penale», p. 724.

causal perigoso. Melhor seria dizer, com atenção estritamente no funcionamento causal, que a conduta omissiva penal é a falta de interrupção do risco ou do perigo, que causa o resultado ao não impedir o desenvolvimento da ação de força perigosa.

2. A necessidade de identificação do fato existente ou pressuposto (*exitentia facti*)

A identificação do funcionamento da relação causal e da conceituação da conduta omissiva requer a melhor compreensão dos elementos que compõem essa relação e esse conceito. Conforme foi visto, a conduta omissiva é uma noção que sempre carrega ínsito um juízo axiológico de desvalor, que não necessariamente deve ser um desvalor jurídico. Isso significa apontar para a existência de um conceito genérico de omitir, que antecede e transcende o reconhecimento e a conceituação jurídico-legal,¹⁰³⁰ de modo a poder servir tanto de fundamento fenomenológico, quanto de referencial axiológico para orientar a intervenção jurídica.

Manifestamente assim se afasta das orientações normativista-legalistas que partem do conceito legal de omitir e acabam por ver prejudicada a compreensão integral do fenômeno omissivo,¹⁰³¹ pois, ao fim, tendem a considerar que o mandamento jurídico teria capacidade de transformar um «‘nada’ no reino da experiência» em «‘algo’ no sentido jurídico».¹⁰³² Constatar que a existência da

¹⁰³⁰ O destaque ao reconhecimento dos «fenômenos pré-jurídicos» captados pelo direito para a definição dos conceitos de ação e omissão penais pode ser lido em ROXIN, «Grenze von Begehung und Unterlassung», p. 380; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, p. 499 e, igualmente na versão retrabalhada, LANGER, *Die Sonderstrafat*, p. 444; SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, p. 7; MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Strafrecht/2*, §45, nm. 10, p. 169.

¹⁰³¹ Assim, se busca intencionalmente evitar repetir o equívoco metodológico denunciado como sendo a «tentativa de instrumentalizar a concepção de omissão» para «responder aos anseios do sistema jurídico-penal vigente» (D’AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 183).

¹⁰³² GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 4 e, antes, SAUER, «Kants Einfluß», p. 6. O caminho adotado propositadamente contraria aquele – percorrido por, *v.g.*, Wilhelm Gallas – que parte do conceito legal de omissão e acredita que o conceito geral de omissão não importaria ao direito penal, «porque um tal omitir nunca pode ser fundamento para um julgamento penal de omissão» (GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 3 e 35). A preocupação que aqui se tem não é

conduta omissiva depende do prévio reconhecimento de uma norma de conduta não quer dizer que a omissão inexistia no mundo dos fenômenos, mas, sim, que procede da força instituinte e criadora da finalidade normativa. A razão de investigar o conceito genérico de omissão não se prende diretamente à pontual aplicação da legislação ao fato em julgamento, senão à fundamentação, à delimitação e à orientação do âmbito de intervenção e, por vezes, crítica ao direito positivo.¹⁰³³

É necessário examinar as especificidades do fenômeno em questão, considerando que a dogmática penal contemporânea tem dedicado menos atenção ao estudo do fato – pressuposto ao reconhecimento positivo legal na incriminação¹⁰³⁴ – do que fizera em outras épocas. Há uma série de hipóteses a sindicar, que poderiam constar a título de causa de tal conjuntura. Por exemplo, esse estado de coisas seria eventualmente consequência da indiscutível dificuldade para estabelecer um conceito de ação amplamente consensual no plano dogmático.¹⁰³⁵ No plano metodológico,¹⁰³⁶ decorreria, eventualmente, do ponto de partida da reflexão jurídica desde o parâmetro legal conforme a diretriz do legalismo positivista, da mitigação do interesse jurídico dedicado ao estudo dos fundamentos e das filosofias materiais,¹⁰³⁷ do advento do funcionalismo político nos anos 70 do século passado, da proposta normativista de fundamentação estritamente procedimental ou lógico-analítica do direito penal.

apenas de imputação da reprovação penal, senão antes da fundamentação dos limites daquilo que pode assumir relevância penal.

¹⁰³³ Wolfgang Schöne destaca o fato de que se critérios ontológicos forem encontrados são imprescindíveis para a «determinação do objeto de uma regra jurídica» (SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, p. 11).

¹⁰³⁴ Assim, adverte, por exemplo, SGUBBI, *reato come rischio sociale*, p. 52.

¹⁰³⁵ Diante dos desafios do conceito de ação penal na atualidade – como, por exemplo, apresentar aptidão para explicar tanto as condutas de pessoas físicas, quanto jurídicas, em razão da responsabilidade penal numa série de países, *v.g.* Portugal e Brasil – fica impedido que o conceito ontológico de conduta penal possa se «circunscrever a ação do homem onto-antropologicamente gizado em moldes, ou segundo os quadros, de uma antropologia de Setecentos ou mesmo Oitocentos» (COSTA, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa», p. 511, nota 36).

¹⁰³⁶ Apresentam-se algumas hipóteses de perspectivas metodológicas com eventual influência sobre a questão, tendo consciência de que as questões metodológicas não são «derivações extravagantes» ao direito penal, mas antes um elemento «emblemático» e necessário desse «campo operativo» (BRONZE, *Pensamento jurídico*, p.14).

¹⁰³⁷ Faria Costa destaca uma tendência ainda mais ampla do pensamento do século XX de tratamento do «sentido da fundamentação» e das «questões últimas» com o «anátoma de descrédito» (COSTA, «sobre o sentido da pena» p. 211-212).

Para além da precisa identificação de uma ou mais razões para tal conjuntura, não se pode deixar de apontar que levar até as últimas consequências uma compreensão tão autorreferenciada de tipo penal chega a colocar em questão o seu próprio sentido e constituição. Isto é, o ideal de descrição abstrata e generalista de uma série de fenômenos com relevância penal, observados numa realidade que necessariamente antecede a sua positivação descritiva.¹⁰³⁸ Conforme esse entender, o trabalho dogmático de elucidação do ordenamento penal partiria e consumir-se-ia na presunção de que o sentido da norma já consta estabelecido na positivação legal, sem exigir atenção à conexão existente entre a seletividade normativa e a originária realidade inspiradora do comando normativo. Todavia o conteúdo e o sentido da incriminação são, inevitavelmente, conferidos mediante o processo hermenêutico do texto legal, cuja realização ocorre em meio à tradição na qual se insere a legislação e o intérprete.¹⁰³⁹

É justamente por se acreditar no papel da dogmática na configuração dessa tradição¹⁰⁴⁰ e na importância do acontecimento e do resultado causado pela conduta no direito penal do Estado Democrático de Direito,¹⁰⁴¹ que se dedica atenção à tipologia de acontecimentos reconhecida como omissões. O objetivo fundamental consiste em desvelar os componentes do fato justificador da atividade legislativa

¹⁰³⁸ Mesmo numa compreensão do ordenamento jurídico intencionalmente lógico-analítica, quando dedicada à reflexão sobre a origem da positivação da norma legal, encontra-se ponto esclarecedor. A regência da chamada «proposição normativa universal», previamente estabelecida em relação aos fatos futuros, é instituída – como proposta de «solução normativa das exigências múltiplas oriundas do mundo social» – tomando por base uma série de fatos que o precederam (VILANOVA, *As estruturas lógicas*, p. 61).

¹⁰³⁹ GADAMER, «Da palavra ao conceito», p. 25-26. Ademais, sobre o pensamento de Hans-Georg Gadamer, numa explicação elucidativa acerca da relevância da temporalidade e da tradição no círculo hermenêutico, ver ALMEIDA, «Hermenêutica e dialética», p. 65 e ss. Especificamente no direito penal, em interessante reflexão sobre a pontual limite que a espiral consensual pode impor ao constante enriquecimento de sentido próprio da espiral hermenêutica, COSTA, *O perigo*, p. 33, nota 14.

¹⁰⁴⁰ A tarefa da dogmática do direito penal não se identifica ou se consome no trabalho da política criminal. Ao passo que essa tem o encargo de estabelecer os rumos políticos que a comunidade deseja ver efetivado no que se refere aos conflitos sociais mais significativos, o direito penal pretende, diante dos «aparecimentos» do crime, não «alterar, senão interpretar», de modo que «não é sua tarefa lutar contra o crime, senão prestar um pouco de Antropologia» (*sondern ein Stück Antropologie zu leisten*) (HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 35).

¹⁰⁴¹ Em defesa do direito penal do fato e do direito penal do resultado, COSTA, «Omissão», p. 391 e 392 e, depois, COSTA, «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica», p. 13 e 20.

incriminadora, a partir da compreensão fenomenológica.¹⁰⁴² Convoca-se, portanto, a distinção entre as categorias do fato pressuposto e do tipo penal,¹⁰⁴³ com intuito de obter ganho técnico-dogmático e oferecer melhor acerto à presente questão.

Necessário neste percurso é não perder a consciência histórica sobre o desenvolvimento dos dois conceitos e o sentido que se pode esperar deles na atualidade. A expressão alemã *Tatbestand* (“existência do fato”) – amplamente traduzida ao português como tipo – tem na sua origem o objetivo de transladar ao alemão o sentido contido na locução latina *existencia facti seu delicti*.¹⁰⁴⁴ A pretensão doutrinal na versão do conceito ao alemão era definir, desenvolver categorialmente e autonomizar no direito material em relação ao que a longa tradição processual latina entendia como sendo o *corpus delicti*.¹⁰⁴⁵

O processo inquisitório italiano do século XIII apresenta o início da doutrina do *constare de delicto* dirigida a estabelecer os meios de prova necessários para comprovar um fato criminoso.¹⁰⁴⁶ Por *constare*, entende-se a busca no sentido de fazer certa ou presente a existência de sinais exteriores da conduta do agente no mundo natural.¹⁰⁴⁷ E, portanto, foi, em harmonia com a exigência de sinais

¹⁰⁴² Fenomenologia é utilizada aqui no sentido da ciência que estuda os fenômenos (HUSSERL, *fenomenologia*, p. 25). Segundo Jean-Paul Sarte, pode-se entender por fenômeno aquilo onde o «ser se manifesta a todos de algum modo, pois dele podemos falar e dele temos certa compreensão» (SARTRE, *O ser e o nada*, p. 19).

¹⁰⁴³ Nesse sentido, acolhe-se a proposta de Sousa e Brito de que a «análise do crime omissivo deve começar pela teoria do factio (*lato sensu*)» (BRITO, *crime omissivo*, p. 34-35 e 219-220).

¹⁰⁴⁴ É possível encontrar, em Heinrich Luden, a avaliação positiva acerca dessa proposta de tradução, a qual considera como «literal e apropriada» (LUDEN, *Abhandlungen/1840*, p. 40 e nota 1).

¹⁰⁴⁵ Propondo a tradução de *corpus delicti* como *Tatbestand*, KLEIN, *preussischen peinlichen Rechts*, §68, p. 54. Segundo Heinrich Luden, o primeiro a apresentar a versão ao idioma alemão da expressão latina teria sido Ernst Klein (LUDEN, *Abhandlungen/1840*, p. 40 e nota 1). Curiosamente a doutrina italiana – presumivelmente a mais próxima do processo penal inquisitório canônico – tem o conceito de *fattispecie* não como uma evolução ou atualização da noção de *corpus delicti*, mas, sim, como a tradução da terminologia alemã *Tatbestand* (GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand*, p. 41). Na doutrina portuguesa, destacando a origem do conceito de tipo no direito processual, FERREIRA, *A tipicidade na técnica*, p. 49-50.

¹⁰⁴⁶ HALL, *Die Lehre vom Corpus Delicti*, p. 1-2. Luden apresenta com o mesmo significado e finalidade da expressão *constare de delicto*, também as locuções latinas *veritas delicti* ou *liquidatio delicti* (LUDEN, *Abhandlungen/1840*, p. 19-20).

¹⁰⁴⁷ HALL, *Die Lehre vom Corpus Delicti*, p. 1-2.

exteriores apreensíveis pelos julgadores,¹⁰⁴⁸ que o jurista italiano *Prosper Farinacius* teria cunhado a locução *corpus delicti* em 1581.¹⁰⁴⁹

O processo inquisitório tendia a partir de um acontecimento para chegar ao autor do acontecimento, por isso se dividia em duas etapas consecutivas. Uma primeira, denominada *inquisitio generalis*, com a finalidade de amplamente averiguar se um fato criminoso, com autoria desconhecida, havia sido realizado.¹⁰⁵⁰ Outra, subsequente à verificação da existência do crime, na forma de um processo *contra certam personam*, concebida para imputá-lo ao seu autor, com o nome de *inquisitio specialis*.¹⁰⁵¹

Tal procedimento escalonado praticava uma concepção dicotômica do crime com a separação entre o ilícito-típico objetivo (*corpus delicti*) na primeira etapa e a culpa subjetiva (*auctor delicti*) na etapa subsequente.¹⁰⁵² A idéia de *corpus delicti* exerce um elemento de garantia na investigação judicial inquisitória, dado que só poderia haver a verificação do crime caso existisse realmente a exteriorização do movimento corporal no mundo natural.¹⁰⁵³ Portanto, sem o prévio diagnóstico probatório, restava impedido o início do procedimento de investigação pessoal que assumia como fim a obtenção da confissão do autor do fato.¹⁰⁵⁴

Com isso fica assentado que tanto a noção de fato pressuposto, como, posteriormente, a de tipo são advindas da prática do processo penal, a desvelar historicamente uma «estreita simbiose» entre o direito material e processual,¹⁰⁵⁵ bem como igualmente a indicar a necessidade de o estudo do direito penal não

¹⁰⁴⁸ ORLANDI, «riedizione dell'inquisitio generalis?», p. 572-573.

¹⁰⁴⁹ Nesse sentido, a autoria do conceito consta em LUDEN, *Abhandlungen/1840*, p. 19-20, nota 3; HALL, *Die Lehre vom Corpus Delicti*, p. 1.

¹⁰⁵⁰ HALL, *Die Lehre vom Corpus Delicti*, p. 2-3 e, depois, HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 38. Hermann Kantorowicz destaca que a *inquisitio generalis* se direcionava «contra um autor desconhecido em uma específica circunscrição» (*Sprengel*), ao passo que a *inquisitio specialis* atuava «contra um autor tão determinado quanto a circunscrição» na qual decorreria o processo (KANTOROWICZ, «Studien zum altitalienischen Strafprozeß», p. 100).

¹⁰⁵¹ HALL, *Die Lehre vom Corpus Delicti*, p. 3 e, mais adiante, HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 38.

¹⁰⁵² HALL, *Lehre vom Corpus Delicti*, p. 10-11 e, depois, HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 38. A mesma divisão dicotômica do crime entre elementos objetivos e subjetivos pode-se encontrar no positivismo naturalista de v. Liszt e Beling, sobre isso ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 2.1.

¹⁰⁵³ ORLANDI, «riedizione dell'inquisitio generalis?», p. 572-573.

¹⁰⁵⁴ HALL, *Lehre vom Corpus Delicti*, p. 11; HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 38.

¹⁰⁵⁵ GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand*, p. 527.

negligenciar a relação que mantém com o processo.¹⁰⁵⁶ A relação entre o direito penal e o processual penal não funcionaliza nenhuma das partes envolvidas para que sirva como mero instrumento da outra, pois é realmente característica de uma fecunda «estreita conexão» axiológica entre elas.¹⁰⁵⁷

Os conceitos de fato penalmente pressuposto e de tipo penal podem ser entendidos contemporaneamente como o desenvolvimento qualificativo da mesma base ontológica, pois não há como se rejeitar a afirmação de que o fato é elemento imprescindível na constituição do ilícito. Algumas propostas de alteração na forma de concepção e de funcionamento sistemático da doutrina do tipo penal merecem ser destacadas. Uma primeira de incremento das tarefas atribuídas ao tipo na imputação penal e uma segunda de realocação e melhor determinação da função do conceito no conjunto geral da teoria do delito.

A descrição típica tem crescido em importância na dogmática penal contemporânea ao contrário do que acontece com as tarefas reputadas próprias da doutrina da ação penal,¹⁰⁵⁸ de modo que a noção de «realização do tipo» (*Tatbestandsverwirklichung*) vem assumindo, em algumas orientações, mesmo o papel anteriormente desempenhado pela doutrina da ação penalmente relevante.¹⁰⁵⁹ Isso, por si só, tende a acarretar a diminuição do significado da discussão sobre a natureza do nexo de causalidade a ser conhecido relevante para o direito penal, dado que a reflexão jurídico-penal partiria logo do parâmetro típico em detrimento da realidade fática, que serviu de base para a incriminação. Se a reflexão sobre o conceito de ação penal deixa de ser imprescindível para a solução de uma série de questões – desde a adoção do referencial puramente normativo –, tampouco seria evitável a

¹⁰⁵⁶ Hall indica algo que nem sempre é lembrado, ou seja, que todo direito material tem inevitavelmente o seu lugar e seu tempo processual (HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 37).

¹⁰⁵⁷ COSTA, *Noções fundamentais*, §53, p. 51. Essencialmente no mesmo sentido, anteriormente, DIAS, *Direito processual penal*, p. 28. Em sentido diverso, SILVA, *processo penal*, p. 15 e, na doutrina italiana, TONINI, *procedura penale*, p. 3-4 e concebendo como uma relação de «recíproca instrumentalidade», GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand*, p. 527-528.

¹⁰⁵⁸ Friederich Schroeder refere – especificamente em relação à doutrina final da ação e à doutrina da imputação do tipo objetivo – a substituição do «significado fundamental» e «observação» necessária daquela doutrina da ação pela doutrina da imputação objetiva na literatura estrangeira (SCHROEDER, «Lehre von der objektiven Zurechnung» p. 651). No mesmo sentido, Kai Ambos adverte acerca da questionável multiplicação dos estudos sobre imputação objetiva na América Latina (AMBOS, «100 Jahre Beling's „Lehre vom Verbrechen“», p. 470).

¹⁰⁵⁹ GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 40-49.

avaliação de desnecessidade de insistir no pesado e custoso estudo da natureza jurídica do vínculo que a conduta penal guardaria com o resultado dela advindo. Evidencia-se, assim, a inclinação doutrinária por assumir a natureza eminentemente normativa da causalidade, decorrente da igualmente normativa natureza do tipo penal.

É verdade que, no momento de realização do direito no caso concreto, não há dúvida que o que importa à imputação penal é, ao fim, a relevância típica do fato, ou seja, a relevância típica do curso causal desvelado no fato que está sob julgamento. Todavia isso não quer dizer que a normatividade suplante a realidade, porque a normatividade que efetivamente se investiga é aquela que não cria uma nova realidade, mas, sim, reconhece determinada parcela de realidade prévia ao direito, que também é integrado por uma realidade normativa culturalmente construída.

A segunda proposta busca, por rigor e sentido conceitual, a desejável melhor definição da relação mantida entre o tipo e o ilícito penal. Nesse contexto, vale destacar que a distinção entre as categorias do tipo e do ilícito não é radical e absoluta, pois o tipo consiste na descrição de um ilícito, ao passo que o ilícito é o conteúdo do tipo.¹⁰⁶⁰ São categorias interdependentes que têm o seu sentido máximo apenas expressável quando lidas em conjunto.

É preciso reconhecer que todo o conceito, dado ontológico ou fenômeno comunitariamente desvalioso prévio à descrição típica recebem a qualificação normativa quando passam a integrar o tipo penal.¹⁰⁶¹ Com base nessa realidade, é interessante perceber que o caráter normativo da conduta omissiva não decorre da normatividade jurídica – na qualidade de fato tipificado pelo direito penal –, senão de uma normatividade que o antecede. Caso contrário o crime omissivo não teria verdadeiramente uma particularidade constitutiva, pois, ao final, a relevância

¹⁰⁶⁰ Para um desenvolvimento aprofundado sobre o tema, ver, especialmente, DIAS, *consciência da ilicitude em direito penal*, p. 93-97 e COSTA, «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica», p. 7-23.

¹⁰⁶¹ Assim, por exemplo, em HALL, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes», p. 40. Nesse mesmo sentido, utilizando a expressão «fenômeno socialmente desvalioso», D'AVILA, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p. 334.

jurídico-penal seja para o agir, seja para o omitir pressupõe um elemento comum, nomeadamente a descrição típica do fato.¹⁰⁶²

Especificamente os elementos normativos «referem-se a circunstâncias que só podem ser pensadas e representadas sob pressupostos lógicos de uma norma».¹⁰⁶³ Embora também seja certo que o qualificativo nunca pode prescindir do objeto qualificado – que oferece fundamento e padrão crítico –, o sentido do conceito típico sobrepõe-se ao sentido original na realização do direito, mas, sem por isso, renunciar ao referencial ontológico prévio ao reconhecimento jurídico-normativo.

Depois das considerações dogmáticas, é justo fazer aqui uma observação acerca dos efeitos práticos de uma precisa e exata descrição fática possível, como corolário do princípio da legalidade. A qualidade descritiva da conduta ofensiva ao bem jurídico que a norma pretende reprimir é diretamente proporcional à capacidade de orientação da atividade dos meios de persecução penal e, sobretudo, de garantia da proteção das liberdades individuais e coletivas.

Não é insignificante o perigo que descrições típicas imprecisas, despreocupadas em atender à taxatividade e à determinabilidade, permitam que a atuação das instâncias policiais e judiciárias se desvinculem do «parâmetro legal», o que faria possível a indesejável reaproximação do processo contemporâneo ao modelo inquisitorial típico do *corpus delicti*.¹⁰⁶⁴ Isto é, o incremento do papel do judiciário na verificação da ilicitude-típica objetiva e o crescente retorno da dependência do direito penal em relação ao procedimento penal.¹⁰⁶⁵ Certamente a fragilização do dever de determinação da descrição das condutas proibidas cria insegurança jurídica, na medida em que diminui a certeza relativa às condutas cobertas pelo âmbito de proibição da norma, acabando por transferir ao processo penal maiores poderes no estabelecimento dos contornos do crime.

¹⁰⁶² PULITANÒ, *Diritto penale*, p. 221.

¹⁰⁶³ ENGISCH, «Die normativen Tatbestandselemente», p. 147.

¹⁰⁶⁴ ORLANDI, «riedizione dell'inquisitio generalis?», p. 571 e 591. Renzo Orlandi refere-se especificamente à *inquisitio generalis* com propósito de accertamento do crime na sua «objetividade palpável» no mundo externo, reconduzível ao exame de *corpus delicti* (ORLANDI, «riedizione dell'inquisitio generalis?», p. 572, 587-588).

¹⁰⁶⁵ Nesse sentido, na Itália, PADOVANI, «Il problema “tangentopoli”», p. 452; GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand*, p. 4.

3. Os conceitos genérico e penal de omissão e os seus respectivos elementos essenciais

Todo conceito assenta-se na seleção de determinadas propriedades – independentemente se ontológico-naturais ou ontológico-normativas do objeto –, pois «nem tudo do real tem acolhida no universo das proposições».¹⁰⁶⁶ É daqui que se parte para tentar estabelecer o conceito de omissão e os seus elementos essenciais.¹⁰⁶⁷ A fim de manter concordância com a proposta metodológica e os fundamentos desta investigação, inicia-se por tentar entender o conceito genérico ou geral de omissão para, somente depois, analisar qual a leitura que a ordem jurídico-penal faz a respeito dessa realidade.

O conceito genérico de omissão consiste no descumprimento do conteúdo de determinado mandamento normativo de agir, quando tinha concreta capacidade para atuar nesse sentido. A decomposição do conceito, permite apresentá-lo em elementos essenciais autonomamente identificáveis: (1) pessoa destinatária da norma, (2) mandamento de agir previsto em norma preceptiva de natureza geral, (3) concreta capacidade de agir, (4) hipótese de incidência do dever de agir ou situação em que surge a obrigação em concreto, (5) inobservância do mandamento de agir quando era faticamente possível e normativamente obrigatório observá-lo e (6) resultado desvalioso decorrente da conduta omissiva.

Tais elementos merecem algumas considerações explicativas acerca de suas características. (1) Toda omissão requer a pessoa de um destinatário do comando normativo, que se encontra obrigado agir para cumprir o mandamento. O mandamento de agir sem um destinatário determinável na situação concreta nem possui fundamento, nem alcança sentido e eficácia prática.

¹⁰⁶⁶ VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 46. No mesmo sentido, no direito penal, é o entendimento de Schünemann, seguindo Gerald Grünwald e Heinrich Rickert (SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 23).

¹⁰⁶⁷ A intenção de identificar os elementos componentes do crime omissivo não significa retornar ou anuir com a compreensão metodológica do positivismo filosófico, que pretendia entender o todo por meio do estudo analítico das partes (HEIMSOETH, *filosofia no século XX*, p. 18). O objetivo é apenas ganhar mais precisão no conhecimento dos elementos componentes como requisitos jurídico-penais para verificação da omissão e, conseqüentemente, para eventual aferição da possibilidade de criminalização de novas condutas omissivas.

(2) Embora existam elementos mais específicos também identificáveis fenomenologicamente, como se verá naqueles próprios da omissão penal, a omissão tem como seu requisito essencial a existência do mandamento de agir, contido numa norma preceptiva de natureza geral. Trata-se da expressão da relação de cuidado, consolidada na forma de mandamento normativo, de acordo com as características culturais de determinada comunidade. Significa a instituição do âmbito de proteção de determinado valor, a diretriz para que se proteja o valor e a advertência de que o descumprimento do mandamento acarreta uma consequência juízo de desvalor comunitário.

É frequente que a própria noção formal de norma venha a ser tomada como um bem ou um interesse a ser protegido, arrancando daí a tendência para encobrir aquilo que consta no seu conteúdo. O núcleo da norma preceptiva toma por base a dimensão de proteção de um específico interesse e de certa pessoa capaz de fazê-lo, para articular o âmbito de tutela normativo, destinado à conservação e ao melhoramento de certo valor ou interesse. Cria-se o mandamento de agir em uma norma preceptiva de natureza geral, ou seja, uma norma de conduta que comanda o dever de agir.

Aqui a normatividade é referida em sentido amplo – por exemplo, aquela relacionada à ética, à moral, à religião, aos costumes¹⁰⁶⁸ –, pois não há dúvida de que se pode ajuizar negativamente a respeito de pessoas omissas considerando deveres de outras ordens diversas da jurídica.¹⁰⁶⁹ É o caso dos vários e diversificados deveres éticos de solidariedade – com amplitude e especificação variável de acordo com a realidade cultural do ambiente em que se inserem – que não chegam a alcançar reconhecimento jurídico, *v.g.* ajudar o deficiente visual a atravessar a rua, fazer

¹⁰⁶⁸ FIANDACA, «Omissione», p. 547. Arthur Kaufmann destaca o fato de que «toda comunidade humana» tem normas em sentido geral, nomeadamente «espirituais, éticas, morais e culturais», que permitem avaliar vontades e comportamentos como bons ou maus e, conseqüentemente, permitidos ou proibidos (KAUFMANN, «Strafrechtspraxis und sittliche Normen», p. 167). No direito penal inglês, sobre a construção de normas sociais pelos sistema de educação formal e de bem estar, família, religião, pressupostos culturais, ver LACEY; WELLS; OLIVER, *Reconstructing criminal law*, p. 19-22. O reconhecimento de uma realidade normativa prévia à juridicidade não afasta a constituição do direito penal da proposta de desenvolvimento de uma matriz secular, cujas manifestações podem ser colhidas em diversas intensidades e períodos históricos, como é o caso da observação de Francesco Carrara de que as normas religiosas não são «o fundamento do juízo punitivo» (CARRARA, *Parte speciale/1864/1*, p. 18).

¹⁰⁶⁹ GALLAS, «Zum Gegenwärtige Stand», p. 27; BRITO, *crime omissivo*, p. 84; D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 118.

doações de roupas para pessoas necessitadas. Não diferente é a hipótese daquele fiel religioso que se omite de realizar determinada prática entendida como dever para a religião, mas irrelevante para a ordem jurídico-penal.

Portanto, ao contrário do que já foi afirmado pela doutrina, não é apenas para o direito que a omissão adquire relevância como conduta de não fazer o que é devido. Mas, mais profundamente que uma exigência técnica normativa própria da ciência jurídica, deve-se reconhecer que o não fazer o prescrito no mandamento de agir caracteriza a própria natureza da conduta omissiva, o que decerto é prévio ao eventual reconhecimento jurídico-penal.

(3) Existe ainda uma qualidade exigível da pessoa destinatária da norma para que efetivamente se configure um caso de obrigação normativa e, por conseguinte, a viabilidade da constituição da hipótese omissiva. Trata-se de um argumento de razão prática que impede a avaliação de condutas de não fazer como sendo omissões em circunstâncias nas quais a realidade não permitia que a pessoa atuasse positivamente. O impedimento de atuar pode se referir ao elemento objetivo (incapacidade de agir) ou subjetivo (desconhecimento do dever de agir).

Esse último é o caso no qual se constata não fazer sentido postular a omissão de educação e informação dos filhos por parte dos pais em relação a noções de história, geografia, psicologia cujo conhecimento nem mesmo os progenitores detinham minimamente. Nessa situação, o dever e o desejo de oferecer a melhor informação aos filhos restariam manifestamente prejudicados, em razão da limitada informação sobre os específicos âmbitos da vida. Pois é certo que ninguém pode ter o dever de ensinar aquilo que não conhece. Em síntese: somente se encontra obrigada a agir aquela pessoa que possui concreta capacidade de ação para realizar o sentido do comando normativo.

(4) Para a caracterização da hipótese de incidência do dever de agir é necessário que se identifique uma condição configuradora dessa obrigação. O fenômeno desencadeador do dever de agir assenta-se na existência de situação de risco para a consecução da finalidade pretendida pelo mandamento. Isto é, o dever de agir tem a sua justificação exatamente no risco ou mesmo perigo de acontecer o resultado diante da ausência de intervenção. Mesmo perante normas morais, não há por que se investigar a imprescindibilidade da ação, quando o contexto já indicava a

sua inutilidade em relação ao interesse normativo, *v.g.*, é questionável a necessidade de jogar-se na água para salvar uma criança que se afoga numa piscina, quando sabidamente existe serviço de salva-vidas e outras pessoas mais próximas do local em perfeitas condições de fazer o salvamento, assim como não há sentido falar no dever de oferecer água ao sedento ou alimento ao esfomeado, quando a pessoa não se encontra efetivamente em algum desses estados.

(5) Ponto central, igualmente sobre o destinatário da norma, diz respeito à configuração da inobservância do mandamento de agir, quando era faticamente possível e normativamente obrigatório observá-lo. Conforme já foi dito, a concreta capacidade de agir requer o conhecimento do comando normativo para atuar por parte do obrigado. Portanto, em sentido contrário, aquele que desconhece a norma, não se enquadra perfeitamente no conceito de omitente, ainda que verdadeiramente não atue para cumprir o dever. Daqui se pode perquirir se constaria inevitavelmente pressuposta nessa afirmação uma relação subjetiva entre o destinatário e a norma. Pelo que tudo indica, omitente é aquele que sabe da sua condição de destinatário do comando normativo, mas, mesmo assim, não realiza a ação comandada por dolo ou, ao menos, por culpa. Dito com outras palavras, omitente é o destinatário da norma de agir que tem condições concretas para agir, mas não tem vontade de cumprir o mandamento ou não toma os cuidados objetivos imprescindíveis para realizar atividades sem ofender valores e interesses.

(6) Por fim, para a perfectibilização do conceito de omissão em sentido geral, é necessário identificar uma consequência desvaliosa do descumprimento do dever. A omissão é sempre algo considerado comunitariamente negativo em termos axiológicos.¹⁰⁷⁰ Todavia, nos fenômenos cotidianos, nem sempre se tem o hábito de distinguir a violação do dever de agir ético, moral, religioso do resultado desvalioso advindo, o que pode trazer alguma dificuldade na tarefa de traçar fielmente os limites entre os dois elementos.

Por vezes, a prática cotidiana, por não necessitar de rigor na análise, acaba por amalgamar o resultado desvalioso na própria violação do dever contido no

¹⁰⁷⁰ Nesse sentido, Taipa de Carvalho aponta a «negatividade ético-social da omissão» como «pressuposto da atribuição de relevância jurídico-penal à omissão, ou seja, é *condição da eventual criminalização da omissão*» (CARVALHO, *Direito Penal*, §970, p. 549).

comando normativo. Sendo assim, passa a falsa impressão de que conduta e resultado não seriam elementos autônomos e que, para além da violação do dever, não se encontraria subjacente o verdadeiro resultado desvalioso que o dever de agir pretende evitar. Contudo a noção genérica de conduta omissiva que pode servir como base fenomenológica para o posterior reconhecimento pela doutrina penal é somente aquela que aponta a reprovabilidade da conduta omissiva considerando a sua capacidade causadora do resultado desvalioso.¹⁰⁷¹

Especificamente, os conceitos jurídicos são criados tendo em consideração uma determinada hipótese normativa – qualificadora do elemento fático –¹⁰⁷² que torna o conceito normativo dotado de sentido e operativo no ordenamento jurídico. O conceito penal de omissão é superiormente rigoroso, ao estabelecer ainda mais elementos necessários, conforme as exigências e especificações próprias da dogmática jurídico-penal para a proposição categorial.¹⁰⁷³ Elementos esses igualmente advindos da própria base fenomenológica lançada no conceito geral de omissão.

Por isso não está em causa a substituição normativa dos conceitos, antes o reconhecimento normativo de outros dados, que somente podem ser obtidos por meio do aprofundamento cognitivo daquela mesma estrutura fenomenológica. Decerto as características essenciais da omissão penal não são apenas deparáveis nos crimes omissivos previstos na legislação positiva, mas também servem de orientação acerca dos requisitos mínimos exigíveis para toda a atividade criminalizadora.

A fim de atingir tal pretensão parte-se da caracterização geral – supostamente indiscutível e axiologicamente neutra – lançada por Armin Kaufmann, para, depois, a completar desde a observação que se faz da fenomenologia omissiva. Conforme Kaufmann, o critério fundamental da omissão seria que «um homem não realizou

¹⁰⁷¹ Em sentido geral, Michael Moore vai ainda mais longe para dizer que «qualquer doutrina legal dependente de tal grau de censurabilidade moral corretamente toma a causação em consideração no marco das suas regras de imputação» (MOORE, *Causation and responsibility*, p. viii e 20-33).

¹⁰⁷² VILANOVA, *estruturas lógicas*, p. 46.

¹⁰⁷³ Em sentido próximo ao do texto, afirma Schünemann que verificar que a omissão contraria uma expectativa social de ação não é o bastante para supor que também seja juridicamente relevante, menos ainda jurídico penalmente relevante (SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 17).

uma determinada ação, ainda que ele pudesse a executar». ¹⁰⁷⁴ É o próprio autor quem chama atenção para o fato de que esse critério ainda ficaria em aberto, se a possibilidade de ação seria algo «essencial ao conceito pré-jurídico de omissão» ou se apenas deveria ser inserido em algum ponto da dogmática do delito omissivo. ¹⁰⁷⁵ Conforme foi aqui demonstrado, trata-se de uma característica já presente no conceito genérico ou pré-jurídico de omissão, que será novamente objeto de estudo de acordo com a singularidade do direito penal.

O conceito restritivo de Kaufmann igualmente não avança qualquer juízo axiológico acerca da não execução da ação, ou seja, se a conduta é considerada valiosa ou desvaliosa. Tal critério deveria ainda ser complementado, de modo a atingir essencialmente aquilo que distingue e individualiza a conduta omissiva diante da simples inação. Todavia, também como se vem afirmando até aqui, a omissão carrega o juízo negativo como algo inerente a sua realidade. Para além disso, essa noção é demasiado lacônica na descrição dos componentes da fenomenologia da omissão, o que faz necessária a proposição de uma nova orientação capaz de elucidar o sentido e os limites da conduta omissiva em direito penal.

Entende-se, portanto, a definição de omissão penal como sendo a falta de interrupção do curso causal perigoso, quando se tinha concreta capacidade para agir, pelo obrigado, por força de lei penal, causadora do resultado ofensivo ao bem jurídico. Esse conceito permite pontuar os seguintes componentes essenciais da omissão penal: (1) a pessoa destinatária da norma, (2) o valor comunitário tutelado pela norma penal, (3) a existência de norma penal preceptiva lastreada materialmente numa relação de cuidado-de-perigo, (4) a concreta capacidade de conhecer e cumprir o dever na proteção do valor comunitário, (5) a pré-existência do perigo ao bem jurídico ou do risco de surgimento do perigo, (6) o resultado ofensivo ao bem jurídico tutelado e, (7) no plano subjetivo, o ajuizamento pessoal do omitente acerca da importância e do sentido da norma, bem como do resultado ofensivo causado pela conduta omissiva.

¹⁰⁷⁴ KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 28 e ss.; KAUFMANN, «Unterlassung und Vorsatz», p. 213.

¹⁰⁷⁵ KAUFMANN, «Unterlassung und Vorsatz», p. 213.

3.1. A pessoa destinatária da norma

Entende-se o conceito de pessoa destinatária da norma penal de forma ampla, possibilitando incluir tanto a pessoa física ou natural, quanto a pessoa jurídica ou coletiva. Isso não se deve apenas à verificação do interesse político-criminal na instituição normativa, mas, sobretudo, porque se identifica razão material para o dever de proteção.¹⁰⁷⁶ Para além do ganho de eficiência da intervenção penal na proteção dos bens jurídicos, referenciado no plano funcional e político-criminal, determinadas pessoas jurídicas têm efetivamente a capacidade concreta de reconhecer o comando normativo e agir de forma protetiva como espera o direito penal.¹⁰⁷⁷

Aliás, há relações e espaços, com certas particularidades e dimensões, nos quais somente as pessoas jurídicas apresentam não só «alto potencial de perigo» para a prática de crimes,¹⁰⁷⁸ como também condição para intervir com a amplitude, a qualidade de esforços e os meios necessários para efetivamente interromper cursos causais perigosos. Em outras palavras, trata-se da aptidão para assumir deveres, pois é preciso observar que os seus âmbitos de atuação «não são substancialmente coincidentes com os da pessoa física».¹⁰⁷⁹ É justamente diante da constatação fática

¹⁰⁷⁶ No sentido da importância de desvelar o argumento material que justifica a responsabilidade penal das pessoas jurídicas que não considerações de eficiência do ordenamento jurídico-penal, ver COSTA, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa», p. 507-508. Semelhante parece ser o entendimento que recusa a adoção de «exigência pragmáticas de política criminal» baseadas no «pensamento analógico» à responsabilidade das pessoas individuais, assim em ANTUNES, «responsabilidade criminal das pessoas colectivas», p. 458-459.

¹⁰⁷⁷ Faria Costa destaca as «diferenciadas atividades ilícitas» que se pode desenvolver «em redor» da «empresa» e também a «pessoa jurídica» como centro construído e autónomo de imputação, a partir de uma noção de «agir comunicacional penalmente relevante» (COSTA, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa», p. 505, 506 e 513). Igualmente, na Alemanha, apontando a pessoa jurídica como destinatária da norma e capaz de ação em sentidos penais, respectivamente, SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten*, p. 19-20 e 189-190, e ressaltando a aptidão da decisão do conselho gestor da pessoa jurídica causar resultado penalmente relevante, KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 7. Proposta dogmática de *lege ferenda*, que não se compraz apenas na enunciação da necessidade político-criminal, para a responsabilização penal das pessoas jurídicas encontra-se em EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, p. 25.

¹⁰⁷⁸ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, p. 142.

¹⁰⁷⁹ COSTA, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa», p. 516.

dessa capacidade,¹⁰⁸⁰ que se pode reconhecer a ação devida como valiosa, o que, por conseguinte, se torna conteúdo e sentido da norma preceptiva.

A determinação do destinatário da norma requer a constatação da capacidade de intervenção diante do representado curso causal da fonte de perigo, todavia não se exaure apenas nesse elemento. De modo que nem todo aquele que tem capacidade de intervenção para conservar o bem jurídico está obrigado a agir.¹⁰⁸¹

3.2. O valor comunitário tutelado pela norma penal

Elemento de relevância central para a constituição da omissão penal consiste na verificação da sensibilidade antropológica que determinado valor apresenta em certa comunidade.¹⁰⁸² Isso porque o reconhecimento do elemento justificador da intenção protetiva da norma preceptiva penal é feito considerando critérios mais rigorosos. Não basta a mera identificação de um dever, o núcleo do ilícito exige para a sua constituição a constatação de um valor comunitário, passível de ofensa pela conduta omissiva, reconhecido como bem de relevância penal. A verificação da correição da proteção do valor pelo direito penal observa três requerimentos fundamentais – os dois primeiros de comprovação empírica, já o segundo de

¹⁰⁸⁰ A assertiva acerca da necessidade fática da constatação dessa capacidade não implica supor que os desafios normativos da dogmática do direito penal – diga-se, por exemplo, em relação ao sentido, fundamento, limites e critérios de verificação do conceito de ação e culpa da pessoa jurídica – estejam superados por meio de soluções doutrinárias pacíficas ou suficientemente consolidadas. Pretende-se com isso tão somente deixar claro que a responsabilização penal das pessoas jurídicas não pode ser levada a cabo mediante critérios estabelecidos puramente por força da criação jurídico-penal, em franca desconsideração da relevância da realidade – ainda que normativamente construída – anterior à intervenção jurídico-penal. Pois, ao fim, é nessa realidade que reside a própria razão para o reconhecimento da pessoa jurídica como centro legítimo de imputação jurídico-penal. Mais do que propor presunções legais e requisitos normativos de imputação decorrentes de interesses políticos, é preciso atentar para as peculiaridades do sentido antropológico próprio da reunião de esforços, valores e finalidades organizados na pessoa jurídica e nos seus órgãos.

¹⁰⁸¹ A associação do dever penal de agir, como conservador do bem jurídico, a todo aquele que tem capacidade para tanto é a marca de sistemas totalitários impositivos de um referencial moral (MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Strafrecht*/2, §45, nm. 34, p. 190).

¹⁰⁸² Mesmo proponentes da chamada teoria das normas, já reconheceram que «essenciais fenômenos do direito» não se deixam compreender, caso a atenção recaia exclusivamente ao sentido dos «imperativos», sem tomar em consideração também os «valores» e «interesses» (PHILLIPS, «Nomentheorie», p. 324).

ajuizamento comparativo –, nomeadamente o merecimento, a carência de tutela e, ao fim, o nível de dignidade da tutela penal.¹⁰⁸³

Para o reconhecimento da relevância de determinado valor comunitário requer-se a prévia observação de uma relação de proteção entre as pessoas tendo como elemento intermediário esse valor.¹⁰⁸⁴ Isto é, o interesse protegido pelo ilícito decorre da leitura ampliada da relação de cuidado entre os seres – em latim, *inter essere* – intermediada pelo valor comunitariamente reconhecido.

Exatamente, nesse ponto, o conteúdo de tutela do ilícito, conforme a sistematização analítico-dogmática do direito penal de matriz romano-germânica, encontra a formulação – mais vasta e indeterminada – do conteúdo de proteção do crime como *legal interest*, enunciada na tradição do *Common law*¹⁰⁸⁵ e no direito penal internacional. É preciso observar apenas que a existência de um ponto de consonância mais abstrato no diálogo entre os sistemas não significa prescindir da identificação do valor originário, perceptível na realidade fática, capaz de ser verificado no ambiente cultural dos dois sistemas jurídicos. Decerto o resultado ofensivo ao bem jurídico configurador do crime significa igualmente, em termos mediatos, a ofensa ao interesse criminalmente protegido ou a finalidade da norma de proteção. Agora, isso não justifica o afastamento do critério mais preciso e nuclear do ilícito para o acolhimento de um referencial que alarga o âmbito de incriminação.

3.3. A norma penal preceptiva lastreada materialmente numa relação de cuidado-de-perigo

O âmbito coberto pelas normas penais preceptivas é mais restrito que aquele abarcado pelos deveres de agir presentes em normas de cultura, isso ocorre porque

¹⁰⁸³ RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 43-44.

¹⁰⁸⁴ Por ser um valor não impõe que o seu horizonte de manifestação seja o plano ideal, mas, ao contrário, o espaço de percepção e reconhecimento dos bens jurídicos é o plano concreto das relações humanas, no qual se delevam esses «pedaços de realidade axiologicamente relevantes que sustentam o livre desenvolvimento da personalidade humana» (COSTA, «O fim da vida e o direito penal», p. 116).

¹⁰⁸⁵ Pode-se encontrar em George Fletcher a expressão «*legally protected interests*» como tradução de «bem jurídico protegido» (FLETCHER, *Rethinking criminal law*, p. 405, nota 31)

existem requisitos que fazem o direito e, especialmente, o direito penal com uma intervenção fragmentária¹⁰⁸⁶ e subsidiária¹⁰⁸⁷ em relação à amplitude do real. A atuação protetiva da pessoa destinatária da norma preceptiva ocorre em relação ao bem jurídico, na condição de garantidor da preservação do conteúdo axiológico do valor. É necessário, portanto, que o dever de atuar esteja claramente estipulado em norma de natureza penal, pois é sempre a normatividade que qualifica a inação tornando-a fenômeno omissivo.

Justamente para cumprir com o objetivo elucidativo, deve-se aprofundar o estudo da fenomenologia omissiva considerando (a) a base material da qual parte a intencionalidade protetiva do dever, (b) quais elementos fundamentam o estabelecimento do dever e (c) quais limites o fundamento material impõe à compreensão do âmbito de cobertura do dever. Certamente este item apresenta grande importância para a identificação da capacidade causadora da omissão e, inclusive, para o acertamento material dos dois elementos seguintes, nomeadamente a verificação da concreta capacidade de agir para proteger o valor e da preexistência do perigo de perda axiológica do valor ou do risco de surgimento do perigo. Não é, todavia, possível adentrar aqui nas particularidades próprias a cada uma das três questões, por isso se apresentam os traços iniciais daquilo que será mais bem explicado adiante.¹⁰⁸⁸

A norma penal instituinte dos crimes omissivos não surge – sem barreiras ou referenciais ontológicos e axiológicos – como produto exclusivo dos desígnios de política criminal. Pois, em última instância, mesmo os interesses de política-criminal devem observância a esses referenciais para que efetivamente façam sentido e tenham seu valor reconhecido em âmbito comunitário. A norma penal, quando legítima, é fruto da leitura interessada da realidade fenomenológica estruturante do dever de agir, ou seja, busca reconhecer relevância penal a determinado mandamento de agir, contido numa norma preceptiva de natureza geral. Conforme

¹⁰⁸⁶ COSTA, «O direito, a fragmentaridade», p. 22; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 32-35. Sobre a vasta recepção da noção de direito penal fragmentário em diferentes culturas jurídicas, ver VORMBAUM, «derecho penal fragmentario en la historia», p. 204.

¹⁰⁸⁷ FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 29-31.

¹⁰⁸⁸ Sobre isso ver 3º Parte, Tópico 3.4.

foi visto sobre o conceito genérico de omissão, a norma consiste na expressão da relação de cuidado-de-perigo,¹⁰⁸⁹ segundo a cultura de determinada comunidade.

Para fins de incriminação da conduta, é imprescindível ir mais longe na investigação do fenômeno omissivo, no sentido de vencer a suposta aparência de satisfação que poderia constar na mera identificação do valor da norma preceptiva geral. Decerto, os requisitos exigíveis para a instituição da norma preceptiva penal são mais rigorosos e materialmente orientados, dado que se demanda que o valor protegido no mandamento de agir seja efetivamente um bem jurídico carecedor de tutela. A carência de tutela só pode ser um juízo de conteúdo prático, tendo em vista que toma em consideração haver empiricamente determinados cursos causais geradores de risco ou de perigo de lesão ao bem jurídico.

É exatamente a partir do reconhecimento do desenvolvimento de cursos causais perigosos que se torna possível identificar quem seriam os agentes efetivamente capazes de intervir na relação de causalidade de modo protetivo. Ao fim, como se verá com maior detalhamento, a determinação do endereçamento da norma assume certa experiência fenomenológica no seu fundamento.

3.4. A pessoa capaz de conhecer e cumprir o dever de agir

A linha de fundamentação material seguida até aqui deixa antever que o conceito de omissão penal exige a verificação da concreta capacidade do destinatário da norma para agir de forma a proteger o bem jurídico. O grau de aptidão para cumprir o dever precisa ser o mesmo, quer seja verificado na singularidade da pessoa física, quer seja constatado nas qualidades psicofísicas da pessoa ou do grupo

¹⁰⁸⁹ Sobre a noção matricial de cuidado-de-perigo, ver COSTA, *O perigo*, p. 319-320; COSTA, «sobre o sentido da pena», p. 223-225; COSTA, «Poder e Direito Penal», p. 151-158 e, no Brasil, D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 159-160; D'AVILA, *Ofensividade em direito penal*, p. 46-50; MOURA, *excesso na legítima defesa*, p. 126-127. O seguimento da noção de cuidado-de-perigo e da perversão da relação de cuidado-de-perigo, na qualidade de elemento núcleo do ilícito, conforme propostos por Faria Costa (COSTA, *O perigo*, p. 622) é encontrado – por exemplo, no Brasil – em, D'AVILA, «*inimigo no direito penal contemporâneo*», p. 99-102 e, depois, D'AVILA; MACHADO, «o fundamento onto-antropológico do direito penal», p.85.

de pessoas singulares, capazes de conferir à determinada pessoa jurídica capacidade de ação.¹⁰⁹⁰

O fato de o dever penal de atuar ser constituído jurídico-normativamente não significa dizer que o plano de realização do direito possa vir – tão logo constatada a constituição do dever – a se sustentar apenas em presunções jurídico-normativas acerca da capacidade interventiva. Muito pelo contrário, o próprio fundamento do dever penal de atuar repousa no reconhecimento fenomenológico de elementos ontológicos naturais e culturais.

O destinatário da norma torna-se omitente, caso sejam verificados dois critérios essenciais: cognoscibilidade do dever e capacidade concreta de ação. Isto é, só se pode afirmar a existência da relevância penal da conduta omissiva, quando era possível o reconhecimento da norma e o cumprimento pelo seu destinatário.¹⁰⁹¹ Primeiro não há como afirmar que houve propriamente uma omissão, nos casos em que o destinatário da norma tinha interesse de comportar-se conforme o direito, mas deixou de atuar devido à impossibilidade de conhecer o preceito em específico. Essa negativa de qualificação da inação como omissiva certamente não cobre a situação na qual a pessoa desconhece a norma por um ato de vontade livre de não conhecer, quando era perfeitamente possível que assim o fizesse. Por outro lado, parece não ser apropriado tomar como omissiva a conduta do destinatário que, embora perfeito conhecedor da norma preceptiva, deixa de atuar, tão somente porque a concreta situação de fato o impedia absolutamente de perceber tratar-se de uma hipótese na qual estaria obrigado a agir.

Segundo, depois do conhecimento da existência da norma, o omitente deve deixar de atuar quando era possível que agisse, pois a conduta obrigada deve estar situada dentro da «esfera de domínio positivo do omitente».¹⁰⁹² A concreta

¹⁰⁹⁰ DIAS, *Direito Penal*, p. 347, §49. Especialmente em relação à conduta omissiva – seja da pessoa física, seja da pessoa coletiva – não basta que ela apresente relação causal com o resultado advindo é também necessário que, em si mesmo, tenha incrementado um risco não permitido (DIAS, *Direito Penal*, p. 347, §49).

¹⁰⁹¹ Nesse sentido, HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 61 e 63; PULITANÒ, *Diritto penale*, p. 223.

¹⁰⁹² COSTA, «Omissão», p. 400 e, antes, no mesmo sentido, ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 31. Sobre a necessidade de um dever especial para além do domínio fático ver, MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Strafrecht/2*, §53 e 34, respectivamente, p. 194 e 190. Para maior detalhes acerca da relação dependência do dever de agir em relação ao poder de agir, ver 3º Parte, Tópico 7.

capacidade de cumprimento do dever não significa a inexistência de algum esforço ou sacrifício por parte do destinatário da norma, uma vez ser suposto que enfrente perigos significativos a sua pessoa para salvaguardar o bem jurídico, *v.g.*, o pai que se atira ao mar para salvar o seu filho, o bombeiro que entra na casa em chamas, o guarda-costas que se antepõe ao agressor da pessoa a ser protegida.

Ainda sobre as duas situações referidas como negativas do conceito de omissão – quando o destinatário desconhece o sentido da norma preceptiva ou a configuração da situação fática para agir e quando reconhece a norma e a concreta situação a que está obrigado, mas não apresenta condições físicas para salvaguardar o bem –, é importante ressaltar ser rigorosamente a mesma contribuição causal para a ocorrência do resultado. Aliás, em ambas as hipóteses de inação permissivas do prosseguimento do curso causal arriscado ou perigoso, a causação do resultado ofensivo desvela-se igual àquela dos casos típicos de omissão. Portanto a justificativa para declinar o conceito de omissão demanda que se identifique alguma razão para além da pura verificação do nexo de causalidade no plano objetivo. Trata-se realmente do elemento subjetivo, ínsito à conduta omissiva e à pessoa omitente, que será objeto de estudo específico mais adiante.

3.5. A preexistência do perigo ao bem jurídico ou do risco de surgimento do perigo

A configuração da omissão penal exige algo para além da intervenção beneficiadora, ou seja, não basta que a conduta comandada pelo mandamento normativo venha interessar à carga axiológica do bem jurídico ou incrementá-la. Ao contrário de uma situação de melhoramento, a clássica hipótese característica dos crimes omissivos seria a tutela do bem jurídico diante de perigos advindos da intervenção desvaliosa de fatores externos,¹⁰⁹³ cujo objetivo é a «não-alteração da

¹⁰⁹³ Sobre as hipóteses de conservação do bem jurídico em relação a ameaças exteriores, Fabio D'Avila afirma que o «dever de agir» exigido pela norma «concentra-se na evitação ou supressão da interferência jurídica desvaliosa provocada pelos referidos fatores externos» (D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 322).

carga axiológica» ou, em outras palavras, a «conservação de bens jurídicos no exato estado em que se encontram».¹⁰⁹⁴ Isso é o que se denomina como sendo a «tutela de dimensões negativas» pelos crimes omissivos próprios.¹⁰⁹⁵ Precisamente no que diz respeito ao impedimento de perdas axiológicas ocorre a «absoluta coincidência» material entre as formas de desvalor dos crimes comissivos e dos omissivos,¹⁰⁹⁶ pois a diferença que haveria entre eles diz respeito à conduta identificada como causadora da ofensa.¹⁰⁹⁷

A situação desvaliosa em questão pode ser fruto fundamentalmente de dois fenômenos: (a) a «preexistente exposição de bens a perigo»¹⁰⁹⁸ e (b) a preexistente situação de risco de surgimento do perigo ao bem jurídico.¹⁰⁹⁹ A conduta omissiva produz – de acordo com cada um dos fenômenos – consequências fáticas diversas, ou seja, a omissão de intervenção, na situação de perigo preexistente, acarreta o «não-impedimento da continuidade da exposição ao perigo» e, na preexistência do risco, respectivamente a ausência de evitação cuja situação evoluísse para o «não-impedimento da ocorrência do dano ou perigo» ao bem jurídico.¹¹⁰⁰

3.6. O resultado ofensivo ao bem jurídico

Em perfeita conformidade com o que foi apontado pelo conceito geral de omissão, a conduta omissiva penalmente relevante não alcança o estatuto de crime

¹⁰⁹⁴ D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 332 e 333. Sobre a intervenção para a «conservação do bem jurídico», MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *Strafrecht/2*, §53, p. 194.

¹⁰⁹⁵ Sobre tutela de dimensões negativas, D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 324 e 333-364.

¹⁰⁹⁶ D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 333.

¹⁰⁹⁷ Muito semelhante é a conclusão a que chega Fabio D'Avila, especificamente para os crimes de omissão própria, quando ensina que a «única diferença» entre os crimes comissivos e omissivos encontra-se «na relação entre o resultado (dano ou perigo) desvalioso e a conduta normativamente exigida». Ainda que assim, o elemento fundamental na análise não seja exatamente a conduta causadora da ofensa ao bem jurídico, mas, sim, uma compreensão que transferiria «o ponto de gravidade da noção de violação normativa» da dinâmica fenomenologia «do causar para o não-impedir» (D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 334).

¹⁰⁹⁸ D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 334.

¹⁰⁹⁹ D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 355. Fabio D'Avila afirma que a «grande maioria» dos delitos omissivos próprios «não requer, para o surgimento do dever de agir, uma qualquer situação de perigo» (D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 355).

¹¹⁰⁰ D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 334 e 355.

apenas pela sua manifestação em si, como se eventualmente bastasse a violação do dever de agir. Antes disso, é preciso afirmar – com base na observação fenomenológica e igualmente por decorrência técnica do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos –¹¹⁰¹ que a omissão não se compraz nem na mera desobediência ao dever legal, nem no seu resultado conformado na simples violação do dever agir. A omissão penal só se aperfeiçoa integralmente com a verificação de um resultado ofensivo ao valor tutelado (bem jurídico) causado pela conduta omissiva, cuja verificação pode ser efetivada autonomamente em relação à averiguação da conduta omissiva.¹¹⁰²

Embora a conduta omissiva já seja desvaliosa, na forma de um comportamento violador do dever penal de agir, é possível distinguir propriamente o seu desvalor daquele desvalor penal advindo do resultado ofensivo por ela causado. Em outras palavras, a afirmação da omissão penal não se satisfaz na mera indicação do desvalor inerente à violação do dever contido na norma preceptiva, mas com a confirmação de que a conduta omissiva desvaliosamente causou o desvalioso resultado ofensivo ao bem jurídico.

3.7. O ajuizamento pessoal do omitente acerca do sentido da norma e o do resultado ofensivo causado pela conduta omissiva

A caracterização da omissão não se perfectibiliza apenas com a sua descrição objetiva.¹¹⁰³ O omitir, não diferente do agir, apresenta qualidades comuns a todo gênero de conduta penalmente relevante, especificamente no que se refere à

¹¹⁰¹ Sobre o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, COSTA, «O Perigo», p. 625, nota 136. D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 40, 46, 47, 48. Para uma ampla exposição do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos e do princípio da ofensividade, ver D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 39-62. Sobre a positividade constitucional do princípio da ofensividade no art. 98, I da Constituição brasileira, ver RUIVO, *Criminalidade financeira*, p. 72, nota 220.

¹¹⁰² A exigência do resultado ofensivo para a consumação do crime não deixa de ser uma decorrência do modelo de crime assumido, bem como da concepção material do ilícito-típico que situa o seu centro no desvalor de resultado, assim COSTA, «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica», p. 23; D'AVILA, *crimes omissivos próprios*, p. 46.

¹¹⁰³ A violação do dever de garante não representa inexoravelmente responsabilidade penal, pois se exige a verificação dos elementos subjetivos, assim, por exemplo, já em MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 131-132.

existência de um elemento subjetivo. Trata-se da relação subjetiva entre o omitente e o resultado advindo do omitir, tendo como iter a violação do dever de agir. Para isso, é necessário que o destinatário da norma conheça o sentido normativo, de modo a ter condições de ajuizar acerca do seu conteúdo, das consequências do seu descumprimento e ponderar acerca da oportunidade de cumpri-la.¹¹⁰⁴

Identificar a presença do vínculo subjetivo entre a conduta omissiva e o resultado dela advindo – na forma da exigível consciência¹¹⁰⁵ acerca existência do dever e do resultado da violação da norma – não é o mesmo que afirmar que toda omissão seria dolosa. Certamente há casos, como frequência no direito penal empresarial, de omissões culposas, por negligência, imprudência e mesmo imperícia.

Pretende-se apenas tornar claro, ao destacar a presença do aspecto subjetivo, que não se pode consumir a definição da omissão fazendo uso de tão somente elementos objetivos. Pois, em suma, o omitente é aquele que sabe estar obrigado, por força de uma norma penal específica, a interromper o curso causal perigoso, mas que acaba por não agir ora porque quer o resultado ou é indiferente à ofensa ao bem jurídico, ora porque não toma os cuidados necessário para evitar o resultado.

É válido destacar que os casos de omissão dolosa,¹¹⁰⁶ bem como aqueles envolvendo a imputação do resultado culposa e – sobretudo na forma inconsciente – podem assumir, em alguns âmbitos de atividade, problemas em relação à certeza e à precisão do tipo penal significativamente ainda mais complicadas do que aqui é sumariamente apresentado.

¹¹⁰⁴ Basta uma consciência irrefletida (*cogito* pré-reflexivo) – conforme explica Jean-Paul Sarte – que seria suficiente para dizer que, no caso específico das normas penais, a norma existiria para o sujeito, mas não o bastante para afirmar que a norma existe em si para todos os destinatários (SARTRE, *O ser e o nada*, p. 24). É preciso que o destinatário reconheça o dever penal de agir e a relevância penal da sua conduta. Nesse sentido, Figueiredo Dias destaca claramente dois elementos essenciais, acerca dos crimes omissivos dolosos, nomeadamente que o «omitente conheça, através da sua consciência intencional, a situação típica» e «omitia a ação imposta com vontade de que se preencha o tipo objetivo» (DIAS, *Direito Penal*, p. 955, §57).

¹¹⁰⁵ O conceito de «consciência» é visto no sentido apresentado por Joachim Lampe como «representação de algo» (LAMPE, «Entwicklung von Rechtsbewußtsein», p. 8). No mesmo sentido de Edmund Husserl, reconhecendo que a «toda consciência» é sempre «consciência de alguma coisa» (SARTRE, *O ser e o nada*, p. 22). Certamente a representação ou consciência de algo que aqui interessa é aquela que apresenta relevância jurídico-penal.

¹¹⁰⁶ Figueiredo Dias indica especialmente duas dificuldades do dolo omissivo atinentes à determinação do momento de tomada da decisão pelo omitente e ao conhecimento da posição de garante na situação em concreto (DIAS, *Direito Penal*, p. 955, § 57).

4. A técnica de tutela do crime de omissão imprópria estruturada na confluência de duas espécies típicas. A complementação da descrição comissiva com o comando de agir

A constatação de que as condutas proibidas são descritas mais frequentemente na forma de crimes comissivos é doutrinariamente inquestionável, ao menos desde os comentários de Antonius Matthaeus aos livros XLVII e XLVIII do Digesto.¹¹⁰⁷ Esse fato não deixa de ser compreensível, uma vez que o desvalor da conduta ativa – em razão da expressão energética do ato positivo no mundo natural – tende a ser mais facilmente apreensível e encontrar maior sensibilidade na percepção comunitária que o omissivo. Decerto isso não significa afirmar que o desvalor do ilícito omissivo seja verdadeiramente menor, mas apenas de mais difícil verificação que o comissivo.¹¹⁰⁸

A proteção dos bens jurídicos pelo direito penal – diante das diversificadas formas e intensidades de ofensa – precisa cobrir âmbito que não pode ser satisfeito recorrendo apenas às condutas ativas.¹¹⁰⁹ Essa é a razão para que o omitir venha a ser tomado como conduta principal para autônomas descrições incriminatórias na modalidade dos crimes omissivos próprios e também para que, ao lado dessas, o omitir participe fundamentalmente da estruturação redacional dos crimes omissivos impróprios. Exatamente, a partir disso, resulta uma série de questões a serem discutidas e determinadas pela doutrina e pela prática judicial, como, por exemplo,

¹¹⁰⁷ Antonius Matthaeus reconhece, ao tratar da «*divisionibus criminum*», que a maioria dos crimes são comissões, o que não justificaria esquecer as omissões (MATTHAEUS, *digesto commentaries, caput IV*, p. 33). Assim também, no direito penal escandinavo, o relato acerca da superioridade quantitativa das incriminações na forma de comissões pode ser lida em Knud Waaben (WAABEN, «*théorie générale de l'infraction*», p. 30).

¹¹⁰⁸ Sobre a igualdade do desvalor entre o ilícito comissivo por ação e comissivo por omissão, FIANDACA, *reato commissivo mediante omissione*, p. 74 e, depois, FIANDACA, «*Omissione*», p. 554. Antes disso, Jürgen Baumann indicava que o agir e o omitir podem assumir o mesmo significado (BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, p. 101). E, ainda, percebendo uma igualdade em relação às condições para ocorrência do resultado entre «quem causar o resultado» e quem «não evitar o resultado», STOOB, *Lehrbuch*, p. 111 e, depois, RITTLER, *Lehrbuch/1954*, p. 113.

¹¹⁰⁹ No início do século passado, Meyer e Allfeld mostravam-se conscientes de a capacidade da conduta omissiva causar lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico (MEYER; ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 101 e 102). Acerca do fundamento legitimador do comando de agir, a doutrina penal manifesta frequentemente a existência de um dever de solidariedade, por exemplo, na Itália, afirmando uma «exigência de solidariedade e de cooperação», com previsão no artigo 2º da Constituição italiana, PULITANÒ, *Diritto penale*, p. 222.

em que medida as exigências típicas dos crimes comissivos se transmitem aos crimes omissivos impróprios.¹¹¹⁰

As visões doutrinárias acerca da estrutura nomológica da omissão imprópria apresentaram diversas orientações ao longo dos anos e nas diversas tradições doutrinárias – que variam de acordo com o próprio conceito de omissão –,¹¹¹¹ o que torna impossível reproduzir com fidelidade as variadas matizes dos grupos de noções, sem desviar prejudicialmente da proposta desta investigação. Essa é a razão para apresentação, meramente a título exemplificativo, de quatro hipóteses explicativas selecionadas em virtude daquilo que podem aportar ao esclarecimento da questão.

Primeiro, há uma compreensão da conformação nomológica do crime omissivo impróprio que encontraria na base do delito um conjunto formado por «normas de determinação» (mandamento) e por «normas de avaliação».¹¹¹² Conforme essa visão, não apenas seria artificial tentar suprir a eventual incompletude do tipo da omissão imprópria estritamente por meio de uma específica concepção de «normas de determinação» ou preceptivas, mas, mais do que isso, não estaria em análise uma técnica de tutela passível de explicação tendo na base estritamente os conceitos de «transgressão da proibição» (*Verbotsübertretung*) e de «delito comissivo» (*Begehungsdelikt*).¹¹¹³

Tal compreensão destaca a relevância do ajuizamento normativo nos crimes comissivos por omissão, quando pretende indicar que apenas o apontamento da existência do mandamento de agir seria imperfeito na descrição da tipicidade da conduta. Ainda que não seja possível aceitar essa proposta, em razão dos seguintes argumentos, percebe-se que nela consta sublinhado um dado interessante. Philipps ressalta a relevância do dever de agir para o aperfeiçoamento do crime. A questão é que mesmo a norma mandamental ou que determina a prática de uma conduta pelo agente – aliás, o que é comum a toda norma jurídica – reconhece uma realidade

¹¹¹⁰ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 423, nm. 8.

¹¹¹¹ Riqueza e variedade doutrinal que já foi reconhecida como a exigir de um amplo estudo em FIANDACA, *reato commissivo mediante omissione*, p. 78, nota 18.

¹¹¹² PHILLIPS, «Nomentheorie», p. 324.

¹¹¹³ PHILLIPS, «Nomentheorie», p. 326.

fática por meio de um processo axiológico e estabelece um sentido normativo, que pode ser entendido como a finalidade existencial da norma.

Esse processo de reconhecimento do fenômeno e estabelecimento da finalidade normativa não alcança consumação sem a avaliação ou o julgamento jurídico do fato. A norma, mesmo quando intencionalmente conceitual, apenas por selecionar determinada fração da realidade dos fenômenos já manifesta a sua incapacidade de neutralidade e, portanto, a sua dimensão valorativa. É por isso que o mandamento de agir carrega ínsito na sua essência a avaliação de desvalor do curso causal, do resultado ofensivo e da falta da interrupção que permite o prosseguimento do curso causal desvalioso.

Ademais, o entendimento da fenomenologia omissiva prévia ao reconhecimento jurídico é incompleto, ocasionando o equivocado afastamento dos conceitos de «transgressão» e de «prática de um delito». Aquele que reconhece ter condições de agir de modo a cumprir com a obrigação de que sabe estar encarregado, e, mesmo assim, não o faz, certamente transgride o comando normativo de agir. Agora isso não quer dizer que seja materialmente omitente apenas por formalmente violar a norma de conduta. Então a questão que eventualmente restaria por definir diz respeito ao fato de investigar se, no crime de omissão imprópria, haveria realmente a «realização» ou «perpetração» do crime em sentido causal. Isso ficará, mais adiante, elucidado conforme a explicação integral do curso causal e de como a norma penal instituinte do dever de agir sustenta-se no reconhecimento da relevância causal da não intervenção no curso causal desvalioso.

Segundo, a compreensão da fenomenologia da omissão e a decorrente leitura técnica feita pelo direito penal também não autorizam tratar a conduta omissiva com qualidade subalterna ou acessória. É por isso que a proposta a ser apresentada não guarda qualquer semelhança com os ideais de dependência defendidos pela orientação que pretende reduzir os crimes omissivos impróprios a uma «forma complementar de manifestação da comissão».¹¹¹⁴ Se tal ideal fosse levado às últimas consequências, chegar-se-ia à necessidade de aceitar que o comando normativo proibitivo teria preponderância sobre o comando preceptivo. Ocorre que tal

¹¹¹⁴ LUNA, «causalidade na omissão», p. 325.

conclusão, decorrente lógica da premissa de base, é tão incorreta quanto o argumento do qual arranca.

O fato de a técnica de tutela da omissão imprópria tomar a redação da conduta comissiva e, daí, empreender a complementação da descrição do ilícito-típico tende a passar a falsa impressão de que haveria uma superioridade ontológica da ação.¹¹¹⁵ Agora, se for considerado que toda relação causal é composta – com rigorosa igualdade de valência¹¹¹⁶ – pela ação de força e pela ausência de impedimento da ação de força, não se reconhecem elementos fáticos que permitam afirmar ser a causação da ofensa ao bem jurídico por ação mais relevante que a causação da ofensa por omissão.

Inexiste também a carência de conceitos e fundamentos dogmáticos aptos a representar sistematicamente as peculiaridades do fato omissivo, de modo que tornasse necessário recorrer à expansão da dogmática do crime comissivo, no sentido do ilegítimo abarcamento de condutas tipicamente omissivas pelo conceito de comissão. Se é certo que a redação da conduta comissiva indica o resultado ofensivo desvalioso que o crime visa a reprimir, também é verdadeiro que o direito penal tem a intenção protetiva em relação aos mesmos resultados ofensivos causados por condutas omissivas e, para isso, aproveita a redação da conduta comissiva.

Terceiro, nem mesmo a proposta da confluência de duas espécies típicas significa algo semelhante à orientação de Antolisei, segundo a qual o crime comissivo por omissão produziria «duas violações».¹¹¹⁷ Isto é, o omitente causaria, numa única conduta, a violação da «proibição de determinar» e da «obrigação de impedir» o resultado.¹¹¹⁸ Tal realidade seria o diferencial da omissão imprópria em relação à omissão própria e aos crimes comissivos, pois, em cada uma dessas espécies de crime, estaria em questão apenas a violação normativa de uma única espécie, respectivamente do «comando de agir» e da «proibição de realizar uma dada

¹¹¹⁵ Fiandaca e Musco ressaltam a autonomia do tipo penal de omissão imprópria por meio da distinção entre normas de «proibições» e normas de «comandos», sendo estas últimas o caso da omissão imprópria (FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 593 e nota 14).

¹¹¹⁶ Ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.3.

¹¹¹⁷ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225, nota 26.

¹¹¹⁸ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225, nota 26.

ação».¹¹¹⁹ A leitura da orientação de Antolisei poderia, num primeiro momento, aparentar maior similitude com o que se apresenta aqui, todavia ela não atinge o âmago da questão, no que diz respeito à contemplação da noção de causa própria da conduta negativa e à elucidação da dinâmica causal do fenômeno.

Caso seja adotado um conceito de causa não apenas ativo-essencialista e se igualmente for verdadeiro que certas condutas são aptas a interromper o transcurso causal da ação positiva, não há porque duvidar que o resultado é determinado por meio de uma coexistência de fatores que abrange tanto elementos positivos (ação), quanto negativos (ausência de interrupção). A conduta omissiva é tão determinante do ocorrido, quanto a conduta positiva. É por isso que não é certo afirmar que causar ou determinar o resultado seja algo verdadeiramente diverso de não impedir, o que eventualmente justificaria a justaposição de duas violações. Ao contrário, por rigor na análise, deve ser dito que não impedir o resultado também se trata de uma das maneiras de causar.

Quarto, igualmente não se acompanha a orientação que encontraria uma dualidade implícita e intrínseca no comando normativo, de modo a autorizar a declaração da violação da norma quer como proibição, quer como mandamento. A noção fundamental de tal orientação não é propriamente recente, encontrando antecedentes já no livro 50 do Digesto romano de Paulus, com manifesto aproveitamento na dogmática dos crimes omissivos de Heinrich Luden. Na primeira proposta de identificação da causalidade imprópria de Luden, a dualidade normativa é convocada para afirmar que – considerando que todo mandamento contém uma proibição, assim como toda proibição um mandamento – resolver-se-ia o problema ao indicar a conduta ativa que o agente realizou enquanto se omitia.¹¹²⁰

Nos últimos tempos, retomou-se a idéia da bivalência do comando normativo não a fim de localizar a causalidade omissiva imprópria na ação, senão para sustentar a igualação entre o agir e o omitir diante do sentido geral de violação ao preceito normativo. Holger Matt, assumindo que a omissão somente alcançaria «capacidade causadora por meio de uma confiança prática subjetiva» e de

¹¹¹⁹ ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225, nota 26.

¹¹²⁰ Sobre os argumentos e as críticas a essa concepção denominada de doutrina da ação contemporânea, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 1.

determinados enunciados da filosofia de Friedrich Hegel, regressa ao referencial da ação.¹¹²¹

Na doutrina «Doutrina do direito, deveres e da religião para o curso elementar» de 1810, Hegel afirma enfaticamente que «o direito contém apenas proibições e não mandamentos».¹¹²² Sendo assim, por exceção, aquilo que não é proibido, seria necessariamente permitido no exato sentido indicado pelo conhecido axioma latino *permittitur quod non prohibetur*. Isso, todavia, não impediria que as proibições jurídicas fossem apresentadas como mandamentos, a exemplo do comando «tu deves deixar ileso a propriedade dos outros», no qual Hegel afirma não se tratar de «prestar algo positivo» ou «causar uma mudança nas circunstâncias», mas apenas a «omissão de lesão do patrimônio».¹¹²³ E, portanto, quando o «direito for expresso como um mandamento positivo» estaria em questão «apenas uma forma de expressão», que igualmente seguiria a basear o «seu conteúdo último» sempre na proibição.¹¹²⁴

Daqui surgem eventualmente algumas consequências para a constituição normativa do crime omissivo impróprio, que impedem que se coloque de acordo com a assertiva de base. A redação já estaria completa na descrição do tipo comissivo, uma vez que dali se poderia perfeitamente derivar o comando normativo para agir. Portanto, o complemento típico, contido na parte geral do código penal, seria supérfluo para a configuração do crime, dado que o seu conteúdo final não seria mais que a proibição de causar o resultado ofensivo ao bem jurídico.

Conforme se explicou, a observação do nexos causador de um determinado resultado ofensivo permite que se identifique autonomamente quer um elemento positivo, quer um negativo. Qualquer desses elementos – desde que originados num comportamento abrangido pela doutrina da conduta penal – poderá ser selecionado pelo direito para fins de criminalização. Parece igualmente correto que um mandamento pode ser narrado na forma de uma proibição, assim como uma proibição é possível aparecer como um mandamento. Até porque uma proibição

¹¹²¹ MATT, *Kausalität aus Freiheit*, p. 181.

¹¹²² HEGEL, «Rechts-, Pflichten- und Religionslehre», § 7, p. 234 e igualmente, mais adiante, em HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 97.

¹¹²³ HEGEL, «Rechts-, Pflichten- und Religionslehre», § 7, p. 234.

¹¹²⁴ HEGEL, «Rechts-, Pflichten- und Religionslehre», § 7, p. 235; HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 97.

não deixa de ser um mandamento para não fazer algo ofensivo e já o mandamento, a proibição de deixar de fazer algo. Todavia tal reflexão atém-se apenas à lógica empregada na forma de descrição e de leitura do comando normativo, sem explicar a base material que fundamenta a incriminação.

No que se refere às questões materiais, essa proposta é criticável em alguns pontos. Primeiro, por retornar ao paradigma dos crimes de ação a fim de legitimar os crimes de omissão, deixando de perquirir o fundamento autêntico da omissão imprópria. Segundo, a eventual proposta de solução – talvez mesmo por se focar na equiparação das condutas – não empreende satisfatório reconhecimento da fenomenologia genuína da omissiva imprópria. A omissão estaria reduzida apenas aos casos nos quais existe uma ação do omitente capaz de causar decisão que coloca o bem jurídico em perigo. Dessa forma, explicar-se-iam as omissões que têm como fonte do dever de agir a ingerência e a relação contratual, mas não as hipóteses de instituição do dever por força de lei. Terceiro, a proposta sobrepõe o plano jurídico-normativo ao plano fático, no sentido de que acaba por confundir a conduta desvaliosa que causa o resultado ofensivo – que é avaliado pela norma – com a própria norma.

Antes de avançar na elucidação da técnica de tutela dos crimes omissivos impróprios é preciso deixar primeiramente sublinhado o seu fundamento e a sua finalidade. Em virtude da expressividade e do valor do que se pretende com o uso da técnica, começa-se a explicação pela finalidade para depois descortinar o fundamento subjacente.

Os crimes comissivos por omissão apresentam na sua origem um propósito prático que consiste em evitar replicar a previsão de narrativas criminalizadoras – relativas a determinados cursos causais produtores de resultados ofensivos –, cuja única alteração seria a introdução do omitir como conduta causadora, o que geraria um «dualismo de incriminações desnecessário».¹¹²⁵ Por essa razão, o autor do anteprojeto do Código Penal português esclareceu – durante os debates das sessões da Comissão Revisora – que a forma mais exata de resolver esse problema, dá-se mediante o entendimento de que as incriminações por omissão imprópria devem aproveitar a descrição dos crimes comissivos para «partir dos próprios preceitos que

¹¹²⁵ CORREIA, *Actas das sessões da comissão revisora*, p. 105.

proíbem a produção de certos resultados».¹¹²⁶ Seria, portanto, desde essa noção que a causação dos resultados torna-se imputável objetivamente «quer as ações positivas», «quer as omissões».¹¹²⁷

A justificação para o desenvolvimento da técnica de tutela da omissão imprópria reside na própria constituição fragmentária do direito e, por consequência, da intervenção legislativa. Não há razão para multiplicar descrições legislativas quando a indispensabilidade de tal prática é notadamente questionável e inevitavelmente contribuiria de modo negativo na equação de grandezas inversamente proporcionais: quanto mais direito, menos consciência do direito.

Veja-se agora a conformação dogmática da técnica legislativa de estruturação do ilícito-típico e de proteção do bem jurídico do crime omissivo impróprio, tendo consciência de que a descrição típica que se forma apresenta autonomia em relação à descrição do crime comissivo que lhe serve de base.¹¹²⁸ Nesse sentido, é bom que se mantenha a correlação entre o plano da técnica jurídica e a realidade fenomenológica antecedente, dado que a «aparência» do fenómeno – neste caso específico omissivo – «não é sustentada por nenhum existente diferente dela» mesma, pois ela efetivamente «tem o seu ser próprio».¹¹²⁹

Dessa forma, busca-se evitar incidir no equívoco da compreensão de base quantitativa e não qualitativa que renega à omissão o estamento não de forma normal de aparecimento do crime, mas de especialidade ou de punição de modo acessório. Com isso não se quer negar que a política-criminal deva privilegiar as condutas ofensivas por ação na hora de proteger o bem jurídico, pretende-se apenas acentuar as genuínas qualidades ontológicas da omissão, o que permite desenvolver

¹¹²⁶ CORREIA, *Actas das sessões da comissão revisora*, p. 105.

¹¹²⁷ Para ser fiel às expressões de Eduardo Correia, é preciso reconhecer que, seguindo provavelmente o conceito natural-essencialista de causa, afirma serem os resultados proibidos nos preceitos penais passíveis de imputação tanto às «condutas que os produzem», quanto às «omissões que os deixam ter lugar» (CORREIA, *Actas das sessões da comissão revisora*, p. 105).

¹¹²⁸ KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 254, no mesmo sentido, FIANDACA, *reato commissivo mediante omissione*, p. 73 e, depois, FIANDACA, «Omissione», p. 554; GRASSO, *reato omissivo improprio*, p. 124 e ss; CUADRADO RUIZ, «La comisión por omisión», p. 405 e 455; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 593. Em sentido crítico à abordagem reducionista que reduz a comissão por omissão a condição de «anexo da teoria do tipo» dos crimes comissivos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 33.

¹¹²⁹ SARTRE, *O ser e o nada*, p. 18.

uma dogmática adequada para essas características sem convocar imperiosamente a necessidade de equiparação.¹¹³⁰

A razão de a denominação crime comissivo por omissão reside justamente na constatação que a omissão imprópria possui o seu ilícito-típico configurado em confluência de dois tipos penais que enunciam comandos normativos diversos. É a partir da associação da descrição de uma ação proibida – comando legal para não fazer algo – com a previsão de uma omissão proibida – comando legal para fazer algo –, que resulta completa a descrição legal do ilícito. Isto é, o comando legal para agir, previsto especificamente para algumas hipóteses enunciadas na parte geral do código penal, nas quais se entende necessária a ampliação do espaço de proteção penal do bem jurídico conjuga-se com a descrição específica na forma de conduta ativa contida na parte especial dos códigos penais e na legislação penal extravagante.

O crime comissivo por omissão aproveita elementos da redação do crime comissivo, que tem como base ações criadoras de cursos causais ofensivos, para diante deles aplicar a complementação legal também para as hipóteses em que a ofensa ao bem jurídico é causada por meio de uma omissão. Utilizar a descrição típica da proibição de ofender ao bem jurídico por meio de uma ação não quer dizer ter que lidar necessariamente com o mandamento proibitivo como indispensável. A descrição textual é a concretização positiva na legislação e o meio de acesso ao mandamento,¹¹³¹ mas também é mais do que isso, na medida em que representa, em termos dogmáticos, a configuração instrumental de uma determinada técnica de proteção.

Na omissão imprópria, não há propriamente a justaposição de duas modalidades normativas no sentido de ser um crime que pratica duas violações de normas de natureza diversa, nomeadamente a proibição de agir e o dever de agir. Aliás, duvidosa seria a eventual possibilidade de demonstração de como uma única conduta omissiva poderia violar simultaneamente dois comandos com sentidos

¹¹³⁰ Nesse mesmo sentido, Dopico Gómez-Aller refere inexistir qualquer «suposto primado da ação na fundamentação teórica da responsabilidade criminal», o que permite vislumbrar a dogmática dos crimes comissivos por omissão com dignidade suficiente para não se reportar ao sentido próprio da mera equiparação (DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 738-739).

¹¹³¹ Nesse sentido, Faria Costa explica a passagem do «texto da lei» («texto-norma») para a «valoração axiológica e integração sistemática» da norma («norma-texto») (COSTA, *Noções fundamentais*, §29 e 30, p. 137).

opostos. Em verdade, supor a violação de duas modalidades legislativas significaria acreditar indevidamente que o omitente não apenas causou o resultado por não impedir o desenvolvimento da força ofensiva ao bem jurídico, como também foi efetivamente o causador do desenvolvimento dessa força.

Existe apenas o mandamento de impedir o resultado que se concretiza no direito penal utilizando como elementos típicos a redação legislativa descritiva da comissão e a complementação típica relativa à causação omissiva. A forma de causação do resultado pelo omitente ocorre pela não interrupção da força, e não por empreender a força que veio a se concretizar no resultado. Logo, só se pode afirmar legitimamente que o omitente violou a norma preceptiva e, portanto, se deve rejeitar o alargamento irrazoável para dizer que violou também a norma proibitiva do resultado.

A norma mandamental afirma claramente: não cause ofensa ao bem jurídico por deixar decorrer curso causal perigoso ao valor protegido. Se, numa versão bastante sintética, for tomado o exemplo do crime de homicídio para identificar a diferença entre o modo como os comandos das normas proibitiva e preceptiva percebem a causalidade, deveria ser dito para a proibição: «não cause a morte por agir» ou «não faça algo que mate», ao passo que para a preceptiva seria «cause a intervenção salvadora» ou «faça algo que salve».

Decerto no dever que recai sobre o garantidor do bem jurídico, para além do pressuposto dever de não o ofender, consta algo mais que é a obrigação de não se omitir, de modo a intervir no curso causal perigoso. Isso ocorre, acima de tudo, não por interesse político-legislativo em fazer surgir uma eventual confluência normativa, mas antes por uma razão lógica. Aquele que tem o dever de agir para salvaguardar o bem está simultaneamente impedido – por força da própria essência do ato de salvamento – de agir ofensivamente em relação ao bem. Neste ponto, fica nítida a sobreposição da norma proibitiva pelo comando de agir, de modo a não ser infundado afirmar que não existe comissão por omissão sem a previsão proibitiva da comissão simples. E isso, por si só, indica que a intervenção na liberdade individual orquestrada pela norma preceptiva é maior que a da norma proibitiva.

5. O dever de agir fundado na razoável expectativa comunitária de proteção do bem jurídico ameaçado pelo curso causal perigoso sem intervenção

A pretensão de determinar a origem da formação do mandamento de agir toca uma série de noções dogmáticas da doutrina da omissão imprópria, diga-se, por exemplo, o fundamento e o limite materiais da posição de garante. A determinação do fundamento e dos limites do dever de agir ou do «dever de garante» – na amplitude de uma teoria geral ou na especificidade afeita a certos âmbitos de inserção –¹¹³² seria a principal tarefa na resolução dos desafios suscitados pela determinação da responsabilidade individual por omissão imprópria.¹¹³³

É esse talvez o porquê de grande parte das explicações sobre o tema na atualidade arrancarem da apresentação normativa do dever de agir. E, apenas depois, tratarem pontualmente dos casos em que não se verifica o efetivo poder na qualidade de limites excepcionais do dever. A convocação dos dados materiais colhidos na realidade do fenômeno não participaria da fundamentação e da instituição do mandamento, mas tão só, episodicamente, na condição de confirm do âmbito de cobertura do dever.

O desafio de determinar o fundamento do dever de agir redobra importância considerando que não existe manifestação expressa – com a limpidez semelhante a da lei e do contato – das fontes instituintes do dever em determinados conjuntos de casos. Portanto, antes de mais nada, o encaminhamento compreensivo da questão exige que se tenha claro que o fundamento geral do dever de agir – conteúdo do ilícito omissivo – nem se identifica, nem se exaure nas particulares fontes do dever.¹¹³⁴

O fundamento é a razão ou o motivo pelo qual, numa determinada situação de cuidado-de-perigo do bem jurídico, verifica-se o mandamento de intervir. Já as

¹¹³² Nesse sentido, por exemplo, especificamente sobre «o fundamento jurídico do dever de garante das pessoas que dirigem a actividade empresarial» quando não há «norma legal expressa», SOUSA, «responsabilidade criminal do dirigente», p. 1031.

¹¹³³ Damião Cunha aponta as dificuldades práticas na determinação do conteúdo e das hipóteses de existência do conceito de posição de garante (CUNHA, «críticas sobre a omissão imprópria», p. 431-539).

¹¹³⁴ Encontra-se uma tendência na doutrina a apresentar os requisitos do ilícito omissivo baseadas nas diversas e fragmentárias fontes do dever de agir, sem explicar um fundamento como para todas elas, assim, por exemplo, em LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 88 e nota 1.

fontes do dever enunciam as concretas e variadas situações ou hipóteses em que se constata o mandamento de intervir. Decerto o fundamento deve significar uma diretriz sintética capaz de motivar todas as eventuais hipóteses de fontes, quanto previstas expressamente, quanto latentes na situação fática. Fundamentar todas as fontes quer dizer, em certa medida, nelas ter concretização, mas já não consumação. Logo, o fundamento deve ter aptidão tanto de oferecer sentido e razão existencial para outras eventuais novas fontes, como também indicar limites a partir dos quais – independente do meio adotado – não se pode legitimar a instituição de outras fontes.

Quando se fala nos limites de instituição legítima das fontes do dever, pretende-se abarcar os diversos meios pelos quais isso pode ocorrer, desde a clássica previsão expressa em lei até às comunidades de perigo. Mais do que uma delimitação formal das fontes da posição de garante, é necessária proposição de fundamento material comum¹¹³⁵ com capacidade de orientação, legitimação e crítica do direito. Tal tarefa somente se perfetibiliza, caso seja possível indicar minimamente qual a origem do dever de agir. Nesse sentido, a superação da formal presunção legal para encontrar efetivamente o sentido material requer a investigação do que é propriamente selecionado pelo direito e de como ocorre o reconhecimento jurídico.

Parece correto partir de uma base amplamente comum às doutrinas da omissão imprópria, que tem como noção matricial a concreta e «específica relação de confiança»¹¹³⁶ entre pessoas, segundo a qual algumas delas se responsabilizariam por agir em proteção do bem jurídico.¹¹³⁷ A compreensão aqui sustentada – embora intencionalmente lastreada num referencial material e não apenas normativo – encontra consonância no que há de mais essencial na proposta da doutrina da ação esperada. Acolhe-se, na generalidade, a idéia de que determinada ação positiva protetiva poderia ser esperada por força da existência de mandamento jurídico-penal

¹¹³⁵ DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38, p. 938, §25.

¹¹³⁶ Por exemplo, com atenção na filosofia de Kant, MATT, *Kausalität aus Freiheit*, p. 186 e, em geral sobre o princípio da confiança, baseado na observação sociológica da divisão social do trabalho e na idéia de responsabilidade pela própria conduta, JAKOBS, *imputación objetiva*, p. 105-106.

¹¹³⁷ Figueiredo Dias refere as «exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade» como o elemento capaz de complementar materialmente a previsão formal dos deveres de agir, mediante uma doutrina “material-formal” da posição de garante (DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38, p. 938, §25).

para agir, que recai sobre a liberdade de determinadas pessoas em específicas situações.¹¹³⁸ Contudo isso não resolve todos os problemas dogmáticos dos crimes omissivos impróprios, nem mesmo satisfaz perfeitamente a necessidade de investigar e melhor determinar pontos tradicionalmente problemáticos, como é o caso dos fundamentos e limites, materiais e formais, da expectativa.

Certamente o estudo merece ir mais longe a fim de elucidar agora (1) onde surge o dever jurídico de agir, bem como, nos dois tópicos seguintes, (2) qual o conteúdo material que lhe serve de fundamento e (3) se haveria elementos gerais capazes de estruturar uma doutrina da geral da posição de garante e do ilícito-típico objetivo de omissão imprópria.

A necessidade de estudar a configuração da legítima expectativa é posta em evidência no seguinte caso. Um paciente – com mais de oitenta anos de idade, saúde debilitada, histórico de enfermidades cardíacas – é levado pelos familiares a um hospital de referência para que seja submetido à realização do exame complexo chamado cineangiocoronariografia. Até então, os familiares haviam ouvido – por meio de um amigo da família também possuidor de doenças cardíacas – uma breve explicação sobre a qualidade das informações obtíveis pelo dito exame. O médico, perfeitamente conhecedor do alto risco de realização do procedimento, instrui a família de que se trata de um caso no qual os perigos na hipótese de um paciente com avançada idade talvez não superassem eventuais benefícios. Portanto, explica, por exemplo, que poderia ocorrer o deslocamento de algum coágulo de sangue, causando o entupimento vascular (trombo embolismo) e o Acidente Vascular Cerebral (AVC). Situação que significaria mesmo a morte do idoso, em razão da quase impossibilidade de o paciente resistir as várias horas de cirurgia essencial para desobstrução do eventual coágulo.

Sendo assim, o paciente e os familiares, conscientes do alto risco decidem por evitar não fazer o exame e seguir com o tratamento habitual. Em poucos meses, o paciente vem a falecer em decorrência de problemas vasculares, que eventualmente teriam sido diagnosticados por meio da cineangiocoronariografia. Os

¹¹³⁸ Sobre a doutrina da ação esperada ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 4. Por exemplo, MAYER, *Der Causalzusammenhang*, p. 129 e 133.

parentes sensibilizados pela perda do familiar passam a acreditar na omissão do médico.

Diante desse exemplo, poder-se-ia talvez perquirir que tipo de expectativa estaria em questão: a expectativa da família ou do paciente de que as intervenções médicas teriam amplíssimos efeitos curativos e riscos controláveis ou aquela que se forma comunitariamente, considerando o conhecimento da ciência médica?

É de conhecimento geral que o desenvolvimento tecnológico do método de feitura do diagnóstico clínico oferece uma série de exames significativamente interventivos ao dispor da ciência médica. Ocorre que nem todos apresentam uma baixa porcentagem de risco à vida. Dependendo dos indicativos do quadro clínico, alguns procedimentos devem mesmo ser evitados, já que os perigos de morte ou de lesão são grandes frente à eventual possibilidade de salvamento.

O profissional de saúde em plena consciência disso deve sempre informar a família dos riscos em questão, o que foi corretamente executado, mas não perfeitamente entendido pelos familiares do paciente. No caso em questão, apresentou-se, em termos objetivos, a constatação da evitação de correr maiores perigos que poderiam acelerar a morte do paciente. A pergunta fundamental a ser feita consiste em saber se existiria razão para falar em omissão num caso em que a intervenção médica poderia gerar ainda mais riscos à saúde do examinado?

A resposta negativa, no sentido da atipicidade da conduta, somente pode encontrar parâmetro de confiabilidade, caso supere a impressão individual do paciente ou a coletiva dos familiares, refletindo-se de modo amplo na comunidade. Entende-se a comunidade como a organização antropológica, de acordo com o regramento de determinada tradição cultural da qual as ciências humanas e naturais fazem parte. A relação de confiança que aqui importa é aquela objetiva, que transcende a apreensão individual do sujeito acerca do fato, o que aponta a necessidade de desvelar o cerne da materialidade do mandamento de agir, que consta no alicerce da relação de confiança e permite a formulação da expectativa. Decerto não são penalmente legítimas expectativas subjetivas de «interpretação psicologicista»,¹¹³⁹ irrazoáveis ou de conteúdo indeterminado.

¹¹³⁹ BRITO, *crime omissivo*, p. 82.

Inicia-se por uma observação elucidativa acerca da identificação da essencial dimensão objetiva e concreta do dever e da expectativa comunitária. O fundamento do dever de agir – lastreado numa expectativa comunitária de cuidado-de-perigo do bem jurídico – intencionalmente se difere de um suposto subjetivismo individual do julgador ou coletivo das vítimas, assim como da abstração encerrada na noção histórica de «saudável sensibilidade do povo» (*gesunden Volksempfinden*), contida na disposição sobre o omitir punível no §13 do projeto autoritário de Código Penal alemão de 1936.¹¹⁴⁰

Distancia-se do subjetivismo da apreciação do fato segundo a consciência individual do julgador, basicamente, por duas razões. Primeiro, trata-se do reconhecimento comunitário do valor inerente à ação devida capaz de interromper o curso causal e não, conforme se alegaria, uma suposição ou ajuizamento individual daquele que avalia a ocorrência e a responsabilidade pelo crime. Com isso se enfatiza não estar enfocada apenas a competência judicial de reconhecimento da expectativa por excelência, mas, sim, a de todos aqueles que anteriormente intervêm de modo a possibilitar que surjam as consequências jurídico-penais para o autor da conduta. Desde a criação do projeto de lei de criminalização da conduta à condenação do acusado, o funcionamento das instâncias de controle inevitavelmente pressupõe ou utiliza a noção de reconhecimento comunitário da capacidade conservadora do bem.

Segundo, a expectativa comunitária de cuidado-de-perigo assume dimensão objetiva, que transcende o limite da individualidade de cada um dos membros da coletividade se tomados na sua singular personalidade. E, portanto, também não se pode fundar numa mera noção de expectativa coletiva caracterizada pelo somatório dos subjetivismos das vítimas. Trata-se de um existencial inerente à realidade ontológica do homem viver em comunidade, o que pode apresentar diversas formas de concretização e de reconhecimento, de acordo com as bases antropológicas das respectivas ordens jurídicas.

¹¹⁴⁰ Literalmente assim disposto «*Wer es pflichtwidrig unterlässt zu handeln, wird wie ein Handelnder bestraft, wenn er nach dem gesunden Volksempfinden als Täter oder Teilnehmer verantwortlich ist*» (*Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs*, p. 4).

Deve ser dito também que a origem do mandamento de agir aqui estudada em nada se aproxima do conceito demasiadamente vago e abstrato de «saudável sensibilidade do povo» do direito penal nacional-socialista alemão. Pode-se ler, na fundamentação do §13, que o preceito pretende expressar na legislação penal o «reconhecimento ao dever moral de assistência para com um compatriota do Terceiro Império Alemão premido (*bedrängten Volksgenossen*)». ¹¹⁴¹ Isso porque é professado «o princípio de que o dever moral» e o «dever jurídico» de agir «devem estar de acordo um com o outro», o que se afirma como sendo uma «consonância» significativa de «mais um importante passo no caminho da penetração do direito penal por meio do pensamento ético». ¹¹⁴² Por consequência, o projeto propõe essencialmente que bastaria a violação de qualquer dever que «obriga um compatriota da comunidade alemã conforme a sensibilidade moral do povo». ¹¹⁴³ Em preocupação com eventual alargamento injusto da responsabilização por omissão imprópria, estabelece o projeto uma «barreira» alicerçada sobre o critério de que o omitente só poderia ser responsável caso aparecesse «como autor ou participante», conforme a «saudável sensibilidade do povo». ¹¹⁴⁴

A convocação pelo jurista da noção de reconhecimento comunitário sobre determinada realidade axiológica – ainda que com risco de imprecisão ou mesmo de ociosidade – não tem razão para vir necessariamente associada às idéias de autoritarismo ou de arbitrariedade. Parece inevitável reconhecer que o sentido das normas jurídicas e das normas éticas aparecem interpenetradas na mais comezinha ocorrência dos fatos da fenomenologia social.

Essa realidade por si só não significa necessariamente um problema, até mesmo porque a proximidade do direito com normas de cultura é favorável ao processo de formação da consciência do direito e também de fortalecimento da eficácia orientadora da norma jurídica. Todavia também é certo que a ampla jurisdicização da ética e da moral é capaz de criar o perigo de intervenção injusta e irrazoável nas liberdades individuais. A questão fundamental consiste em saber a amplitude e a profundidade dessa intormissão que as comunidades democráticas e

¹¹⁴¹ *Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs*, p. 21.

¹¹⁴² *Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs*, p. 21.

¹¹⁴³ *Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs*, p. 21.

¹¹⁴⁴ *Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs*, p. 21.

pluralistas são capazes de suportar. Ao menos, desde Georg Jellinek, difundiu-se a compreensão de que todo o direito não seria «nada mais que o mínimo ético».¹¹⁴⁵ Especificamente para o direito penal, na sua natureza fragmentária e subsidiária, radica motivo, ainda em maior intensidade, para que a cobertura das normas éticas seja mesmo mais mínima.¹¹⁴⁶

O fundamento do mandamento para agir diz respeito à complexa inter-relação de cuidado-de-perigo entre sujeitos que tem como elemento intermediário um bem jurídico. É daí que advém o interesse político criminal de proteção do valor – por meio de um juízo de «consciência coletiva»¹¹⁴⁷ – que somente efetiva projeção no direito penal, caso observe alguns critérios técnico-dogmáticos. É uma relação de cuidado-de-perigo que só pode ser estruturada, desde que se consiga identificar o domínio ou a capacidade de intervenção no curso causal ofensivo ao bem jurídico. Somente o domínio não é o suficiente para obrigar alguém a agir, sendo exigível uma «relação obrigatória adicional especial», a fim de instituir o dever,¹¹⁴⁸ que guarda como limite máximo para a incriminação a razoabilidade da expectativa fundada na capacidade de intervir.

¹¹⁴⁵ JELLINEK, *sozialistische Bedeutung von Recht*, p. 45.

¹¹⁴⁶ Especificamente, no direito penal, «os bens jurídico-penais que se defendem são o patrimônio mínimo ético social» (COSTA, «sobre o sentido da pena», p. 222, nota 43. e, antes, COSTA, *O perigo* p. 243-244 e, ainda, nota 76). Seguindo essa compreensão de intervenção penal fragmentária e subsidiária, RUIVO, «fundamento da pena criminal», p. 182.

¹¹⁴⁷ COSTA, «Omissão», p. 399.

¹¹⁴⁸ Sobre equivalência e dever de garante, ver MAURACH; GÖSSEL.; ZIPF, *Strafrecht/2*, §46, nm. 54, p. 194.

6. A relação de causalidade como pressuposto lógico e fenomenológico do dever de agir

«Denn die einen sind im Dunkeln
und die andern sind im Licht.
Um man sieht die im Lichte.
Die im Dunkeln sieht man nicht»

(Bertold Brecht, *Die Moritat von Mackie Messer, Die Dreigroschenoper*, 1930)

A tarefa de estabelecer a relevância penal da omissão lastreia-se sobre dois elementos basilares diretamente relacionados entre si – aqui apenas enunciados, mas que serão objeto de estudo mais aprofundado adiante –, nomeadamente o dever e o poder de agir, segundo o mandamento da norma preceptiva. Essa manifestação inicial tem justificação, dado que se o dever de agir é algo frequentemente posto à luz das considerações jurídicas, restam à sombra os elementos materiais que lhe conferem sustentação. Em última instância, têm-se a intenção de destacar as categorias do poder de agir e do nexos de causalidade, bem como a estrutura material fornecida por essas noções.

Com isso se está obrigatoriamente adentrando no estudo do conceito doutrinário da posição de garante,¹¹⁴⁹ que – embora amplamente repetido na dogmática dos crimes omissivos impróprios – nem sempre tem o seu teor analisado com atenção.¹¹⁵⁰ Talvez por se supor reduzido o ônus argumentativo, em razão da frequência com que é convocado na doutrina, ou mesmo por entender satisfatoriamente elucidado na conformação normativa das fontes do dever, o esclarecimento do conteúdo material da posição de garante há sido deixado à margem de diversos estudos.¹¹⁵¹ Sabidamente esse é um ponto que pode originar uma série de problemas específicos e sistemáticos. Toma-se aqui em consideração apenas aquilo que estritamente se relaciona ao nexos de causalidade e ao conteúdo do dever de atuar. Por rigor lógico e por observação da metódica expositiva adotada, abordam-se primeiro as bases do problema do poder de agir deixadas à sombra.

¹¹⁴⁹ Conforme bem observa Roxin, mesmo aqueles que negam a causalidade omissiva apresentam outros elementos – como a posição de garante – com a intenção de legitimar a punibilidade da omissão (ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 41, p. 640).

¹¹⁵⁰ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 41, p. 640.

¹¹⁵¹ Por exemplo, em DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 218.

Para enfrentar a questão, são necessárias as noções de ofensividade ao valor e de fragmentaridade da intervenção penal – anteriormente trabalhadas¹¹⁵² –, e, depois, a recuperação daquilo que foi afirmado acerca da relação do destinatário da norma com o valor objeto de tutela. O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos estabelece os requisitos para a proibição legítima de condutas, ou seja, o fato a ser incriminado deve conter uma conduta ofensiva a um bem jurídico-penal.¹¹⁵³ A conduta ofensiva ao bem jurídico nem é propriamente o mesmo que o resultado ofensivo ao bem, nem é um comportamento afastado da ocorrência da ofensa, porém consiste, ao contrário, na razão para a ocorrência do resultado. É justamente isso que consta sinteticamente expresso nonexo de causalidade penal: a existência de uma conduta penalmente relevante causadora do resultado ofensivo. Assim, o comportamento inapto a causar algum resultado ofensivo ao bem jurídico, eventualmente considerado negativo em termos axiológicos, não está sujeito à incriminação.

Fica notável, neste ponto, que o nexocausal entre a conduta e a ofensa é pressuposto lógico¹¹⁵⁴ e fenomenológico do princípio da ofensividade com concretização quer nos crimes comissivos, quer omissivos. Parece suficientemente claro, nos crimes comissivos, que é defeso proibir a ação que não causa o resultado ofensivo. Já, nos crimes omissivos, a demonstração que a relação de causalidade é requisito do dever de agir assume, neste momento, maior complexidade elucidativa.

Tome-se, em primeiro lugar, o nexocausalidade como requisito da ofensividade da omissão imprópria. Nem toda a inação que contraria alguma prescrição normativa indica condições de ter acolhimento pela lei criminal, por isso o direito penal não está autorizado a estabelecer o dever de realização de determinada ação incapaz de intervir eficazmente no curso causal perigoso e proteger o bem jurídico. O pressuposto lógico de qualquer dever é a direta e íntima relação necessária entre a ação comandada e a evitação do resultado ofensivo. Em

¹¹⁵² Ver 1º Parte, Capítulo II, Tópico 5.

¹¹⁵³ Ver 3º Parte, Tópicos 3.2 e 3.3.

¹¹⁵⁴ Especificamente sobre a causalidade estritamente em sentido lógico, destacou Sousa Mendes, em atenção à doutrina da ação esperada de v. Liszt, que a possibilidade de evitar o resultado depende de «um raciocínio casuístico cuja verossimilhança só podia mesmo decorrer do princípio lógico da causalidade» (MENDES *torto intrinsecamente culposo*, p. 330).

sentido contrário, o comportamento comunitariamente valioso, que não manifesta a mesma conexão impeditiva do resultado, não pode ser exigido penalmente.

O significado geral desse argumento encontra corroboração nas funções de verdade da lógica. O dever de proteção contra a ofensa do bem jurídico pressupõe necessariamente a ofensa que resultaria da não intervenção no curso causal perigoso, o que, dito de outra forma, poderia se expressar como o dever de agir comunitariamente valioso é estruturado a partir da negação da ofensa comunitariamente desvaliosa. Trata-se, em termos meramente lógico-formais, da afirmação do positivo por meio da negação do negativo, a chamada dupla negação.¹¹⁵⁵ Assim sendo, o descumprimento ou a violação do mandamento de agir não deve perder de vista que a própria configuração do mandamento de agir, na redação do ilícito-típico, toma como base o fato de que toda «possibilidade da negação está já prejulgada na afirmação».¹¹⁵⁶

Daqui extraem-se duas deduções: uma primeira sobre a validade jurídico-normativa geral e outra particular acerca do dever de agir. Primeiro, a realização do ilícito não é um acontecimento excepcional na dinâmica do direito penal, mas, muito pelo contrário, é a manifestação da conduta que inspirou e justificou a criação do crime. A conduta violadora da norma preceptiva tomada isoladamente não tem capacidade de invalidar o sentido normativo, de modo que o direito permanece «sempre válido» no seu conjunto, quando ocorre a realização do ilícito. Caso contrário, se fosse suprimida a validade do comando, não seria mais possível a imposição legítima da sanção jurídica em razão da ocorrência do ilícito.

Segundo, outra consequência – especificamente afeita à necessidade de coerência do dever de agir – afirma que a asserção positiva do mandamento de intervir em salvamento do bem jurídico só tem viabilidade lógica, caso seja reconhecida a condição negativa perigosa ao bem jurídico. Essa mesma realidade desvela-se ainda com mais expressividade no plano material.

O destinatário da norma preceptiva de agir só pode ser aquele que apresenta condições intelectuais e físicas de reconhecer o perigo, o dever de agir e os meios que podem-lhe permitir impedindo-o a ofensa ao bem jurídico. São verdadeiros

¹¹⁵⁵ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.44, p. 50.

¹¹⁵⁶ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.44, p. 50.

limites da eficácia protetiva da atuação do responsável pela garantia reconhecíveis no plano fenomenológico. Exatamente em razão disso, a doutrina em geral parece ter consciência de que a estruturação da posição de garante não observa apenas elementos formais, senão, também, materiais.¹¹⁵⁷ Não basta a determinação – *v.g.* legal ou contratual – do dever, para além disso é necessária a tomada concreta da posição de garantia pelo obrigado na situação específica.

O efetivo cumprimento do comando normativo só pode ser esperado naquelas situações, nas quais a capacidade de obstar o desenvolvimento do curso causal está contida no âmbito da liberdade de ação do garante.¹¹⁵⁸ É por isso que, por exemplo, entre os proponentes da doutrina do domínio do fato, Bernd Schünemann entende que o crime de omissão imprópria¹¹⁵⁹ requer a existência do «domínio do garante sobre a causa do resultado».¹¹⁶⁰ Parece suficientemente límpido nesse contexto, que o elemento fundamental para a estruturação desse eventual domínio sobre a causa do resultado¹¹⁶¹ seria a capacidade causadora de resultados,

¹¹⁵⁷ Por exemplo, JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 621; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38, p. 938, §25.

¹¹⁵⁸ Em referência à «capacidade abstrata» para evitar o resultado mediante a realização de uma ação JAKOBS, *Strafrecht*, p. 788, nm. 10.

¹¹⁵⁹ Sobre o crime de omissão imprópria, segundo a perspectiva de Schünemann, ver SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unrechtlichen Unterlassungsdelikte*, p. 229 e ss.; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 84 e ss.

¹¹⁶⁰ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 95.

¹¹⁶¹ A noção de domínio das causas ou, ainda mais amplo, domínio dos fatos não é fenomenologicamente livre de oposições. O destinatário da norma – segundo a filosofia de Kant (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1º Parte, item IV, p. 26-27) e Hegel (HEGEL, *Philosophie des Rechts*, §117) – possui o domínio da sua própria vontade de alteração ou de manutenção da realidade e, portanto, justificar-se-ia a imputação objetiva do fato acontecido (assim, por exemplo, em LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 63). O domínio da vontade – quanto maior, quanto menor como contemporaneamente é investigado pelas neurociências – não autoriza o alargamento excessivo para um suposto domínio das concretas respercussões da vontade no mundo. O número de fatores que interagem e que podem vir a interagir nos fenômenos sociais é imprevisível. Não se pode afirmar legitimamente que determinado obrigado tem domínios de causas de resultados, que são incertos se efetivamente acontecerão, ou de fatos, que não existem e são apenas representações hipotéticas do que poderia ocorrer. Mesmo a observação retrospectiva que presume ser o causador do resultado verdadeiro dominador da situação superestima as capacidades cognitivas e as interventivas do autor da conduta. Reconhecer a frequência de determinada dinâmica causal não significa presumir o determinismo dos fatos e o domínio sobre todos os elementos, que podem vir a interagir numa situação concreta – intensificando ou impedindo uma ação – e da eventual nova resultante de força que adviria dessa interação. Mesmo entre os defensores da doutrina da não diminuição do risco, há a consciência da impossibilidade de um «domínio absoluto sobre o curso de acontecimentos», assim, STRATENWERTH, «Prinzip der Risikoerhöhung» p. 238 e, em sentido semelhante sobre a impossibilidade de determinação rigorosa dos comportamentos humanos *ex ante* – embora não seja propriamente um adepto dessa orientação –, GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 71.

quer resultados ofensivos decorrentes de ações, quer resultados axiologicamente positivo decorrentes da interrupção de cursos causais perigosos ao bem jurídico.

O percurso percorrido até aqui permite compreender a razão da insuficiência dogmática da instituição de um dever genérico de agir e, ao mesmo tempo a necessidade da enunciação de um destinatário específico.¹¹⁶² Até mesmo porque, deve ser levado em consideração que «o agir humano» se realiza, em grande medida, estruturado na «divisão do trabalho», o que indica a obrigação do destinatário da norma de comportar-se de acordo com a resultante geral de forças atuantes no caso em concreto.¹¹⁶³ Isto é, o obrigado deve atentar para a sua incumbência diante da soma dos comportamentos de vários intervenientes, considerando se tem que «agir, em caso necessário, para que, por meio do agir conjunto de vários, uma proibição não seja transgredida», ou, ao contrário, «omitir para que um mandamento seja realizado».¹¹⁶⁴ Em concreto, o dever de garante acaba por receber limitação, de acordo com aquilo que compete a cada uma das funções desempenhadas na atividade laboral, por exemplo, no caso específico de organizações empresariais e médicas.

Por fim, um ponto significativo sobre a relação entre a causalidade omissiva e o dever de agir, nem sempre estudado com a merecida atenção, consiste na localização sistemática da previsão da técnica da omissão imprópria nos códigos penais. O dever de agir ou – conforme outras terminologias – o mandamento de equiparação ou ainda a «cláusula geral de equivalência» entre o agir e o omitir costuma estar positivado de duas formas. Consta situado ora, em artigo autônomo, logo após a disposição da causalidade dos crimes de ação – de acordo com a frequência de incidência prática das modalidades criminais –, ora integrado, como espécie do gênero comissão, que apresenta uma bipartição, considerando a ordenação de cada espécie de causação, tendo exemplo paradigmático nos Códigos Penais de Portugal,¹¹⁶⁵ Itália¹¹⁶⁶ e do Brasil.¹¹⁶⁷ Disso é possível depreender um certo

¹¹⁶² REALE JÚNIOR, *Parte geral do código penal*, p. 45.

¹¹⁶³ PHILLIPS, «Nomentheorie», p. 325.

¹¹⁶⁴ PHILLIPS, «Nomentheorie», p. 325. A mesma idéia aparece trabalhada inicialmente em PHILLIPS, *Der Handlungsspielraum*, p. 132 e ss.

¹¹⁶⁵ «Art. 10.º - Comissão por acção e por omissão – 1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.»

encontro não meramente fortuito, senão intencional que atenta para a racionalidade de estruturação do conteúdo da cláusula geral de equivalência e a sua base lastreada sobre o nexo de causalidade.

7. O poder de agir como pressuposto lógico-ontológico do dever de garante como elemento formal e material do ilícito-típico omissivo

«Impossibilium nulla obligatio est»
(Celsus, 8 Dig., Dig 50.17, L. 185 –
De diversis regulis iuris antiqui)

O problema do poder de agir como pressuposto lógico-ontológico do dever de agir, que se coloca em âmbito penal é a concretização e a especificação do debate mais amplo tradicionalmente levado a cabo na filosofia. A reflexão filosófica tem-se ocupado da elucidação da verdadeira relação entre três elementos fundamentais: ser, poder e dever. Independente do entendimento que se tenha acerca desses elementos, sempre haverá, em termos mediatos, a aproximação de um conjunto de ideias e, por conseguinte, o afastamento de outras compreensões filosóficas. A questão é imprescindível para a delimitação do âmbito do dever de garante e mesmo para o acerto dos limites dos deveres no conjunto da teoria da norma penal.

Portanto uma brevíssima e inafastável nota deve ser feita, no sentido de situar alguns pontos essenciais no debate doutrinal que vem sendo realizado ao longo dos anos. As compreensões que rejeitam a causalidade criminal – *v.g.*, omissão como expectativa psicológica ou social de conduta e como infração do dever –¹¹⁶⁶ e também aquelas que desprezam a contribuição material conferida pelos elementos materiais para a fundamentação e delimitação do conceito – *v.g.*, causalidade criada

¹¹⁶⁶ «Art. 40. *Rapporto di causalità – Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.*»

¹¹⁶⁷ «Relação de causalidade Art. 13 - 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. (...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado».

¹¹⁶⁸ Sobre isso ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 2 e 3.

pelo direito –¹¹⁶⁹ correm perigo de transformar o sentido do nexos causal em algo bastante diverso da forma como ele é aqui reconhecido. Isto é, a substituição da noção ontológica por uma construção dogmática excessivamente normativa, desvinculada da realidade natural e cultural dos fenômenos.

É sábio que o neokantismo do sudoeste alemão praticou – mediante diversas compreensões no direito penal –¹¹⁷⁰ a radical dicotômica que afastou o ser e o dever-ser em opostos extremos.¹¹⁷¹ Por meio de um «rigoroso formalismo normativo», empreendeu grande esforço para evitar «toda relação constitutiva» entre os mundos do dever-ser e do ser.¹¹⁷² Conforme foi visto anteriormente,¹¹⁷³ tudo faz ainda mais sentido num contexto no qual tal forma de entender a realidade pretende a intensa dissociação entre o ser e o valor. Ideal que, não se pode deixar de reconhecer, permitiu levar adiante a construção eminentemente jurídica de uma causalidade para a omissão imprópria. Sendo assim, a causalidade do crime comissivo diria respeito à observação de leis naturais – segundo os princípios das ciências naturais –, ao passo que a causalidade da omissão imprópria poderia ser apenas axiologicamente moldada.

Nem mesmo a forma de compreender o direito penal por meio do pensamento ontológico da doutrina final da ação foi capaz de superar, neste ponto específico, as bases que haviam sido herdadas dos paradigmas anteriores.¹¹⁷⁴ O reconhecimento de leis causais apresenta significativa importância nos crimes comissivos, mas não atinge a cobertura de todas as formas de ocorrência do delito, deixando os crimes omissivos para buscarem outros critérios apenas normativos de imputação.¹¹⁷⁵

¹¹⁶⁹ Sobre isso ver 2º Parte, Capítulo III, Tópico 2.

¹¹⁷⁰ Por exemplo, em SAUER, «Kants Einfluß», p.1-9.

¹¹⁷¹ Sobre isso, ver MONCADA, *Filosofia do direito*/1, p. 252-253.

¹¹⁷² BARATTA, *Positivismo jurídico*, p. 98. Alessandro Baratta destaca ainda a tendência geral do neokantismo alemão de «transformar a categoria da substância naquela da relação» e, mais especificamente do neokantismo do sudoeste alemão, a igualmente de evitar «toda relação constitutiva do conceito e da validade do direito com a idéia ou o valor do direito justo» (BARATTA, *Positivismo jurídico*, p. 98).

¹¹⁷³ Maiores detalhes, no que diz respeito ao tema que aqui se enfrenta, encontra-se em 2º Parte, Capítulo III, Tópicos 1 e, especialmente, 2.3.

¹¹⁷⁴ Sobre isso ver 2º Parte, Capítulo III, Tópicos 7.

¹¹⁷⁵ Sobre isso ver 2º Parte, Capítulo III, Tópicos 6.

Daí partem as intenções jurídicas de autonomização do dever de agir perante a realidade ontológica, da construção jurídico-normativa da causalidade e também da criação da causalidade pela imposição do dever jurídico. É perceptível que nenhuma dessas compreensões apresenta, no seu fundamento, algum elemento material prévio ao direito, que seja capaz de oferecer orientação, legitimidade e crítica à intervenção penal. A instituição jurídica do dever de agir dissociada da necessária conexão com a realidade põe em questão a sua própria operacionalidade e sentido jurídico coercitivo, dado que persiste sem resposta a dúvida acerca da viabilidade do efetivo atendimento do preceito normativo.

Mais especificamente, o problema dogmático consiste em repropor a questão da determinação do sentido, conteúdo, limites do dever de agir e como esses elementos interagem entre si na delimitação do âmbito legítimo de incidência da norma preceptiva. Seria o dever de agir dependente, em alguma medida, da capacidade fática interventiva do omitente ou, ao contrário, poderia ser presumido pela legislação, permitindo a exigibilidade da conduta independente da efetiva aptidão para evitar o resultado. Muito breve, a questão remete ao tipo de relação que o poder mantém com o dever de agir. Particularmente a respeito do nexo de causalidade, duas alternativas são observadas: ou o dever de garante cria a causalidade do omitente, ou o dever de garante alicerça-se na causalidade do omitente.

Há uma certa compreensão doutrinal sobre a noção do dever de impedir o resultado que o apresenta direta ou indiretamente como criador da causalidade.¹¹⁷⁶ Todavia tal compreensão encontra-se equivocada desde o acolhimento do pressuposto do qual parte. Arranca da idéia de que a delimitação e precisão do ilícito-típico é decorrente da identificação do dever de garante, enquanto, em verdade, a legitimidade e, porque não, a efetividade do dever de garante dependem da capacidade real do agente em realizar a conduta e com isso garantir que o bem jurídico não seja objeto de ofensa. Em outras palavras, a concreta aptidão para impedir o resultado depende da capacidade causal do agente em realizar a conduta

¹¹⁷⁶ Michael Moore discute essa hipótese, apresentada no direito anglo-americano, em MOORE, *Causation and responsibility*, p. 130.

obrigada pelo mandamento. E isso é inevitavelmente uma «dimensão pré-jurídica da omissão».¹¹⁷⁷

Outra forma de ver o fenômeno omissivo – que eventualmente resultaria com consequências semelhantes, no sentido de prescindir da observação de leis causais e buscar critérios meramente jurídicos de legitimação da responsabilização penal do omitente – adota o seguinte trajeto. Diria que, embora o mundo seja composto por processos causais em constante movimento, a ausência de determinada intervenção ou a falta de acontecimento de um evento não deveria ser reputada para fins dessas explicações. Afirma-se isso levando em consideração as inúmeras hipóteses cogitáveis mentalmente que – com variável grau de probabilidade – poderiam intervir em determinado curso causal salvador para impedir o resultado. O dever de agir deveria ser constituído partindo de critérios não físicos, senão jurídico-culturais independentes do plano de realidade natural.

Ocorre que essa eventual oposição é incorreta em termos ontológicos e mesmo jurídico-práticos. Primeiro, na observação do fenômeno não se devem excogitar todas as eventuais hipóteses possíveis de intervenção que eventualmente obstruiriam o curso causal perigoso. A questão está em saber se, na realidade, a ausência de impedimento propiciou a resultante dos vetores de força que se plasmou no resultado. Segundo, a pergunta é se o garante tinha poder suficiente para intervir no decurso do acontecimento e realizar a ação devida.

A colocação de exemplos é capaz de tornar a discussão doutrinal mais concreta e profícua para elucidar a diferença de soluções possíveis numa situação específica. Tomem-se dois casos de tratamentos médicos, com crescente complexidade dogmática, sem que isso afaste outras constelações do direito penal médico,¹¹⁷⁸ tradicional¹¹⁷⁹ e também empresarial que poderiam igualmente ser convocadas.

¹¹⁷⁷ CADOPPI, *reato omissivo próprio*/1, p. 181.

¹¹⁷⁸ Um terceiro grupo de casos que eventualmente poderia ser proposto impõe significativos desafios à dogmática e à prática judicial contemporânea. Designa-se por tratamento inútil aquela intervenção médica conduzida para prolongar a vida do paciente, sem assumir a recuperação da saúde como algo provável. Ocorre nos casos cujo «processo de morte» do doente já foi iniciado, dando mostras inegáveis de estar «irremediavelmente próxima» (DIAS, «ajuda à morte», p. 203). Destaca-se o fato que, nessa hipótese, o conhecimento médico não permite efetivamente a cura, senão apenas impedir o falecimento, por meio da «exasperação ou encarniçamento terapêutico» (COSTA, «O fim da vida e o direito penal», p. 151). A questão específica acerca do dever de iniciar

O primeiro deles, com menor imposição de desafio técnico, consiste na não realização dos procedimentos necessários para o salvamento do paciente pelo médico, em razão da absoluta ausência dos meios adequados para o atendimento. São os casos da impossibilidade de execução de cirurgia de urgência em posto de saúde, devido à inexistência de sala cirúrgica equipada para a dificuldade do caso, o que obriga o médico a remover para outra localidade o paciente, que falece durante o percurso.

O segundo caracteriza-se pela inexistência dos meios físicos e da equipe pessoal em quantidade suficiente para atender a demanda que, episodicamente, é exigida do serviço médico, o que determina o falecimento de uma pessoa carecida de atendimento. Por exemplo, nos casos de grandes acidentes, catástrofes naturais ou mesmo o acúmulo de trabalho em razão do fechamento temporário de outra unidade de cuidados de saúde. Situação que suscita o dogmaticamente denominado conflito de deveres de ação,¹¹⁸⁰ uma vez que não pode ser oferecido tratamento para mais de um paciente em simultâneo.

Certamente, dependendo do ponto de que se parta, a leitura jurídica do fato e mesmo a resposta sobre a responsabilidade do médico pelo não impedimento do resultado será diferente. Caso se assuma integralmente que o dever de agir é criado normativamente, independe da capacidade fática do obrigado no salvamento do bem jurídico, e, portanto, a verificação do curso causal é despicienda no caso concreto, a imputação objetiva do resultado ao médico por não ter agido nas duas situações será irremediável. Diferente não será a conclusão pela imputabilidade objetiva, se eventualmente se dedicar atenção ao curso causal não interrompido por meio da ação praticada pelo médico, mas igualmente se estabelecer no fundamento do dever de agir estritamente elementos normativamente concebidos.

É neste ponto que se torna mais claro que o fundamento do dever de agir e a viabilidade de diferenciação entre a responsabilidade pelo resultado e a

uma intervenção médica – numa hipótese na qual um grupo médico de especialista verifica empiricamente que a medicina disponível naquela situação não possui qualquer condição de cura ou de melhora do estado de saúde do paciente – única e exclusivamente para impedir a morte também se demonstraria apropriada para integrar o objeto desta reflexão.

¹¹⁷⁹ Exemplos do direito penal tradicional – como o do pai paralítico que vê o seu filho cair numa piscina e não tem condições nem de salvar o filho, nem chamar por socorro – encontra-se em DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38, p. 929, §6 e LEITE, *As "posições de garantia"*, p. 88.

¹¹⁸⁰ Descrição encontrada em WEBER, «Pflichtenollision im Strafrecht», p. 236.

impossibilidade de responsabilização repousa em elementos materiais. Não há como instituir legitimamente o dever de agir para quem sequer goza de mínima capacidade de ação no sentido de proteger o bem jurídico, o que é patente na primeira hipótese. A equipe médica realiza toda a melhor medicina disponível naquela situação, mas, mesmo assim, advém o resultado indesejado. Portanto, exigir juridicamente algo de quem não pode cumprir, para além de contrariar a mais comezinha noção comunitária de responsabilidade e justiça, não faz qualquer sentido em termos de eficácia jurídica.¹¹⁸¹

Já, no segundo caso, a equipe médica em razão da limitação dos meios para atender a demanda excessiva encontra-se em situação semelhante à hipótese anterior. Conhecedora do seu dever de salvamento e com sincera intenção de oferecer tratamento a todos, a equipe vê-se obrigada a optar por alguns e, portanto, deixar outros sem atendimento. É justamente o reconhecimento da obrigação médica diante do demasiado número de casos que impõe a necessidade imperiosa de proceder a seleção dos pacientes que receberam tratamento.¹¹⁸² Fato que não se procede por meio de uma escolha pessoal ou aleatória daquele que – ainda que limitado – detém o poder de salvamento de alguns, mas, sim, a solução respeita critérios jurídicos.¹¹⁸³

A observação dos critérios é essencial para a hierarquização dos deveres que incidem na situação, indicando, portanto, a via de solução da determinação daqueles que devem receber prioridade. Na situação fática, pode haver vários objetos jurídicos de tutela, referentes ao mesmo bem jurídico – *v.g.*, mais de um paciente correndo perigo de morte –, como também bens jurídicos diferentes – *v.g.*, pacientes cuja integridade física é posta em perigo e, outros, cuja vida é posta em perigo.

¹¹⁸¹ Para mais detalhes, ver 1º Parte, Capítulo II, Tópicos 5.2 e 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.1.

¹¹⁸² Ferreira da Cunha destaca o fato de que se parte de uma situação na qual é reconhecido a «impossibilidade objetiva de ‘salvação global’» (CUNHA, *Vida contra vida*, p. 188).

¹¹⁸³ Sobre os critérios que devem reger a decisão do médico segundo uma ponderação qualitativa e uma ponderação quantitativa algumas diretrizes podem ser estabelecidas: primeiro, o bem jurídico mais importante; segundo, caso se trate do mesmo bem jurídico, aquele que corre perigo mais grave; terceiro, caso se trate do mesmo bem jurídico e a situação de perigo seja semelhante, aquele que tem maior oportunidade de salvamento; quarto, caso se trate do mesmo bem jurídico em semelhante situação de perigo e com mesmas condições de salvamento, a decisão do dilema é de livre deliberação do médico. Sobre isso, com maior desenvolvimento, CUNHA, *Vida contra vida*, p. 259-270 e 271-280 e, depois, mais sintético, em CUNHA, «Das omissões lícitas», p. 120-123. Outros exemplos de diversas espécies, nos quais o ordenamento jurídico não indica critério de solução, são apresentados por v. WEBER, «Pflichtenollision im Strafrecht», p. 247 e 250.

Igualmente é possível que os bem jurídicos sejam idênticos, com grande semelhança da situação de perigo e da probabilidade de salvamento em que se encontram, a dificultar a indicação de qual deles deverá ser priorizado. Vale destacar que é justamente o cumprimento do dever em relação a alguns pacientes, o que inviabiliza o simultâneo atendimento dos outros.¹¹⁸⁴ Fazer mais, naquele momento específico, é manifestamente impossível.

A questão jurídico-penal que resta em aberto está em saber se poderiam ser legitimamente imputados à equipe médica os resultados da ausência de tratamento, como se fossem efetivamente decorrentes de verdadeiras omissões penalmente relevantes. Não há dúvida nem de que a ausência de intervenção no curso causal perigoso acarretou o resultado, nem de que a conduta omissiva se fundamenta na observação do desenvolvimento de cursos causais perigosos sem impedimento.

A solução situa-se um pouco mais adiante, especificamente no fundamento para a instituição da norma preceptiva. Daí emergem dúvidas de valor prático, mas também de sentido teórico e filosófico: seria lícito tomar a ausência de condutas de salvamento – sem qualquer viabilidade objetiva de ação e dolo ou culpa omissiva – como sendo crime de omissão? Qual o fundamento para instituir deveres impossíveis de serem cumpridos?

Veja-se inicialmente uma opinião que apresenta resposta para as questões. Helmuth von Weber manifesta-se sobre o assunto em estudo especialmente dedicado à colisão de deveres em «circunstâncias» em que «os dois não podem ser realizados» em simultâneo quer por colisão de deveres de ação, quer por inação.¹¹⁸⁵ O autor percebe corretamente que a «impossibilidade no caso concreto conduz também para a negação do dever».¹¹⁸⁶ Contudo entende que se trata de uma negação afeita ao âmbito do poder de ação e não ao dever ação, dizendo respeito «não à existência da norma, mas à responsabilidade pela sua observância».¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁴ Nesse sentido, v. Weber destaca que a lesão do dever jurídico em relação a um caso «deve ser o único meio de outro ser realizado», ou seja, para que o cumprimento de um dever jurídico avance, um outro será nessa exata medida cancelado (v. WEBER, «Pflichtenkollision im Strafrecht», p. 242 e 245).

¹¹⁸⁵ v. WEBER, «Pflichtenkollision im Strafrecht», p. 235.

¹¹⁸⁶ v. WEBER, «Pflichtenkollision im Strafrecht», p. 235.

¹¹⁸⁷ v. WEBER, «Pflichtenkollision im Strafrecht», p. 235.

Da argumentação de v. Weber, é possível perceber a preocupação do autor em dizer que – mesmo diante da impossibilidade de agir – a norma se manteria íntegra, de modo que se efetivaria a sua violação injustificada. Essa situação, apenas posteriormente, ensejaria a incidência da causa de desculpa ou exclusão da culpa penal do imputado.¹¹⁸⁸ E, portanto, restaria preservado o estatuto jurídico da não realização do dever – aliás, mesmo quando impossível – como uma «conduta ameaçada com pena», de forma que seria correto concluir que o ordenamento jurídico «comanda e reprovava ao mesmo tempo a ação ordenada».¹¹⁸⁹ Isto é, a impossibilidade de agir apenas concederia que se reconhecesse a ausência de reprovação penal por um fato, que seguiria a ser tido por desvalioso e ameaçado com pena pela ordem jurídica.

Tome-se agora o argumento disposto e as correspondentes críticas a serem dirigidas. Primeiro, é privado de sentido o comando de agir que exige o empreendimento de conduta que excede o limite de possibilidade. Dessa forma não há qualquer violação da vigência jurídica ou da afirmação axiológica do ordenamento jurídico-penal.

A dogmática do direito penal e, sobretudo, a realização prática do direito pelas instâncias de controle não estão autorizadas a assumir conceitos decorrentes de elaborações filosóficas puramente idealistas. É impreterível atentar para a observação empírica dos fenômenos. Pois, ao fim, a verificação da eficácia da norma penal na orientação de condutas não se trata de uma conclusão normativa possível de obter por meio de raciocínios lógico-sistemáticos. Antes sim é um dado que requer a confrontação empírica.

O impossível não pode estar contido no âmbito de proteção do dever de ação. Trata-se de um limite lógico-ontológico à construção axiológica, pois não há como negar que o «poder» é uma condição necessária para o «dever», na exata medida em que toda instituição de um qualquer dever pressupõe a viabilidade do seu descumprimento.¹¹⁹⁰ A instituição do dever só faz sentido, quando há liberdade para a sua inobservância. Isso autoriza dizer, em sentido inverso, que se não há

¹¹⁸⁸ v. WEBER, «Pflichtenollision im Strafrecht», p. 235.

¹¹⁸⁹ v. WEBER, «Pflichtenollision im Strafrecht», p. 235.

¹¹⁹⁰ HRUSCHKA, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», p. 459.

possibilidade fática de descumprir o dever – ou seja, se o dever é irremediavelmente uma necessidade – igualmente inexiste a imprescindibilidade da sua instituição. Algo semelhante, no mesmo sentido, valeria para os comandos proibitivos impossíveis, os quais não poderiam ser contrariados pelos destinatários da norma, já que apenas aquilo que é possível de realização pode ser exigível.¹¹⁹¹

A conclusão aqui chegada encontra os primórdios do seu fundamento para além das dimensões e valências de um princípio jurídico ou, com maior amplitude, de uma diretriz de todo e qualquer «sistema ético normativo».¹¹⁹² Mais correto seria reconhecer que lastreia a sua base numa dimensão «lógico-semântica»¹¹⁹³ ou lógico-ontológica, inerente ao sentido nuclear dos próprios elementos que se designa.

O fenómeno e o significado que se quer realçar podem ser percebidos com clareza no axioma latina de Celsus «*impossibilium nulla obligatio est*», contido na linha 185 do livro 50 do Digesto *De diversis regulis iuris antiqui*.¹¹⁹⁴ A idêntica noção, apenas com alterações na forma de expressar o sentido, é encontrada nas seguintes variações «*ad impossibilita nemo tenetur*»,¹¹⁹⁵ «*ultra posse nemo obligatur*»¹¹⁹⁶ e «*nemo ad impossibilia tenetur*» no pensamento de penalistas, civilistas e com especificações do significado no ordenamento penal português¹¹⁹⁷ e brasileiro.¹¹⁹⁸

¹¹⁹¹ JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 212.

¹¹⁹² HRUSCHKA, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», p. 459 e 462.

¹¹⁹³ HRUSCHKA, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», p. 459 e 462.

¹¹⁹⁴ Fazem menção ao princípio, no direito penal, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 58 e nota 78; LEITE, *As "posições de garantia"*, p. 88; CUNHA, *Vida contra vida*, p. 289; na lógica jurídica, JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 209; no direito civil português, VARELA, *Das obrigações em geral*/2, p. 64, nota 1. A mesma máxima apenas com a indicação do seu autor também pode ser lida, no direito civil francês, em CARBONNIER, *Droit civil*/4, p. 107.

¹¹⁹⁵ CADOPPI, *reato omissivo próprio*/1, p. 151; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38º, p. 928, §5; REALE JÚNIOR, *Parte geral do código penal*, p. 50; CUNHA, «Das omissões lícitas», p. 119; PULITANÒ, *Diritto penale*, p. 223. No direito civil italiano, TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, §225, p. 328 e, no espanhol, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil*, p. 135.

¹¹⁹⁶ MEZGER, *Strafrecht*/1949, p. 137; DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38º, p. 928, §5. A importância do princípio *ultra posse nemo obligatur* na estrutura lógica das normas jurídicas (JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 209) e na estrutura do crime, encontra-se salientado em KINDHÄUSER, «Logik des Verbrechensaufbaus», p. 91 e, mais adiante pormenorizadamente, KINDHÄUSER, «Zum sog. „unerlaubten“ Risiko», p. 401-402; igualmente, mesmo entre os funcionalistas radicais, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 251, nota 1232.

¹¹⁹⁷ No Código Penal português, Figueiredo Dias encontra ressonância do princípio no artigo 10.º2 (DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38º, p. 928, §5) e Ferreira da Cunha, no artigo 36.º1, acerca do conflito de deveres (CUNHA, «Das omissões lícitas», p. 120) Também se poderia eventualmente fazer referência ao artigo 35.º1. que disciplina o estado de necessidade desculpante.

¹¹⁹⁸ No Código Penal brasileiro, artigo 13, §2º que estabelece os requisitos para a relevância penal da omissão (DOTTI, *Curso de direito penal*, p. 392 e 393).

Inicie-se pelo estudo da incidência da máxima *impossibilium nulla obligatio est* na ciência jurídica pelo direito privado, para identificar, posteriormente, o que há de comum e o eventual contributo passível de obtenção para o específico problema penal. O direito civil enfrenta a questão dos pressupostos de exigibilidade da execução dos deveres de prestar nomeadamente na disciplina do direito de obrigações¹¹⁹⁹ cuja ordenação destaca duas epígrafes: os requisitos do objeto obrigacional¹²⁰⁰ e as causas de inadimplemento não imputáveis ao devedor.¹²⁰¹ Encontra-se previsão expressa acerca das exigências e limites do objeto obrigacional, por exemplo, no Código Civil português,¹²⁰² Código Civil brasileiro,¹²⁰³ Código Civil italiano,¹²⁰⁴ Código Civil espanhol.¹²⁰⁵

¹¹⁹⁹ Sobre o dever de prestar e a «inserção sistemática das obrigações nos quadros do direito civil», ver, respectivamente, VARELA, *Das obrigações em geral/1*, p. 15 e ss. e 33 e ss.

¹²⁰⁰ No direito civil português, COSTA, *Direito das obrigações*, p. 247; LIMA; VARELA, *Código Civil anotado/1*, p. 258; no direito brasileiro, AMARAL NETO, *Direito civil brasileiro*, p. 424; VIANA, *Curso de direito civil*, p. 189. No mesmo sentido, no direito civil francês, WEILL; TERRÉ, *Droit civil*, p. 274, nm. 237; CARBONNIER, *Droit civil/4*, p. 107; VOIRIN; GOUBEUX, *Manuel de droit civil*, p. 343 e 555, nm. 728 e 1135; no direito civil espanhol, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil*, nm. 135, p. 134-135.

¹²⁰¹ No direito civil português, COSTA, *Direito das obrigações*, p. 497 e ss.; LIMA; VARELA, *Código Civil anotado/2*, p. 42-53; VARELA, *Das obrigações em geral/2*, p. 63 e ss.. No mesmo sentido, no direito civil francês, WEILL; TERRÉ, *Droit civil*, p. 1122, nm. 1091; CARBONNIER, *Droit civil/4*, p. 281; no direito civil espanhol, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil*, nm. 1033, p. 850-851; no direito civil italiano, INZITARI, «estenzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento», p. 477.

¹²⁰² «Artigo 280.º (Requisitos do objecto negocial) 1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. (...)» e «Artigo 401.º (Impossibilidade originária da prestação) 1. A impossibilidade originária da prestação produz a nulidade do negócio jurídico. 2. O negócio é, porém, válido, se a obrigação for assumida para o caso de a prestação se tornar possível, ou se, estando o negócio dependente de condição suspensiva ou de termo inicial, a prestação se tornar possível até à verificação da condição ou até ao vencimento do termo. 3. Só se considera impossível a prestação que o seja relativamente ao objecto, e não apenas em relação à pessoa do devedor.»

¹²⁰³ No Código Civil brasileiro, nos artigos 104, 123 e 166, respectivamente direccionados à validade, invalidade e a nulidade do negócio jurídico, com as seguintes redações, com as seguintes redações «Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável», «Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; (...)» e no «Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...); II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (...)».

¹²⁰⁴ No Código Civil italiano, especificamente no Livro IV «das obrigações», Título II «dos contratos em geral», Capítulo II «dos requisitos do contrato», Secção III «do objeto do contrato» pode-se ler nos artigos 1346 e 1347 claras prescrições quanto à possibilidade do objeto obrigacional. Veja-se «Art. 1346. *Requisiti. L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile*» e «Art. 1347. *Possibilità sopravvenuta dell'oggetto. Il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine*».

¹²⁰⁵ No Código Civil espanhol, nomeadamente no Livro IV «das obrigações e contratos», Título II «dos contratos», Capítulo II «Dos requisitos essenciais para a validade dos contratos», Secção II «Do objeto dos contratos» o «Art. 1272. *No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*».

As lições sobre a classificação das espécies de impossibilidade parecem perfeitamente aproveitáveis para oferecer mais nitidez à presente discussão penal. Em relação à natureza da impossibilidade, tem-se ora física, ora jurídico-legal. A impossibilidade física do objeto obrigacional assinala pela prestação do negócio jurídico ser naturalmente impossível de acordo com a natureza dos fatos.¹²⁰⁶ É o caso do dever de «transportar uma pessoa» em velocidade «que os meios de transporte estejam longe de ter atingido na alta da execução do contrato».¹²⁰⁷ Já a impossibilidade jurídico-legal recebe expressão na realização de um negócio que estabelece na qualidade de objeto algo que o «direito não consente» como a «promessa de venda de coisa de domínio público».¹²⁰⁸ Em ambas as circunstâncias, a norma civil é categórica e clara na afirmação da nulidade do negócio jurídico tanto no direito português, quanto brasileiro.¹²⁰⁹

As causas de inadimplemento não imputáveis ao obrigado também apresentam previsão, por exemplo, nos Códigos Código Civil português,¹²¹⁰ Código Civil brasileiro,¹²¹¹ Código Civil italiano,¹²¹² Código Civil alemão,¹²¹³ no Código de Obrigações Suíço de 1911,¹²¹⁴ Código Civil francês,¹²¹⁵ Código Civil espanhol.¹²¹⁶

¹²⁰⁶ LIMA; VARELA, *Código Civil anotado/1*, p. 258.

¹²⁰⁷ LIMA; VARELA, *Código Civil anotado/1*, p. 258.

¹²⁰⁸ LIMA; VARELA, *Código Civil anotado/1*, p. 258. O mesmo exemplo encontra-se, no direito civil italiano, em TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, §225, p. 328

¹²⁰⁹ Especificamente nos artigos 280º, 1, do Código Civil português e 166, II, do Código Civil brasileiro.

¹²¹⁰ O Código Civil português apresenta na secção de número II destinada à disciplina do não cumprimento obrigacional, especificamente na subsecção de número I diferentes hipóteses de caracterização da impossibilidade do cumprimento e da mora não imputáveis ao devedor da obrigação. São os artigos 790, 791, 792, 793 e seguintes: «Artigo 790.º (Impossibilidade objectiva) 1. A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor. 2. Quando o negócio do qual a obrigação procede houver sido feito sob condição ou a termo, e a prestação for possível na data da conclusão do negócio, mas se tornar impossível antes da verificação da condição ou do vencimento do termo, é a impossibilidade considerada superveniente e não afecta a validade do negócio» e «Artigo 791.º (Impossibilidade subjectiva) A impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro.», «Artigo 792.º (Impossibilidade temporária) 1. Se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. 2. A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor.» e «Artigo 793.º (Impossibilidade parcial) 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada. 2. Porém, o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio.»

¹²¹¹ No Código Civil brasileiro, nos artigos 248, 250 e 393, nomeadamente sobre a resolução, extinção e irresponsabilidade do devedor pelo inadimplemento de obrigação numa hipótese de caso fortuito ou força maior, de acordo as redação subsequentes «Art. 248. Se a prestação do fato tornar-

se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos», «Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar» e, no Capítulo IX «da remissão das dívidas», título IV «do inadimplemento das obrigações», encontra-se o «Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir».

¹²¹² No Livro IV «das obrigações», Título I «das obrigações em geral», Capítulo III «do inadimplemento das obrigações» encontra-se a responsabilidade do devedor no «Art. 1218. *Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*» e, mais adiante no Capítulo IV «dos modos de extinção da obrigação diversos do adimplemento», Secção V «da impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor» lê-se no artigo 1256 a disciplina das impossibilidades definitivas e das impossibilidades temporárias com a seguinte redação «Art. 1256. *L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*». No mesmo livro, no Título II «dos contratos em geral», Capítulo II «dos requisitos do contrato», Secção III dedicada ao objeto do contrato, onde se pode ler nos artigos 1346 e 1347 claras prescrições quanto à exigência de possibilidade do objeto na seguinte expressão «Art. 1346. *Requisiti. L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile*» e «Art. 1347. *Possibilità sopravvenuta dell'oggetto. Il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine*» e também no Capítulo XIV «da resolução do contrato», Secção II «da impossibilidade superveniente» distingue o Código Civil italiano duas modalidades a impossibilidade total no «Art. 1463. *Impossibilità totale. Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*» e a impossibilidade parcial no «Art. 1464. *Impossibilità parziale. Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale*».

¹²¹³ No Código Civil alemão (BGB), identifica-se a a previsão do § 275 – sob o título «exclusão do dever de dever de cumprimento» (*Ausschluss der Leistungspflicht*) – com o seguinte texto «(1) *Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.* (2) *Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.* (3) *Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.* (4) *Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326*». Maiores explicações, podem ser recolhidas em LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, §211, 1, a, p. 305.

¹²¹⁴ O artigo 119 do Código das Obrigações suíço – complementar ao Código Civil – sob o título «impossibilidade de adimplemento», disciplina a matéria com a seguinte redação «*1 L'obbligazione si ritiene estinta se ne sia divenuto impossibile l'adempimento per circostanze non imputabili al debitore*».

¹²¹⁵ No livro III «diferentes maneiras em que se adquire a propriedade», título III «dos contratos e das obrigações convencionais em geral», capítulo III «do efeito das obrigações», secção 4 «dos danos e interesses resultantes da inexecução da obrigação», encontram-se os artigos 1147 e 1148 – dedicados respectivamente à desobrigação por intervenção de causa externa e por força maior e caso fortuito – com os seguintes redações legais «Article 1147 *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*» e «Article 1148 *Il n'y a lieu à aucuns dommages et*

A impossibilidade no que diz respeito à amplitude da incapacidade de cumprimento da obrigação divide-se em objetiva e subjetiva.¹²¹⁷ Impossibilidade objetiva consiste no impedimento para toda e qualquer pessoa cumprir o que prescreve a obrigação, ou seja o objeto é completamente irrealizável.¹²¹⁸ Por exemplo, o contrato para erguer determinada estrutura no fundo do mar em determinada região que supera as capacidades técnico-operacionais habituais para trabalhos em águas profundas ou de entregar coisa que veio a ser destruída.¹²¹⁹ A impossibilidade subjetiva apreensível nas obrigações de fazer remete às específicas capacidades pessoais do devedor, o que impede o obrigado da execução do dever de prestar.¹²²⁰ É a hipótese de um pequeno empreiteiro que não dispõe nem da mão-de-obra, nem dos materiais necessários para realizar a construção do prazo que foi acertado.

A extinção da obrigação depende de que se caracterize a real impossibilidade da execução da obrigação, mas «não basta que a prestação se tenha tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil para o devedor» (*difficultas praestendi*).¹²²¹ Todavia o excesso em relação ao que é exigível do devedor segundo o princípio da boa-fé, «deve ser equiparado» à impossibilidade da prestação para

intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit».

¹²¹⁶ No Código Civil espanhol, nomeadamente no Livro IV «das obrigações e contratos», Título I «dos obrigações», Capítulo III «Das diversas espécies de obrigações», Secção I «Das obrigações puras e das condições» o «Art.1124 - *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (...)*».

¹²¹⁷ Divisão que Antunes Varela – mencionando os conceitos de *Unmöglichkeit* e *Unvermögen* sublinha não se identificar com aquela que divide a impossibilidade entre absoluta e relativa (VARELA, *Das obrigações em geral/2*, p. 69-70, nota 1). A explicação dos conceitos alemães «*objektive Unmöglichkeit*» (impossibilidade objetiva) e «*Unvermögens des Schuldners*» (impossibilidade do devedor ou ‘impossibilidade subjetiva’) encontra-se em LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, §21, I, a, p. 305.

¹²¹⁸ VARELA, *Das obrigações em geral/2*, p. 66. No mesmo sentido, apenas denominando como impossibilidade absoluta, no direito civil brasileiro, AMARAL NETO, *Direito civil brasileiro*, p. 424, no direito civil francês, WEILL; TERRÉ, *Droit civil*, p. 275, nm. 237; CARBONNIER, *Droit civil/4*, p. 107.

¹²¹⁹ VARELA, *Das obrigações em geral/2*, p. 66.

¹²²⁰ VARELA, *Das obrigações em geral/2*, p. 66. No mesmo sentido, apenas denominando como impossibilidade relativa, no direito civil brasileiro, AMARAL NETO, *Direito civil brasileiro*, p. 424, no direito civil francês, WEILL; TERRÉ, *Droit civil*, p. 275, nm. 237; CARBONNIER, *Droit civil/4*, p. 107.

¹²²¹ VARELA, *Das obrigações em geral/2*, p. 66.

desonerar o obrigado, todavia, ainda que decorra a extinção da obrigação, resguarda-se o direito de cumpri-la, mesmo que de modo muito oneroso.

A título de síntese, ponto essencial a ser ressaltado sobre o que ficou assentado na disciplina do direito civil – em relação à exigência da prestabilidade do objeto da relação jurídica – diz respeito à própria razão de ser da obrigação. Não há sentido para instituir uma obrigação quando a prestação é impossível de ser executada ou, em outras palavras, com maior atenção à capacidade da obrigação para alterar a realidade, «o contrato só pode ser eficaz se tais prestações são possíveis».¹²²² Portanto fica evidenciado que, mais do que uma formalidade jurídica de validade da obrigação civil, o requisito em questão tem na sua base um fundamento de razão prática.

Dito isso, agora é o momento adequado para aprofundar a compreensão dogmática penal do problema. Quatro são as orientações doutrinárias que permitem rejeitar a viabilidade de responsabilização daquele que não realiza a ação interventiva, devido à falta dos pressupostos de efetivação do poder de agir.

(1) Para pequena parte da doutrina,¹²²³ segundo os termos expostos acima, a situação qualificar-se-ia efetivamente como sendo uma omissão ilícita, mas já não culpável. A impossibilidade de agir apenas autorizaria que se reconhecesse a ausência de reprovação penal pelo fato, que, aliás, seguiria desvalioso e ameaçado com pena pela ordem jurídica. Conforme as razões já manifestadas, não cabe à ordem jurídica nem instituir dever sem lastro realístico, menos ainda considerar axiologicamente desvaliosa a não realização de conduta que era impossível de ser empreendida por parte de quem eventualmente se imaginaria que pudesse cumprir. Logo, mais correto que indicar a exclusão da culpa ou a desculpa daquele que não intervém no curso causal perigoso para salvar o bem jurídico por incapacidade, seria afirmar a inexistência da ilicitude de conduta.

(2) É exatamente na compreensão negativa da ilicitude da omissão, que consiste o ponto de chegada de outra parte da doutrina.¹²²⁴ Embora não haja oposições quanto à rejeição da ilicitude, o fato causado – por aquele que não agiu

¹²²² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil*, nm. 135, p. 135.

¹²²³ v. WEBER, «Pflichtenollision im Strafrecht», p. 235; GALLAS, «Pflichtenollision als Schuldausschließungsgrund», p. 323-324.

¹²²⁴ CUNHA, «Das omissões lícitas», p. 122-123.

devido à impossibilidade – caracterizaria propriamente uma omissão, todavia, nessas condições, uma omissão lícita. Em outras palavras, estaria presente o dever de agir – essencial para a configuração da omissão –, mas apenas não haveria o juízo de contrariedade com o comando da ordem jurídica próprio da ilicitude da conduta.

Como já foi dito acima, não há dúvidas de que o resultado ofensivo ao bem jurídico manifesta desvalor comunitário, assim como de que a ausência de intervenção é causa do resultado ofensivo. Contudo isso não basta para atingir nível suficiente apto a constituir o dever de agir e, por consequência, afirmar a ilicitude penal. Uma coisa é reconhecer o valor negativo comunitário do desenvolvimento de cursos causais perigosos, outra bem diferente é acreditar que seja legítimo construir o ilícito penal – referenciado a esse desvalor comunitário – mesmo na situação de específica incapacidade de obstrução desse curso causal. A ordem jurídica não pode considerar como ilícita a conduta que não poderia ter sido diferente, uma vez que o acontecido é a concreta expressão de uma necessidade.

(3) Uma terceira proposta indicaria a noção de imputação, como categoria destinada a resolver o problema da não responsabilização penal do impossibilitado de agir. Entende-se, sinteticamente, por imputação a atribuição de algo a alguém. O resultado não seria atribuível à conduta, pois não cumpriria os requisitos próprios do primeiro grau de imputação. Sendo assim, a conduta em análise manteria a qualidade de omissiva, apenas se tornando juridicamente desconectada do resultado que deu causa. Ter-se-ia, portanto, um caso de omissão não imputável.

Ademais, é interessante observar que, mesmo entre entusiastas da doutrina da imputação, pode-se ler, por exemplo, nas obras de Hruschka *Estrutura da imputação e Direito penal conforme o método lógico-analítico*, que um omitir sempre «requer a correspondente possibilidade de ação»,¹²²⁵ de acordo com regra de conduta. Desse modo, nas hipóteses em que não há consciência da não realização da regra igualmente não seria adequado haver omissão.¹²²⁶

Decerto a solução que assim se propõe seria, mais uma vez, normativa. A imputação consiste na atribuição que se procede por meio de uma ligação – de

¹²²⁵ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 62 e, depois, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 58.

¹²²⁶ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 61 e 63.

ordem diversa da natural e da fenomenológica – que poderá optar, se as considera ou não no estabelecimento dos seus critérios. Não há dúvida, portanto, de que a imputação é uma categoria tão valorativa e normativamente constituída, quanto o ilícito. Prova disso é que o afastamento da responsabilidade ocorre por meio de um juízo de valor que – conquanto referenciado à realidade objetiva – não se torna menos normativo. Logo não cumpre com o desafio de encontrar a solução para o problema lastreada em elementos materiais, já que restariam a constituição do dever e igualmente a sua limitação entregues ao funcionamento e à expressão da teoria das normas. A norma institui a si mesma e, depois, se autolimitaria.

(4) Por fim, a orientação que parece encontrar maior respaldo na doutrina contemporânea. A possibilidade de realização da ação prescrita pelo comando normativo é elemento essencial da constituição do dever de agir,¹²²⁷ que conflui na estruturação do crime comissivo por omissão a partir da base do crime comissivo. O comando típico do dever de agir incide somente naquelas situações cujo destinatário tem poder de o realizar, de modo a se poder afirmar, em sentido contrário, que, nas situações em que não exista o dever de agir, também não estará presente a tipicidade da conduta.

Não há razão para deixar de reconhecer que a origem do que foi apresentado constava, por rigor lógico, já com traços latentes na doutrina da ação esperada. Tal realidade empunha-se mesmo quando o defendido pelos seus autores tenha sido algo diverso ou, até mesmo, o contrário.¹²²⁸ Não se pode negar que o conceito de omissão – como sendo «a inatividade em consideração a uma totalmente determinada ação esperada»¹²²⁹ – pressupõe intrinsecamente que não é razoável o cumprimento daquilo que ultrapassa a capacidade de intervenção do omitente.¹²³⁰ Pois o omitir é «não fazer algo», nomeadamente algo que era «esperado» e «que era devido».¹²³¹ Em verdade, o ponto central na doutrina da ação esperada consiste no poder agir, pois é evidente que o impossível não pode ser esperado.¹²³²

¹²²⁷ DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38, p. 928, §5.

¹²²⁸ Ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 2.

¹²²⁹ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116.

¹²³⁰ Assim já reconheceu, LEITE, *As "posições de garantia"*, p. 86-87.

¹²³¹ v. LISZT, *Lehrbuch/1884*, p. 116.

¹²³² Sobre isso e a falta de objetividade da expectativa, ver KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 57, nota 142, 143 e 144.

É dogmaticamente importante, no que diz respeito aos limites da posição de garante, não perder de vista a clareza dogmática de algumas doutrinas penais clássicas acerca do dever de agir. Para Adolf Merkel, a posição de garantia só existe se o agente tinha o poder de evitar o resultado, ou seja, o dever pressupõe a eficácia causal da conduta devida com o resultado a ser evitado.¹²³³ Eberhard Schmidt, também dedicado aos casos do direito penal médico, com especial atenção à incapacidade de o garante evitar o resultado, a partir dos meios de que dispõe, percebe a questão no mesmo sentido. Schmidt reforça a compreensão de que a inutilidade da ação faz com que a conduta não seja coberta pelo tipo de omissão imprópria.¹²³⁴

Essa explicação parece encontrar fundamento legal no ordenamento penal português¹²³⁵ e brasileiro,¹²³⁶ nomeadamente na norma que institui o dever de agir para proteger o bem jurídico. No Código Penal português, lê-se, no artigo 10º.2., a direta referência à necessidade de adequação do dever à individualidade do obrigado, conforme a seguinte passagem: a «comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado».¹²³⁷ Semelhante é a previsão, no artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro, dos requisitos para a constatação de quando a conduta omissiva importa ao direito, na forma como denomina expressamente a capacidade de agir, estabelecendo então que a «omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado».¹²³⁸

Justamente por se ter consciência da impossibilidade de presumir – abstrata e genericamente – o poder de cumprir o mandamento legal preceptivo e, igualmente, por reconhecer que se trata de questão a requerer a análise das especificidades do caso concreto *sob judice*, que é realçada a importância do processo penal nomeadamente na disciplina probatória. Caso se seja rigoroso com a estreita conexão de profunda complementaridade existente entre o direito e processo penal,

¹²³³ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 114. No mesmo sentido, v. Bar para quem «onde não existe o poder, certamente também não pode viger algum dever» (v. BAR, *Gesetz und Schuld*, § 140, p. 264).

¹²³⁴ SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 84-85.

¹²³⁵ Nesse sentido, DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38º, p. 928, §5.

¹²³⁶ DOTTI, *Curso de direito penal*, p. 392-393.

¹²³⁷ Nesse sentido, DIAS, *Direito Penal*, Cap. 38º, p. 928, §5.

¹²³⁸ «Art. 13, (...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado».

deve-se indicar que o dever de provar a integralidade dos elementos do tipo penal cabe a atividade acusatória do ministério público.

Portanto, conforme se pode constatar, a verificação concreta do poder de impedir o resultado é pressuposto essencial para a instituição do dever, que é elemento fundamental da técnica de tutela da omissão imprópria. Em razão disso, o acusado sempre deve ter preservado o seu direito de contraprova no sentido de demonstrar a ineficácia da conduta comandada para evitar o resultado.¹²³⁹

8. O sentido da previsão legal da possibilidade de minoração da pena

Questão suscitada ao longo da história da dogmática do crime de omissão imprópria, que não pode ficar sem enfrentamento, diz respeito à eventual impossibilidade de perfeita equivalência entre o desvalor da ação e da omissão. Sabidamente, com o passar dos anos, o reconhecimento da relevância penal dos comportamentos omissivos tem adquirido maior sensibilidade entre os juristas, legisladores e juízes. Tal fenômeno não se deve apenas à influência de uma chamada política criminal da sociedade do risco, mas, sobretudo, algo que o antecede que é a necessidade de intervenção penal em novas zonas de incriminação.

Interessante é estudar o problema considerando aquilo que até aqui ficou assentado acerca da fenomenologia omissiva e sobre a forma causadora do omitir. Portanto, caso se tenha presente que a configuração do direito penal em questão é a do direito penal do fato¹²⁴⁰ e, para além disso, que o conceito de crime está estruturado tendo como polo agregador o desvalor do resultado, característico da ofensa ao bem jurídico, pode ser profícuo um novo olhar sobre a questão.

Doutrinalmente se tem sustentado que a carga axiológica negativa do agir ofensivo ao bem jurídico seria sempre incomparavelmente mais gravosa que a do omitir.¹²⁴¹ Tal realidade teria mesmo expressão no direito positivo de alguns países –

¹²³⁹ TAVARES, *crimes omissivos*, p. 45.

¹²⁴⁰ COSTA, «Omissão», p. 391.

¹²⁴¹ Sobre esse ponto de vista, destacam-se duas hipóteses explicativas. Em Portugal, Faria Costa compreende uma «diferente ressonância ética» pela qual o «*facere* e o *omittere* são envolvidos e

a exemplo de Portugal,¹²⁴² Alemanha¹²⁴³ e Suíça¹²⁴⁴ – na previsão de uma facultativa causa de especial atenuação ou minoração da pena nos crimes comissivos por omissão. Isto é, considerando casos em que as ofensas ao bem jurídico provocam desvalores do resultado idênticos, não seria possível afirmar a mesma igualdade em relação aos desvalores das condutas.

Os fundamentos para tal realidade não são unívocos¹²⁴⁵ e nem sempre passíveis de complementação por simples justaposição. Uma parte considerável da doutrina entende haver ora um menor «merecimento de pena»,¹²⁴⁶ ora uma «menor dignidade punitiva», em razão do «conteúdo menos grave de ilicitude e (sobretudo) de culpa»¹²⁴⁷ ou ainda em virtude da diferença de valoração do conteúdo das normas de conduta,¹²⁴⁸ segundo a qual a lesão ao dever de ação seria menos grave que a lesão da proibição de agir.¹²⁴⁹

Já para outra, sem qualquer referência à dignidade punitiva, a razão para a diminuição da pena adviria do menor conteúdo de culpa da comissão por omissão em relação à comissão por ação, dado que a «atitude hostil ao direito» no omitir não seria tão formada como no agir.¹²⁵⁰ Para além disso, o conteúdo da ilicitude da causação por meio do omitir poderia eventualmente ser menor que a causação por meio da ação, mesmo que, em sentido contrário a isso, exista a cláusula legal de

valorados pela consciência coletiva» (COSTA, «Omissão», p. 392). E, no Brasil, Everaldo Luna afirma que o crime comissivo é de «maior gravidade» que o crime omissivo tendo uma «escala, uma gradação semelhante à que existe entre o perigo e o dano» (LUNA, «A causalidade na omissão», p. 327).

¹²⁴² Encontra-se no artigo 10, número 3, do Código Penal com a seguinte passagem «No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada».

¹²⁴³ Encontra-se no § 13, número 2, do Código Penal alemão com a seguinte passagem «*Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*»

¹²⁴⁴ Encontra-se no § 11, número 4, do Código Penal Suíço com a seguinte passagem «*Das Gericht kann die Strafe mildern.*»

¹²⁴⁵ Por exemplo, na doutrina alemã, apontando a atualidade do problema do fundamento da causa de especial atenuação da pena, VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 145; LERMAN, «*fakultative Strafmilderung*», p. 78; FREUND, «Begehen durch Unterlassen», nm. 295, p. 581. E, antes, colocando em destaque o problema como uma decorrência da indefinição do «sentido» e da «amplitude» da cláusula de equiparação entre ação e omissão, BAUMANN; WEBER; MITSCH, *Strafrecht*, §15, nm. 76, p. 295.

¹²⁴⁶ ROXIN, «Kausalität und Garantstellung», p. 85.

¹²⁴⁷ DIAS, *Direito Penal*, Cap. 37, §31, p. 926; STREE; BOSCH, «Begehung durch Unterlassen», nm. 64, p. 222; KÜHL, «Begehen durch Unterlassen», nm. 17, p. 98-99; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, §13, nm. 53, p. 105.

¹²⁴⁸ FREUND, *Strafrecht*, §6, nm.112e, p. 252.

¹²⁴⁹ STRATENWERTH; KÜHLEN, *Strafrecht*, §14, nm. 84, p. 356-357.

¹²⁵⁰ GROPP, *Strafrecht*, §11, nm. 82, p. 433.

equiparação entre o agir e o omitir.¹²⁵¹ Também é possível se deparar com explicações vagas do estilo que a «energia criminal» empreendida nos crimes omissivos pode ser frequentemente menor que a dos crimes comissivos.¹²⁵²

Entretanto, ainda que não conste invariável e absoluta equivalência entre o desvalor das duas condutas, reconhecer, especificamente, que o homicídio ativo de mão própria é mais merecedor de pena que a omissão de salvamento¹²⁵³ não justifica extrapolar esse referencial comparativo para afirmar, genericamente, que toda e qualquer ação será sempre mais gravosa que toda e qualquer omissão.¹²⁵⁴ Neste ponto, para evitar a questionável generalização é exigido atentar para a singularidade dos casos o que inviabiliza a perfeita igualação em termos de desvalor. Agora isso não quer dizer que a comparação de hipóteses de condutas ativas e passivas desvaliosamente parecidas estejam impedidas de encontrar semelhante avaliação.

Há também condutas omissivas com desvalor análogo ou maior que o de condutas ativas. Vejam-se dois exemplos: um do direito penal tradicional e outro do direito penal empresarial, afeito aos crimes contra o consumidor. Primeiro, o caso da mãe que, aborrecida diante do nascimento do filho e decidida a matá-lo, escolhe deixar de amamentá-lo – ainda que demore e cause maior sofrimento ao bebê – como meio para causar a morte sem levantar maiores suspeitas acerca da hipótese criminosa. A opção por outro meio a exemplo da ação asfixiante ou sedativa poderia ser muito mais efetiva, rápida e menos tormentosa, todavia dificilmente dissimularia a existência do crime e da autoria do resultado morte.

Segundo, o responsável técnico pela inspeção dos prazos de validade dos produtos de um grande supermercado que – consciente do grande número de itens

¹²⁵¹ GROPP, *Strafrecht*, §11, nm. 82, p. 433.

¹²⁵² DONATSCH; FLACHSMANN; HUG; RIESEN-KUPPER; WEDER, *Kommentar, schweizerisches Strafgesetzbuch*, nm. 18, p. 46. Se o critério para identificar as hipóteses de diminuição da pena nos crimes omissivos impróprios venha adotar o paradigma essencial-mecanicista do conceito de causa – na expressão da menor «energia criminal» empreendida na realização do crime – dever-se-á admitir, portanto, que a omissão imprópria seja atenuada não apenas em alguns casos, senão em todos. Pois, em termos de eficácia energética, certamente não há como se fazer equivaler a força mecânica – resultante da ação não impedida – com a ausência de força impeditiva da ação, típica da omissão.

¹²⁵³ Assim, já em ROXIN, «Kausalität und Garantstellung», p. 84.

¹²⁵⁴ Em sentido crítico à presunção de um conteúdo do ilícito sempre menor na omissão, FREUND, «Begehen durch Unterlassen», nm. 295, p. 581.

de um determinado produto fora do período indicado para o consumo, dos perigos que a ingestão pode causar à vida e do prejuízo que a eliminação causaria à empresa – decide por não avisar à equipe de reposição, que os produtos devem ser retirados da prateleira ou que não devem ser trazidos do estoque para serem ofertados aos clientes, conforme o procedimento habitual. Se a ordem de reposição do responsável técnico – apesar de já ser perfeitamente conhecida – fosse episodicamente renovada integralmente sem nenhuma ressalva – em vez de simplesmente ocorrer a omissão do aviso – no sentido da realização do procedimento usual de reposição, seria justo incidir maior reprovabilidade sobre a conduta ativa?

Na primeira hipótese, parece ser suficiente impressionante que o desvalor da conduta omissiva homicida é igual ou maior que a ação homicida a ela alternativa.¹²⁵⁵ Por outro lado, no segundo caso, a carga axiológica da omissão não chega a se manter a mesma do primeiro exemplo, mesmo assim, a avaliação do desvalor persiste equivalente àquela que é feita em relação à conduta ativa.

A percepção do juízo negativo que deve recair sobre a conduta omissiva nem sempre manifesta clareza, em razão de interpretações equivocadas que precisam ser pontualmente estudadas. Primeiro, existe uma tendência de representar o fenômeno omissivo como algo próprio da culpa ou da culpa consciente, ao passo que as ações são costumeiramente pensadas como pertencentes ao dolo. Seria como se o omitente não visasse a um resultado representado e desejado, mas apenas não observasse o devido dever de cuidado do bem jurídico. Certamente essa impressão acerca da conduta omissiva não é correta, porque há resultados ofensivos causados por omissões inequivocamente intencionais.

Segundo, percebe-se a omissão como algo absolutamente dependente da lei penal, quase como se o crime por omissão não fosse mais que um delito de mera desobediência à lei ou ao comando legal, que se consumaria independente da existência de um resultado. Desse modo, não se poderia comparar o desvalor da conduta ativa, causadora do resultado ofensivo, com a conduta omissiva, supostamente inapta à causação de um resultado ofensivo ao bem jurídico.

¹²⁵⁵ Nesse sentido, Silva Sanchez fala de uma omissão «idêntica» à comissão (SILVA SANCHEZ, «Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», p. 647).

Contudo, conforme se afirmou, essa não é a melhor compreensão do fenômeno omissivo e da omissão jurídico-penal. A omissão não é simplesmente a desatenção ao mandamento legal formalizador de dever de agir, mas se trata da causação do resultado ofensivo ao bem jurídico.¹²⁵⁶

Uma última e mais provável hipótese aponta que o fundamento da viabilidade de minoração da pena se sustenta num elemento objetivo relacionado ao reconhecimento do âmbito de cobertura do tipo e da ofensividade da conduta omissiva. Haveria casos cuja complexidade da situação dificultaria o reconhecimento preciso dos limites da posição de garante e da específica ação interventiva que deve ser empreendida pelo garantidor para cumprir com o seu dever de agir e proteger o bem jurídico. Isto é, uma diferença material objetiva, lastreada no reconhecimento dos cursos causais que colocam em perigo o bem jurídico, que acaba por resultar numa diferente apreciação axiológica da situação de perigo e da ação devida.

Justamente, conforme esse critério, seria possível distinguir entre situações de maior e de menor dificuldade de reconhecimento do dever de agir. É por isso que Roxin diferencia, por um lado, casos nos quais não haveria a «completa equiparação, senão melhor uma aproximada equiparação» entre o agir e omitir.¹²⁵⁷ E por outro, aqueles nos quais a «ação devida» é perfeitamente identificável e esperada, como, por exemplo, nos deveres mais mezinhos do cotidiano, quando a omissão deve ser punida sem a minoração.¹²⁵⁸

Por regra, os limites mínimos e máximos da moldura penal do ilícito-típico abrangem perfeitamente uma gama de condutas ativas e omissivas axiologicamente diversas, de modo a reconduzir a grande maioria dos casos ao âmbito de proteção do tipo. A hipótese de atenuação especial da pena é apenas facultativa, conforme constou na justificativa do artigo 7º, §2º, nas Atas da Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, pois bem se antevia que a «diferença de gravidade» entre a ação e a omissão poderia não existir no contexto específico.¹²⁵⁹ Destina-se, portanto, hipótese legal de minoração da pena aos casos em que especialmente seja duvidoso a equiparação do desvalor da conduta, os limites do dever de agir, o que tornaria

¹²⁵⁶ Sobre isso, ver 3º Parte, Tópico 1.2.

¹²⁵⁷ ROXIN, «Kausalität und Garantenstellung», p. 84.

¹²⁵⁸ ROXIN, «Kausalität und Garantenstellung», p. 84.

¹²⁵⁹ CORREIA, *Atas das sessões da comissão revisora*, p. 108.

excessiva a justa reprovação do crime, a partir do patamar mínimo de pena estabelecido na moldura penal para o crime comissivo.

Para o restante dos casos, nos quais o dever de agir e a capacidade ofensiva da conduta omissiva são nítidos, não deverá incidir a especial minoração da pena, resultando a perfeita equiparação. A convicção na absoluta equiparação entre a ação e a omissão sem o cabimento de hipótese especial de atenuação da pena foi o que orientou o legislador italiano e brasileiro. Isso se percebe na cláusula de equivalência do art. 40, comma 2, do Código Penal italiano ao positivar o entendimento de que causar o resultado ofensivo e não impedir a ocorrência do resultado ofensivo, quando tinha capacidade e dever de evitar, apresentam o mesmo desvalor jurídico-penal.¹²⁶⁰ Também, no artigo 13 do Código Penal brasileiro, que parte do reconhecimento da capacidade causadora de resultados penalmente relevantes pela conduta omissiva, indicando apenas os casos específicos em que a omissão adquire relevância penal.¹²⁶¹

¹²⁶⁰ «Art. 40. *Rapporto di causalità*. (...) *Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*».

¹²⁶¹ «Art. 13 – 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. (...). §2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado (...)».

4º PARTE – A METÓDICA DE VERIFICAÇÃO DA CAUSALIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Traçadas as linhas do que se pode entender pela natureza da causalidade da omissão imprópria, depois de joeirar diversas doutrinas propostas ao longo da afirmação do direito penal nos últimos séculos, deve ser avançado um passo a mais. Questão dogmática imprescindível para o atingimento dos objetivos desta investigação consiste em determinar qual a metódica compreensiva permite identificar mais fielmente o nexos de causalidade entre a conduta humana e o resultado. A «metódica compreensiva» deve oferecer a formulação sintética e límpida do método, apto a servir de instrumento técnico-analítico da causalidade, e da orientação acerca do modo pelo qual «essa precisa análise» deve ser «levada a cabo».¹²⁶²

Certo é que apenas a identificação em termos ideais ou fenomenológicos do que consiste o nexos causal – sem o maior empenho na exposição da metódica adequada de verificação – fragiliza significativamente ou até inviabiliza aquilo que foi materialmente sustentado. Pois, desse modo, não se afasta o perigo de o método determinar incontavelmente o resultado da investigação da eventual existência do liame. Em outras palavras, trata-se do perigo de negação da própria razão de existir do método de verificação e, por conseguinte, de deslegitimação da viabilidade de imputação do resultado à conduta. Se eventualmente assim ocorresse, não seria mais a natureza da causalidade que validaria a correção da sua inquirição por meio de determinada fórmula, senão o método de investigação da causalidade e as regras de imputação que determinariam o sentido daquilo que seria propriamente a causa penal.¹²⁶³

Não é propriamente raro se deparar, na dogmática especializada, com posicionamentos que reputam ser o estudo da natureza da causalidade da omissão

¹²⁶² COSTA, «o sentido da pena», p. 206-207, nota 4.

¹²⁶³ Equívoco esse que infelizmente teve certa frequência ao longo da história da dogmática penal. Por exemplo, Edmund Mezger refere apenas – sem dizer a natureza da causalidade em questão – quais elementos estariam conectados na omissão e qual a pergunta que deveria ser formulada (MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 136).

sem resultado prático¹²⁶⁴ e, a partir disso, iniciam a explicação desde o método para – apenas posteriormente por dedução – chegar à identificação da natureza.¹²⁶⁵ Igualmente não é infrequente que esses posicionamentos apresentem uma série de problemas,¹²⁶⁶ cujo encaminhamento da resposta carece de um elemento material. Isto é, são questões que, em maior ou menor importância, necessitam inevitavelmente do reconhecimento fenomenológico da presença de um curso causal perigoso e da determinação da espécie de nexos de causalidade – existente entre o omitir e o resultado – para a sua devida solução.

A verdade é que a compreensão da causalidade da omissão como hipotética ou irreal – em oposição à causalidade de cariz mecânico-natural, entendida na forma de uma causalidade real – tem oportunizado até mesmo orientações doutrinárias cuja explicação do método aparece em substituição à elucidação e à fundamentação da natureza causal.¹²⁶⁷ Tudo isso como se a legitimidade da imputação não exigisse o referencial externo – capaz de validar e conferir significado ao procedimento –, mas o seu inverso no sentido de que a imputação se consumaria tão somente no próprio procedimento normativo atribuinte da responsabilidade penal.

Para superar tal obstáculo é necessário, previamente, diferenciar a natureza do nexos causal da metódica utilizada para a sua verificação. Segundo alguns investigadores dedicados ao desafio da descrição metodológica, o ponto principal seria encontrar uma proposta livre de críticas doutrinárias, de definições circulares na determinação conceitual do modo de investigação da causa no caso concreto e, mais do que isso, não manipuladora do conceito de causa por força do método.¹²⁶⁸ Trata-se propriamente de um difícil problema prático-teórico para o qual a doutrina tem dedicado insuficiente atenção.

¹²⁶⁴ Sobre isso ver 1º Parte, Capítulo I.

¹²⁶⁵ Nesse sentido, VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 146-147 e 157-158.

¹²⁶⁶ Elencam-se aqui alguns expostos por Joachim Vogel, *v.g.*, se seria suficiente a prova de que a conduta devida diminuiria o risco ou se haveria a necessidade da prova de que evitaria efetivamente o resultado, se a fórmula teria capacidade de verificar a chamada causalidade «hipotética» («não real») ou se a qualidade de hipotético decorreria da própria metódica de procedimento ínsita à fórmula (VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 146-147).

¹²⁶⁷ Nesse sentido é emblemática a afirmação de Mantovani que, parte da «irreduzível diversidade de essência» das causalidades do agir e do omitir, e acaba por concluir ser a causalidade omissiva «duplamente hipotética» (MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 155), enquanto o que assume e uma dimensão duplamente hipotético é apenas o método de verificação e não a natureza real e ontológica da causalidade omissiva.

¹²⁶⁸ Por exemplo, PUPPE, «Vorbemerkungen zu §§13ff», p. 453, nm. 80.

Se, por um lado, não se duvida de que toda «técnica é co-determinante do nosso conhecer»,¹²⁶⁹ por outro, quer-se ultrapassar as críticas que algumas compreensões metódicas receberam, ora reputadas com estrito valor explicativo de algo anteriormente conhecido, ora apontadas como portadoras da falácia metodológica própria do vício da circularidade definitiva.¹²⁷⁰ Decerto, ainda que se supere a circularidade definitiva, ainda que não se acredite na pura aplicação ou utilização do mecanismo de uma qualquer fórmula, a técnica por meio da qual se aborda o problema já possui em si «qualquer coisa de um traço de conhecimento».¹²⁷¹ A proposição de um instrumento de compreensão da causalidade encarna, quando menos aquilo que justifica e caracteriza toda a proposta, a esperança de ter alcançado um método mais adequado para o enfrentamento da questão.

Ao fim, a capacidade da metodologia para a resolução de determinados casos tomados em análise significa em si o resultado da síntese reflexiva e concretizadora dos problemas penais abordados individualmente. Não se pode ter com isso qualquer pretensão nem de bondade *ab origine*, nem de fechamento conclusivo ou de exaurimento argumentativo sobre a categoria, por meio da convocação de uma razão transcendental de ordem lógico-formal para a sua validação, sem propriamente descortinar o fundamento. Até mesmo porque a determinação da fórmula, que remete a um método baseado em regras lógico-formais, não se sobrepõe ao reconhecimento e à determinação fenomenológica da noção de causalidade real ou material.¹²⁷²

Justamente por isso que a metódica compreensiva precisa ser suficientemente clara para apresentar o método, bem como o seu fundamento e o modo de proceder diante dos desafios práticos. Melhor que imaginar idealmente a proposição de uma técnica perenemente infalível – capaz de utilização com rigor objetivo invariável –

¹²⁶⁹ HEIDEGGER, *Língua de tradição*, p. 23.

¹²⁷⁰ PUPPE, «Vorbemerkungen zu §§13ff», p. 453, nm. 80.

¹²⁷¹ HEIDEGGER, *Língua de tradição*, p. 23.

¹²⁷² Nesse sentido, Hurtado Pozo destaca os mal-entendidos advindos da incompreensão da diferença entre a causalidade hipotética de apelo lógico-formal e da causalidade real ou material (POZO, *Droit pénal*/2, p. 42, nm. 122), que serão objeto de atenção, mais adiante, na apresentação das críticas à fórmula da *conditio sine qua non* (3º Parte, Capítulo II, Tópico 1.3.3).

seria atentar para a necessidade da límpida identificação dos pressupostos e pré-compreensões de utilização, formadores do ambiente no qual se realiza o direito.

Mesmo os elementos químicos e os fenômenos físicos têm as suas medidas e as expectativas de comportamentos dependentes do espaço onde se realizam as medições e se deflagram os processos.¹²⁷³ Mais ainda, o sentido dos fenômenos humanos e culturais desvela-se dentro de uma tradição na qual estão inseridos. É por isso que, se não é possível desvincular-se absolutamente das marcas da temporalidade ou do «horizonte hermenêutico»,¹²⁷⁴ ao menos é possível empreender esforço para esclarecer o modo de proceder da metódica. Isso porque, nesta situação, não são apenas a norma criminal e o caso em julgamentos inevitavelmente passíveis de interpretação, mas também a lei causal conhecida e convocada para o procedimento metódico.

No método a ser proposto, manifesta-se o desvelamento do caráter reconstrutivo e do aperfeiçoamento dogmático diante dos desafios que os casos práticos colocam,¹²⁷⁵ o que significa a franca admissão do percurso interpretativo próprio de uma espiral hermenêutica.¹²⁷⁶ Decerto a imputação penal não pode adotar apenas uma racionalidade procedimental, legitimada a *posteriori*, mediante um qualquer consenso entre os debatedores lastreado em *topoi* argumentativos.¹²⁷⁷ É

¹²⁷³ Essa é a justificativa, por exemplo, para que a medida dos gases seja feita indicando as características do ambiente no qual ocorreu, fazendo referência ao padrão denominado como «condições normais de temperatura e pressão» (CNTP) ou, em inglês, *normal temperature and pressure* (NTP).

¹²⁷⁴ COSTA, *O perigo*, p. 277, nota 9 e, depois, COSTA, «Construção e interpretação do tipo legal», p. 355, 357 e 364; COSTA, «o sentido da pena», p. 206. Castanheira Neves destaca que importa à metodologia jurídica tanto a «natureza histórica do objeto de regulação como a natureza histórica da própria intenção regulamentadora» (NEVES, *Metodologia jurídica*, p. 225).

¹²⁷⁵ É exatamente isso que destaca Pinto Bronze, quando afirma que a «reflexão metodológica» – centrada no «problema jurídico concreto» e no «juízo» acerca do caso – permite a «assimilação daquele problema», depois de corretamente solucionado, pelo sempre «constituindo *corpus iuris* vigente» (BRONZE, «história do pensamento metodológico-jurídico», p. 172).

¹²⁷⁶ Sobre o horizonte hermenêutico conformado numa espiral em meio a qual ocorre a constituição e a interpretação da norma penal, ver COSTA, «Construção e interpretação do tipo legal», p. 355.

¹²⁷⁷ Sobre a racionalidade tópico-argumentativa, NEVES, *Metodologia jurídica*, p. 73. Especificamente, o consenso do processo legiferante – não importa nem que dimensão alargada tenha, nem sobre quais temas político-criminais verse – não pode bastar para a fundamentação concreta do direito. A realização prática da juridicidade demanda inevitavelmente a noção de verdade (COSTA, «Consenso, verdade», p. 93 e 95). No mesmo sentido crítico ao procedimentalismo de apelo à indeterminação do consenso alcançado segundo o *sensus communis*, em vez de uma ordem jurídica de validade, BRONZE, «história do pensamento metodológico-jurídico», p. 174.

necessário uma ordem normativa expressa na dogmática penal, como meio de possibilitar uma «racionalidade de fundamentação (não apenas processual) e material (não simplesmente formal)».¹²⁷⁸

Portanto, negar em absoluto o significado e a viabilidade de encontrar o método apropriado para averiguar a existência do nexo de causalidade – dentro de uma certa tradição hermenêutica – parece não se caracterizar como uma alternativa científica prudente.¹²⁷⁹ A razão disso tem fulcro nos eventuais benefícios oferecidos pelo método na uniformidade, objetividade e segurança da realização do direito.

Busca-se também um caminho expositivo diferente do qual se costuma percorrer¹²⁸⁰ para a comprovação do liame entre a conduta e o resultado, ao fazer seguir imediatamente após a identificação da natureza ou espécie do nexo causal a determinação do rigor exigido. Pois um caminho como esse deixaria a falsa impressão de que os dois pontos fundamentais, carecedores de elucidação doutrinal, seriam a espécie do modelo causal em questão e o decorrente rigor necessário para a sua identificação no caso concreto. Dessarte, o problema da identificação do método acabaria remetido para uma segunda importância. Todavia, conforme se entende a questão neste trabalho, o grau de probabilidade que se pode chegar depende diretamente da natureza da causalidade e do acerto da capacidade heurística do método.

Outra questão, prévia e diretamente imbricada a essa específica problemática, diz respeito à «relação de reciprocidade» mantida no paralelismo existente entre a técnica penal e a disciplina jurídica do direito penal. Essa compreensão afasta-se daquela univectorial de que a disciplina do direito penal seria fundamento das categorias penais ou que a técnica seria a configuração concreta dos enunciados teóricos disciplinares.¹²⁸¹

¹²⁷⁸ NEVES, *Metodologia jurídica*, p. 74-75.

¹²⁷⁹ Pois a decisão jurídica não «tem de entregar-se» ao «decisionismo (e irracionalismo) jurídico», mas, sim, «cumprir antes uma “terceira via”, o *tertium modus* da mediação judicativa que um adequado modelo metódico deverá definir» (NEVES, *Metodologia jurídica*, p. 33-34).

¹²⁸⁰ Por exemplo, WALTER, «Vorbemerkungen §§13ff», p. 751-752, nm. 86 e 87.

¹²⁸¹ Feitas aqui as devidas e necessárias adaptações, em razão das peculiaridades do paralelismo que se analisa, não parece despropositado aproveitar a reflexão de Heidegger sobre a relação entre a «ciência da natureza» e a «técnica». Demonstra o filósofo que a concepção dominante de que seria a «ciência da natureza a base da técnica» não se compraz na realidade em que «a técnica moderna seria a estrutura fundamental de sustentação da ciência moderna da natureza» (HEIDEGGER, *Língua de tradição*, p. 24 e 26).

E, por derradeiro, ressalta-se o objetivo fundamental de valor axiológico e político criminal almejado nesta investigação. Persegue-se a finalidade de determinar claramente o limite entre as condutas relevantes – merecedoras, necessitadas e dignas de pena – e aquelas penalmente irrelevantes. Assim, dá-se tratamento concreto à noção, conhecida há mais de dois séculos, de que «o proibir um número sem de ações indiferentes não é prevenir os delitos que possam acontecer, mas é um criar novos delitos».¹²⁸² O reconhecimento penal das condutas omissivas verdadeiramente causadoras dos desvaliosos resultados ofensivos ao bem jurídico penalmente protegido é o que se busca alcançar. Todas as eventuais outras omissões – eticamente criticáveis, potencializadoras de riscos e, seguramente, não causadoras de ofensas – devem ser desconsideradas para fins de afirmação da causação de algum crime.

¹²⁸² BECCARIA, *Dos delitos*, p. 154.

I. A UNIDADE OU A DIVERSIDADE DO MÉTODO DE VERIFICAÇÃO DA CAUSALIDADE NOS CRIMES COMISSIVOS DE DANO E OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

O estudo dos processos explicativos da relação de causalidade também apresenta diversas opiniões, todavia em número menor que aquela variedade encontrada na investigação acerca da natureza da causalidade omissiva imprópria. Os processos explicativos da verificação da causalidade na omissão imprópria, se uma vez comparados aos métodos empregados para a elucidação da causação nos crimes comissivos, podem ser esquematicamente agrupados em duas diferentes propostas doutrinárias.

1. Método de verificação da omissão imprópria diverso dos crimes comissivos de dano

A doutrina majoritária apresenta a compreensão de que o método de avaliação e explicação da causalidade dos crimes comissivos de dano e dos omissivos impróprios não poderia ser idêntico.¹²⁸³ A razão fundamental para a tomada desse juízo decorreria da natureza de cada uma das formas de causalidade exigida para imputação do resultado à espécie de conduta. Conforme esse entendimento da fenomenologia do nexa causal no direito penal, a imputação do resultado demandaria indiscutivelmente a verificação de um nexa verdadeiro ou real nos crimes comissivos de dano, ao passo que se contentaria com a indicação de um liame absolutamente hipotético ou irreal nos crimes omissivos impróprios.¹²⁸⁴ Perante esses dois modelos de nexa causal, conseguir-se-ia encontrar, no máximo, alguma equivalência funcional.

¹²⁸³ Por exemplo, na Alemanha, v. HIPPEL, *Lehrbuch*, p.101, seguido, na Áustria, por RITTLER, *Lehrbuch/1933*, p. 113, nota 5. No mesmo sentido, na Itália, ROMANO, *Commentario sistematico/1*, p. 375, nm. 36.

¹²⁸⁴ Por exemplo, v. HIPPEL, *Lehrbuch*, p.101; ROMANO, *Commentario sistematico/1*, p. 375, nm. 36; com particularidades, BLAIOTTA, *Causalità*, p. 255-257.

O fato do liame encontrado entre o omitir e o resultado não partir de uma conduta positiva igual à ação não quer dizer nem que o comportamento omissivo, nem que o nexos causal sejam menos ontológicos ou menos reais do que o omissivo. Significa apenas que agir e omitir têm uma ontologia e sentido dentro de um plano de realidade de natureza diversa.¹²⁸⁵ Além disso, o fato de a sustentação dos crimes comissivos ocorrer na manifestação da ação de força, à medida que os crimes omissivos, na ausência do impedimento do transcurso da ação de força, não quer dizer que ambos não se fundamentam na mesma lei causal.¹²⁸⁶

O entendimento da forma particular como cada uma das diferentes condutas apoia-se num dos componentes do curso causal possibilita encontrar semelhanças ou, até mesmo, igualdades em alguns aspectos entre elas. Sendo isso possível, haveria a viabilidade de superar o indesejável seccionamento da doutrina da imputação penal decorrente da bipartição dos sistemas explicativos da causalidade da comissão e omissão.¹²⁸⁷ Isto é, poder-se-ia alcançar maior uniformidade e clareza na dogmática penal em razão da proposição de um método comum de verificação da causalidade, bem como da efetivação da teoria geral da causalidade e da imputação em direito penal. Esse é o objetivo almejado pela doutrina que compreende existir a identidade dos procedimentos explicativos.

2. Método de verificação idêntico para os diferentes tipos de conduta apoiado em distintos elementos da lei causal

As orientações defensoras da urgência de aceitar procedimentos explicativos diversos não são as únicas deparáveis na doutrina penal. Ao seu lado, encontram-se compreensões doutrinárias que apontam um procedimento compreensivo comum

¹²⁸⁵ Para mais detalhes, ver 2º Parte, Tópico 2.4.

¹²⁸⁶ Para mais detalhes, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópicos 2.3. e 2.4.

¹²⁸⁷ Vale dizer que a intenção de conferir explicação comum a toda comissão penal, apta a abarcar sem maiores tensões tanto a ação, quanto a omissão, também é reconhecível no caminho – intensamente normativo que rejeita a fundamentalidade do referencial do nexos de causalidade – percorrido em DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 35.

para a ação e omissão.¹²⁸⁸ É certo que a identidade da metódica compreensiva da causalidade não exige imperiosamente condutas da mesma natureza, nem mesmo modos de causação do resultado rigorosamente iguais. A identidade do processo explicativo refere-se a elementos naturalmente partilhados entre os tipos de conduta, como poderia se dizer eventualmente sobre a verificabilidade por meio de uma fórmula comum. Veja-se, esquematicamente, algumas oposições e as respectivas respostas.

Primeiro, o fato da verificação do nexa causal da omissão exigir uma hipótese de curso causal impeditivo não significa uma diferença essencial em relação à causalidade da comissão.¹²⁸⁹ A verdade é que a metódica compreensiva da causalidade nos crimes comissivos de resultado não deixa de igualmente solicitar um teste operado mediante um pensamento hipotético.¹²⁹⁰ Além disso, particularmente sobre a causação por omissão, já foi observado corretamente que o raciocínio hipotético empreendido nos casos de interrupção de curso causal salvador, para avaliar se a ausência da intervenção permitiria o regular transcurso da ação ativa, é exatamente a mesma pergunta que se coloca no problema da omissão imprópria.¹²⁹¹

De fato, a investigação da causalidade da conduta – quer comissiva, quer omissiva – estrutura-se, invariavelmente, a partir de métodos que convocam um cenário suposto ou hipotético. Todas as variações na forma de perquirir a causação do resultado pela *conditio sine qua non* e igualmente pela *but for causation* assentam-se sobre um modelo de exclusão mental de um elemento que realmente existiu no caso concreto. Portanto, desde a investigação policial até o definitivo julgamento judicial, o realizador do direito identifica uma certa suposição que deve ser discutida e testada.

Segundo, não é correto o entendimento que vê a causalidade como um processo restrito à descrição do efeito mecânico de um elemento sobre outro e, por

¹²⁸⁸ Por exemplo, na Itália, Antolisei refere uma «solução verdadeiramente unitária», ANTOLISEI, *rapporto di causalità*, p. 225 e, semelhante, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p. 386. Em Portugal, BRITO, *crime omissivo*, p. 155-156, sendo seguido por NEGRÃO, «omissão impura», p. 27. Na Alemanha, ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 29 e, mais adiante, ENGISCH, «Das Problem der psychischen Kausalität», p. 264; MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 136; MEZGER; BLEI, *Strafrecht/1970*, p. 85; PUPPE, «Erfolg und seine kausale Erklärung», p. 899.

¹²⁸⁹ WALTER, «Vorbemerkungen zu den §§13ff», p. 752, nm 86.

¹²⁹⁰ POZO, *Droit pénal/2*, p. 41, nm. 120.

¹²⁹¹ WALTER, «Vorbemerkungen zu den §§13ff», p. 752, nm 87.

consequência, a conduta omissiva não poderia ser verdadeiramente a causa penalmente relevante ou causadora do resultado.¹²⁹² Assim, o omitir seria estritamente a não eliminação da efetiva causa, porque não empreende mecanicamente qualquer manifestação de energia cinética.

Esse entendimento, segundo o que ficou demonstrado anteriormente, não é fiel aos fenômenos causadores quando negligencia a descrição integral do curso causal observado e da lei mecânica, que supostamente autorizaria avaliar apenas a conduta omissiva a título de causadora do resultado. O fenômeno narrado na primeira lei da mecânica é suficientemente claro no que diz respeito à necessária coexistência de fatores positivos e negativos a incidirem em todo e qualquer resultado.¹²⁹³ A conduta omissiva consiste na execução de elemento negativo – não impeditivo do resultado – tão real quanto o é a ação de força.

Terceiro, verifica-se doutrinariamente também o frequente mal-entendido de que os crimes comissivos por ação e os comissivos por omissão estariam sustentados sobre fenômenos causais de natureza diversa. Pois o nexos causador do resultado por ação e o causador do resultado por omissão não apresentariam qualquer identidade ontológica possível. A resolução desse equívoco é fundamental para a solução do problema estudado, uma vez que o pressuposto essencial da afirmação da viabilidade de uma doutrina geral do procedimento explicativo é a existência de elementos comuns a serem verificados.

Deve-se dizer que a conduta omissiva é um fenômeno ontologicamente reconhecível na realidade com efeitos diretos no plano causal mecânico. Toda manifestação de energia mecânica é elemento suficiente para a obtenção de um qualquer resultado, quando lhe é assegurada a ausência de qualquer impedimento. Dito de outro modo, a manifestação de uma energia de força não é capaz por si só de causar um resultado. Com isso não apenas se verifica que o resultado da comissiva garante o prosseguimento do curso causal perigoso ao bem jurídico, como também se aponta a estrutura capaz de servir como fundamento ontológico da imputação a ser averiguada pelo método.

¹²⁹² Sobre isso, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 1.3.

¹²⁹³ Sobre isso, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.3.

Em verdade, o agir e o omitir causam o resultado exatamente por comporem mesma lei causal e se sujeitarem à regência rigorosa dela. O ponto de distinção entre as condutas prende-se apenas na identificação a qual dos componentes da lei causal cada uma delas faz referência. Os crimes comissivos com resultado material de dano têm seu núcleo configurado numa ação de força, ao passo que os crimes omissivos impróprios com resultado material fudam-se na ausência de impedimento da ação de força.¹²⁹⁴

Dessa forma, alcança-se unidade e integração à dogmática penal da imputação. Evita-se, portanto, a submissão ao império da divisão doutrinal em dois modelos explicativos, que não apenas criam limitações técnicas na compreensão dos fenômenos criminais, mas também podem suscitar conclusões problemáticas a respeito dos casos em julgamento.¹²⁹⁵ O procedimento de verificação da causalidade proposto, conforme se verá adiante, é comum às condutas comissivas e omissivas.

¹²⁹⁴ Sobre isso, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.4.

¹²⁹⁵ Sobre isso com mais detalhes, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión y injerencia*, p. 738-739.

II. MÉTODOS DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO CAUSAL

1. A fórmula da *conditio sine qua non*

É seguramente mais adequado, em termos metodológicos, iniciar pela exposição da origem, do significado, do funcionamento, das eventuais críticas e das respectivas respostas relativas ao teste proposto pelo procedimento metódico, conhecido pela fórmula da *conditio sine qua non* para os crimes comissivos, para, depois, apresentar a dita versão adaptada para os crimes omissivos.

O campo dogmático de interesse da presente discussão estende-se – mais além que a ampla difusão nos países com matriz no sistema jurídico romano-germânico – para encontrar expressão num modelo análogo praticado nos países do *Common law*.¹²⁹⁶ Entende-se pela fórmula ou teste do «*but for*» a expressão reduzida da locução mais longa «*an antecedent but for which the result in cause would not have occurred*», prevista no *Model Penal Code (Proposed Official Draft 1962)* do *American Law Institut*.¹²⁹⁷

1.1. A compreensão causal de base da fórmula da *conditio sine qua non* na doutrina da causalidade de Stübel, Glaser e v. Buri

A compreensão do nexos de causalidade situada na origem da proposição da doutrina da *conditio sine qua non* é a chamada «teoria da condição» ou teoria da equivalência das condições¹²⁹⁸ proposta pelo austríaco Julius Glaser em 1858. É

¹²⁹⁶ SIMESTER; SPENCER; SULLIVAN; VIRGO, *criminal law*, p. 84; ALLEN, *Textbook on criminal law*, p. 35. Assim, por exemplo, sobre o direito penal anglo-americano, MOORE, *Causation and responsibility*, p. 371.

¹²⁹⁷ Proposta do parágrafo §2.03(1)(a) do *Model Penal Code (Proposed Official Draft 1962)* proposto pelo *American Law Institut*.

¹²⁹⁸ A denominação «teoria da condição» (*Bedingungstheorie*) é mais difundida no direito penal de língua alemã (v.g. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal*, p. 7; JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, nm. 1, p. 279; TRECHSEL; NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 88; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 153, nm. 20) e também aquela foi tomada como base para a tradução ao

importante não perder de vista que a consciência dogmática acerca da impossibilidade de separação completa de apenas uma condição, a título de genuína causa do resultado, constava presente em Christoph Stübel e na orientação da «equivalência das condições» (*Gleichwertigkeit der Bedingungen*) das denominadas doutrinas hegelianas do direito penal alemão.¹²⁹⁹

Stübel é nomeadamente expressivo na sua doutrina das «causas concorrentes colaborativas» (*mitwirkende Ursachen*).¹³⁰⁰ Lê-se clara explicação acerca do impedimento absoluto de isolamento de ações concorrentes para resultado, levando em consideração o fato de elas terem sempre contribuído «mais ou menos para o surgimento do evento».¹³⁰¹ A razão para isso decorreria de que a «relação causal da ação para o resultado não depende de mais ou de menos contribuição (*Mehr- oder Wenigermitwirken*)», pois «as várias ações como causas concorrentes não se deixam pensar em separado».¹³⁰² Portanto, ao jurista restaria seguir uma das duas opções reciprocamente excludentes: «ou admitir várias ações, as quais são efetivas causas do resultado», como a verdadeira causa de «todo resultado», ou reconhecer «nenhuma delas» a título de eficácia causadora.¹³⁰³ Em suma, nessa orientação, as causas consistem num conjunto inseparável.

Julius Glaser, com notório interesse em buscar clareza e segurança na realização do direito, vai mais longe. Diferencia-se de muitos dos seus contemporâneos alemães adeptos à filosofia hegeliana, por ser um «ecléctico racionalista» com a «disposição humanista-liberal do iluminismo penal».¹³⁰⁴ A finalidade de Glaser na convocação da importância do resultado da conduta e, por consequência, no fomento da reflexão sobre o nexos de causalidade entre a conduta

inglês «*theory of conditions*» (HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 431, 442 e 445), mas também encontra-se referência à «teoria da equivalência» (v.g. TRECHSEL; NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 88; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 153, nm. 20; ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 351, nm. 6; KÜHL, §4, p. 19, nm. 7). E, ainda, no direito penal italiano, depara-se com a nomenclatura «doutrina condicionalística» (v.g., PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p. 354, nota 16; MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 159, nm. 4.2).

¹²⁹⁹ KNOCHE, *Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang*, p. 64 e 81.

¹³⁰⁰ STÜBEL, *Teilnahme mehrerer Personen*, §29, p. 43.

¹³⁰¹ STÜBEL, *Teilnahme mehrerer Personen*, §29, p. 43.

¹³⁰² STÜBEL, *Teilnahme mehrerer Personen*, §29, p. 43.

¹³⁰³ STÜBEL, *Teilnahme mehrerer Personen*, §29, p. 43.

¹³⁰⁴ LANDBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, p. 954. Ernst Landberg destaca especialmente a afinidade intelectual com o pensamento de Cesare Beccaria, de quem Glaser teria traduzido a obra dos Delitos e das Penas e acrescentado um «bem conseguido prefácio histórico» em 1851 (LANDBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, p. 954).

e o resultado remete a sua visão do direito penal.¹³⁰⁵ A preocupação fundamental – não apenas constatável neste ponto, mas também em outros momentos da sua obra – é propor categorias de garantia da liberdade, ao reconhecer dados da realidade aptos a reduzir a incerteza na realização do direito penal, independente do recurso axiológico próprio do juízo de culpabilidade.¹³⁰⁶

No pensamento de Glaser, encontra-se manifestamente presente o sentido do teste da chamada «eliminação mental» da ação humana, eventual causa do resultado criminal investigado. Explica, em 1858, que o «exame da relação de causalidade» teria um «seguro ponto de referência» situado na pergunta pela possibilidade de «eliminar mentalmente por completo da soma dos acontecimentos o suposto autor»¹³⁰⁷ ou, mais especificamente, a sua ação.

A questão proposta vislumbraria apenas duas alternativas de resposta. Caso, diante da retirada total de determinada ação humana do conjunto dos antecedentes do resultado, ainda persistisse a «mesma sequência das causas intermediárias», não poderia ser atribuído «o fato e o seu resultado à ação desse homem».¹³⁰⁸ Agora, ao contrário, se o mesmo homem pudesse ser retirado desse cenário e, por consequência, o resultado «de forma alguma poderia ocorrer» ou, ainda, deveria ter ocorrido com «outro percurso totalmente diferente», seria o resultado atribuível a esse homem como «efeito de sua atividade».¹³⁰⁹

Vale notar que – em 1860, o mesmo ano da publicação da doutrina da participação de v. Buri – Theodor Geßler apresenta entendimento em perfeita harmonia com a compreensão de Glaser no seu livro «Sobre o conceito e as formas do dolus». Geßler afirma que para determinado «acontecimento externo» ser atribuído à «atividade de um homem como causa» não é necessário que a atividade seja a «única causa» do evento, pois é suficiente que se possa verificar que «sem essa atividade o resultado jamais teria ocorrido».¹³¹⁰

¹³⁰⁵ Especificamente sobre a doutrina da causalidade da omissão imprópria de Julius Glaser, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 2.

¹³⁰⁶ GLASER, *Abhandlungen*, p. 294 e 300.

¹³⁰⁷ GLASER, *Abhandlungen*, p. 298.

¹³⁰⁸ GLASER, *Abhandlungen*, p. 298.

¹³⁰⁹ GLASER, *Abhandlungen*, p. 298.

¹³¹⁰ GEBLER, *Arten des Dolus*, §4, p. 97-98.

Glaser também retorna, mais adiante, ao tema num artigo sobre a autoria e a participação, no qual renova o entendimento anterior e faz referências às páginas nas quais abordou a questão no seu tratado.¹³¹¹ Significativo é evidenciar que, além de repetir o procedimento de eliminação mental, também destaca tratar-se de abstração imaginar que a mudança no mundo exterior possa decorrer exclusivamente de uma ação humana, enquanto, na realidade, o homem está sempre limitado a concorrer para os fenômenos.¹³¹² Por isso o sentido e a relevância axiológica da ação dependem certamente do seu contexto de inserção, de modo que a conduta não apresentará o mesmo valor se enxergada isolada.¹³¹³

A compreensão do nexo de causalidade e do respectivo procedimento de explicação proposto por Julius Glaser foi desenvolvido, mais bem fundamentado e introduzido na jurisprudência do Tribunal do Império alemão (*Reichsgericht*) por Maximilian von Buri.¹³¹⁴ Esse autor persiste com a mesma orientação de Glaser de que o nexo de causalidade deve ser observado objetivamente – independente da vontade consciente ou da inimputabilidade do agente que serve apenas de critério limitador da imputação – o que pode ser observado no confronto das ideias de Carl von Bar.¹³¹⁵ A imputação penal, segundo v. Bar, não considera apenas a «existência da natureza», mas também a «existência do homem» que aproveita e altera os cursos naturais.¹³¹⁶ Portanto os limites de legitimidade para a consideração de um homem como causador de um acontecimento funda-se na alteração pela conduta humana do «regularmente pensado curso causal do acontecimento», segundo as «regras da vida».¹³¹⁷

Em contraposição a essa ideia, observa v. Buri que a «relação causal – ou seja, o encadeamento de acontecimentos – não pode ser jurídica ou moralmente

¹³¹¹ GLASER, «Thäterschaft und Beihilfe», p. 135.

¹³¹² GLASER, «Thäterschaft und Beihilfe», p. 135.

¹³¹³ GLASER, «Thäterschaft und Beihilfe», p. 135-136.

¹³¹⁴ A penetração do pensamento de v. Buri na jurisprudência alemã pode ser talvez explicada, em alguma medida, pela sua atuação como Procurador-Geral do Estado (*Oberstaatsanwalt*) (v. BURI, «Theilnahme am Verbrechen mit Beurtheilung», p. 1) e, sobretudo, pela sua posterior integração ao primeiro senado do Tribunal do Império alemão, onde permaneceu de 1879 à 1896. O fato de v. Buri ter pertencido ao Tribunal é mencionado em SPENDEL, *Kausalitätformel der Bedingungstheorie*, p. 16; JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 279-280.

¹³¹⁵ v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, p. 1-2. Para mais detalhes sobre a doutrina da causalidade da omissão de v. Bar, ver 2º Parte, Capítulo II, Tópico 4.

¹³¹⁶ v. BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 11.

¹³¹⁷ v. BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 11-13.

investigado». ¹³¹⁸ Logo, a diferenciação entre condições e causas deveria ser feita com independência do «método» e da «finalidade» da investigação, assim como «de uma via processual subjetiva». ¹³¹⁹ O relevante seria averiguar a pura «eficácia objetiva», tomando em atenção se a condição «em nada contribui para o acontecimento» ou se, eventualmente, a «sua eficácia é absolutamente diferente daquela da causa». ¹³²⁰ Pois, se trata, conforme sublinha v. Buri, da investigação do «surgimento de um acontecimento concreto». ¹³²¹

Conquanto o percurso percorrido tenha sido feito em amplo acompanhamento da doutrina da causalidade de Glaser, não se encontra expressão clara nesse sentido. O próprio v. Buri elogiou a excelência dos trabalhos de quem considera seus precursores – nomeadamente Albert Berner, Hugo Hälschner e Reinhold Köstlin – na sistematização da compreensão que «todas as forças que constam no resultado criminal» são «essencialmente iguais» para a sua ocorrência. ¹³²² Isto é, nenhuma dessas forças específicas poderia ser retirada sem que se colocasse em questão a «concreta existência» do resultado. ¹³²³ Daí teria partido a conclusão de que a causação do resultado decorre de «todo efeito concorrente» (*jede Mitwirk.samkeit*). ¹³²⁴

A «causa do acontecimento» criminoso deve ser vista na «soma total dessas forças» que concorrem conjuntamente para ele. ¹³²⁵ Sem que exista qualquer diferenciação em termos objetivos em relação à natureza da força – física ou

¹³¹⁸ v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, p. 2-3.

¹³¹⁹ v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, p. 3. Vale sublinhar, desde já, em sentido contrário, que a distinção entre causa e condição ou, ao menos, o reconhecimento da causa penalmente relevante não pode perder de vista a finalidade da investigação (KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 15-16), bem como a finalidade do direito penal como um todo.

¹³²⁰ v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, p. 3.

¹³²¹ v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, p. 3.

¹³²² v. BURI, «Zur Kausalitätsfrage» p. 69. Ludwig v. Bar, em análise à doutrina de Köstlin e Berner, entende que o primeiro autor não reconheceu especificamente o problema do curso causal (v. BAR, *Gesetz und Schuld*, p. 162; no mesmo sentido com mais detalhes, SPENDEL, *Kausalitätformel der Bedingungstheorie*, p. 18-19) e o segundo manifestou até mesmo no sentido da desnecessidade de consideração do problema do nexo de causalidade ao lado do problema da culpa. Para v. Bar, o primeiro a colocar o devido realce no problema causal teria sido realmente Julius Glaser (v. BAR, *Gesetz und Schuld*, p. 163).

¹³²³ v. BURI, «Zur Kausalitätsfrage» p. 69.

¹³²⁴ v. BURI, «Zur Kausalitätsfrage» p. 69.

¹³²⁵ v. BURI, «Theilnahme am Verbrechen mit Beurtheilung», p. 1-2; v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, p. 13.

intelectual –, sendo ambas igualmente importantes para o resultado.¹³²⁶ Afinal, o homem necessita, em todas suas ações, de contar com «a concorrência de causas intermediárias», cuja importância, mesmo quando não conhecidas e controladas na integralidade pelo agente, é inequivocamente essencial para a sequência de causas efetivas que culmina no resultado.¹³²⁷ O nexó de causalidade que interessa ao direito penal não é aquele amplo entre o efeito do autor e as demais forças concorrentes na situação, mas, sim, apenas a relação entre a «eficácia do autor» e a ocorrência do «resultado pretendido».¹³²⁸

Uma significativa contribuição para a afirmação da doutrina da equivalência das condições aparece, num artigo sobre o crime de homicídio em 1863, quando v. Buri propõe a formulação *condito sine qua non* para designar o modo de investigar o nexó de causalidade.¹³²⁹ A formulação latina refere-se à «particular atividade» sem a qual o «resultado pretendido não teria ocorrido», o que igualmente teria uma expressão positiva no sentido de que tão logo uma «particular atividade de forças exteriores» tenha feito possível o surgimento do acontecimento, será a «causação do resultado pretendido» ligado com essa atividade.¹³³⁰ Vale destacar que a descrição do conjunto da compreensão de v. Buri não seria perfeitamente qualificável como uma doutrina genuinamente das condições – positivas e negativas – necessárias para a ocorrência do evento. Melhor seria não perder de vista os traços claros e característicos de uma doutrina de forças causais.

Se não é correto – ao contrário do que foi feito na doutrina do direito penal¹³³¹ e civil – atribuir a criação da doutrina da equivalência das condições ao trabalho de v. Buri, ao menos, deve-se reconhecer a proposição da fórmula numa máxima sintética e igualmente a força dos seus escritos nas decisões do Tribunal do Império alemão.¹³³² Vejam-se quatro exemplos.

¹³²⁶ v. BURI, «Die Mitthätherschaft», p. 238; v. BURI, «Zur Kausalitätsfrage», p. 69; v. BURI, «III. Causalität und Theilnahme», p. 450.

¹³²⁷ v. BURI, «Lehre von der Tödtung/1863», p. 757.

¹³²⁸ v. BURI, «Lehre von der Tödtung/1863», p. 757.

¹³²⁹ v. BURI, «Lehre von der Tödtung/1863», p. 757.

¹³³⁰ v. BURI, «Lehre von der Tödtung/1863», p. 757.

¹³³¹ Por exemplo, contemporaneamente, MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 140, nm. 54.

¹³³² Sobre os equívocos acerca da autoria da doutrina das condições e a receptividade do pensamento de v. Buri na jurisprudência, ver, respectivamente, KNOCHÉ, *Lehre vom Kausalzusammenhang*, p. 82, notas 274 e 275 e p. 276-278. Sobre a influência jurisprudencial de v.

Na primeira decisão penal sobre o problema da causalidade, em 12 de abril 1880, verificam-se expressões que comprovam a influência de v. Buri sobre a jurisprudência, como a observação da «efeito concorrente» (*Mitwirkksamkeit*) e «causalidade plena» (*volle Ursachlichkeit*).¹³³³ A questão jurídico-penal era um homicídio negligente no qual foi apreciada a relação causal e a responsabilidade da esposa por ter colocado e deixado ficar uma garrafa de arsênico ao alcance do seu «marido viciado em bebidas», que tomou o conteúdo e veio a falecer «poucas horas depois por efeito do arsênico». ¹³³⁴ Identificou-se que a conduta da esposa não pode ser deixada de fora da explicação da «causalidade plena» naquela específica circunstância, pois a «ocorrência do resultado total» dependeu da conduta da acusada, embora não se desconheça que a atuação do homem também foi participante.¹³³⁵ E, portanto, o tribunal afirmou que mesmo os «cursos excepcionais da própria causalidade» e o «aparecimento de casualidades» não eliminam o curso causal que conecta o autor ao resultado.¹³³⁶

Também, na decisão de 25 de outubro de 1881, aparecem novamente o sentido e as noções da doutrina de v. Buri,¹³³⁷ visualizáveis por meio de nítidas passagens conceituais. O tribunal define o conceito de «causal» como sendo «toda ação que tenha sido participante para a produção de um determinado resultado». ¹³³⁸ Desse modo, não seria necessário que a causação do resultado pela ação tivesse ocorrido de modo exclusivo e direto.¹³³⁹ E, portanto, a doutrina das condições demonstra-se límpida no excerto que esclarece se entender por «causa participante» (*mitwirkende Ursache*) aquelas «sem as quais o resultado ocorrido não teria emergido na realidade». ¹³⁴⁰

Com o advento do Tribunal Federal de Justiça alemão, a jurisprudência manteve-se fielmente orientada pela doutrina das condições e pelo método da

Buri, SPENDEL, *Kausalitätformel der Bedingungstheorie*, p. 16; ROXIN, *Strafrecht/1*, nm. 8-10, p. 352-353.

¹³³³ RGSt 12.04.1880, p. 579 e 580.

¹³³⁴ RGSt 12.04.1880, p. 579.

¹³³⁵ RGSt 12.04.1880, p. 579.

¹³³⁶ RGSt 12.04.1880, p. 580.

¹³³⁷ RGSt 25.10.1881, p. 642.

¹³³⁸ RGSt 25.10.1881, p. 642.

¹³³⁹ RGSt 25.10.1881, p. 642.

¹³⁴⁰ RGSt 25.10.1881, p. 642.

eliminação mental da condição investigada, já falado por Glaser. Entre os primeiros julgamentos do Segundo Senado Criminal, encontra-se a decisão de 28 de setembro de 1951 com a expressiva epígrafe «o problema se uma lesão corporal causou a morte do lesado é para decidir conforme a teoria das condições».¹³⁴¹ Afirmou-se que «a causa de um resultado penalmente significativo» é «toda condição, que não possa ser eliminada mentalmente sem que o resultado não tenha lugar», assim se rejeitou o «cálculo de probabilidade» próprio da «teoria da adequação».¹³⁴²

Novamente, numa decisão de 27 de novembro de 1951, o Primeiro Senado Criminal declara enfático e em nome da «permanente e consolidada jurisprudência de todos tribunais alemães» que é «para olhar toda condição como causa fundamentadora de responsabilidade de um resultado penalmente significativo, que não possa ser eliminada mentalmente sem que o resultado não tenha lugar».¹³⁴³ Daí em diante segue uma ampla série de julgados a formar a jurisprudência alemã acerca da matéria,¹³⁴⁴ o que pode ser corroborado mediante a verificação dos manuais e comentários ao código penal alemães.¹³⁴⁵

Não é raro encontrar referências – com variadas intensidades na doutrina jurídica da causalidade¹³⁴⁶ e igualmente na doutrina jurídico-penal¹³⁴⁷ – à eventual influência filosófica do pensamento de John Stuart Mill na proposta de v. Buri. As alusões são articuladas, algumas vezes, a indicar uma eventual preocupação estritamente lógica ou ainda uma compreensão da realidade marcada pelo positivismo utilitarista por parte do penalista.

Em 1899, o próprio v. Buri defendeu-se, entre outros pontos, da qualificação de «principal representante da doutrina da causalidade de Mill» que recebera por parte de Arnold Horn.¹³⁴⁸ Von Buri nega enfaticamente que seria do seu

¹³⁴¹ BGHSt 28.09.1951, p. 332.

¹³⁴² BGHSt 28.09.1951, p. 333.

¹³⁴³ BGHSt 27.11.1951, p. 24.

¹³⁴⁴ Por exemplo, BGHSt 25.01.1955, p. 114; BGHSt 26.11.1970, p. 34; BGHSt 30.06.1982, p. 98.

¹³⁴⁵ JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 280; ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 353, nm. 11; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, p. 78, nm. 21

¹³⁴⁶ Assim, por exemplo, recentemente, Miranda Barbosa, conquanto saliente mais adiante não haver uma «importação literal do pensamento de Stuart Mill» na orientação de v. Buri, «já que não é a soma das condições que determina a relevância da causa» (BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação/1*, respectivamente p. 77 e 78, nota 136).

¹³⁴⁷ Por exemplo, MEZGER, *Strafrecht/1949*, p. 113.

¹³⁴⁸ HORN, «Causalitäts- und Wirkensbegriff», p. 326.

conhecimento algo do pensamento de Stuart Mill no direito penal, quando apresentou suas ideias sobre a causalidade.¹³⁴⁹ E completa, mediante o seguinte depoimento pessoal, «de qualquer forma, eu não o conheci» e, agora, «o conheço apenas mediatamente», por intermédio dos estudos penais que se «têm ocupado» da sua filosofia.¹³⁵⁰

Mesmo assim, v. Buri tenta traçar a diferenciação entre a sua doutrina e aquilo – que consegue depreender da crítica de Horn – como sendo o pensamento do filósofo. Ressalta, sobretudo, que, enquanto para Mill «apenas um antecedente não se torna causa», devendo a causa ser mais bem vista na «totalidade dos antecedentes», segundo a proposição de v. Buri o destaque recai «na interação das forças como requisito para a causação».¹³⁵¹

Agora, determinar, com absoluta certeza, se v. Buri conhecera e sofrera alguma influência do pensamento de Stuart Mill quando propôs a sua doutrina, parece não ser exatamente possível. Entretanto tem-se, ao menos, a capacidade de fazer uma breve observação para o que aqui interessa.

Conforme se viu, a noção de que diversas condições sempre contribuem igualmente para a causação do resultado já vinha sendo compartilhada entre vários penalistas que antecederam v. Buri. Também a concepção de v. Buri parece não alcançar completa conformidade com a noção de causa na filosofia de Stuart Mill,¹³⁵² dado que a causa do crime não é um conjunto axiologicamente indiferenciado de antecedentes, a incluir estáticos e móveis, materiais e imateriais. Essa orientação não se mostra também apta a abranger condutas humanas e realidades imateriais na mesma grandeza que as forças positivas, v. Buri refere-se nomeadamente a efeitos, efeitos concorrentes (*Mitwirken*) e forças.¹³⁵³ Ao contrário, apresenta-se prioritariamente preocupada com as primeiras e tendente a rejeitar a

¹³⁴⁹ v. BURI, «III. Causalität und Theilnahme», p. 450.

¹³⁵⁰ v. BURI, «III. Causalität und Theilnahme», p. 450.

¹³⁵¹ v. BURI, «III. Causalität und Theilnahme», p. 450.

¹³⁵² v. BURI, «III. Causalität und Theilnahme», p. 450. E mais, sobre o significado do pensamento causal de Stübel para a raiz da doutrina das condições e não propriamente a filosofia de Stuart Mill, ver, com pormenores, KNOCHÉ, *Lehre vom Kausalzusammenhang*, p. 23-25, 43, 64-65 e notas 222 e 223.

¹³⁵³ Por exemplo, v. BURI, «Lehre von der Tödtung/1863», p. 757; v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 3; v. BURI, «Die Mitthätherschaft», 1873, p. 238; v. BURI, «Zur Causalitätsfrage», 1878, p. 69 e 71. Essa constatação fora bem salientada, à época, por Horn (HORN, «Causalitäts- und Wirkensbegriff», p. 326).

relevância causal própria da inexistência de impedimento do transcurso da ação de força, que fora salientado como imprescindível por Stuart Mill.¹³⁵⁴

Por essa razão, as noções de causa e de causação – conforme a visão da doutrina da equivalência das condições de v. Buri – não podem ser adotadas sem passar por maiores reparos. É tão marcante a cunhagem desse pensamento, a partir do limite imposto pelo conceito ativo-essencialista de causa, que v. Buri chega a negar a possibilidade de falar dogmaticamente da «interrupção da relação causal», uma vez que o nexos de causalidade só teria duas opções existenciais: «ser ou não ser».¹³⁵⁵

Pratica-se, desse modo, o reconhecimento parcial da ontologia causal e a incompreensão do fenômeno em questão. A causa do resultado não é apenas o conjunto formado pelas forças ativas, mas, muito mais amplo do que isso, trata-se fundamentalmente da soma das condições ativas (forças) e da ausência de condições negativas (falta do respectivo impedimento), que permitiram as primeiras incidirem no resultado.

Assim sendo, pelo que tudo indica singularmente nos cursos causais salvadores, a razão da denominação dogmática de interrupção do curso causal justifica-se para salientar a existência e a relevância do transcurso causal e exatamente como a sua permanência em curso só pode resultar da ausência de algum impedimento. A verdade é que a verificação do nexos de causalidade – mediante a metódica da *conditio sine qua non* – não está atrelada à compreensão do conceito de causa e do liame causal situado no horizonte das reflexões de v. Buri.¹³⁵⁶

1.2. A dinâmica de funcionamento do método da *conditio sine qua non*

A fórmula da *conditio sine qua non* apresenta duas distintas versões para comprovar a necessidade de certa condição para o resultado. A primeira delas seria

¹³⁵⁴ MILL, *A system of logic*, Livro III, Cap. V, §3, p. 382.

¹³⁵⁵ v. BURI, «Theilnahme am Verbrechen», p. 91.

¹³⁵⁶ Nesse sentido, nem mesmo a compreensão de leis científicas na atualidade deve ficar ao mecanicismo do século XIX (FISCHER, *Strafgesetzbuch*, p. 78, nm. 21).

uma formulação positiva destinada às ações: uma ação deve ser vista como causa do resultado se não puder ser eliminada mentalmente – *i.e.* imaginada como inexistente – sem que o concreto resultado desapareça mentalmente.¹³⁵⁷ Em outras palavras, *sublata causa, tollitur effectus*.¹³⁵⁸ Aliás, é possível uma enunciação mais enxuta – uma ação é causal, quando o concreto resultado não teria ocorrido sem ela – e ainda a expressão na forma de uma pergunta: ocorreria o concreto resultado sem a ação investigada?¹³⁵⁹

Se a conduta não puder ser imaginada inexistente, sem que o resultado também deixe de existir, ter-se-á comprovado que a conduta foi condição necessária para a ocorrência do resultado e, portanto, evidencia-se a comprovação da relação de causalidade entre a conduta humana e o acontecimento criminal. Por outro lado, se, quando a conduta for pensada inexistente, o resultado seguir perfeitamente a existir na forma concreta da sua ocorrência, identificar-se-á que a ação não é condição necessária do resultado e, logo, dever-se-á negar o nexo de causalidade investigado.

Vejam-se dois exemplos apresentados pela doutrina. Primeiro, uma pessoa desfere um tapa no rosto de outra, portadora de grave problema cardíaco, que sofre parada cardíaca fatal em decorrência do susto.¹³⁶⁰ Nesse caso, o tapa, o susto e a doença cardíaca são igualmente condições necessárias para a ocorrência do evento morte.¹³⁶¹ Segundo, um matador de aluguel vai de táxi até a casa da vítima para realizar o disparo da arma fogo, que acaba atingindo mortalmente o alvo.¹³⁶² Nessa hipótese, a fabricação e a posse da arma, o transporte do atirador realizado pelo taxista e os disparos seriam condições necessárias para o acontecimento da morte.¹³⁶³

¹³⁵⁷ SPENDEL, *Kausalitätformel der Bedingungstheorie*, p. 14; JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 279 e 280, nm.1 e 3; POZO, *Droit pénal*/2, p. 41, nm. 120; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, p. 78, nm. 21; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 153, nm. 20; MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 159, nm. 4.2.1; KINDHÄUSER, «Zurechnung bei alternativer Kausalität», p. 134.

¹³⁵⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 140, nm. 54.

¹³⁵⁹ SPENDEL, *Kausalitätformel der Bedingungstheorie*, p. 14; DIAS, *Direito penal*, p. 324, § 5.

¹³⁶⁰ MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 159, nm. 4.2.1.

¹³⁶¹ MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 159, nm. 4.2.1.

¹³⁶² DIAS, *Direito penal*, p. 324, §5.

¹³⁶³ DIAS, *Direito penal*, p. 324, §5.

A segunda formulação, também direcionada às ações, é proposta realçando a negação da causação do resultado pela condição investigada. Isto é, uma ação não é causal, caso for verificado que, mesmo sem a sua intervenção ocorreria igualmente o concreto resultado jurídico.

A doutrina da *conditio sine qua non* apresenta inegável reconhecimento jurisprudencial na prática cotidiana dos tribunais de vários países. Na condição de limite máximo de responsabilização do autor de uma conduta penal por um resultado criminalmente relevante, apresenta-se como doutrina dominante.¹³⁶⁴ O âmbito de abrangência da explicação é discutível, ora com a cobertura dos crimes comissivos e omissivos, ora apenas das ações penalmente relevantes, *v.g.*, em Portugal,¹³⁶⁵ Itália,¹³⁶⁶ Alemanha¹³⁶⁷ e Suíça.¹³⁶⁸

Constatar a frequente convocação doutrinal e judicial do procedimento intelectual insito à *conditio sine qua non* não significa, todavia, indicar que a definição do âmbito de explicação da causalidade – mesmo nos crimes comissivos – seja doutrinariamente pacífico. O percurso das críticas encetadas contra a fórmula da

¹³⁶⁴ ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 354, nm. 11. Por vezes, também se encontra a questionável denominação «causalidade natural» ou «causa natural» (STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 153, nm. 20; DIAS, *Direito Penal*, p. 323-324, §6; CARVALHO, *Direito Penal*, p. 302, nm 553; MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 140, nm. 54) para se referir a espécie de relação causal que poderia ser averiguada pela fórmula da *conditio sine qua non*, quando a melhor opção seria dizer uma verificação ontológica ou fenomenológica do nexos de causalidade. Assim, se poderia perfeitamente abranger a realidade própria da fenomenologia dos crimes omissivos impróprios.

¹³⁶⁵ Em relação aos crimes comissivos, DIAS, *Direito Penal*, p. 323-324, § 4; CARVALHO, *Direito Penal*, p. 302, nm 553; MENDES; CARMO, «modelo semântico de representação da causalidade», p. 76.

¹³⁶⁶ Apontando a fórmula da *conditio sine qua non* tanto nos crimes comissivos, quanto omissivos (PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p. 386). Em relação aos crimes comissivos, MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 165-166, nm. 4.6.1 e 4.6.2.

¹³⁶⁷ Amplamente defendido para os crimes comissivos, JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 280; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, p. 78, nm. 21. Especificamente, sobre a doutrina dominante em relação aos crimes omissivos, BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, p. 105; VOGEL, *Unterlassungsdelikten*, p. 146; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 327; WEIGEND, «§13 Begehen durch Unterlassen», nm. 70, p. 855; LACKNER; KÜHL, «Vorbemerkung §13», nm. 12, p. 73. Indicando que a jurisprudência orienta-se pela doutrina das condições tanto nos crimes comissivos, quanto nos omissivos, aplicando a fórmula modificada da *conditio sine qua non* para perquirir a causa do resultado omissivo (ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 44, p. 641; WESSELS; BEULKE, *Strafrecht*, p. 57 e 283, nm. 156 e nm. 711).

¹³⁶⁸ Em relação aos crimes comissivos, com grandes referências a julgados e à literatura suíça, POZO, *Droit pénal/2*, p. 41-42, nm. 121; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 153, nm. 20 e notas 11 e 12; SEELMANN, *Strafrecht*, p.35; TRECHSEL; NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 88.

eliminação mental não é propriamente recente, cabendo apontar algumas das principais objeções e as eventuais soluções apresentadas para os problemas.

1.3. Algumas críticas ao método da *conditio sine qua non*

1.3.1. O suposto defeito do *regressus in infinitum*

A amplitude do conceito de causa proposto pela doutrina da equivalência das condições tem sido objeto de contestação doutrinal, desde o fim do século XIX até o presente.¹³⁶⁹ O problema referido consiste em que não haveria limitação temporal à investigação de elementos anteriores da cadeia causal, de modo a atingir e possibilitar a responsabilização penal mesmo pelas mais remotas condições do resultado, pois, em síntese, vigeria a noção de que a causa da causa é a causa do causado (*causa causae est causa causati*).¹³⁷⁰

Algumas vezes, mediante a equivocada associação da doutrina da equivalência das condições com a compreensão da causalidade de Stuart Mill, afirmou-se que todos os antecedentes deveriam ser obrigatoriamente causais para o direito penal.¹³⁷¹ Arnold Horn acentuou o juízo de que essa orientação levaria à «imprevisível cadeia de condições num passado ilimitado», por meio de dois exemplos absurdos intencionalmente colocados para propor a pergunta se deveria ser considerado causa do resultado, nomeadamente «o nascimento do assassinado como condição da sua morte» e a «criação da pólvora como condição de um assassinato». ¹³⁷²

¹³⁶⁹ Por exemplo, contemporaneamente, em Portugal, DIAS, *Direito penal*, p. 324, § 5; CARVALHO, *Direito Penal*, p. 303, nm 554; na Alemanha, JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 279, nm.1; ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 354, nm. 11; na Itália, MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 140, nm. 54.

¹³⁷⁰ CARVALHO, *Direito Penal*, p. 302, nm 552; MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 140, nm. 54.

¹³⁷¹ HORN, «Causalitäts- und Wirkensbegriff», p. 324-326. E, anteriormente, acerca da discussão das condições na doutrina da causalidade de Stuart Mill, v. BAR, *Lehre vom Causalzusammenhange*, p. 12-13.

¹³⁷² HORN, «Causalitäts- und Wirkensbegriff», p. 325.

O fato da ontológica relação de causalidade ser infinita¹³⁷³ não coloca significativo problema para o direito penal, uma vez que nem toda a sua inteireza apresenta relevância jurídica.¹³⁷⁴ É bom não perder de vista que o próprio Horn destacou, em 1897, que para a «finalidade da construção de um crime, a partir do mundo dos acontecimentos», deve-se ter clara a necessidade de recortar o tipo de modo «temporal e espacialmente fechado».¹³⁷⁵

Embora tenha considerado tal proposta desnecessária, v. Buri argumenta que a sua doutrina não fora corretamente compreendida e enfatiza que já tinha apontado o critério para a seleção da relevância do curso causal, fundado na previsibilidade do agente acerca do efeito da sua conduta.¹³⁷⁶ Isto é, o efeito da conduta humana sobre o curso causal só pode ser imputado ao agente, na exata medida em que «ele tivesse sido antevisto».¹³⁷⁷ Complementa com o extremo exemplo de que o «homem pré-histórico» só poderia ser punido por causar a morte de outro homem no presente, caso os efeitos decorrentes da sua conduta já fossem reconhecidos por ele na época da ação.¹³⁷⁸

Decerto, como foi bem observado posteriormente, a relevância jurídico-penal concentra-se na parte compreendida no espaço que se «inicia com a conduta do autor e termina com a ocorrência do resultado».¹³⁷⁹ A dificuldade consistiria, portanto, em determinar e descrever esse *iter criminis* de forma lógica e metodicamente concreta.¹³⁸⁰ Tal desafio, por rigor analítico, faz aproximar uma

¹³⁷³ Nesse sentido, destacam Hart e Honoré que as condições de um evento são ilimitadas, ao menos, se forem consideradas as condições negativas, HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 446.

¹³⁷⁴ HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 447; MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 167, nm. 4.6.3; PUPPE, «Vorbemerkungen zu §§13ff», p. 453, nm. 80; COSTA, «Causality and reasoning», p. 58.

¹³⁷⁵ HORN, «Causalitäts- und Wirkensbegriff», p. 325.

¹³⁷⁶ v. BURI, «III. Causalität und Teilnahme», p. 451.

¹³⁷⁷ v. BURI, «III. Causalität und Teilnahme», p. 451.

¹³⁷⁸ v. BURI, «III. Causalität und Teilnahme», p. 451.

¹³⁷⁹ Atualmente, por exemplo, PUPPE, «Vorbemerkungen zu §§13ff», p. 453, nm. 80.

¹³⁸⁰ Assim ver KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 15 e, depois, PUPPE, «Vorbemerkungen zu §§13ff», nm. 80, p. 453. Marinucci e Dolcini sublinham corretamente que esse problema não se costuma encontrar na realidade dos tribunais, mediante o argumento – que parece requerer mais aprofundamento na explicação – segundo o qual o problema prático se dá em relação a um «comportamento do qual se suspeita que seja ilícito e culpável» (MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 167, nm. 4.6.3). A verdade é que a limitação operada na prática, já na atividade policial, remete ao horizonte hermenêutico, no qual se identifica uma série de outras categorias penais que não apenas a causalidade, como, por exemplo, a permissão de realização de determinadas condutas socialmente arriscadas ou perigosas.

questão fundamental que se refere ao estabelecimento daquilo que se pode entender por conduta do autor e resultado. Não se dúvida de que o sentido de cada um dos dois conceitos faz variar mesmo a concepção da relação mantida entre eles.

Ademais, são dois os grandes problemas conceituais e sistemáticos – que podem decorrer do referida questão e das eventuais soluções – que devem ser evitados na teoria analítica do crime. Em primeiro lugar, a doutrina da causalidade não é o mesmo nem que a doutrina da imputação, nem que a doutrina geral do ilícito-típico penal.¹³⁸¹ A constatação de que existe vínculo causal entre determinada conduta e o resultado não significa, de forma alguma, concluir no sentido do juízo positivo de tipicidade.¹³⁸² A imputação do tipo objetivo não se reduz à verificação normativa da existência fenomenológica do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado,¹³⁸³ menos ainda o acerto da responsabilidade penal do autor da conduta efetiva-se estritamente em elementos objetivos.¹³⁸⁴

Em segundo lugar, se é correto que a doutrina da causalidade penal diferencia-se da doutrina do ilícito-típico não se deve permitir a intromissão de elementos alheios ao nexo de causalidade no juízo de verificação causal. Isso porque criar a confusão conceitual, ao tentar arrastar elementos subjetivos para a causalidade, pode potencializar o risco de encobrir os limites dos juízos objetivo e subjetivo em questão. Também problemática, sem ofertar ganho compreensivo e dogmático, é a proposta de negar a fenomenologia causal do fato para, posteriormente, ocupar o seu lugar com noção de causalidade forjada apenas para a operacionalidade do sistema jurídico.

¹³⁸¹ Mendes e Carmo destacam que o nexo causal «é um elemento necessário, mas não suficiente para a responsabilização do agente por um crime consumado» (MENDES; CARMO, «modelo semântico de representação da causalidade», p. 76).

¹³⁸² Jescheck e Weigend enfatizam que, em alguns casos, não se carece da «intervenção corretora da doutrina da imputação objetiva», mas a devida interpretação do tipo penal conforme o seu sentido (JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 280).

¹³⁸³ JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 280; ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 354, nm. 11; DIAS, *Direito penal*, p. 324, § 6.

¹³⁸⁴ DIAS, *Direito penal*, p. 324, §6; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 195, nm. 29. Prova disso – com inequívoco valor histórico acerca do papel dos elementos subjetivos na filtragem dos nexos causais penalmente relevantes – pode ser colhida em dois períodos significativos da dogmática do direito penal, ou seja, a importância da análise da culpa no sistema clássico de crime e do dolo no finalismo penal.

1.3.2. O risco de definição circular a partir da utilização do método

Talvez a crítica mais forte à fórmula da *conditio sine qua non* recaia sobre a sua apenas aparente simplicidade conceitual.¹³⁸⁵ O modo de funcionamento do procedimento de verificação da causalidade indica que a fórmula não desfrutaria de meios autônomos ou capacidade suficiente para encontrar a causa apenas a partir do conhecimento do resultado. Seria necessário recorrer à experiência geral ou às leis científicas para identificar eventuais causas do acontecido em questão,¹³⁸⁶ para, somente depois disso, proceder à verificação se o resultado persistiria, caso se viesse a eliminar mentalmente cada uma das causas.

Segundo essa compreensão, a fórmula da *conditio sine qua non* teria somente valor explicativo da causa previamente identificada, mas não propriamente aptidão de investigação, verificação ou comprovação da relação causal entre um elemento e o resultado.¹³⁸⁷ E, portanto, tomar essa fórmula como o método legítimo de investigar a causalidade carregaria inevitavelmente o vício da circularidade probatória denominado *petitio principii*. Petição de princípio ou *circulus vitiosus* é a fundamentação circular que faz incluir a conclusão já entre as premissas estabelecidas, de modo que a realização da argumentação chega a um desfecho que, em verdade, pertencia às premissas.¹³⁸⁸ É interessante atentar que, justamente por essa razão, torna-se mais difícil a identificação do erro quando a série de premissas é muito extensa.¹³⁸⁹

Trata-se de uma argumentação circular entre a premissa e a conclusão – que, embora não caracterize erro lógico, deturpa o «círculo ontológico»¹³⁹⁰ ou espiral hermenêutica – sendo, portanto, absolutamente incapaz de comprovar qualquer

¹³⁸⁵ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal*, p. 8-9; BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação/1*, p. 79.

¹³⁸⁶ Especificamente sobre a omissão, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 296, nm. 16.

¹³⁸⁷ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 16; VOGEL, *Unterlassungsdelikten*, p. 147.

¹³⁸⁸ JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 364.

¹³⁸⁹ JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 364.

¹³⁹⁰ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 153. Vale ressaltar que Martin Heidegger – ao contrário de Jan Joerden que adere à explicação de Ulrich Klug (JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 364) – compreende que o *circulus vitiosus* a ser evitado recebe essa caracterização justamente considerando as «regras da lógica» (HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 152).

uma delas, pois não acrescenta qualquer informação àquilo que já se sabia.¹³⁹¹ O vício faz com que se repise continuamente o movimento circular da questão para a conclusão e, depois, da conclusão novamente para a questão. Em específico, no que diz respeito à fórmula da *conditio sine qua non*, partir-se-ia da informação da ocorrência do resultado conhecido para se chegar a outra informação igualmente conhecida, a eventual causa do resultado.¹³⁹² Portanto tal realidade não permitira comprovar determinadas situações em que o modo de aturar da causa é desconhecido.¹³⁹³

O alegado problema não é ínsito à formalização técnica da *conditio sine qua non*, mais correto seria dizer que depende do sentido percebido no instrumento, que a fórmula encarna, e do modo de proceder na utilização do instrumentário. Em verdade, o objeto do teste é a verificação de se todas aquelas eventuais hipóteses que num primeiro momento despontam causais do resultado efetivamente assim o são. Portanto, a oportunidade de ter um ganho informacional qualitativo reside essencialmente na possibilidade de rejeitar algumas delas como causais, o que demonstra inevitavelmente que não está em questão um círculo vicioso. Mas antes, um círculo hermenêutico virtuoso ou, melhor, uma espiral hermenêutica, que melhor se desenvolve, à medida que melhor se conhece o fenômeno em julgamento.

Também, no mesmo sentido da limitada capacidade em obter ganho informacional ao descobrir «conexões entre tipos de eventos» e do modo de procedimento hermenêutico, incide a crítica geral destinada à forma de compreensão da causalidade pelo jurista e pelo historiador como recurso adotado a fim de fazer «generalizações, que são já sabidas ou aceitas como verdade e mesmo consensuais (*platitudinous*)» para particulares casos concretos.¹³⁹⁴

¹³⁹¹ JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 364-365.

¹³⁹² JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 281; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 153, nm. 21; ROXIN, *Strafrecht/1*, p. 354, nm. 12; DIAS, *Direito Penal*, p. 325, §7; SOUSA, *responsabilidade penal pelo produto*, p. 364.

¹³⁹³ JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 281.

¹³⁹⁴ HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 10.

1.3.3. Outros alegados pontos falhos da *conditio sine qua non*

A discussão doutrinal acerca dos limites do âmbito legítimo de emprego da fórmula da *conditio sine qua non* remete também aos grupos de casos chamados: (a) causalidade cumulativa, (b) causalidade alternativa ou adicional; (c) causalidade «antecipadora»,¹³⁹⁵ hipotética,¹³⁹⁶ virtual de substituição¹³⁹⁷ ou «causas hipotéticas de reserva».¹³⁹⁸ É verdade que a viabilidade de superação dos desafios colocados em cada um desses conjuntos de casos é discutível, podendo-se dizer que nem mesmo a exata denominação deles é algo unânime na doutrina.

(a) Costuma-se entender por causalidade cumulativa os casos em que a contribuição causal do autor de cada conduta é, por si só, insuficiente para realizar o resultado ofensivo ao bem jurídico. Um exemplo bastante frequente na literatura é o dos envenenadores, que adicionam à comida da vítima, um independente do outro, doses de veneno, incapazes de causar a morte, se vistas individualmente, e fatais, quando tomadas em conjunto.

São casos nos quais poderá variar a intenção do agente em relação à intensidade do resultado obtido – desejar a morte ou apenas a lesão corporal da vítima –, todavia, no plano puramente causal, parece não impor maiores dificuldades ao método da *conditio sine qua non*.¹³⁹⁹ Cada um dos envenenamentos potencializou a sua capacidade ofensiva ao desempenhar sua eficácia num contexto em que ocorreu a soma dos venenos. A eliminação mental de qualquer uma das condutas indica claramente que os dois envenenamentos foram essenciais para somar a quantidade causadora da morte.

Também se encontra, na doutrina, o emprego da terminologia «causalidade cumulativa»¹⁴⁰⁰ para designar hipóteses nas quais essa parece não ser a qualificação dogmática mais correta. Jescheck e Weigend apresentam o caso do assassinato do imperador Julio Cesar no Senado Romano, mediante vinte e três golpes de punhal,

¹³⁹⁵ JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 283; VOGEL, *Unterlassungsdelikten*, p. 147.

¹³⁹⁶ JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 282; KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 19.

¹³⁹⁷ KÜHL, *Strafrecht*, §4º, nm. 11 a 18.

¹³⁹⁸ HOYER, «Kausalität und/oder Risikoerhöhung», p. 100.

¹³⁹⁹ Por exemplo, SEELMANN, *Strafrecht*, p.35.

¹⁴⁰⁰ JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 282; VOGEL, *Unterlassungsdelikten*, p. 147.

para ilustrar a suposta causalidade cumulativa.¹⁴⁰¹ Joachim Vogel refere o caso – apreciado pela jurisprudência alemã – no qual o agente coloca fogo numa parte intacta, que certamente viria a ser consumida pela ação das chamas, de um prédio já a incendiar.¹⁴⁰² O nexos causal evidenciado nesses exemplos, segundo a maior parte da doutrina, mostra-se mais bem percebido do ponto de vista da lógica da concorrência de causas alternativas suficientes, do que pela cumulação de causas que, à partida, não eram suficientes.

(b) A causalidade alternativa ou «adicional»,¹⁴⁰³ o «concurso de causas paralelas»,¹⁴⁰⁴ as «causas de reposição» (*Ersatzursachen*)¹⁴⁰⁵ ou as «múltiplas suficientes» são as hipóteses de sobredeterminação causal¹⁴⁰⁶ caracterizadas pela existência de mais de uma causa igualmente suficiente para praticar o resultado ofensivo ao bem jurídico. No espaço de língua alemã, encontra-se também a expressão «causalidade dupla»,¹⁴⁰⁷ embora os casos agrupados sob essa epígrafe doutrinária não se restrinjam apenas a hipóteses em que incida tão somente uma causa a mais, mas certamente também aqueles da «múltipla causalidade». ¹⁴⁰⁸ Para seguir com uma situação semelhante e capaz de diferenciar-se daquela tomada a fim de explicar o problema da causalidade cumulativa, poder-se-ia mencionar o exemplo dos dois envenenadores – um sem saber da conduta do outro – que colocam doses em quantidade mortal na comida da vítima, que vem a morrer por decorrência do veneno.¹⁴⁰⁹ Também seria válido referir o exemplo, bastante frequente na doutrina,

¹⁴⁰¹ JESCHECK; WEIGEND *Lehrbuch*, p. 282.

¹⁴⁰² VOGEL, *Unterlassungsdelikten*, p. 147.

¹⁴⁰³ HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 455; MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 160, nm. 4.2.2.

¹⁴⁰⁴ CARVALHO, *Direito Penal*, p. 302, nm 553.

¹⁴⁰⁵ PUPPE, «Erfolg und seine kausale Erklärung», p. 870.

¹⁴⁰⁶ HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 235, nota 53.

¹⁴⁰⁷ SEELMANN, *Strafrecht*, p. 36; KÜHL, *Strafrecht*, §4º nm. 19, p. 25.

¹⁴⁰⁸ KÜHL, *Strafrecht*, §4º nm. 20b, p. 26.

¹⁴⁰⁹ MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 160, nm. 4.2.2; DIAS, *Direito penal*, p. 325, §7; MENDES; CARMO, «modelo semântico de representação da causalidade», p. 103. Mendes e Carmo destacam que «a fórmula da *conditio* não consegue, porém, resolver satisfatoriamente os casos de preempção e sobredeterminação causais do resultado por força da acção de vários agentes, quando tiverem actuado independentemente uns dos outros» (MENDES; CARMO, «modelo semântico de representação da causalidade», p. 103).

dos dois atiradores que atingem, em simultâneo, respectivamente a cabeça e o coração da vítima.¹⁴¹⁰

O método da eliminação mental supostamente levaria à conclusão de que, independente de ser retirado qualquer um dos envenenadores, o resultado seguiria igualmente a ocorrer.¹⁴¹¹ Daí poderia ou se criar o paradoxo que nenhum dos envenenamentos seria caracterizado efetivamente como condição sem a qual não aconteceria o resultado, ou assumir que os dois seriam causadores do resultado.¹⁴¹² O eventual problema seria de imputar o resultado do crime de homicídio consumado aos dois envenenadores, embora na situação concreta – se houvesse uma diferença do momento do envenenamento – eventualmente apenas um deles teria causado propriamente a morte, ao passo que o outro poderia ter tentado o homicídio.¹⁴¹³

Todavia essa parece não ser uma consequência inexorável da utilização do critério da supressão mental, desde que se tenha consciência de que o ponto fundamental é exatamente o resultado concreto.¹⁴¹⁴ Existe uma tendência a incompreensão do que significaria exatamente o conceito de condição necessária do resultado, quando compreendida mediante a visualização ideal do acontecimento e de uma noção ativo-essencialista de causa, que presume genericamente a suficiência de uma causa para uma ocorrência abstrata do fato.¹⁴¹⁵ Contudo o resultado

¹⁴¹⁰ TARNOWSKI, *Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie*, HART; HONORÉ, *Causation in the law*, p. 455.

¹⁴¹¹ CARVALHO, *Direito Penal*, p. 302-303, nm 553.

¹⁴¹² POZO, *Droit pénal/2*, p. 43, nm. 126; CARVALHO, *Direito Penal*, p. 303, nm 553. Taipa de Carvalho coloca o problema da utilização da fórmula, ora como não sendo imputável a qualquer uma das condutas, ora como sendo imputável as duas. O autor traz indicado exemplo da vítima – envenenada como uma dose mortal por um agente – que acaba falecendo pelo disparo de um tiro desferido por outro agente, antes mesmo que o veneno viesse a produzir o efeito morte (CARVALHO, *Direito Penal*, p. 302-303, nm 553). Acredita-se que, nesse caso, a verificação do efetivo nexo de causalidade que produziu o resultado concreto soluciona o eventual problema. O atirador foi quem causou o homicídio, ao passo que o envenenador – apesar de ter tentado a morte – utilizou meio de ação ofensiva mais lenta, o que permitiu apenas a colocação do bem jurídico em perigo, mas já não a provocação do efetivo dano à vida. Isso ocorre em razão de que o bem deixou de estar sob o âmbito de ofensividade do veneno, a partir da lesão provocada pelo projétil da arma de fogo. E, portanto, o envenenador causou apenas o perigo de morte próprio da ofensividade típica da tentativa de homicídio.

¹⁴¹³ CARVALHO, *Direito Penal*, p. 303, nm 553.

¹⁴¹⁴ TARNOWSKI, *Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie*, p. 45; PUPPE, «Erfolg und seine kausale Erklärung», p. 870. Na jurisprudência italiana recente, Cassazione, Sezioni Unite Penali, 12 luglio 2005, Mannino (*Foro Italiano*, 2006, v. II, p. 98).

¹⁴¹⁵ TARNOWSKI, *Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie*, p. 47.

concreto tem uma história fenomenologicamente delimitada que impede a convocação de uma panóplia interminável de causas possíveis, o que importa realmente são os elementos concretos que incidiram na hipótese específica.¹⁴¹⁶

Conforme argumentam Marinucci e Dolcini, a solução do problema localiza-se na melhor forma de percepção do caso e não na criação de critérios normativos em substituição. Sendo assim, a pergunta pela causa da morte, no primeiro exemplo, teria como resposta a quantidade total de veneno encontrada no corpo da vítima.¹⁴¹⁷ E, se isso é correto, a proposta de eliminar mentalmente qualquer uma das condutas dos envenenadores sempre acabaria por alterar o resultado concreto do acontecimento.¹⁴¹⁸

(c) O conjunto de casos denominados como causalidade hipotética ou virtual descreve o fato de que – apesar de se saber que o resultado foi causado por uma conduta reconhecida – ocorreria, muito provavelmente, acontecimento semelhante independente do empreendimento dessa conduta. Há um exemplo indicado por Figueiredo Dias, segundo o qual «A dispara um tiro mortal sobre B, no preciso momento em que este é afectado por um enfarte do miocárdio mortal».¹⁴¹⁹ Caso semelhante com a presença da causalidade virtual foi apreciado judicialmente na Inglaterra em 1910.¹⁴²⁰ O filho foi acusado do assassinato da mãe por envenenamento, com base no fato de que fora encontrada morta com a bebida na qual ele adicionara veneno, ainda que a perícia tenha diagnosticado ser a causa da morte um ataque cardíaco e não propriamente o veneno.¹⁴²¹

Trata-se de uma constelação que ganhou importância em face dos casos do direito penal médico, nos quais o médico realiza procedimento de eutanásia – *v.g.*

¹⁴¹⁶ TARNOWSKI, *Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie*, p. 46.

¹⁴¹⁷ MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 160-161, nm. 4.2.2.

¹⁴¹⁸ MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 161, nm. 4.2.2.

¹⁴¹⁹ DIAS, *Direito penal*, p. 325, §7. O exemplo apresentado parece não impor maiores dificuldades no plano estritamente causal, uma vez que “A” não é nem o causador da vítima do enfarte, nem mesmo do enfarte. Agora, outra questão é saber se o homicídio consumado deverá ser imputado ao agente, ainda quando não há dúvida de que a conduta do agente apenas causou o perigo de dano e não propriamente o dano ao bem jurídico vida. Se a verificação do curso causal mantiver-se efetivamente como primeiro requisito para a imputação do resultado a alguma conduta, tudo indica que a imputação pelo homicídio qualificado deverá ser rejeitada.

¹⁴²⁰ White [1910] 2 KB 124 D

¹⁴²¹ Em sentido crítico à possibilidade de condenação do filho pela morte da mãe, quando claramente a causa da morte foi o ataque cardíaco e, portanto, a causa da morte não é *condito sine qua non* para a ocorrência do resultado, ALLEN, *Textbook on criminal law*, p. 35.

aplicação de injeção letal – em pacientes terminais já próximos da morte.¹⁴²² Nessas situações, alegar-se-ia que o falecimento, embora inequivocamente causado pela injeção letal, não deixaria de acontecer, apenas causando maior sofrimento ao paciente. A falha do método da *conditio sine qua non* apresentar-se-ia no sentido de que, se fosse mentalmente eliminada a injeção letal, o resultado provavelmente persistiria, porque o curso causal degenerativo próprio da doença vinha em pleno curso.

Especificamente, naquilo que é relevante à verificação do nexo de causalidade, não se pode perder de vista o que efetivamente ocorreu entre a conduta do autor e o resultado concreto. Primeiro, o fato que importa ao direito penal é o acontecimento concreto, circunscrito no tempo e no espaço,¹⁴²³ e não no eventual resultado hipotético ou virtual, que poderia decorrer de um também hipotético ou virtual curso causal. No exemplo da injeção letal, só há sentido e utilidade na conduta de encurtamento do sofrimento do paciente, caso se assuma que o eventual resultado hipotético da morte era temporalmente incerto.

Ainda que se presuma que a morte, em razão da doença, era um dado inevitável, não se sabia precisar se ocorreria em dias, meses ou, ainda, se postergaria mais no tempo. *Maxime*: a eventual utilidade da conduta radica na certeza do encurtamento da vida diante da incerteza que provavelmente subsistiria, caso não fosse aplicada a injeção. É, portanto, inegavelmente o caso de um curso causal efetivo antecipador da causação do resultado morte.¹⁴²⁴ Particularmente para a verificação da causação do resultado, não se coloca em questão a existência de elementos, que talvez possam ser considerados nos juízos axiológicos próprios da imputação, justificação ou desculpação do ilícito-típico.

Segundo, se o resultado penalmente relevante é apenas aquele que concretamente existiu, o único nexo causal significativo a ser investigado deverá ser aquele que efetivamente causou o resultado. Isto é, a apreciação de cursos causais hipotéticos não pode permitir que se caia em equívocos, *v.g.* considerar que a existência de causa hipotética – eventualmente ofensivas ao bem jurídico – fosse

¹⁴²² MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 160, nm. 4.2.2.

¹⁴²³ POZO, *Droit pénal/2*, p. 42, nm. 123; MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 160, nm. 4.2.2; KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 18-19.

¹⁴²⁴ Sobre a antecipação do resultado, ver KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 15.

capaz de excluir ou justificar o curso causal que efetivamente realizou a ofensa ao bem jurídico.¹⁴²⁵ Assim como não importa ao direito penal o eventual resultado hipotético, também não tem significado o corresponde hipotético curso causador.

A pergunta necessária deve ser: caso se imagine a aplicação da injeção como inexistente, subsistirá o resultado morte naquela específica concretização de tempo e espaço? Isso é o mesmo que atentar para o que realmente causou o resultado e não ao que virtualmente poderia o ter causado.¹⁴²⁶

O Superior Tribunal Alemão (BGH) decidiu a responsabilidade penal dos médicos, que colaboram para a realização de listas contendo indicações de doentes mentais a serem levados à morte, por contribuição ao homicídio.¹⁴²⁷ Alegação de que diante da negativa dos médicos em contribuir à lista poderia ser feita por qualquer outra pessoa não tem força para invalidar o curso causal que realmente se efetivou no caso concreto.¹⁴²⁸ A decisão é correta não por um eventual interesse político-criminal de que crimes graves não fiquem sem responsáveis, mas, sim, por reconhecer efetivamente a contribuição dada na causação da ofensa.

2. A fórmula da *conditio sine qua non* limitada ao conhecimento das leis causais

2.1. A fórmula da «condição conforme a lei» (*gesetzmäßige Bedingung*) no lugar da fórmula da *conditio sine qua non* (Engisch)

O pensamento de Karl Engisch sobre a causalidade foi provavelmente o mais exitoso no apontamento dos limites da doutrina das condições e da fórmula da *conditio sine qua non*, bem como, acima de tudo, da imperiosidade da metódica de verificação da causalidade ter no seu horizonte o reconhecimento de leis causais. A

¹⁴²⁵ KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 19-20.

¹⁴²⁶ Nesse sentido, MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 160, nm. 4.2.2; KINDHÄUSER, «diminuição do risco», p. 35-36.

¹⁴²⁷ BGH 1, 321, p. 300.

¹⁴²⁸ BGH 1, 321, p. 300.

crítica de Engisch ao procedimento é bastante dura ao afirmar que a fórmula da *conditio sine qua non* pressuporia, a título de causador, precisamente «aquilo que deveria ser primeiramente demonstrado como causal», o que seria um impeditivo à obtenção da exata causa do resultado.¹⁴²⁹ Isso porque a descoberta da condição necessária para a ocorrência de um resultado concreto remete ao prévio reconhecimento de leis causais ou leis naturais.¹⁴³⁰

A partir disso, pretende a substituição da doutrina das condições pela doutrina da condição conforme a lei.¹⁴³¹ O «conteúdo da condição conforme a lei» seria dado de acordo com as «leis da natureza» que ligam condutas humanas, acontecimentos posteriores e resultados que determinados elementos precedem a existência de outros.¹⁴³² Ponto fundamental nessa orientação é a definição do conceito de «lei da natureza em sentido mais amplo».¹⁴³³ Engisch não se posiciona para definir se as leis da natureza devem ser vistas como «leis de necessidade ou de probabilidade», mas destaca que devem ser aplicadas com a «maior possível precisão e rigor» levando em consideração o conhecimento existente no momento da apreciação.¹⁴³⁴

Particularmente, o reconhecimento da causalidade da conduta omissiva ocorre tranquilamente no conjunto da compreensão de Engisch.¹⁴³⁵ O autor indica que, mesmo para os defensores da fórmula lógica da *conditio sine qua non*, existiria, a princípio, uma causalidade da omissão, todavia a explicação demandaria a

¹⁴²⁹ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 16.

¹⁴³⁰ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 20-21. O esclarecimento de que o conhecimento de leis causais é pressuposto indispensável para a afirmação da causalidade tem sido elogiado pela literatura posterior. Por exemplo, Stella aponta que Engisch teria recuperado o «conteúdo natural» da causalidade em direito penal (STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 2 e 11). Semelhante, destacando o valor da contribuição, GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 46; KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 81.

¹⁴³¹ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 13. A doutrina de Engisch é apresentada na doutrina italiana como «subsunção abaixo das leis», por exemplo, STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 1; STELLA, *Giustizia e modernità*, p. 208-210.

¹⁴³² ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 21.

¹⁴³³ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 23.

¹⁴³⁴ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 23. A orientação para utilizar o melhor conhecimento disponível no momento da realização do direito não autoriza a supor – sem qualquer base empírica no caso concreto – que eventualmente o omitente já sabia aquilo que veio a assumir o âmbito de conhecimento geral – condensado numa lei científica – somente depois do fato.

¹⁴³⁵ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 29.

introdução de um «noção de força no conceito causal».¹⁴³⁶ Certamente, bem compreende Engisch, a noção de causação excede o parâmetro físico-ativo próprio das «forças reais» para encontrar melhor fundamento numa noção global de pertencimento a uma lei causal.¹⁴³⁷ Portanto, toda vez que a conduta omissiva situar-se numa reconhecida relação de condicionalidade de resultados – conforme a prescrição de uma lei causal –, será o caso de afirmar a relação de causalidade entre o omitir e o resultado.

Os resultados alcançados pelo empenho reflexivo de Engisch no estudo do tema ainda frutificam na discussão contemporânea sobre o significado, a natureza e a metódica de verificação da causalidade. Apesar de alguns dos seus entendimentos serem sufragados pela doutrina, outros têm sofrido oposições.

Uma primeira contraposição, afeita à natureza da causalidade omissiva, alega que não se poderia desconsiderar a diferença do modo causal entre a ação – que «há posto em marcha uma energia» que desembocou no resultado – e a omissão, na qual não se realizou uma ação que «poderia haver evitado o resultado».¹⁴³⁸ Essa crítica, ostensivamente baseada no conceito ativo-essencialista de causa, privilegia a ação de força, parte positiva da lei causal, em prejuízo da compreensão integral dos fenômenos causadores e das particularidades da conduta omissiva. Ademais, trata-se de uma oposição que não alcança a metódica de verificação do curso causal, mas apenas o reconhecimento da equivalência das partes da lei causal.

Uma segunda, direcionada ao método de verificação, aponta que a proposta de Engisch não rejeita completamente, mas pressupõe a noção de causa como *conditio sine qua non* do resultado.¹⁴³⁹ Em verdade, o procedimento de condição conforme a lei seria apenas um meio de orientar a atividade do juiz, no sentido de conseguir avaliar se conduta pode ser tratada como condição necessária do acontecimento.¹⁴⁴⁰ Assim sendo, o critério da condição *sine qua non* e o

¹⁴³⁶ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 31.

¹⁴³⁷ ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 31 e, depois, ENGISCH, «Das Problem der psychischen Kausalität», p. 264 e s.

¹⁴³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 46.

¹⁴³⁹ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 111 e 112.

¹⁴⁴⁰ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 112.

procedimento da condição conforme a lei formariam partes diversas do mesmo fenômeno ou, como expressou Stella, «duas faces da mesma moeda».¹⁴⁴¹

2.2. A fórmula da *conditio sine qua non* limitada ao conhecimento de leis causais (Stella)

A fórmula da *conditio sine qua non* tem, no seu étimo, uma diretriz de coerência, própria do rigor formal, empreendida para acertar se logicamente uma determinada condição é causa do resultado. É por isso que se tem dito que se trataria de uma fórmula «vazia»¹⁴⁴² de substância material, a requerer complementação de conteúdo mediante a verificação empírica do processo de desenvolvimento de fenômenos – quer na expressão de leis científicas¹⁴⁴³, quer, ao menos, nas «regras de experiência»¹⁴⁴⁴ –, que consiga afirmar o curso de um acontecimento ou o modo como ocorre a mutação dos estados analisados.

Consciente disso, Federico Stella – em estudo sobre o debate entre a proposta nomológica substitutiva de Engisch e a defesa da fórmula da *conditio sine qua non* – conclui que ambas as orientações apresentam uma visão incompleta da metódica de acertamento da causalidade. Por um lado, as críticas formuladas por Günther Spendel¹⁴⁴⁵ não atacam, com propriedade, a sugestão de Engisch, uma vez que não percebe a relevância da convocação da regularidade das leis causais para a delimitação do horizonte de possibilidades investigado e para a orientação do trabalho do juiz no acertamento da condição necessária.¹⁴⁴⁶

Por outro, mesmo na doutrina nomológica de Engisch, o critério da *conditio sine qua non* desempenha um papel essencial na avaliação¹⁴⁴⁷ – especificamente nas condições particulares do caso concreto – se a conduta teria sido «contingentemente

¹⁴⁴¹ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 112.

¹⁴⁴² DONINI, «La causalità omissiva», p. 47.

¹⁴⁴³ KINDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 296, nm. 16; MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 156-157.

¹⁴⁴⁴ ENGISCH, *Weltbild des Juristen*, p. 130; STELLA, *Leggi scientifiche*, p. 127.

¹⁴⁴⁵ SPENDEL, *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie*, p. 89-90.

¹⁴⁴⁶ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 114-115.

¹⁴⁴⁷ STELLA, «vitalità del modello della sussunzione sotto leggi», p. 68.

necessária» para o resultado.¹⁴⁴⁸ Portanto não se poderia concordar com a recusa absoluta da fórmula da *conditio sine qua non*, sob pena de perder direcionamento lógico da pergunta a ser formulada e a necessidade de identificar, entre as várias condições, aquela conduta do destinatário da norma sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Essas foram algumas razões que levaram a doutrina à negação da bondade dogmática da completa rejeição da fórmula e, simultaneamente, ao aproveitamento da elucidação de Engisch acerca da necessidade do conhecimento de leis causais, a fim de propor uma metódica que conjuga o teste da *conditio sine qua non* com o conhecimento de leis causais, universais e probabilísticas.¹⁴⁴⁹

3. A utilização da fórmula da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos

Agora, uma vez esclarecida a metódica compreensiva da fórmula nos crimes comissivos, é possível encaminhar a apresentação do sentido e do fundamento do emprego do método da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos impróprios. Para parte da doutrina, tal tarefa referir-se-ia a uma suposta adaptação, «reformulação»,¹⁴⁵⁰ modificação,¹⁴⁵¹ «inversão»¹⁴⁵² da fórmula, a fim de alcançar a utilização nos crimes omissivos.¹⁴⁵³

O certo é que, conforme se apresentou anteriormente, a fórmula não carece realmente de uma verdadeira alteração. O necessário é superar os obstáculos

¹⁴⁴⁸ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 112.

¹⁴⁴⁹ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 107 e 111-112; STELLA, *Giustizia e modernità*, p. 208; STELLA, «vitalità del modello della sussunzione sotto leggi», p. 69. E, no mesmo sentido, especificamente sobre o accertamento da causalidade nos crimes omissivos, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 296, nm. 16; CADOPPI; VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, p. 222; MARINUCCI; DOLCINI, *Codice penale commentato*, p. 396; MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 156-157

¹⁴⁵⁰ MARXEN, *Strafrecht*, p. 220.

¹⁴⁵¹ JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, nm. 3, p. 619; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 296, nm. 16; HOYER, «Kausalität und/oder Risikoerhöhung», p. 100.

¹⁴⁵² FOLTIN, *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes*, p. 48; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 147. Vogel ainda ressalta com indicação jurisprudencial que a «opinião totalmente dominante» é de que a causalção por omissão deixa-se apreender pelo teste da fórmula da *conditio sine qua non* (VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 147).

¹⁴⁵³ BEULKE; BACHMANN, «Die ‘Lederspray Entscheidung’», p. 744.

compreensivos do paradigma mecânico-essencialista de conduta criminal e do conceito de causa reinante no momento de elaboração da doutrina da equivalência das condições. O primeiro ponto aparenta ter sido amplamente cumprido pela doutrina, resta, portanto, a segunda parte. Também é correto que as orientações acerca do sentido e dos limites de utilidade do teste da *conditio sine qua non* – desenvolvidas, em vários países, depois das doutrinas de forças de Glaser e v. Buri – tomaram caminhos particulares que não já aferrados à estreita igualação entre força e condição. O contemporâneo ambiente cultural e fenomenológico reconhece, com maior amplitude e realismo, que as condições dos resultados não se limitam ao desempenho de ações de força.

Ademais, não é verdadeiramente a adaptação, e sim a aplicação do método em outro espaço fenomenológico de incriminação. Essa fenomenologia – embora menos frequente – já constava no horizonte da constelação de casos para os quais o método da eliminação mental foi enunciado como síntese propositiva. Especificamente, o procedimento indicado pela metódica para o acerto da causalidade nos crimes omissivos impróprios exige duas fases sucessivas,¹⁴⁵⁴ com atenção à dimensão positiva e à negativa da lei causal.

A primeira fase – voltada à dimensão positiva é igual à praticada nos crimes comissivos – buscaria, por meio da eliminação mental, descobrir se ação de força foi realmente condição necessária para a ocorrência da ofensa ao bem jurídico. A identificação da hipótese de ação de força causadora do resultado a ser testada advém do reconhecimento de leis causais. Diante da confirmação da necessidade da ação para a provocação do resultado, poder-se-ia empreender a etapa subsequente. A segunda fase – direcionada à dimensão negativa é genuína dos crimes omissivos – intenciona descobrir se uma hipótese de ação interventiva, caso tivesse sido praticada, teria conseguido efetivamente impedir o resultado e salvaguardar o bem jurídico. É precisamente nesta fase que se localiza a suposta adaptação da fórmula da *conditio sine qua non*. Não se proporia a eliminação mental da manifestação positiva de energia, mas antes se adicionaria hipoteticamente, na descrição do fenômeno causal concreto, uma determinada ação imaginada como capaz de impedir o resultado, segundo o conhecimento de leis causais, para verificar se o concreto

¹⁴⁵⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 156-157.

acontecimento seria evitado.¹⁴⁵⁵ Por isso, tem-se dito que, na primeira fase, utilizar-se-ia o procedimento de retirada mental da ação de força e, na segunda, o de adição mental da ação de força.

4. O rigor ou grau de probabilidade exigido no reconhecimento da causação do resultado pela conduta omissiva

Diante do reconhecimento do vínculo ontológico entre a conduta omissiva e o resultado ofensivo, a tendência seria eventualmente acreditar que o direito penal exige a verificação do grau de certeza para imputação do resultado.¹⁴⁵⁶ A essa conclusão, com base em outras compreensões do fenômeno omissivo, já chegaram alguns autores.¹⁴⁵⁷ Por outro lado, em oposição a esse entendimento, foram levantadas corretas impugnações fenomenológicas acerca da omissão em determinados âmbitos de incriminação, *v.g.* direito penal médico.¹⁴⁵⁸ E, na maior parte das vezes, argumentos de ordem político-criminal relacionados às ditas necessidades preventivas de lesão ao bem jurídico e de repressão penal de certas condutas por meio dos crimes omissivos.¹⁴⁵⁹

Também é correto que a jurisprudência e a doutrina dominantes em diversos países não concedem legitimidade à imputação do crime consumado com alicerce na simples análise de risco, seja no momento de realização da conduta omissiva, seja depois de ocorrido o resultado.¹⁴⁶⁰ O acertamento da causação deve atingir, ao menos, o patamar de confiabilidade de uma altíssima probabilidade num coeficiente

¹⁴⁵⁵ Por exemplo, em FOLTIN, *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes*, p. 48.

¹⁴⁵⁶ A certeza pode ser entendida, numa gramática quantitativa, no máximo «limite de probabilidade», ou seja, com um coeficiente igual a 1 (WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, número 5.152, p. 49).

¹⁴⁵⁷ Por exemplo, na Alemanha, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 236, nm. 76 e, na Itália, AZZALI, «Il problema della causalità», p. 271-272.

¹⁴⁵⁸ A manifestação de que frequentemente não há segurança, mas apenas probabilidades no âmbito médico, revela-se em vários autores, entre eles, recentemente, VIGANÒ, «Riflessioni sulla c.d. 'causalità omissiva'», p. 1680. Já antes, ressaltando que disciplinas como a biologia se fundam prevalentemente em leis estatísticas (STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 32).

¹⁴⁵⁹ A título de exemplo GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropria», p. 71 e os autores proponentes da doutrina da diminuição do risco (2º Parte, Capítulo IV, Tópico 3.2).

¹⁴⁶⁰ Sobre a doutrina da diminuição do risco, ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópicos 3 e 3.4.

próximo de 1 ou uma «probabilidade próxima à certeza», conforme prescreve a jurisprudência e a doutrina na Alemanha,¹⁴⁶¹ Áustria,¹⁴⁶² Itália,¹⁴⁶³ Portugal¹⁴⁶⁴ e Brasil.¹⁴⁶⁵ A razão desse entendimento, para uma parcela considerável da doutrina, funda-se na própria qualidade da causalidade omissiva, que devido a sua natureza – supostamente desprovida de dimensão material ou ontológica, por vezes, reputada apenas lógica, hipotética, normativa ou irreal –, não se deixaria observar com a mesma certeza que a causação pela energia cinética. Ainda assim, nos casos em que a probabilidade assumisse a alta proximidade à certeza, o acerto do nexo de causalidade – embora não qualificado propriamente de algo certo – não chegaria a ofender a exigência de rigor na aplicação da lei penal.¹⁴⁶⁶

A linha argumentativa seguida até aqui não apenas objetivou refutar pontos estruturantes das compreensões que negam a dimensão ontológica da causalidade da omissão,¹⁴⁶⁷ como também apresentar contribuição à verificação do nexo do fenômeno omissivo, num horizonte no qual as leis causais contêm impreterivelmente uma parte positiva e outra negativa.¹⁴⁶⁸ Diante disso, a questão que ficaria em aberto seria: se todo e qualquer evento natural depende igualmente da ação de um vetor de força e do não impedimento do transcurso de sua dinâmica, por que condutas – fundadas respectivamente em cada uma dessas realidades – não se deixariam verificar com o mesmo grau de rigor?

¹⁴⁶¹ Por exemplo, JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch*, nm. 4, p. 619; NAUCKE, *Strafrecht*, §7º, p. 292, nm. 267; MARXEN, *Strafrecht*, p. 220; KÜHL, *Strafrecht*, p. 583, nm. 36; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 296, nm.14 e 17; WALTER, «Vorbemerkungen zu den §§13ff», p. 752, nm. 86; KÜHL, «Vorbemerkung §13», p. 73; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, p. 91, nm. 4.

¹⁴⁶² FABRIZY, *Strafgesetzbuch*, p. 32-33, nm. 10.

¹⁴⁶³ Na jurisprudência, encontra-se a expressão «alto grau de credibilidade racional» (CRESPI; FORTI; ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, p. 207). Na doutrina, identifica-se, por exemplo, as denominações de «grau elevado de credibilidade racional» (STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 315), «alto grau de probabilidade nos limites da certeza» (MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 184, nm. 10.5.2, MARINUCCI; DOLCINI, *Codice penale commentato*, p. 401), «probabilidade próxima à certeza» (CADOPPI; VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, p. 222; NISCO, *Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, p. 307; SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, p. 131), «doutrina da certeza atenuada» (BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, p. 259) e «elevada probabilidade» (MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 155 e 157).

¹⁴⁶⁴ VELOSO, *Apontamentos sobre omissão*, p. 9. Reconhecendo ser essa doutrina e a jurisprudência dominante em diversos países, LEITE, *As «posições de garantia»*, p. 102. Em sentido contrário, defendendo uma análise da diminuição do risco, DIAS, *Direito Penal*, 38º Cap., p. 931, §10.

¹⁴⁶⁵ D'AVILA, *Crimes Omissivos Próprios*, p. 335; SANTOS, *Direito penal*, p. 202; TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 45.

¹⁴⁶⁶ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 315.

¹⁴⁶⁷ Sobre isso, ver 2º Parte, Capítulos III, IV e V, Tópico 1 e 3º Parte, Capítulo I.

¹⁴⁶⁸ Sobre isso, ver 2º Parte, Capítulo V, Tópico 2.3.

A resposta requer a alteração do foco da doutrina dominante, passando da natureza da causalidade para a metódica de verificação e a capacidade explicativa da fórmula da *conditio sine qua non*. É correto que se pode afirmar *ex post* com segurança ser a ausência do impedimento do transcurso da ação de força, que desembocou no resultado, tão real e verdadeira quanto a exata ação de força. É igualmente verdadeiro que a construção normativa do conceito de conduta omissiva repousa sobre o dado real da ausência de impedimento, componente essencial do fenômeno e da lei causal. Agora, a constatação desses elementos não responde à questão se a ação possível, conforme os limites dos poderes do destinatário da norma, teria condições de salvaguardar o bem jurídico.

Ao passo que as duas primeiras observações se referem ao plano da realidade do fenômeno, essa pergunta reporta-se ao plano hipotético, regido pela suposição da inevitabilidade. A tarefa seria descobrir, com alta segurança, se o destinatário da norma poderia impedir o resultado, o que inapelavelmente depende de duas variáveis: o ambiente perigoso e a capacidade interventiva. Não se consegue alcançar certeza absoluta de como se comportaria o campo de interação do fenômeno perigoso diante da ação do destinatário da norma.¹⁴⁶⁹ Isto é, qual seria o vetor de força resultante, se ainda perigoso ou se afastado do âmbito de tutela do bem jurídico. Esse coeficiente de incerteza decorre da noção física de que a intervenção de energia num sistema altamente complexo nem sempre o altera de modo absolutamente previsível e da não rara inexistência de cobertura universal das leis científicas, disponíveis para guiar o procedimento de verificação. Aliás, há mesmo a consciência filosófica em relação à impossibilidade empírica de uma perfeita dominabilidade de todas as condições e fatores que podem interagir nos acontecimentos durante o desenvolvimento do seu curso.¹⁴⁷⁰

Veja-se o seguinte exemplo indicativo da limitada capacidade de intervenção e da nítida possibilidade de alteração do ambiente do perigo. Um indivíduo desarmado viu uma vítima sofrer violência física pela ação de um agressor armado e na companhia de companheiros. Estritamente em relação à equivalência da força

¹⁴⁶⁹ Essa problemática específica é amplamente reconhecida e tratada na jurisprudência e na doutrina do direito penal médico.

¹⁴⁷⁰ Sobre isso, ver 3º Parte, Tópico 6.

física, uma eventual intervenção da pessoa desarmada talvez pudesse efetivamente impedir a agressão. Ocorre que não há como ter certeza, depois do ocorrido, de que a suposta tentativa de salvamento não seria imediatamente repelida pelo uso da arma e pela força dos companheiros do agressor.

Perante essa explicação, poder-se-ia corretamente ainda recordar que o método de investigação da causalidade do agir convoca igualmente uma dimensão hipotética,¹⁴⁷¹ portanto não haveria eventualmente razão para negar a identidade em relação ao rigor exigido na verificação da causalidade. A elucidação desse ponto impõe o aprofundamento da metódica em atenção às particularidades da verificação da causação mediante ação e omissão. A causação por ação tem a delimitação espaço-temporal nas dimensões da energia de força empreendida, de modo que, se fosse retirada mentalmente essa ação, o resultado não viria a ocorrer na concreta forma como ocorreu. Com isso não se nega que poderia acontecer de uma maneira semelhante ou muito semelhante, o que se entende pelo título de causas alternativas ou adicional.¹⁴⁷² Há, neste caso, apenas uma variável a demandar o raciocínio hipotético.

Já a causação por omissão tem a mesma delimitação espaço-temporal da ação, todavia a verificação não se permite atingir sempre com a mesma certeza, pois o procedimento de supressão mental do omitir inclui, como foi visto, duas variáveis.¹⁴⁷³ Não basta a realização de uma qualquer ação pelo destinatário, mas, sim, de uma ação que, naquele contexto concreto, seria efetivamente impeditiva do resultado ofensivo. Por consequência, a resposta da questão depende da identificação, primeiramente, de qual ação culminou no resultado e, depois, de qual ação – no limite das capacidades do destinatário da norma – poderia o evitar e foi omitida.

¹⁴⁷¹ Sobre isso, ver 4º Parte, Capítulo I, Tópico 2.

¹⁴⁷² Sobre isso, ver 4º Parte, Capítulo II, Tópico 1.3., letra c.

¹⁴⁷³ Ademais, sobre isso, ver MANTOVANI, *Diritto penale*, nm. 58, p. 156-157.

5º PARTE – PROBLEMA ESPECÍFICO DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NAS DECISÕES DE ÓRGÃOS COLEGIADOS

Apresenta-se um problema sobre a circunscrição do âmbito legítimo de incriminação por omissão imprópria no Estado Democrático de Direito, com indiscutível complexidade dogmática e político-criminal, para indicar as bases de uma solução comprometida com os fundamentos materiais do nexo de causalidade. Pretende-se igualmente, mediante as características do fenômeno concreto, ver exemplificada as diretrizes doutrinárias anteriormente propostas a respeito da natureza e da metódica compreensiva da causalidade da omissão imprópria.

As deliberações dos órgãos coletivos decisórios conformam espaço dotado de significativos desafios práticos e instigantes questões teóricas para testar a qualidade da metódica de acerto da causalidade da omissão imprópria.¹⁴⁷⁴ Destacam-se, especialmente, dois núcleos fundamentais de preocupações, nomeadamente o coletivo, representado pelo órgão no seu conjunto, e o individual, cuja base é a conduta particular de cada um dos membros do órgão. Conceder-se-á destaque exclusivamente à delimitação da responsabilidade dos membros de órgãos coletivos decisórios na tomada de decisões. Pois os problemas relativos à dogmática da omissão tendem a se mostrar intensificados, quando a situação concreta exige a intervenção conjunta de vários destinatários da norma para evitar o resultado.¹⁴⁷⁵

Para trazer mais clareza à discussão doutrinária, inicia-se pela tentativa de enunciação descritiva dos traços característicos do fenômeno geral das decisões colegiadas. E, mais adiante, com base nessa exposição, apresenta-se os conceitos, princípios e as questões jurídicas debatidas na doutrina.

¹⁴⁷⁴ Por exemplo, DIAS, *Ramos emergentes*, p. 186-187; DIAS, *Direito Penal*, p. 325, §7. Sereni sublinha a relação entre a responsabilidade da pessoa jurídica e a responsabilidade da pessoa individual (SERENI, Andrea, *Causalità e responsabilità penale*, p. 14).

¹⁴⁷⁵ GRECO, «Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», p. 681.

1. A descrição do fenômeno inerente ao problema jurídico-penal das decisões dos órgãos colegiados

A decisão de órgãos colegiados consiste na deliberação de uma reunião – orientada para um certo objetivo por força de lei ou de acordo – de pessoas pertencentes à determinada organização formal com funcionamento preestabelecido, a fim de tomar decisões.¹⁴⁷⁶ Trata-se de estruturas decisórias ou de gestão com a possibilidade de coleta aberta ou secreta do voto individual e regência pelo princípio da maioria na obtenção da vontade geral.¹⁴⁷⁷ A resolução obtida, com base na manifestação do conjunto dos participantes, representa mais que a soma daqueles que participaram, significa também a vontade do órgão coletivo e da organização a qual o órgão pertence. Em síntese, a decisão é o instrumento técnico utilizado para conferir vontade autônoma à organização.¹⁴⁷⁸

A partir dessa descrição, já se podem identificar dois dos três elementos essenciais para a caracterização do fenômeno segundo a criminologia, nomeadamente a organização e a decisão.¹⁴⁷⁹ Considera-se como o terceiro elemento a efetividade do decidido, no sentido do regular respeito e cumprimento da deliberação pelos outros componentes da organização.¹⁴⁸⁰

Numa perspectiva jurídica, o decidido pela organização pode contrariar tanto os direitos civil, comercial, tributário, administrativo, quanto o penal, de modo a ter capacidade causadora de resultados ilícitos em quaisquer desses ordenamentos.¹⁴⁸¹ Portanto, da tomada da decisão, surgem dois sentidos de responsabilização jurídica: um vertical ou externo ao colegiado – adstrito à responsabilidade do órgão por delegação de competência aos executores daquilo que foi decidido – e outro

¹⁴⁷⁶ KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 8. Nesse sentido, destaca-se que não se pode confundir fenomenológica ou criminologicamente órgãos colegiados com grupos ocasionais ainda que, episodicamente, formem um colegiado, gangues de jovens e quadrilhas de delinquentes (FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 227-228 e 238 e, depois, KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 6 e 10).

¹⁴⁷⁷ KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 8.

¹⁴⁷⁸ FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 229; KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 6.

¹⁴⁷⁹ FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 237.

¹⁴⁸⁰ FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 237.

¹⁴⁸¹ KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 7.

horizontal ou interno ao colegiado, formado pela multiplicidade dos participantes.¹⁴⁸²

A decisão significa, por um lado, o ponto de partida e o fundamento para atribuição do resultado à instituição. Trata-se, por outro, de uma barreira ou bloqueio, situado entre as condutas individuais e o ataque ao bem jurídico protegido, o que a doutrina indica como algo que torna mais difícil a fundamentação da imputação individual do resultado.¹⁴⁸³ Certamente no que diz respeito à imputação da responsabilidade objetiva é interessante atentar para o conteúdo e para o procedimento por meio do qual ocorre a tomada da decisão. Toda discussão sobre os melhores caminhos a serem seguidos pela organização, quer tenha a ampla participação de todos os membros, quer se restrinja a alguns do grupo, ocorre sempre antes da colocação da votação.¹⁴⁸⁴ Após a resolução, mediante a coleta dos votos, o conteúdo da decisão torna-se imutável, sendo qualquer comportamento organizacional diferente do decidido dependente ou da reposição do tema à deliberação, ou da não execução da ordem.

1.1. A relevância axiológica e político-criminal do fenômeno

A problemática das decisões colegiadas não é propriamente um fenômeno recente no direito penal. É possível se deparar com a observação feita por Binding, numa conferência há mais de um século, que, embora os titulares de função pública fossem com alguma frequência «membros de autoridade pública organizada colegialmente», a questão dos crimes cometidos por eles nos coletivos decisórios estava, até então, sendo intensamente descuidada pela doutrina.¹⁴⁸⁵ Essa situação doutrinária veio se alterar substancialmente apenas com a prolatação de algumas

¹⁴⁸² FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 229.

¹⁴⁸³ FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 240; KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 12.

¹⁴⁸⁴ KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 12.

¹⁴⁸⁵ BINDING, «Das Amtsverbrechen», p. 16. Karl Binding destaca ainda que o colegiado, segundo a opinião jurídica dominante, seria sujeito de direito incapaz de cometer crimes, o que tornava o problema da determinação da responsabilidade individual ainda mais importante (BINDING, «Das Amtsverbrechen», p. 16).

decisões jurisprudenciais importantes no início da década de 90 do século passado.¹⁴⁸⁶

A importância prática do que se denomina, no direito administrativo alemão, de «princípio do colegiado» (*Kollegialsprinzip*) tem crescido desde o desenvolvimento econômico do capitalismo no século XIX.¹⁴⁸⁷ Mesmo que se observem significativas interrupções nos períodos autoritários ditatoriais, nos quais os órgãos colegiados foram substituídos por órgãos monocráticos.¹⁴⁸⁸ As decisões coletivas são uma realidade disseminada nos procedimentos de gestão de empresas contemporâneas, mas com inserção igualmente em outros âmbitos administrativos. Decerto a importância prática do problema manifesta-se em todos os âmbitos que estruturam órgãos ou grêmios destinados à tomada de decisões, *v.g.* câmaras legislativas, conselhos administrativos de fundações e de institutos, juntas médicas, grêmios universitários e escolares de professores, juízos colegiados de magistrados.¹⁴⁸⁹

Há muito tempo, são reconhecidos os benefícios do intercâmbio e da comunhão de diferentes conhecimentos disciplinares e especialidades em nome de um objetivo comum nas mais diversas áreas onde se identificam a organização dos colegiados.¹⁴⁹⁰ Na atualidade, o tema tem sido posto em evidência sobretudo pelas dificuldades ocorridas no campo penal empresarial. Por um lado, desenvolve-se como meio de alcançar a responsabilização individual e evitar a necessidade de recorrer à responsabilização penal da pessoa jurídica na integralidade da empresa ou na parcialidade de alguns dos seus órgãos. Por outro, constrói-se como meio de garantir o cumprimento e a responsabilização dos gestores e supervisores por uma série de mandamentos jurídico-penais.

É expressivamente grande o significado desse conjunto de casos no direito penal empresarial, no qual ocorre a reconhecida separação entre a propriedade e a gestão dos meios,¹⁴⁹¹ concedendo especial destaque aos crimes contra a saúde dos

¹⁴⁸⁶ Em 1985, Einhard Franke ainda escrevia que não seria motivo para surpresa a «abstinência científica» da doutrina, caso o tema não tivesse significado prático, mas, de fato, não era o que acontecia (FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 228)

¹⁴⁸⁷ FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 229.

¹⁴⁸⁸ FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 229.

¹⁴⁸⁹ FRANKE, «Aspekte der Kollegialdelinquenz», p. 229-230; KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 2 e 18.

¹⁴⁹⁰ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 11.

¹⁴⁹¹ PÉREZ CEPEDA, *responsabilidad de los administradores de sociedades*, p. 65.

consumidores¹⁴⁹² e contra o meio ambiente.¹⁴⁹³ Percebe-se o claro interesse das instâncias de controle em evitar um estado indesejável que foi chamado de «irresponsabilidade organizada» (*organisierter Unverantwortlichkeit*) na jurisprudência alemã,¹⁴⁹⁴ prejudicial à realização penal no sentido de impossibilitar a imputação penal do resultado ofensivo aos membros do colegiado.

Tal irresponsabilidade decorreria de uma questionável forma de aplicação do teste da *conditio sine qua non* em reuniões deliberativas, nas quais vige o princípio da maioria. Conforme essa visão, nenhum voto dos membros do órgão coletivo seria verdadeiramente necessário para a chegada na decisão e a ocorrência do resultado, dado que, mesmo se algum deles viesse a votar contra a resolução de ofender o bem jurídico, chegar-se-ia igualmente à mesma consequência, em razão de a decisão não precisar ser unânime. Para além disso, entende-se que a legitimidade de decisões por maioria supostamente justificaria a inação ou, até mesmo, a omissão, sob a alegação de que não mudaria o resultado ocorrido diante de qualquer tentativa de impedimento da decisão criminosa.¹⁴⁹⁵

As razões para rejeitar essa visão das coisas apoiam-se em argumentos de duas ordens. Primeiro, uma que convoca razões de natureza axiológica, as condutas dos componentes do órgão coletivo, que causaram o resultado ofensivo ao não agirem para impedir o desenvolvimento do curso causal perigoso, são valoradas juridicamente como desvaliosas. Segundo, outra que convoca interesse político-criminal de ampliar a proteção de bens jurídicos em situações perigosas e evitar lacunas de punibilidade no ordenamento penal.¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹² KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 1 e 16; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 121, nm. 281; SOUSA, *responsabilidade criminal pelo produto*, p. 23-25.

¹⁴⁹³ KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 2; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 462.

¹⁴⁹⁴ BGHSt 06.07.1990, p. 132. E, na doutrina, GRECO, «Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», p. 681.

¹⁴⁹⁵ KÜHL, *Strafrecht*, p. 535, nm. 39b.

¹⁴⁹⁶ Pérez Cepeda adverte ainda acerca da existência de uma tendência doutrinal de questionável bondade a fundamentar a posição de garante do empresário com os fins estritos de «aumentar a prevenção e a eficácia do direito penal» (PÉREZ CEPEDA, *responsabilidad de los administradores de sociedades*, p. 66).

1.2. A relevância jurídico-penal e sistemático-doutrinal do fenômeno

O tema das decisões de órgãos colegiados manifesta igualmente relevância categorial e sistemática na construção geral da doutrina analítica do crime. As decisões judiciais prolatadas nesse âmbito, por vezes, recorrem a uma metódica de fundamentação significativamente debatida em âmbito doutrinal,¹⁴⁹⁷ o que justifica o interesse na identificação de quais são as razões capazes de legitimar e estabelecer os limites da punição. Especialmente três são os campos doutrinários que têm sido objeto de discussão: a causalidade, a imputação objetiva e a comparticipação.¹⁴⁹⁸ Destacam-se aqui apenas alguns pontos indicativos dos temas nos quais há incerteza acerca dos limites de atribuição da responsabilidade e se têm defendido mudanças.

Primeiro, a literatura especializada apresenta alguma dúvida acerca da imprescindibilidade do referencial fenomenológico do nexos causal reconhecido pelo direito para a solução global do problema. Segundo, questiona-se a eventual adequação da metódica de verificação da relação de causalidade por meio da fórmula da *conditio sine qua non*. Terceiro, há a necessidade de determinar o conteúdo do dever e de estabelecer fronteiras à posição de garante dos membros dos órgãos colegiados. Quarto, consta mitigada a relevância da fenomenologia causal especificamente para a fundamentação e o estabelecimento dos limites máximos das formas de comparticipação.¹⁴⁹⁹

Particularmente, as hipóteses de práticas de condutas omissivas no âmbito das decisões coletivas apontam duas modalidades: (a) a omissão de um dos membros do órgão colegiado na realização de uma deliberação, (b) a omissão do órgão colegiado como um todo concretizada na decisão por não interromper o

¹⁴⁹⁷ KÜHL, *Strafrecht*, p. 535, nm. 39b. Assim, por exemplo, sobre o caso alemão do Lederspray, Erich Samson considera que a fundamentação apresentada na decisão não resolve nenhum problema significativo e, ainda, encobre a ausência de uma metodologia segura por meio da adoção de posições insustentáveis e problemáticas (SAMSON, «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», p. 182 e 186).

¹⁴⁹⁸ KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 2.

¹⁴⁹⁹ Nesse sentido, é a intenção de Knauer em esclarecer a relação entre causalidade e co-autoria é o que pretende, por exemplo, KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 2.

curso causal perigoso.¹⁵⁰⁰ O acerto da responsabilidade individual dos membros dos órgãos coletivos decisórios tem recebido prioritariamente tratamento dogmático na doutrina da comparticipação,¹⁵⁰¹ o que denota uma orientação sistemática de enfrentamento do problema que nem pode ser entendida como impreterível, nem descurada como se fosse uma impositão aleatória sem maior importância doutrinal.

2. A determinação dos conceitos e dos princípios fundamentais da deliberação colegiada

A compreensão do fenômeno da decisão dos órgãos colegiados não se dá por completa, sem que se estabeleçam os princípios e os conceitos fundamentais inerentes a esse âmbito de disciplina jurídica. É necessário indicar com mais precisão, em primeiro lugar, o que é o voto e as suas formas de manifestação, bem como as modalidades e variações de valor, a espécie de contribuição particular dada na deliberação. Mais especificamente, a tarefa da diferenciação do valor do voto trata de saber se todos os membros são iguais ou alguns dos componentes goza de voto com maior peso decisivo. No que diz respeito à espécie da contribuição particular dada na deliberação, urge explicar o que é o voto divergente, nulo e a abstenção de voto.

2.1. O voto

Na dimensão organizacional, conforme foi visto, o voto consiste no instrumento ou meio de configuração da vontade do órgão deliberativo, pois a vontade da organização sintetiza o resultado da soma das vontades dos membros do grêmio deliberativo.

¹⁵⁰⁰ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 11; GRECO, «Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», p. 681.

¹⁵⁰¹ KNAUER, *Kollegialentscheidung im Strafrecht*, p. 1; DIAS, *Ramos emergentes*, p. 187.

Na dimensão individual, o voto é a expressão formal de conteúdo material, que vincula o membro do colegiado à certa opinião acerca do caminho de gerenciamento ou decisão, refletido na deliberação do órgão. Com isso não se supõe inexistirem outras formas importantes de comportamento dos participantes do grêmio para expressar a sua opinião e mesmo buscar o convencimento dos seus pares. Apenas se sublinha que – independente da temática e do quão convincente sejam os argumentos levantados previamente na discussão – a tomada de decisão exige a concretização sintética em hipóteses elegíveis. O voto confere o comportamento do membro do colegiado diante do pleito e de cada uma das eventuais propostas, que vale como manifestação oficial da sua vontade, capaz de servir como base para a prova da contribuição individual na perfectibilização do nexo de causalidade entre a decisão e a ofensa ao bem jurídico.

O procedimento de coleta dos votos concretiza-se de duas formas. A manifestação expressa do voto costuma ser realizada em suporte físico de papel, meio eletrônico, ou, até mesmo, por gesto ou sinal visual de cada um dos membros do colegiado, capaz de tornar possível a contagem por quem preside os trabalhos. Já a manifestação secreta ocorre, frequentemente, por meio de cédula de papel intencionalmente não identificada.

2.1.1. O voto de qualidade

A normativa constitutiva do colegiado pode prever que algum dos membros, normalmente o presidente ou diretor do órgão, tenha o pleno direito de decidir o sufrágio em caso de haver o empate na votação regular.¹⁵⁰² A forma de dirimir a igualdade ocorre por meio da aprovação ou rejeição da proposta em questão, o que ressalta a responsabilidade do titular desse direito perante o resultado.

A noção de que o voto de qualidade poderia traduzir-se na prática como equivalente à propriedade do direito de dois ou mais votos é uma compreensão equivocada. Isso porque, numa situação na qual esteja a se processar uma vitória por dois votos de vantagem, no sentido contrário ao que deveria ocorrer segundo o

¹⁵⁰² DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 97.

entendimento do titular do voto de qualidade, a sua manifestação de voto apenas terá força para diminuir a diferença, mas já não conseguirá empatar os valores apurados. Por outro lado, decerto a situação é diferente, caso a vitória parcial for de apenas um voto, devendo ainda ser ouvida a opinião do titular do voto de qualidade, que poderá perfeitamente empatar o pleito. E, posteriormente, diante do empate, gozará do poder de decidir a deliberação da forma que melhor considerar acertada.

Em termos jurídico-penais, quer dizer que o titular do voto de qualidade é destinatário do comando de agir em condição igual à dos demais membros do colegiado. Contudo, poder-lhe-á eventualmente ser exigido um comportamento de realçada relevância, especificamente nas situações de empate dos votos contados, dada a sua capacidade de resolver o sufrágio no sentido de proteção do bem jurídico.

2.1.2. O voto nulo

A ordenação constitutiva do colegiado pode também estabelecer normativamente a possibilidade de os seus membros anularem o voto diante das propostas apresentadas. Em termos pessoais, o voto nulo manifesta uma avaliação de completa rejeição à bondade das alternativas em questão. Em termos organizacionais, a anulação refere-se sempre ao descumprimento do dever administrativo, civil ou empresarial de cuidado que recai sobre aqueles participantes dos processos deliberativos.¹⁵⁰³ Pois é inerente às atividades do membro os deveres de controlar o cumprimento de todos os requisitos do processo deliberativo e de contribuir para a tomada da melhor decisão. Agora, a eventual violação do dever de ordem administrativa ou societária não significa necessariamente nem uma violação de natureza penal, nem a atribuição de responsabilidade criminal por eventuais danos, dado que é necessária a verificação da relação de causalidade entre o voto nulo e o dano.¹⁵⁰⁴

¹⁵⁰³ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 97.

¹⁵⁰⁴ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 97.

A doutrina diferencia corretamente entre os membros encarregados de participar e de colaborar para a tomada das decisões e aqueles outros apenas autorizados a participar da deliberação. Segundo esse entendimento doutrinal, não existiria o impedimento da anulação do voto por parte dos membros apenas excepcionalmente autorizados a participar da reunião.¹⁵⁰⁵

Por certo, o exato sentido da conduta daquele que faz uso da faculdade de anular o voto depende da análise do contexto no qual ela ocorre. Aliás, em termos políticos eleitorais, não é correta a presunção que tende a ver o voto nulo como omissão e conivência com a opção da maioria, apesar de ser essa pragmaticamente a consequência em termos causais. A verdade é que o voto nulo poderá não ter qualquer efeito prático para o direito penal dependendo da ocasião, *v.g.* último membro a votar em determinado processo deliberativo – com coleta de voto aberto sem possibilidade de mudança do voto – tendo como objeto propostas absolutamente insatisfatórias em termos gerenciais e irrelevantes criminalmente.

Sensivelmente diferente ocorre na hipótese de o membro do colegiado perceber que uma das alternativas inclina-se à realização de conduta criminosa. Neste caso específico, terá o dever de agir para interromper o curso causal capaz de resultar na decisão pela ofensa ao bem jurídico protegido. Assim, portanto, o voto nulo caracterizaria a omissão do mandamento de realizar a ação impeditiva do resultado na limitada fração de poder que estava a sua disposição.

2.1.3. A abstenção na votação

A abstenção de voto do participante da decisão tem sido objeto de diferentes orientações doutrinárias, a reivindicar reflexão específica voltada propriamente ao reconhecimento do valor axiológico e do significado jurídico da conduta diante da decisão pelo colegiado, bem como das consequências penais que dali eventualmente podem advir. A observação do fenômeno abstensivo indica, ao menos, três formas de abstenção. Primeiro, a intencional privação do exercício do seu direito de voto pelo membro do colegiado, quando está presente na reunião da qual decorre a

¹⁵⁰⁵ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 97.

decisão. Segundo, a ausência intencional e injustificada do membro do grêmio na reunião deliberativa de que deveria fazer parte. Terceiro, a ausência involuntária e justificada do membro em reunião deliberativa de que deveria fazer parte.

Decerto as consequências penais da abstenção não são estabelecíveis idealmente em abstrato, pois, em verdade, o seu significado somente se perfectibiliza em cotejo com o contexto de sua inserção. Vejam-se duas questões especialmente problemáticas acerca da identificação de se uma abstenção poderia mesmo ser valorada da proposta que resultou vitoriosa.¹⁵⁰⁶ Numa decisão potencialmente ofensiva ao âmbito de bem jurídico, todo aquele membro do colegiado que não aprova a decisão e igualmente não vota em sentido contrário a fim de impedir – ao optar pela abstenção –, acaba por contar como aceitação da decisão. Isso não quer dizer que não seja discutível se a sua conduta particular foi contrária ao dever. Conforme foi visto, tem-se alegado existir na abstenção, para além do efeito prático da aprovação, uma conduta que não poderia ser reconhecida como adequada ao cumprimento do dever de cuidado próprio dos membros do colegiado.¹⁵⁰⁷

Agora, outra realidade ocorre quando a organização precisa intervir no curso causal perigoso para proteger o bem jurídico, mas no sufrágio não se alcança maioria necessária para aprovação da decisão. Os votos a favor da ação serão vistos em conformidade com o mandamento preceptivo, ao passo que aqueles contrários e as abstenções qualificados como em descumprimento do dever de agir.¹⁵⁰⁸

Parece ser correto distinguir a abstenção de voto na deliberação que está presente e possui certo controle do desenvolvimento da sufrágio daquela intencional ou involuntária ausência no processo deliberativo, eventualmente reconduzíveis ao conceito geral abstenção. Isso, porque existe a possibilidade de que determinado órgão coletivo não imponha aos seus componentes o dever de participar em rigorosamente todas as decisões, situação na qual a abstenção de voto e a ausência não caracterizariam a violação dos deveres extrapenais inerentes àquela função.¹⁵⁰⁹ Mas o problema não resulta solucionado apenas com essa noção, porque fica em

¹⁵⁰⁶ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 95.

¹⁵⁰⁷ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 94.

¹⁵⁰⁸ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 95.

¹⁵⁰⁹ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 97.

aberto a contribuição causal dada por aquele que se abstém ou busca intencionalmente se ausentar da tomada de decisão.¹⁵¹⁰ O certo é que destinatário do dever penal de agir, diante de uma situação de perigo ao bem jurídico sob a sua garantia, não pode alegar a existência de uma norma extrapenal a autorizar a abstenção.

2.2. Os princípios reitores da tomada de decisão

Em continuidade a exposição dos conceitos, devem-se enfrentar os princípios que incidem na decisão colegiada em relação à forma de funcionamento da apresentação da questão para ser decidida e à quantidade proporcional de votos exigíveis para a legitimidade da decisão, nomeadamente se é necessário unanimidade, maioria qualificada ou simples dos participantes.

A forma de apresentação da questão, quando regida pelo chamado princípio da aprovação, requer que todos os membros declararem a sua aceitação para a obtenção da decisão positiva.¹⁵¹¹ Portanto, as decisões – quer em conformidade, quer em contrariedade com o sentido da lei – são sempre decorrentes da ação conjunta dos participantes do órgão coletivo. A verificação de uma resolução contrária ao sentido de proteção legal permite que facilmente se reconstrua a contribuição causal e a contrariedade ao dever da conduta individual de cada um dos membros. Neste caso, as abstenções equivalem a votos no sentido de rejeição da proposta.¹⁵¹²

Em outras palavras, numa hipótese em que a proposta levada à apreciação do colegiado fosse para a intervenção salvadora no curso causal perigoso ao bem jurídico, a necessária observação do dever de agir pelos destinatários da norma impõe que aprovem a decisão, sendo as abstenções e as rejeições da proposição qualificadas como omissões. Vale lembrar que para as decisões, cuja forma de apresentação da questão são regidas pelo princípio da aprovação, também vige a mesma regra comum a todas as decisões colegiadas, no sentido de que não basta

¹⁵¹⁰ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 98.

¹⁵¹¹ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 93.

¹⁵¹² DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 93.

indicar a contribuição causal dos membros na obtenção da decisão, mas, sim, é preciso provar que havia o dever de impedir o resultado.

São quatro os princípios acerca do grau de aprovação exigido acerca do objeto da deliberação: unanimidade absoluta, unanimidade relativa, maioria qualificada e maioria simples. A quantidade de votos necessária a fim de alcançar a legítima obtenção da decisão pode exigir a totalidade dos membros, quando a regência for dada pelo princípio da unanimidade absoluta. Igualmente o regulamento do órgão pode estabelecer que não seja imprescindível a unanimidade absoluta dos membros do órgão coletivo, mas que baste a unanimidade dos participantes do concreto processo de tomada da decisão, chamada de unanimidade relativa em menção à totalidade em relação aos presentes. Diante dessa situação, uma vez configurada a unanimidade dos presentes na decisão, as abstenções contariam pragmaticamente como aprovações.¹⁵¹³

O princípio da maioria qualificada exige que alcance a parcela maior de todos os membros e não apenas daqueles presentes, como ocorre na votação por maioria simples. E, portanto, nessa situação as abstenções contam como negação da proposta em votação. O princípio da maioria simples, menos rigoroso, institui a exigência que a deliberação apenas alcance a maior parte dos votos proferidos pelos presentes, sendo consideradas as abstenções para fins de composição dessa maioria.¹⁵¹⁴ Assim, para que a decisão obtida seja lúdima, é necessário tão somente alcançar uma votação igual à metade mais um voto do total de participantes.

2.3. A particularidade do direito de veto

Há organizações que preveem, no seu regulamento, a prerrogativa de alguns membros da estrutura deliberativa e executiva vetar o que tenha sido decidido pelo colegiado decisório. Por exemplo, o diretor executivo ou o presidente do conselho deliberativo podem propor a apreciação de determinado tema ou levar à deliberação alguma proposta oferecida por algum membro do colegiado, sabendo que é

¹⁵¹³ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 93 e 95.

¹⁵¹⁴ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 95.

reservado – para si ou para si e para alguns outros – o direito especial de impedir o seguimento das decisões frontalmente contrárias ao sentido buscado na deliberação ou excedentes para além dos limites máximos do deliberável. A doutrina tem assinalado corretamente que a disposição desse poder especial diante da deliberação dos demais votantes tornaria o seu titular alguém com um dever diferenciado em relação a eles.¹⁵¹⁵

É correto, por outro lado, ser defeso o abuso do direito de veto para que se retire injustamente o efeito regular e esperado das decisões – formal e materialmente acertadas conforme a prescrição jurídica – que deveriam ser tomadas. Trata-se precisamente da atuação exorbitante dos titulares da prerrogativa de veto o que os torna capazes de praticar condutas criminosas comissivas e omissivas, de acordo com a forma como a questão da ofensa do bem jurídico tem a sua inserção no caso.

Importa não perder de vista que o direito de veto faz do seu titular pessoa diferenciadamente capacitada em termos negativos, ou seja, a aptidão a evitar eficácia de decisões incorretas ou ilícitas. Exatamente por essa razão que o direito ou prerrogativa de veto poderá resultar, em termos penais, com um dever especial de intervenção. Todavia, a partir dessa situação, seria equivocado supor que a prerrogativa de veto outorgaria igualmente especial capacidade positiva para modificar decisões e propor efeitos – supletivos da omissão do órgão colegiado – úteis ou imprescindíveis para que a instituição atue em harmonia com a ordem legal.¹⁵¹⁶

Desde a fenomenologia dos grêmios decisórios nos quais há o poder de veto e da semântica das categorias jurídico-penais, constatam-se duas situações diferentes. Caso a deliberação do colegiado resulte numa decisão para a prática da ação ofensiva ao bem jurídico, a prerrogativa de veto adquire pleno sentido impeditivo do início do curso causal perigoso e reveste-se de dever jurídico-penal de agir para obstar a ofensa.

A situação não será a mesma se já existir o curso causal perigoso ao bem jurídico protegido, de modo que a efetiva interrupção do curso causal por parte da organização dirigida pelo órgão colegiado torna-se penalmente exigível. Diante da

¹⁵¹⁵ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 96.

¹⁵¹⁶ DRÖGE, *Haftung für Gremienentscheidungen*, p. 97.

decisão do grêmio de omitir-se intencionalmente do cumprimento do dever de salvamento, não há qualquer poder especial à disposição do titular do direito de veto, que eventualmente tivesse o condão de permitir por si só suprir a falta da reunião colegial. Essa realidade permite constatar limpidamente a inexistência de uma absoluta posição de garante do titular do direito de veto com controle absoluto dos poderes individuais dos outros participantes do conselho. É equivocado supor a existência da amplitude de poderes suficientes para sobrestar ou corrigir todas as hipóteses de condutas criminosas praticadas pelo órgão colegiado.

3. A contribuição do nexo causal ao entendimento da responsabilidade individual dos membros do órgão coletivo por omissão

Considerando os esclarecimentos realizados, consegue-se antever os traços cardinais da linha argumentativa esboçada acerca da contribuição oferecida pelo nexos de causalidade para a orientação da realização do direito. Deve-se, antes de mais nada, fazer uma observação sobre a doutrina do nexos causal do omitir em direito penal e reconhecer que a resposta parece residir mais propriamente na melhor forma de compreender o fenômeno do que propriamente na intelecção criativa de uma nova categoria dogmática concebida para resolver um desafio doutrinal efetivamente novo.¹⁵¹⁷ Conforme foi visto, há razões significativas e solidamente fundamentadas para crer que o problema das decisões colegiadas nem é decorrente da contemporânea estratégia de gestão empresarial, nem deixa de guardar semelhanças essenciais com uma série de outros casos diferentes do cenário empresarial.

A problematização da responsabilidade individual na tomada de uma decisão coletiva tem refração doutrinal, ao menos, desde a referida conferência de Binding. O penalista alemão tratando particularmente dos crimes praticados por titulares de cargos públicos, perguntava «até que ponto podem as ações oficiais dos membros

¹⁵¹⁷ Em sentido semelhante, com atenção específica para os crimes comissivos e negando a necessidade de um tratamento especial do problema, DIAS, *Direito Penal*, p. 346, §48.

individuais do colegiado constituir-se como crime no serviço público? (*Amtsverbrechen*)». ¹⁵¹⁸ Na atualidade, a pergunta busca identificar em que medida o comportamento individual de cada um dos participantes do grêmio seria causal para a obtenção da decisão contrária ao dever de garante. ¹⁵¹⁹

Mais especificamente, a questão essencial consiste em saber se todos os participantes da decisão são causais para o resultado ou algum poderia alegar legitimamente que um voto contrário não mudaria o resultado, quando a maior parte era a favor numa deliberação regida pelo princípio da maioria. ¹⁵²⁰ É claro que esse tema parece não aportar significativas dúvidas, toda vez que for alcançada a unanimidade. Agora, a relevância da pergunta passa a existir na hipótese de uma deliberação, regida pelo princípio da maioria, ser chegada sem perfazer a unanimidade dos participantes.

Têm-se tentado diversos caminhos dogmáticos para enfrentar a solução. Vale destacar, neste específico âmbito, o desenvolvimento de uma tendência doutrinal de cariz filosófico idealista e de compreensão jurídico-dogmática intensamente normativista na proposição de soluções. É realmente curioso em termos histórico-doutrinários e, ao mesmo tempo, duvidoso em termos dogmáticos e político-criminais, se o retorno à doutrina dos deveres penais ¹⁵²¹ e à reconvocação da doutrina da comparticipação poderiam ser efetivamente as vias mais adequadas para construir uma resposta dogmática adequada à questão em substituição à verificação do nexo de causalidade. ¹⁵²²

A verdade é que a emergência e o fortalecimento histórico do estudo da doutrina da causalidade da omissão ocorreram – na história do direito penal – precisamente em razão da insatisfação com a fragilidade das margens e a abstração do conteúdo da doutrina dos deveres. É o que se pode verificar, mediante o exame

¹⁵¹⁸ BINDING, «Das Amtsverbrechen», p. 16.

¹⁵¹⁹ KÜHL, *Strafrecht*, p. 535, nm. 39b.

¹⁵²⁰ ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 65, p. 649

¹⁵²¹ É o caso da doutrina da diminuição do risco, que altera o conteúdo do ilícito penal comissivo por omissão – da causação mediante o não impedimento do curso causal perigoso para a simples não diminuição do risco de ocorrência do resultado – e igualmente transforma o sentido do dever de agir. Para mais detalhes sobre essa doutrina, ver 2º Parte, Capítulo IV, Tópico 3.3.

¹⁵²² Nesse sentido, parte da doutrina alemã é significativamente crítica à solicitação de categorias da comparticipação como forma de evitar resolver um problema anterior da doutrina da causalidade, por exemplo, ROXIN, *Strafrecht/2*, § 31, nm. 66, p. 649.

de estudos jurídico-penais na Alemanha, desde a densificação da doutrina dos deveres jurídicos especiais de agir para as omissões em geral, no último quarto do século XVIII,¹⁵²³ até a proposição específica de uma forma de entender a causalidade dos crimes omissivos impróprios na primeira metade do século XIX.¹⁵²⁴

A proposição da doutrina da causalidade própria da omissão ocorreu apenas anos após o despertar para a necessidade de verificação do nexos de causalidade nos crimes por comissão. Interessante é não perder de vista que o espaço onde se alocou e, depois, veio a emergir a doutrina da causalidade foi nos comentários ao crime de homicídio¹⁵²⁵ num primeiro momento e, mais adiante, justamente na doutrina da comparticipação penal.¹⁵²⁶ A autonomização categorial da causalidade, bem como a importância sistemática em relação a outros elementos da doutrina do crime e o recebimento de estudos particularmente dedicados ao tema só vieram a ocorrer com o progresso do desenvolvimento do conceito. Até então, o nexos de causalidade, ainda que intensamente debatido, era estudado apenas como elemento de fundamentação e de determinação da responsabilidade dos autores e partícipes na perpetração do crime. O contributo aportado pela doutrina da causalidade foi exatamente de rigor analítico e de orientação da realização do direito na identificação da existência da ligação entre a conduta investigada e o resultado necessária para reprovação penal.

O específico problema da responsabilidade individual de cada um dos membros do conselho diretivo e da punibilidade por omissão imprópria remete, no fundo, ao reconhecimento do nexos causal.¹⁵²⁷ Em outras palavras, a questão diz respeito à responsabilidade individual por participar da tomada de uma decisão coletiva.

Conforme foi várias vezes apontado, a avaliação fenomenológica e jurídico-axiológica da conduta individual deverá levar obrigatoriamente em consideração o

¹⁵²³ Por exemplo, Carl Winkler (1776), Ernst Westphal (1785). Para mais detalhes sobre a doutrina do dever jurídico como antecessora ao desenvolvimento do problema causal, ver 2º Parte, Capítulo I.

¹⁵²⁴ Sobre as primeiras doutrinas da causalidade da omissão imprópria, ver 2º Parte, Capítulo II.

¹⁵²⁵ Por exemplo, v. Feuerbach, v. Buri, ver, respectivamente, 2º Parte, Capítulos I e II, Tópico 4.

¹⁵²⁶ Por exemplo, STÜBEL, *Teilnahme mehrerer Personen*, §29, p. 43; GLASER, «Über Täterschaft und Beihilfe», p. 135,

¹⁵²⁷ Consciente disso, KÜHL, *Strafrecht*, p. 535, nm. 39b.

meio no qual está inserida.¹⁵²⁸ A contribuição de cada um dos participantes, num grêmio deliberativo, somente tem significado e efeito prático quando tomada em conjunto com as outras na constituição do deliberado. Ao destinatário da norma, cabe atentar à situação fática de risco ou de perigo ao bem jurídico para direcionar o seu voto em sentido protetivo. Pois é sabido que nenhum dos membros tem poder para proteger o bem jurídico sozinho, sendo a evitação da ofensa resultado necessariamente do conjunto formado pela confluência do seu voto com o dos demais. Isto é, a preservação do bem jurídico depende da síntese de apreciações do caso estabelecida na aprovação da medida protetiva.

Mesmo assim, isso não significa, de maneira alguma, que o homem ou alguma organização estarão desobrigados de oferecer a sua circunscrita contribuição particular ao impedimento do resultado desvalioso, toda vez que essa tarefa não tenha como ser autonomamente realizada. Em outras palavras, mesmo nas situações nas quais o impedimento do resultado sabidamente requer a participação de outras pessoas, persiste fenomenologicamente a aptidão para a causação circunscrita do efeito necessário para colocar em marcha o procedimento de salvamento do bem jurídico. Trata-se de um caso de cumulação causal necessária, em face da inerente limitação das capacidades de cada um dos participantes do órgão colegiado para a tomada de qualquer decisão. O direito penal apenas reconhece esse dado ontológico ao instituir legalmente as justapostas posições de garante dos membros do órgão coletivo.

Nos casos de deliberações ordenadas pelo princípio da unanimidade, cada um dos membros tem capacidade e dever de evitar a colocação do bem jurídico em perigo na sua exata fração. A decisão protetiva perfetibiliza-se apenas com a intervenção de todos. A grande complexidade parece se situar nas decisões orientadas pelo princípio da maioria, todavia a lógica de entendimento não deve ser alterada.¹⁵²⁹ Primeiro, procede-se a identificação de quanto consiste a maioria –

¹⁵²⁸ Em sentido semelhante, Lothar Phillips destaca que o indivíduo não pode observar apenas o seu comportamento isolado, mas, sim, a conduta no contexto de outros comportamentos para evitar que a norma não seja transgredida (PHILLIPS, *Der Handlungsspielraum*, p. 132 e ss.).

¹⁵²⁹ No essencial, a questão da responsabilidade individual objetiva delimitada às margens de circunscrição do poder individual de evitar o resultado e a rejeição do argumento da irresponsabilidade individual diante da limitação do poder para impedir a integralidade do resultado encontra-se já tematizada no exemplo, trazido por Engisch, das empresas contratadas para fornecer

simples ou qualificada – do colegiado. Depois, considerando esse número, que é a quantidade necessária para a tomada de decisão, parte-se para o reconhecimento da responsabilidade individual de cada um dos membros. O modo de proceder na divisão da parcela de responsabilidade de cada um dos garantes é idêntico ao procedimento operado no princípio da unanimidade.

Em um órgão coletivo composto por participantes de iguais condições e poderes, não há qualquer distinção de relevância das capacidades quer ofensivas, quer protetivas ao bem jurídico. Portanto o desafio de determinação da contribuição causal dos votos positivos emitidos, num processo decisório, cuja maioria necessária para aprovação da resolução já foi obtida, devem receber tratamento dogmático segundo as regras de sobredeterminação causal.¹⁵³⁰ Não é porque se chegou ao número mínimo para a aprovação da proposta, que a manifestação dos votantes que dali seguem perderia o valor de voto e deixaria de contribuir causalmente para o resultado. A pergunta acerca de como ocorreu a causação do resultado no fato concreto encontrará sempre a soma total da manifestação de cada um dos membros no sufrágio. Em vista disso, a rejeição do reconhecimento da contribuição daqueles que tiveram os seus votos conhecidos posteriormente acabaria por negar a própria realidade de conformação do fato e, assim, alcançar-lhes um benefício injusto e sem sustentação na realidade.

Por fim, coloca-se a questão da qualificação da conduta individual de cada participante em relação ao bem jurídico, considerando estritamente o conteúdo da sua resposta em si mesmo. Isto é, a viabilidade de avaliar o comportamento – quer como uma ação, quer como omissão – referenciando-se estritamente na aprovação ou na rejeição da pergunta. Em direta ligação com esse ponto, localiza-se a dúvida se a formulação linguística da pergunta, acerca das medidas a serem desempenhadas pela organização, levada à avaliação do conselho seria capaz de nortear o juízo técnico-penal na classificação da conduta a título de agir ou omitir.

Sabidamente a resolução coletiva contém a síntese das manifestações de vontades particulares a respeito da questão submetida ao colegiado e, portanto, dali

peças de artilharia que – por negligentemente entregarem o material bélico impontualmente – causaram danos ao exército durante a guerra (ENGISCH, *Kausalität als Merkmal*, p. 30).

¹⁵³⁰ Sobre isso, ver 3º Parte, Capítulo II, Tópico 1.3.3, letra b.

arranca a indicação da modalidade de comportamento criminoso que será desempenhada pelo órgão. A qualificação do significado penal da conduta do membro do colegiado independe da formulação linguística da pergunta, mas advém do sentido material do seu comportamento em relação ao bem jurídico. Em outras palavras, a pergunta poderá questionar se a organização deve praticar uma conduta positiva ou negativa, sem com isso adiantar a forma como se dará a ofensa ao bem jurídico.

CONCLUSÕES

Considerando a reflexão sobre o fenômeno causal omissivo impróprio e o estudo da dogmática e da política criminal dos crimes omissivos impróprios realizados, permite-se traçar, sinteticamente, algumas conclusões.

(1) O significado político-criminal e dogmático do nexo de causalidade tende a ser questionado diante de interesses preventivos ou excessivamente normativizadores da dogmática penal. Mesmo assim, a relação de causalidade permanece fundamental na estruturação e na delimitação do direito penal democrático e justo, fundado no desvalor do resultado, quer se entenda a legitimação do ordenamento penal desde o crime, quer desde a consequência do crime, a pena.

Primeiro, o princípio da ofensividade tem a sua capacidade analítica enfraquecida, caso não se reconheça a ontologia do liame, prévia ao direito, entre a conduta ofensiva ao resultado ofensivo, pois, de outro modo, arrisca-se amalgamar normativamente as duas categorias. Por essa razão, a causalidade é pressuposto da ofensividade (*nulla iniuria sine causa*) e orientadora da fragmentaridade penal.

Segundo, inexistente justificção para a punição de uma conduta que não causou o resultado ofensivo, independente da concepção do fundamento ou das finalidades da pena. Decerto, é injusto atribuir a alguém aquilo do qual não fez parte (*nulla imputatio poenali iusta sine causa*), de modo que não há sentido em retribuir algo que não foi por ela causado. Semelhante situação ocorre em relação às finalidades preventivas, pois a eficiência de qualquer prevenção prende-se, no fundo, a uma realidade fenomênica.

É necessário o estudo da causalidade penal, uma vez que consiste em dado da realidade frequentemente utilizado na descrição fática da conduta e dos resultados proibidos nos tipos penais.

(2) A tentativa inicial de limitação e de fundamentação da responsabilidade por omissão imprópria ocorreu mediante a exigência de um dever jurídico específico de evitar o resultado com Westphal, Winckler, Stübel e v. Feuerbach, entre o final do século XVIII e o início do século XIX. Trata-se de um

esforço genérico que serviu para prescrever determinadas hipóteses jurídico-penalmente relevantes, mas sem aprofundar e especificar a forma de imputação do resultado à conduta omissiva.

(3) A necessidade de verificação de um nexo de causalidade entre o omitir e o resultado teve lugar apenas nos anos trinta do século XIX, por meio das diversas orientações agrupadas sob o título de doutrinas etiológicas da força eficaz da causalidade da omissão imprópria. É comum a elas a indicação de um nexo causal oriundo de uma força ativa exterior e imprópria ao omitir. A contribuição categorial oferecida pela causalidade buscava a fundamentação e a orientação do juízo de imputação, concedendo maior racionalidade, garantia e certeza à realização do direito penal diante do perigo de arbítrio judicial.

Esse período deixa, ao menos, dois ganhos compreensivos substanciais. Primeiro, a causalidade é autônoma à existência do dever de agir, podendo-se afirmar que a instituição do dever reconhece o fenômeno causal, mas já não que o dever cria o nexo causal, conforme mostrou Adolf Merkel. Segundo, a narrativa do liame causal do fato pressuposto à incriminação pertence à parte objetiva da descrição do crime, sendo os elementos subjetivos da conduta descritos em referência à relevância da causação, todavia sem confundir a estrutura do nexo causal com a atitude intelectual e psíquica do autor a respeito dele.

(4) As doutrinas eminentemente normativas apresentam diversas hipóteses igualmente céticas acerca da viabilidade de identificação ontológica do nexo causal da omissão imprópria. As orientações seguem a utilizar o conceito de causalidade ou, por vezes, apenas “quase-causalidade” da omissão, baseando-se em elementos diversos, mas com o constante ideal de criação do vínculo para fins de realização do direito. Ao menos, dois ganhos de consciência são herdados dessas doutrinas. Friedrich Haupt – fundado na elucidação de Schopenhauer sobre a causalidade – esclareceu que as causas penalmente relevantes não são apenas manifestações de forças mecânicas, o que permite desvincular o conceito de causa da concepção ativo-essencialista. Para além disso, Sigwart, Haupt, Antolisei destacaram que o poder do omitente sobre o acontecimento também é demonstrado quando ele não faz algo para impedir o resultado.

(5) Entre os primeiros entendimentos que rejeitam a causalidade da comissão por omissão, encontra-se a proposição da doutrina da ação esperada proposta na segunda orientação de v. Liszt. Dois pontos são importantes. Na edição do manual de 1884, v. Liszt ensina que os resultados são sempre causados por uma soma de antecedentes de igual importância, o que não impede a seleção pelo observador de apenas algum deles conforme os seus interesses e as suas finalidades. Outro ponto positivo é a consciência de Mezger acerca do juízo axiológico constituinte da conduta omissiva, anterior à instituição do ilícito pelo direito.

Depois, seguiram-se orientações ainda mais normativas, que, embora façam menção à existência do nexos causal, são verdadeiramente doutrinas da imputação normativa do resultado, como a da diminuição do risco de Roxin e de Stratenwerth – que cria um critério alternativo ao juízo causal – e a da imputação de Jakobs.

(6) A análise da lei causal mecânica manifesta a existência impreterível de três elementos: a força cinética, a ausência da força impeditiva e o resultado produzido. Todos os componentes são igualmente capitais – não apenas logicamente, mas também ontologicamente – na descrição integral do fenômeno causador. A norma penal, ao fazer referência à causação de algum resultado, pode utilizar como base para redação da incriminação tanto a parte ativa, quanto a ausência da força impeditiva, da parte passiva. A polarização da percepção estritamente no elemento ativo não permite compreender a integralidade dos fenômenos determinados pela dinâmica causal e acaba por confundir a natureza ontológica do nexos causal omissivo com a metódica hipotética de verificação dessa causalidade.

(7) A conduta omissiva geral funda-se num juízo de desvalor de ordenação mandamental cultural – *v.g.*, moral, ética, religiosa e etc. – que antecede o reconhecimento jurídico-penal. O conteúdo da norma mandamental ou preceptiva comunitária sustenta-se, invariavelmente, na observação da causação de um resultado desvalioso devido à não intervenção, quando era necessário. Particularmente, a conduta omissiva penal caracteriza-se por alguns elementos essenciais: (1) a pessoa destinatária da norma, (2) o mandamento de agir previsto em norma preceptiva de natureza geral, (3) a concreta capacidade de agir do destinatário, (4) a hipótese de incidência do dever de agir ou situação em que surge a

obrigação em concreto, (5) a inobservância do mandamento de agir, quando era faticamente possível e normativamente obrigatório observá-lo e (6) o resultado ofensivo decorrente da conduta omissiva.

(8) A investigação da relação de causação – mediante a fórmula da *conditio sine qua non* limitada pelo conhecimento de leis científicas – permite oferecer maior unidade e harmonia à doutrina da imputação penal com uma metódica comum à comissão e à omissão. Cada uma das condutas apoia-se em uma parcela real da lei causal, quer no elemento de força ativa, quer na ausência de impedimento do elemento ativo. Igualmente, o método para o acerto causal de ambas as condutas sempre convoca um juízo de natureza hipotética. A diferença entre elas é que o procedimento específico dos crimes omissivos é duplamente hipotético, envolvendo duas variáveis: a conduta ativa que acarretou o resultado, e a ação omitida que poderia ter interrompido o curso causal perigoso. O método não permite obter sempre certeza a respeito da pergunta se a ação hipotética teria evitado o resultado, portanto a exigência mínima para o acerto causal é da altíssima probabilidade próxima à certeza.

(9) O problema específico da responsabilidade individual dos membros dos órgãos colegiados decisórios ganha clareza, caso se reconheça a estrutura material indicada pelo nexo de causalidade. Os membros do colegiado possuem igual responsabilidade no resultado concreto, seja pela deliberação regida pelo princípio da unanimidade, seja pelo princípio da maioria. Os resultados concretos são sempre causados pelo número total de votos daqueles que aprovam a decisão, razão pela qual não há porque desconsiderar todos os votantes que se seguiram depois do atingimento do mínimo para aprovação da decisão por maioria.

BIBLIOGRAFIA

ALLEN, Michael J., *Textbook on criminal law*, 11^o ed., Oxford: Oxford University Press, 2011. (citado: *Textbook on criminal law*)

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de, ALMEIDA, Custódio Luís Silva de, «Hermenêutica e dialética, Hegel na perspectiva de Gadamer», *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 61-116. (citado: «Hermenêutica e dialética»)

v. ALMENDINGEN, Ludwig Harscher, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, Giesen: Tasché und Müller, 1803. (citado: *Darstellung der rechtlichen Imputation*)

ALONSO, Marcelo; FINN, Edward, *Física*, Trad. Maria Alice Gomes da Costa, Maria de Jesus Vaz de Carvalho, Madrid: Pearson Educación, 1999. (citado: *Física*)

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *Direito civil brasileiro: introdução*, Rio de Janeiro: Forense, 1991. (citado: *Direito civil brasileiro*)

AMBOS, Kai, «100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, v. 10, p. 464-471. (citado: «100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“»)

_____, *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, europäisches Strafrecht; ein Studienbuch*, 2^oed., München: Beck, 2008. (citado: *Internationales Strafrecht*)

ANDRADE, Manuel da Costa, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa: Editorial Aquitas, 1992. a. 2, f. 2, p. 173-205. (citado: «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal”»)

ANTOLISEI, Francesco, *L' azione e l'evento nel reato*, Milano: Ed. Scientifico, 1928. (citado: *L' azione*)

_____, *L' offesa e il danno nel reato*, Bergamo: Ist. Ital. d'Arti Grafiche, 1930. (citado: *L' offesa*)

_____, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano: Giuffrè, 1947. (citado: *Manuale*)

_____, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino: G. Giappichelli editore, 1960. (citado: *rapporto di causalità*)

ANTUNES, Maria João, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal e o novo direito penal», *Direito penal económico e europeu, textos doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v. 3, p. 457-459. (citado: «responsabilidade criminal das pessoas colectivas»)

AQUINO, Tomás de, *La Somma Teologica, Primeira parte, La dottrina sacra, Dio uno e trino, La creazione, Gli esseri corporei, L'uomo, Il governo divino*, Tradução da redacção da Edizioni Studio Domenicano, Bologna: Edizioni Studio Domenicano, 1996, v. 1. (citado: *Somma Teologica*)

_____, *Summa contra los gentiles*, edição bilingue dirigida por Laureano Roles Carcedo, Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2007, v.1. (citado: *Summa contra los gentiles*)

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Acção finalista e nexa causal*, Lisboa: Faculdade de Direito, 1956. (citado: *Acção finalista e nexa causal*)

ASHWORTH, Andrew, *Principles of criminal law*, 6º Ed., Oxford: University Press, 2009. (Citado: *criminal law*)

AZZALI, Giampiero, «Il problema della causalità nel diritto penale», *L'indice penale*, Padova: Cedam, 1993, a. 27, n. 2, p. 249-272. (citado: «Il problema della causalità»)

BACIGALUPO, Enrique, *Delitos improprios de omisión*, Madrid: Dykinson, 2005. (citado: *Delitos improprios de omisión*)

BACON, Francis, *Novum Organum Scientiarum*, Venetiis: Typis Gasparis Girardi, 1762. (citado: *Novum Organum*)

v. BAR, Carl Ludwig, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig: Tauchnitz, 1871. (citado: *Lehre vom Causalzusammenhange*)

_____, *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, v. 2. (citado: *Gesetz und Schuld*)

BARATTA, Alessandro, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale: aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo*, (Reimpressão edição de 1933), Milano: Giuffrè, 1966. (citado: *Positivismo giuridico*)

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação, contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Cascais: Principia editora, 2013, v.1. (citado: *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação/ 1*)

- BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema*, Trad. Conrado Finzi (4º ed. Alemã de 1972) Buenos Aires: Depalma, 1973. (citado: *Derecho penal*)
- _____, *Grundbegriffe und System des Strafrechts, eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen*, 5º ed., Stuttgart: W. Kohlhammer, 1979. (citado: «*Grundbegriffe und System des Strafrechts*»)
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11ºed., Bielefeld: Gieseking, 2003. (citado: *Strafrecht*)
- BAUMER, Franklin, *O pensamento europeu moderno, séculos XVII e XVIII*, Lisboa: Edições 70, 1977, v. 1. (citado: *pensamento europeu moderno*)
- BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Trad. José de Faria Costa, 3ºed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. (citado: *Dos delitos*)
- BELING, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Mohr, 1906. (citado: *Lehre vom Verbrechen*)
- BENESON, Walter; HARRIS, John; STOCKER, Horst; LUTZ, Holger, *Handbook of physics*, Springer: New York, 2001. (citado: *Handbook of physics*)
- BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 16º ed., Leipzig: Tauchnitz, 1891. (citado: *Lehrbuch/1891*)
- BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale, Parte generale*, 11º ed., Padova: CEDAM, 1982. (citado: *Diritto penale*)
- BEULKE, Werner; BACHMANN, Gregor, «Die‘Lederspray Entscheidung’ BGHSt 37, 106», *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, München: Beck Verlag, 1992, p. 737-744. (citado: «Die‘Lederspray Entscheidung’»)
- BINDING, Karl, «Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung», *Gerichtssaal*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1904, v. 64, p. 1-21. (citado: «Das Amtsverbrechen»).
- _____, *Die Normen und ihre Übertretung, eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Deliktes, Normen und Strafgesetze*, Leipzig: Engelmann, 1916, v. 1. (citado: *Die Normen und ihre Übertretung/1*)
- _____, *Die Normen und ihre Übertretung, eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Deliktes, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Vorsatz, Irrtum*, Leipzig: Engelmann, 1914, v. 2., 1º parte. (citado: *Die Normen und ihre Übertretung/2*)

BINNS, Martin, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, J. L. Mackies *Kausalanalyse und ihre Übertragung auf das Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlag Gesellschaft, 2001. (citado: *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*)

v. BIRKMEYER, Karl, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, kritische Studien*, Berlin: Liebmann, 1890. (citado: *Die Lehre von der Teilnahme*)

BLAIOTTA, Rocco, *Causalità Giuridica*, Torino: G. Giappichelli editore, 2010. (citado: *Causalità Giuridica*)

BONUCCI, Alessandro, «Volontarietà e causalità nell'omissione colposa», *Rivista Penale*, Torino: Editrice torinese, 1919, p. 193-216. (citado: «causalità nell'omissione»)

BOYÉ, Adolf, *Über das Commissivdelikt durch Unterlassung*, Erlangen: dissertação universitária, 1893. (citado: *Commissivdelikt durch Unterlassung*).

BRITO, José Inácio Climaco de Souza e, *Estudos para a dogmática do crime omissivo*, Lisboa: Policopiado, 1965. (citado: *crime omissivo*)

BRONZE, Fernando José, *Pensamento jurídico (teoria da argumentação), Relatório com a justificação, o sentido, “[...]o programa, os conteúdos e os métodos do ensino [...] da disciplina [...]”*, Coimbra: s.e., 2003. (citado: *Pensamento jurídico*)

_____, «Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico», *Boletim da Faculdade de Direito, Volume comemorativo*, Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 151-177. (citado: «história do pensamento metodológico-jurídico»)

_____, *Lições de Introdução ao Direito*, 2º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006. (citado: *Introdução ao Direito*)

v. BURI, Maximilian, «Zur Lehre von der Tödtung», *Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht*, Berlin: Decker, 1863, v. 11, p. 753-765 e 797-806. (citado: *Lehre von der Tödtung/1863*)

_____, «Zur Lehre von der Tödtung», *Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht*, Berlin: Decker, 1864, v. 12, p. 1-10. (citado: *Lehre von der Tödtung/1864*)

_____, «Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung», *Der Gerichtssaal*, Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1869, v. 21, p. 189-218. (citado: *Verbrechen durch Unterlassung/1869*)

_____, «Über Theilnahme am Verbrechen mit Beurtheilung von Th. R. Schüze Prof. d. R. zu Kiel: die nothwendige Theilnahme am Verbrechen Leipzig 1869», *Der Gerichtssaal*, Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1870, v. 22, p. 1-53, 81-123, 221-244, 275-288. (citado: «Theilnahme am Verbrechen mit Beurtheilung»)

_____, «Die Mitthätherschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuchs», *Der Gerichtssaal*, Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1873, v. 25, p. 237-255. (citado: «Die Mitthätherschaft»)

_____, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig: Gebhardt, 1873. (citado: *Causalität und deren Verantwortung*)

_____, «Ueber Begehung von Verbrechen durch Unterlassung», *Der Gerichtssaal*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1875, v. 27, p. 25-33. (citado: *Verbrechen durch Unterlassung/1875*)

_____, «Zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen», *Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht*, Berlin: Decker, 1876, v. 24, p. 89-92. (citado: *Theilnahme am Verbrechen*)

_____, «Über die Kausalität der Unterlassung», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1881, v.1, p. 400-413. (citado: *Kausalität der Unterlassung*)

_____, «Zur Kausalitätsfrage» In: v. BURI, Maximilian, *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche, Gesammelt Abhandlungen*, 1894, p. 69-89. (citado: «Zur Kausalitätsfrage»)

_____, «I. Willensfreiheit. II. Unterlassung. III. Causalität und Theilnahme», *Der Gerichtssaal*, Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1899, v. 56, p. 418-472 (citado: «III. Causalität und Theilnahme»)

CADOPPI, Alberto, *Il reato omissivo próprio, Profili dogmatici, comparatistici e de legge ferenda*, Padova: Cedam, 1988, v.1. (citado: *reato omissivo próprio/1*)

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo, *Elementi di diritto penale, parte generale*, 3° ed., Padova: Cedam, 2007. (citado: *Elementi di diritto penale*)

CAEIRO, Pedro, «Comentários ao crime de sabotagem» In: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentários conimbricense do código penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. 3, p. 232-238. (citado: «Comentários ao crime de sabotagem»)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, «Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 827-858. (citado: «teoria da legislação penal»)

_____, «Os impulsos modernos para uma teoria da legislação», *Legislação, Cadernos de ciência da legislação*, Oeiras, 2001, n.1, p. 7-14. (citado: «teoria da legislação»)

CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Les obligations*, Paris: Presses Universitaires de France, 1982, v. 4. (citado: *Droit civil/4*)

CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto penal, Il reato*, Milano: Giuffrè, 1943, v.1. (citado: *Lezioni*)

_____, *Teoria generale del diritto*, 3º ed, Roma: Foro italiano, 1951. (citado: *Teoria generale*)

CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, (reimpressão pela *Nabu public domains reprint*), Lucca: Tipografia di B. Canovetti, 1864, v.1. (citado: *Parte speciale/1864/1*)

_____, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 11º ed., Firenze: Fratelli Cammelli, 1924. (citado: *Parte generale/1924*)

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria geral do crime*, 2º ed., Coimbra: Coimbra editora, 2008. (citado: *Direito Penal*)

CLEMENS, Otto, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, Breslau: Schletter, 1912. (citado: *Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht*)

COLES, Peter, *From cosmos to chaos, The science of unpredictability*, Oxford: Oxford University Press, 2006. (citado: *From cosmos to chaos*)

CORREIA, Eduardo, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, unidade e pluralidade de infrações*, Coimbra: Livraria atlântica, 1945. (citado: *unidade e pluralidade de infrações*)

_____, *Código penal, Projecto da parte geral, Actas das sessões da comissão revisora do código penal I-II*, Separata do boletim do ministério da justiça, 1963. (citado: *Actas das sessões da comissão revisora*)

_____, «A influência de franz v. liszt sobre a reforma penal portuguesa», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra editora, 1971, v. 46, p. 5-38. (citado: «influência de franz v. liszt»)

COSTA, José de Faria, *A caução de bem viver, um subsídio para o estudo da evolução da prevenção criminal*, Coimbra: Coimbra editora, 1980. (citado: *caução de bem viver*)

_____, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. (citado: *O perigo*)

_____, «Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria)», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra editora, 1996, v. 72, p. 391-402. (Citado: «Omissão»)

_____, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)», *Direito penal económico e europeu, Textos doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.1, p. 501-517. (citado: «A responsabilidade jurídico-penal da empresa»)

_____, «Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade duas questões ou um só problema?», *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra: Coimbra editora, 2002, n.º. 3933, p. 354-364. (citado: «Construção e interpretação do tipo legal»)

_____, «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno a limpidez do essencial)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, a. 12, f. 1, p. 7-23. (citado: «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica»).

_____, «O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo» In: COSTA, José de Faria, *Linhas de direito penal e de filosofia, Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 9-26. (citado: «O direito, a fragmentaridade»)

_____, «Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal)» In: COSTA, José de Faria, *Linhas de direito penal e de filosofia, alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 69-91. (citado: «Um olhar doloroso sobre o direito penal»)

_____, «Consenso, verdade e direito penal» In: COSTA, José de Faria, *Linhas de direito penal e de filosofia, alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 93-104. (citado: «Consenso, verdade»)

_____, «O fim da vida e o direito penal» In: COSTA, José de Faria, *Linhas de direito penal e de filosofia, Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 105-161. (citado: «O fim da vida e o direito penal»)

_____, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena» In: COSTA, José de Faria, *Linhas de Direito Penal e de*

Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 205-235. (citado: «sobre o sentido da pena»)

_____, «Poder e Direito Penal (atribuições em torno da liberdade e da segurança)», *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra: Coimbra editora, 2007, n° 3942, p. 151-158. (citado: «Poder e Direito Penal»)

_____, «Ler Beccaria hoje» In: BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Trad. José de Faria Costa, 3ªed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 5-27. (citado: «Beccaria»)

_____, «Bioética e direito penal. Reflexões possíveis em tempos de incerteza» In: ANDRADE, Manuel da Costa, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p. 109-125. (citado: «Bioética»)

_____, «O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal?», In: D'AVILA, Fabio, *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 11-24. (citado: «babel ou esperanto universal?»)

_____, *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012. (citado: *Noções fundamentais*)

_____, «Causality and reasoning», *Boletim da faculdade de direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012, v. 88, t. 1, p. 55-64. (citado: «Causality and reasoning»)

COSTA, Maria Margarida Ramalho; ALMEIDA, Maria José Marques de, *Fundamentos da física*, Coimbra: Almedina, 1993. (citado: *Fundamentos da física*)

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 2ª ed., Coimbra: Atlântida Editora, 1975. (citado: *Direito das obrigações*)

_____, *História do direito português*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2012. (citado: *História do direito português*)

COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *Nexo causal*, 2.ed., São Paulo: Malheiros, 1996. (citado: *Nexo causal*)

COSTA E SILVA, Antonio José da, *Código penal dos estados unidos do Brasil commentado (reimpressão da versão fac-similiar de 1930)*, Brasília: Senado Federal, 2004. (citado: *Código penal dos estados unidos do Brasil*)

1. CUADRADO RUIZ, María Ángeles, «La comisión por omisión como problema dogmático», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1997, v. 50, p. 387-456. (citado: «La comisión por omisión»)
2. CUNHA, Damião da, «Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português» In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela de Miranda; ANTUNES, Maria João, *Lieber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 431-539. (citado: «críticas sobre a omissão imprópria»)
3. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (citado: *Vida contra vida*)
4. _____, «Das omissões lícitas no exercício da medicina (tratamento inútil)» In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês, *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal, Uma perspectiva integrada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.79-123. (citado: «Das omissões lícitas»)
5. CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCCALÀ, Giuseppe, *Commentario breve al Codice penale, complemento giurisprudenziale*, 14° ed., Padova: Cedam, 2013. (citado: *Commentario breve al Codice penale*)
6. D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005. (Citado: *Crimes omissivos próprios*)
7. _____, «O inimigo no direito penal contemporâneo, algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica» In: GAUER, Ruth Maria Chittó, *Sistema penal e Violência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95-108. (citado: «inimigo no direito penal contemporâneo»)
8. _____, «Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2009, v. 80, p. 7-34. (citado: «teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos»).
9. _____, *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. (citado: *Ofensividade em direito penal*)

_____, «Freiheit und Sicherheit im Strafrecht» In: KARSZAI, Krisztina; NAGY, Ferenc; SZOMORA, Zsolt, *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht*, 2011, p. 47-55. (citado: «Freiheit und Sicherheit»)

D'AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings, «Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo», *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul: Iob Síntese, 2012, v. 37, p. 83-98. (citado: «fundamento onto-antropológico do direito penal»)

DELITALA, Giacomo, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova: Cedam. 1930. (citado: *Il "fatto"*)

DESSPORTES, Frédéric; LE GUNEHEC, Francis, *Droit pénal général*, 16^o ed., Paris: Economica, 2009. (citado: *Droit pénal*).

DEZZA, Ettore; SEMINARA, Sergio; VORMBAUM, Thomas, *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, Berlin: Springer-Verlag, 2012. (citado: *Moderne italienische Strafrechtsdenker*)

DIAMANTI, Francesco, «Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, Udienza 22 novembre 2011 (DEP, 28 maggio 2012), Mortola/De Genaro», *Cassazione Penale, Rivista mensile di giurisprudenza*, Milano: Giuffrè editore, 2011, v. 13, p. 3449-3472. (citado: «Nota a Corte di Cassazione, Mortola/De Genaro»)

DI GIOVINE, Ombretta, «Lo epistemologico della causalità penale tra cause sufficiente e condizioni necessarie», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2002, p. 634-688. (citado: «Lo epistemologico della causalità penale»)

DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. (citado: *Ramos emergentes*)

_____, *"Delicta in se" e "Delicta mere prohibita", uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Coimbra: Coimbra Ed., 2008. (citado: *"Delicta in se" e "Delicta mere prohibita"*)

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 5^o ed., Coimbra: Coimbra editora, 2000. (citado: *consciência da ilicitude em direito penal*)

_____, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. (citado: *Direito processual penal*)

_____, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2º ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, t. I. (citado: *Direito Penal*)

_____, «A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra: Coimbra editora, 2008, n. 3949, p. 202-215. (Citado: «“ajuda à morte”»)

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra editora, 1997. (citado: *Criminologia*)

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias*, Madrid: Ed. Civitas, 1979, v. 1. (citado: *Fundamentos del derecho civil*)

DOMINIONI, Oreste, «Imputazione (diritto processuale penale)» In: *Enciclopedia del diritto*, v. XX, Milano: Giuffrè editore, 1970, p. 818-838. (citado: «Imputazione (diritto processuale penale)»)

DONINI, Massimo, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano: Giuffrè, 1991. (citado: *Illecito e colpevolezza*)

_____, «La causalità omissiva e l'imputazione ‘per l'aumento del rischio’: significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè editore, 1999, a. 42, n.1, p. 32-85. (citado: «La causalità omissiva»)

_____, *Imputazione oggettiva dell'evento, 'nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Torino: G. Giappichelli editore, 2006. (citado: «Imputazione oggettiva dell'evento»)

_____, «Il garantismo della ‘conditio sine qua non’ e il prezzo del suo abbandono contributo all’analisi dei rapporti tra causalità e imputazione» In: *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli: Jovene, 2011, v. 2, p. 917-962. (citado: «garantismo della ‘conditio sine qua non’»)

DONNA, Edgardo Alberto, «Prólogo» In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2003. (citado: «Prólogo»)

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Omisión y injerencia en derecho penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 2006. (citado: *Omisión y injerencia*)

- DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal, parte geral*, 4º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (citado: *Curso de direito penal*)
- DRÖGE, Henner, *Haftung für Gremienentscheidungen*, Berlin: Duncker und Humblot, 2008. (citado: *Haftung für Gremienentscheidungen*)
- DUTTWILER, Michael, «Liability for omissions in international criminal law», *International Criminal Law Review*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, v. 6, p. 1-61. (citado: «Liability for omissions»)
- ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances, *Criminal Law*, 7º ed., Malaysia: Longman, 2008. (citado: *Criminal Law*)
- ENGAU, Johann Rudolph, *Elementa iuris criminalis germanico-carolini*, Ienae: Sumtibus vidvae Chroekerianae, 1738. (citado: *Elementa iuris criminalis*)
- ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. (citado: *Kausalität als Merkmal*)
- _____, «Der Artz im Strafrecht. (Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buche von Dr. Eberhard Schmidt)», *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, Nendeln: Kraus reprint, 1939, a. 30, p. 414-429. (citado: «Artz im Strafrecht»)
- _____, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg: Winter, 1950. (citado: *Weltbild des Juristen*)
- _____, «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht» In: ENGISCH, Karl; MAURACH, Reinhart, *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15. 10. 1953*, München: Beck, 1954, p. 127-163. (citado: «Die normativen Tatbestandselemente»)
- _____, «Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug» In: WELZEL, Hans, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1963, p. 247-270. (citado: «Das Problem der psychischen Kausalität»)
- _____, *Introdução ao pensamento jurídico*, Trad. João Baptista Machado, 10º ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. (citado: *Introdução ao pensamento jurídico*)
- _____, *Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung*, Berlin-Tegel: Strafgefängnis, 1936.
- EHRHARDT, Anne, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Berlin: Duncker und Humblot, 1994. (citado: *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*)

FEINBERG, Joel, *Harm to others, The moral limits of the criminal law*, New York: Oxford University Press, 1984. (citado: *Harm to others*)

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Da participação criminosa*, Lisboa: Oficinas gráficas, 1934. (citado: *Participação criminosa*)

_____, *A tipicidade na técnica do direito penal*, Lisboa: Imprensa Lucas, 1935. (citado: *A tipicidade na técnica*)

_____, *Lições de direito penal*, Publicadas por Carmino Ferreira e Henrique Lacerda, 2º ed. Lisboa: Oficinas gráficas da ribeira de pera, 1945. (citado: *Lições*)

_____, *Lições de direito penal português, Parte geral*, 4º ed., Lisboa: Ed. Verbo, 1992, v. 1. (citado: *Direito penal/1*)

v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen: Heyer, 1801. (citado: *Lehrbuch/1801*)

_____, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 3ºed., Giessen: Heyer, 1805. (citado: *Lehrbuch/1805*)

_____, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4.ed. Giessen: Heyer, 1808. (citado: *Lehrbuch/1808*)

FIANDACA, Giovanni, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano: Giuffrè, 1979. (citado: *reato commissivo mediante omissione*)

_____, «Omissione (Diritto Penale)» In: SACCO, Rodolfo, *Digesto delle discipline penalistiche*, 4º ed., Torino: UTET, 1994, v. 8, p. 546-557. (citado: «Omissione»)

_____, «Riflessioni problematistiche tra causalità e imputazione obiettiva», *L'indice penale*, Padova: Cedam, 2006, p. 945-963. (citado: «causalità e imputazione obiettiva»)

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna: Zanichelli, 6º ed., 2014. (citado: *Diritto penale*)

FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e imputación, Caso fortuito, imputación objetiva, tentativa, delito de omisión culposos y preterintencionales*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 2002. (citado: *Causalidad e imputación*)

FINGER, August, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin: Heymann, 1904. (citado: *Lehrbuch*)

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von*

Herbert Tröndle bearbeiteten Werks), 59^o ed., München: Beck, 2012. (citado: *Strafgesetzbuch*)

FLACHSMANN, Stefan; HUG, Markus; RIESEN-KUPPER, Marcel; WEDER, Ulrich, *StGB, Kommentar, schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG*, 18^oed, Zürich: Orell Füssli Verlag, 2010. (citado: *Kommentar, schweizerisches Strafgesetzbuch*)

FLETCHER, George P., *Basic concepts of criminal law*, New York: Oxford University Press, 1998. (citado: *Basic concepts*)

_____, *Rethinking criminal law*, Oxford: Oxford University Press, 2000. (citado: *Rethinking criminal law*)

FOLTIN, Edgar, *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes, Allgemeiner Teil*, Praga: Calve, 1936. (citado: *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes*)

FABRIZY, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen; Kurzkomentar; mit einer Einführung und Anmerkungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums*, 10^oed (aufgrund der von Egmont Foregger mitgestalteten 1. bis 7. Aufl.), Wien: Manz, 2010. (citado: *Strafgesetzbuch*)

FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst dem Einführungsgesetz*, 16^o ed., Tübingen: Mohr, 1925. (citado: *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*)

FRANKE, Eihard, «Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz» In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther, *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin: de Gruyter, 1985, p. 227-244. (citado: «Aspekte der Kollegialdelinquenz»)

FREUND, George, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldpruch und Strafe*, Bonn: Heymann, 1992. (citado: *Erfolgsdelikt und Unterlassen*)

_____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, 2^o ed. Berlin: Springer Verlag, 2009. (citado: *Strafrecht*)

_____, «§13 Begehen durch Unterlassen» In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, [§§ 1 - 37 StGB]*, 2^oed., München: Beck, 2011, v. 1, p. 502-583. (citado: «Begehen durch Unterlassen»)

GADAMER, Hans-Georg, «Da palavra ao conceito» In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de, *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 13-26 (citado: «Da palavra ao conceito»)

GALLAS, Wilhelm, «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund», In: ENGISCH, Karl; MAURACH, Reinhart, *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15. 10. 1953*, München: Beck, 1954, p. 311-334. (citado: «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund»)

_____, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 1955, v. 67, p. 1-47. (citado: «Stand der Lehre vom Verbrechen»)

_____, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg: v. Decker u. Müller, 1989. (citado: *Studien zum Unterlassungsdelikt*)

GALLO, Marcello, *La teoria dell'azione finalistica, nella più recente dottrina tedesca*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1950. (citado: *teoria dell'azione finalistica*)

_____, *Appunti di diritto penale, Il reato, La fattispecie oggettiva*, Torino: Giappichelli, 2007. (citado: *Appunti*)

GAND, Maurice, *Du délit de commission par omission, Essai de théorie pénale*, Paris: Arthur Rousseau éditeur, 1900. (citado: *commission par omission*)

GARGANI, Alberto, *Dal corpus delicti al tatbestand, Le origini della tipicità penale*, Milano: Giuffrè, 1997. (citado: *Dal corpus delicti al tatbestand*)

GEORGAKIS, Jannis, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, Leipzig: Weicher, 1938. (citado: *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht*)

GEYER, August, *Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht*, Innsbruck: Wagner, 1862. (citado: *Erörterungen*)

_____, *Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Einleitung und allgemeiner Theil*, Ackerman: Keip, 1884. v. 1. (citado: *Grundriss*)

_____, «A. Aldosser, Inwiefern können durch Unterlassung strafbare handlungen begangen werde?», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden: Nomos, 1882, v. 5, p. 237-244. (citado: *Aldosser, Unterlassung*)

GEBLER, Theodor, *Ueber den Begriff und die Arten des Dolus (Unveränderter Nachdruck der Originalausgabe Tübingen 1860)*, Leipzig: Zentralantiquariat der DDR, 1970. (citado: *Arten des Dolus*).

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 2000, v. 53, p. 29-132. (citado: «causalidad en la omisión impropia»)
- GLASER, Julius, *Abhandlungen aus dem oesterreichen Strafrecht*, Wien: Tendler, 1858. (citado: *Abhandlungen*)
- _____, «Über Thäterschaft und Beihilfe» In: GLASER, Julius, *Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprocess*, Wien: Verlag von Lendler, 1868, v. 1, p. 129-156. (citado: «Thäterschaft und Beihilfe»)
- GOTTLIEB, Heschel, *Schopenhauers Einfluß auf die Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Rothschild, 1917. (citado: *Schopenhauers Einfluß*)
- GRAF ZU DOHNA, Alexander, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2° ed., Bonn: Roehrscheid, 1941. (citado: *Aufbau der Verbrechenslehre*)
- GRASSO, Giovanni, *Il reato omissivo improprio, la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano: Giuffrè, 1983. (citado: *reato omissivo improprio*)
- GRÄSEL, Rudolf, *Die Unterlassungsdelikte im ausländischen Strafrecht*, Breslau: Schletter, 1909. (citado: *Die Unterlassungsdelikte*)
- GRECO, Luis, «Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, n. 8-9, p. 674-691. (citado: «Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten»)
- GRISPIGNI, Filippo, *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano: Giuffrè, 1952, v.2. (citado: *Diritto penale*)
- GROPP, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3° ed., Berlin: Heidelberg: Springer, 2005. (citado: *Strafrecht*)
- GUARNERI, Giuseppe, «Causalità dell’omissione», *Annali di diritto e procedura penale*, Torino: Editrice torinese, 1934, a. 3, p. 1105-1121. (citado: «Causalità dell’omissione»)
- HALL, Karl Alfred, *Die Lehre vom Corpus Delicti, eine dogmatatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart: Kohlhammer, 1933. (Citado: *Die Lehre vom Corpus Delicti*)
- _____, «Entwicklung des Verbrechensbegriffes aus dem Geist des Prozesses» In: GEERDS, Friederich; NAUCKE, Wolfgang, *Beiträge zur gesamten*

Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 35-43 (citado: «Entwicklung des Verbrechensbegriffes»)

HART, Herbert Lionel Adolphus; HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, 2º ed., Oxford: Oxford University Press, 2002. (citado: *Causation in the law*)

HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt: Fischer Atenäum Verlag, 1973. (citado: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*)

_____, «Prefácio» In: TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, São Paulo: Marcial Pons, 2012. (citado: «Prefácio»)

_____, «Neurociências e culpabilidade em direito penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 100, p. 211-225. (citado: «Neurociências e culpabilidade»)

HAUPT, Friedrich, «Zur Lehre von den Unterlassungsdelikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1882, n. 2, p. 533-550. (citado: «Unterlassungsdelikten»)

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse», In: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Nürnberger und Heidelberger Schriften (1808 - 1817)*, Frankfurt: Suhrkamp, 1970, p. 204-274. (citado: «Rechts-, Pflichten- und Religionslehre»)

_____, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Mit Hegels eingetragene Notizen und den mündlichen Zusätzen*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986. (citado: *Philosophie des Rechts*)

HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*, 19º ed., Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1953. (citado: *Sein und Zeit*)

_____, *Língua de tradição e língua técnica*, Tradução do francês Mario Botas, Lisboa: Vega, 1995. (citado: Língua de tradição)

_____, *A essência do fundamento*, Edição bilingue, Lisboa: edições 70, 2007. (citado: *essência do fundamento*)

HEIMSOETH, Heinz, *A filosofia no século XX*, Trad. L. Cabral Moncada, 5º ed., Coimbra: Arménio Amado, 1982. (citado: *filosofia no século XX*)

HENNAU, Christiane; VERHAEGEN, Jacques, *Droit pénal général*, 2^oed., Bruxelles: Bruylant, 1995. (citado: *Droit pénal*)

HESPANHA, António Manuel, *O caleidoscópio do direito, o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2^oed., Coimbra: Almedina, 2009. (citado: *O caleidoscópio do direito*)

HEYDE, Johannes Erich, *Entwertung der Kausalität? Für und wider den Positivismus*, Stuttgart: Kohlhammer, 1957. (citado: «Entwertung der Kausalität?»)

HILGENDORF, Eric, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des des Lederspray – Urteils», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München: Beck, 1994, caderno 14, p. 563-566. (citado: ««Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen»»)

v. HIPPEL, Robert, «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1915, v. 36, p. 501-521. (citado: «Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission»)

_____, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin: Springer, 1932. (citado: *Lehrbuch*)

HÖPFNER, Wilhelm, «Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1915, v. 36 p. 103-132. (citado: «Unterlassungsdelikte»)

HÖRNLE, Tatjana, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion» In: HIRSCH, Andrew von, *Strafe – Warum? gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 11-30. (citado: «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien»)

HORN, Arnold, «Causalitäts- und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und criminalistische Bedeutung», *Der Gerichtssaal*, Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1897, v. 54, p. 321-385. (citado: «Causalitäts- und Wirkensbegriff»)

HOYER, Andreas, «Kausalität und/oder Risikoerhöhung» In: ROGALL, Klaus; PUPPE, Ingeborg; STEIN, Ulrich; WOLTER, Jürgen, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 95-105. (citado: «Kausalität und/oder Risikoerhöhung»)

HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin: de Gruyter, 1976. (citado: *Strukturen der Zurechnung*)

_____, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens» In: ACKERMANN, Heinrich, *Aus dem Hamburger Rechtsleben: Walter Reimers zum 65. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 459-475. (citado: «Zwei Axiome des Rechtsdenkens»)

_____, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2^oed., Berlin: de Gruyter, 1988. (citado: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*)

HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987. (citado: *delitos de omisión*)

HUME, David, *Tratado da natureza humana*, 2^o ed., (Trad. Serafim da Silva da edição da Oxford University Press, 1888), 2010. (citado: *Tratado da natureza humana*)

HÜNERFELD, Peter, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal, Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihrer Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1981. (citado: *Strafrechtsdogmatik*)

HUNGRIA, Nélon, «As concausas e a causalidade por omissão perante o novo código penal», *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. 89, p. 851-854. (citado: «causalidade por omissão»)

_____, «Causalidade na omissão», *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro*, São Paulo: Imprensa oficial do estado, 1965, p. 324-343. (citado: «causalidade na omissão»)

HUSSERL, Edmund, *A ideia da fenomenologia*, Lisboa: Edição 70, 2008. (citado: fenomenologia)

INZITARI, Bruno, «I modi di estenzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento» In: BESSONE, Mario, *Instituzioni di diritto privato*, 13^oed., Torino: Giampichelli, 2006, p. 471-477. (citado: «estenzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento»)

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^o ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1991. (citado: *Strafrecht*)

_____, «Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen» In: KÜHNE, Hans-Heiner, *Festschrift für Koichi Miyazawa, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1995, p. 419-436. (citado: «Strafrechtliche Haftung»)

_____, *La imputación objetiva en derecho penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas editoriales, 1996. (citado: *imputación objetiva*)

JANAWAY, Christopher, «Introduction» In: JANAWAY, Christopher, *The Cambridge companion to Schopenhauer*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 1-17. (citado: «Introduction»)

JELLINEK, Georg, *Die sozialitische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2° ed., Berlin: Verlag von O. Häring, 1908. (citado: *sozialitische Bedeutung von Recht*)

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5°ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996. (citado: *Lehrbuch*)

JOERDEN, Jan C., *Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 2° ed., Berlin: Springer, 2010. (citado: *Logik im Recht*)

KAHLO, Michael, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff*, Berlin: Duncker und Humblot, 1990. (citado: *Pflichtwidrigkeitszusammenhanges*)

KANT, Immanuel, «Der einzig mögliche Beweisgrund zu einer Demonstration des Daseyns Gottes», In: KANT, Immanuel, *Werke*, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Frankfurt: Suhrkamp, 1977, v. 2. (citado: *Demonstration des Daseyns Gottes*)

_____, *Die Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1977, v. 8. (citado: *Metaphysik der Sitten*)

_____, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, Stuttgart: Reclam, 1995. (citado: *Prolegomena*)

_____, «Kritik der reinen Vernunft» In: KANT, Immanuel, *Die Drei Kritiken*, Köln: Anaconda Verlag, 2011. (citado: *Kritik der reinen Vernunft*)

KANTOROWICZ, Hermann, «Studien zum altitalienischen Strafprozeß», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1924, v. 44, p. 97-129. (citado: «Studien zum altitalienischen Strafprozeß»)

KAUFMANN, Armin, «Metodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung», *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, München: Beck Verlag, 1961, n.6, p. 173-177. (citado: Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung»)

_____, «Unterlassung und Vorsatz», In: WELZEL, Hans, *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn: Röhrscheid, 1963, p. 207-232. (citado: «Unterlassung und Vorsatz»).

_____, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2° ed., Göttingen: Schwartz, 1988. (citado: *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*)

KAUFMANN, Arthur, «Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre» In: GEERDS, Friedrich; NAUCKE, Wolfgang, *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 79-117. (citado: «ontologische Struktur der Handlung»)

_____, «Strafrechtspraxis und sittliche Normen» In: KAUFMANN, Arthur, *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, ausgewählte Aufsätze und Vorträge von Arthur Kaufmann*, Köln: Heymann, 1983, p. 167-185. (citado: «Strafrechtspraxis und sittliche Normen»)

_____, *Filosofia do direito*, Trad. Atónio Ulisses Cortês, 3°ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. (citado: *Filosofia do direito*)

KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität, mit einer einleitung von Ernst Topitsch* (Neudruck der Ausgabe, Hague: W.P. van Stockum & Zoon, 1941), Wien: Hermann Böhlau, 1982. (citado: *Vergeltung und Kausalität*)

_____, *Teoria pura do direito*, (Trad. João Baptista Machado da Reine Rechtslehre, Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960), 6° ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Citado: *Teoria pura*)

KILLIAS, Martin, *Grundriss der Kriminologie, eine europäische Perspektive*, Bern: Stämpfli, 2002. (citado: *Grundriss der Kriminologie*)

KINDHÄUSER, Urs, «Zur Logik des Verbrechenbaus», In: KOCH, Harald, *Herausforderungen an das Recht, Alte Antworten auf neue Fragen?*, Berlin: Berlin Verlag Spitz, 1997, p. 77-94. (citado: «Logik des Verbrechenbaus»)

_____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4°ed., Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gessellschaft., 2009. (citado: *Strafrecht*)

_____, «Zum sog. „unerlaubten“ Risiko» In: BLOY, René, *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Mainwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 397-416. (citado: «Zum sog. „unerlaubten“ Risiko»)

_____, «Aumento do risco e diminuição do risco», Trad. Inês Fernandes Godinho e revisão José de Faria Costa, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra editora, 2010, v. 20, p. 11-39. (citado: «diminuição do risco»)

_____, «Zurechnung bei alternativer Kausalität», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: Decker, 2012, v. 10, p. 134-148. (citado: «Zurechnung bei alternativer Kausalität»)

v. KIRCHMANN, Julius, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Dornbirn: BSA Verlag, 1848. (citado: *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*)

KLEIN, Ernst Ferdinand, *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts* (Nachdruck der Ausg. Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1796), Goldbach: Keip, 1996. (citado: *preussischen peinlichen Rechts*)

KNAUER, Christoph, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, München: Beck, 2001. (citado: *Kollegialentscheidung im Strafrecht*)

KNOCHE, Wolfgang, *Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde)*, Marburg, 1959. (citado: *Lehre vom Kausalzusammenhang*)

KOCH, Johann Christoph, *Institutiones iuris criminalis*, 9^o ed., Ienae: Melchior Haeredes, 1791. (citado: *Institutiones iuris criminalis*)

KOHLER, Josef, *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim: Bensheimer, 1890. (citado: *Studien*)

KOLLMANN, Horst, *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem*, Breslau: Schletter, 1908. (citado: *Stellung des Handlungsbegriffes*)

KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden: Nomos Verlag Gesellschaft, 2007. (citado: *Kausalität und objektive Zurechnung*)

KRAUS, Oskar, «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1903, v. 23, p. 762-794. (citado: «Rechtsphilosophie und Jurisprudenz»)

KRUG, August Otto, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen. Vierte Abhandlung. Allgemeiner Theil*. Leipzig: Voigt & Günther, 1855. (citado: *Commentar zu dem Strafgesetzbuche*)

KÜHL, Kristian, *Strafrecht, Allgemeine Teil*, 5^oed., München: Verlag Franz Vahlen, 2005. (citado: *Strafrecht*)

_____, «§13 Begehen durch Unterlassen» In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch: Kommentar, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27^o ed., München: Beck, 2011, p. 61-100. (citado: «Begehen durch Unterlassen»)

LACEY, Nicola; WELLS, Celia; OLIVER, Quick, *Reconstructing criminal law: text and materials*, 4^o. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010. (citado: *Reconstructing criminal law*)

LAMMASCH, Heinrich, *Grundriss des österreichischen Strafrechts, (neu bearbeitet von Theodor Rittler)*, 5^oed., Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1926. (citado: *Grundriss/1926*)

LAMPE, «Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein. Einleitung» In: LAMPE, Ernst-Joachim, *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, Frankfurt: Suhrkamp, 1997, p. 7-47. (citado: «Entwicklung von Rechtsbewußtsein»)

LANDBERG, Ernst, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, (Unverändert Nachdruck 1957)*, München: Oldenbourg, 1910, 3^o Abteilung, 2^o Halbband. (citado: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*)

LANGER, Winrich, *Das Sonderverbrechen, eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1972. (citado: *Das Sonderverbrechen*)

_____, *Die Sonderstrafat, eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen*, 2^o vollständig neu bearbeitet Auflage des Werks «Das Sonderverbrechen», Berlin: Duncker & Humblot, 2007. (citado: *Die Sonderstrafat*)

LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung – Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der 'juristischen Kausalität'*, Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927. (citado: *Hegels Zurechnungslehre*)

_____, «Tatzurechnung und 'Unterbrechung des Kausalzusammenhanges'», *Neue Juristische Wochenschrift*, München: C. H. Beck Verlag, 1955, p. 1009-1013. (citado: «Tatzurechnung und 'Unterbrechung des Kausalzusammenhanges'»)

_____, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, 14^o ed., München: Beck, 1986, v.1. (citado: *Lehrbuch des Schuldrechts*)

_____, «Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht» In: In: BARTH, Eberhard: *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Göttingen: Schwartz, 1970, p. 79-90. (citado: «Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung»)

_____, *Metodologia da ciência do direito*, Trad. José Lamego. 5ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. (citado: *Metodologia*)

LEITE, André Lamas, *As "posições de garantia" na omissão impura, em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. (citado: *As "posições de garantia"*)

LENCKNER, Theodor; EISELE, Jörg, «Vorbemerkung zu dem §13 Begehung durch Unterlassen» In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28º ed., München: Beck, 2010, p.130-199. (citado: «Vorbemerkung zu dem §13»)

LERMAN, Marcelo, «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: Decker, 2008, p. 78-91. (citado: «fakultative Strafmilderung»)

LESCH, Heiko Hartmut, *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Heymann, 1999. (citado: *Der Verbrechensbegriff*)

LICCI, Giorgio, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli: Jovene, 1996. (citado: *Teorie causali e rapporto di imputazione*)

LIEPMANN, Moritz, *Einleitung in das Strafrecht, eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlin: Häring, 1900. (citado: *Einleitung in das Strafrecht*)

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil, anotado (Artigos 1.0 a 761.0)*, Coimbra: Coimbra Editora, 4º ed., 1987, v.1. (citado: *Código Civil anotado/1*)

_____; _____, *Código Civil, anotado (Artigos 762º a 1250º)*, Coimbra: Coimbra Editora, 4º ed., 1987, v. 2. (citado: *Código Civil anotado/2*)

LING, Michael, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten: eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996. (citado: *Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*)

v. LISZT, Franz, *Das deutsche Reichsstrafrecht, auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt*, Berlin: Guttentag, 1881. (citado: *Das deutsche Reichsstrafrecht*)

_____, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2° ed., Berlin: Guttentag, 1884. (citado: *Lehrbuch/1884*)

_____, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3° ed., Berlin: Guttentag, 1888. (citado: *Lehrbuch/1888*)

_____, *Tratado de direito penal alemão*, Trad. da 7° edição de 1895 por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v.1. (citado: *direito penal alemão*)

_____, «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. Strafrechtliche», *Aufsätze und Vorträge (1892-1904)*, Berlin: J. Guttentag, 1905, v. II, p. 75-93. (citado: *Grundbegriffe des Strafrechts*)

_____, *Tratado de derecho penal*, Trad. de la 20° ed. alemana, 3° ed., Madrid: Reus, 1925, v. 2. (citado: *derecho penal*)

_____, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1943. (citado: *Zweckgedanke*)

v. LISZT, Franz; SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 24° ed., Berlin: de Gruyter, 1922. (citado: *Lehrbuch/1922*)

_____, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25° ed., Berlin: de Gruyter, 1927. (citado: *Lehrbuch/1927*)

_____, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26°ed., Berlin: de Gruyter, 1932. (citado: *Lehrbuch/1932*)

LÖNING, Richard, *Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs*, Jena: Fischer, 1889. (citado: *strafrechtliche Haftung*)

_____, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena: Fischer, 1903. (citado: *Zurechnungslehre*)

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin: Rothschild, 1936, v.2. (citado: *Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*)

LUDEN, Heinrich, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1836, v. 1. (citado: *Abhandlungen/1836*)

_____, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Ueber den Thatbestand des Vebrechens nach gemeinem teutschen Rechte*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1840, v. 2. (citado: *Abhandlungen/1840*)

_____, *Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts (Nachdruck der Ausgabe Jena, 1842)*, Goldbach: Antiquariat und Verlag Keip, 1996. (citado: *Handbuch*)

LUNA, Everardo da Cunha, «O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão», *Revista de direito penal e criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 33, p. 48-59. (citado: «crime de omissão»)

_____, «A causalidade na omissão, no anteprojeto de código penal» In: MACKIE, John, «*Causes and conditions*» In: SOSA, Ernest, *Causation and conditionals*, Oxford: Oxford University Press, 1975, p. 15-38. (citado: «*Causes and conditions*»)

MAIWALD, Manfred, «Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit? – Rechtsvergleichende Bemerkungen zur ‘Kausalität’ des Unterlassens» In: HETTINGER, Michael, *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Müller, 2007, p. 329-346. (citado: «Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit?»)

_____, «Diritto e potere», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2004, p. 3-22. (citado: *diritto e potere*)

MANTOVANI, Ferrando, «Il Principio di offensività nel codice penale peruviano», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2002, v. 45, p. 393-414. (citado: «offensività nel codice penale peruviano»)

_____, *Diritto penale, Parte generale*, 7° ed., Padova: Cedam, 2011. (citado: *Diritto penale*)

MARINUCCI, Giorgio, «Causalità reale e causalità ipotética nell’omissione impropria», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2009, Fasc. 2, p. 523-535. (citado: «Causalità reale»)

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2° ed., Milano: Giuffrè, 2006. (citado: *Manuale*)

_____; _____, *Codice penale commentato, Artt. 1 – 240*, 3° ed., Milano: Ipsoa, 2011, v.3. (citado: *Codice penale commentato*)

MARTIN, Christoph, *Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts mit besonderer Rücksicht auf das neue Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern (Nachdruck der Ausgabe. Heidelberg, 1825)*, Frankfurt: Keip, 1985. (citado: *Lehrbuch*)

MARTINS, Rui Cunha, «Das fronteiras da Europa às fronteiras da ideia de Europa (o argumento paradigmático e o argumento integrador)», *Idéias de Europa: que fronteiras?*, Coimbra: Quarteto, 2004, p. 35-42. (citado: *fronteiras da ideia de europa*)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte general*, 3º ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. (citado: *Derecho penal económico*)

MASSARI, Eduardo, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli: Jovene, 1930. (citado: *dottrine generali del diritto penale*)

MATT, Holger, *Kausalität aus Freiheit, eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1994. (citado: *Kausalität aus Freiheit*)

MATTHAEUS, Antonius, *De criminibus ad libri XLVII et XLVIII digesto commentaries, 5ª ed., 1761. On crimes. A commentary on books XLVII and XLVIII of the Digest*, Edição bilingue, Tradução Margareth Hewett, Cape Town: Juta, 1987. (citado: *digesto commentaries*)

MAURACH, Reinhart, *Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Wolfenbuettel: Wolfenbuetteler Verlagsanst., 1948. (citado: *Grundriss*)

_____, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, ein Lehrbuch*, 3º ed., Karlsruhe: Müller, 1965. (citado: *Deutsches Strafrecht/1965*)

_____, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, ein Lehrbuch*, 4º ed., Karlsruhe: Müller, 1971. (citado: *Deutsches Strafrecht/1971*)

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz, *Strafrecht, ein Lehrbuch, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 7º ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1989, v. 2 (citado: *Strafrecht/2*).

MAYER, Max Ernest, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Freiburg: Mohr, 1899. (citado: *Der Causalzusammenhang*)

_____, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, 2º ed., Heidelberg: Winter, 1923. (citado: *Lehrbuch/1923*)

- MARXEN, Klaus, *Kompaktkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Fälle zur Einführung, Wiederholung und Vertiefung*, München: Beck, 2003. (citado: *Strafrecht*)
- MAZZACUVA, Nicola, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano: Giuffrè, 1983. (citado: *disvalore di evento nell'illecito penale*)
- MEYER, Hugo; ALLFELD, Phillip, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9º ed., Leipzig, 1934. (citado: *Lehrbuch*)
- MENDES, Paulo de Sousa, «Crítica à idéia de ‘diminuição do risco’ de Roxin», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. n. 14, p. 102-118. (citado: «crítica à idéia de ‘diminuição do risco’»)
- _____, «A causalidade como critério heurístico – uma demonstração através do exemplo da manipulação de cotações no mercado financeiro», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra editora, 2005, a. 15, n.2, p.167-208. (citado: «A causalidade como critério heurístico»)
- _____, *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra: Coimbra editora, 2007. (citado: *torto intrinsecamente culposo*)
- MENDES, Paulo de Sousa; CARMO, José, «Um modelo semântico de representação da causalidade e a necessidade de critérios lógico-jurídicos na atribuição da causalidade», *Revista Liberdades*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, n. 15, p. 73-103. (citado: «modelo semântico de representação da causalidade»)
- MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1867, v.1. (citado: *Abhandlungen*)
- _____, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Enke-Verlag, 1889. (citado: *Lehrbuch*)
- _____, *Juristische Enzyklopädie*, 7º ed., Berlin: de Gruyter, 1922. (citado: *Enzyklopädie*)
- MERKEL, Paul, *Begehung durch Unterlassung*, Göttingen: Dissertação universitária, 1895. (citado: *Unterlassung*)
- MERLE, Roger; VITU, André, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 3º ed., Paris: Cujas, 1978, t.1. (citado: *droit criminel*)
- MEZGER, Edmund, *Sein und Sollen im Recht*, Tübingen: Mohr, 1920. (citado: *Sein und Sollen*)

_____, «Vergeltung und Schutz im neuen Deutschen Strafrecht», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1940, a. 31, f. 4-5, p. 105-110. (citado: «Vergeltung und Schutz»)

_____, *Deutsches Strafrecht, ein Grundriß*, Berlin: Junker & Dünnhaupt, 1938. (citado: *Grundriß/1938*)

_____, «Kriegsstrafrecht und Kriegsstrafverfahrensrecht», *Zeitschrift der Akademie des deutschen Rechts*, 1940, p. 59-62. (citado: «Kriegsstrafrecht und Kriegsstrafverfahrensrecht»)

_____, *Deutsches Strafrecht, ein Grundriß*, 3° ed., Berlin: Junker & Dünnhaupt, 1943. (citado: *Deutsches Strafrecht/1943*)

_____, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3° ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1949. (citado: *Strafrecht/1949*)

MEZGER, Edmund; BLEI, Hermann, *Strafrecht, ein Studienbuch, Allgemeiner Teil*, München: Beck Verlag, 1970, v.1. (citado: *Strafrecht/1970*)

MILL, John Stuart, *A system of logic, ratiocinative and inductive: being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation*, 8° ed., London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 1872, v. 1. (citado: *A system of logic*)

MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2° ed., Barcelona: Bosch, 1982. (citado: *teoría del delito en el estado social*)

MONCADA, Luiz Cabral de, «Existencialismo e direito» In: MONCADA, Luiz Cabral de, *Estudos filosóficos e históricos. Artigos, discursos, conferências e recensões críticas*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1959, v. II., p. 409-420. (citado: «existencialismo»)

_____, *Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal (1772-1911)*, 2°ed., Coimbra: Coimbra editora, 1938. (citado: *história da filosofia do direito*)

_____, *Filosofia do direito e do estado, Parte histórica*, 2°ed. de 1955, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. 1. (citado: *Filosofia do direito/1*)

MONIZ, Helena, «Aspectos do resultado no Direito Penal» In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela de Miranda; ANTUNES, Maria João, *Lieber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 541-572. (citado: «Aspectos do resultado»)

- _____, *Agravação pelo resultado? contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009. (citado: *Agravação pelo resultado?*)
- MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, Trad. Miguel Morgado, Lisboa: Edições 70, 2011. (citado: *Do espírito das leis*)
- MOORE, Michael S., *Causation and responsibility, an essay in law, morals, and metaphysics*, Oxford: Oxford University Press, 2009. (citado: *Causation and responsibility*)
- MOURA, Bruno de Oliveira, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*, Coimbra: Coimbra editora, 2013. (citado: *excesso na legítima defesa*)
- NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht, eine Einführung*, 9º ed., Neuwied: Luchterhand, 2000. (citado: *Strafrecht*)
- _____, «„Schuldenstreit"», In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid, *Festschrift für Winfried Hassemer, zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, Heidelberg: Müller, 2010, p. 559-572. (citado: «„Schuldenstreit"»)
- NAUCKE, Wolfgang; HARZER, Regina, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 5ºed., 2005. (citado: *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*)
- NEGRÃO, Maria do Céu Rueff de Saro, «Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que obriga evitar o resultado», *Separata da Revista do Ministério Público*, Lisboa: 1986, v. 25 e 26, p. 3-68. (citado: «omissão impura»)
- NEVES, António Castanheira, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade, ensaio de uma reposição crítica – a crise*, Coimbra: Almedina, 1967, v. 1. (citado: *Questão-de-facto*)
- _____, *Metodologia jurídica, problemas fundamentais, Studia Iuridica*, Coimbra: Coimbra editora, 1993. (citado: *Metodologia jurídica*)
- _____, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido» In: NEVES, Castanheira Antonio, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2, p. 95-180. (citado: «unidade do sistema jurídico»)
- NEUMANN, Ulfrid, «Juristische Logik» In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4º ed., Heidelberg: Mueller, 1985, p. 237-261. (citado: «Juristische Logik»)

NEWTON, Isaac, *Princípios matemáticos da filosofia natural (Philosophiae naturalis principia mathematica, 1687)*, Trad. João Resina Rodrigues, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. (citado: *Princípios matemáticos da filosofia natural*)

NISCO, Attilio, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale, Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna: Bononia Univ. Press, 2009. (citado: *Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*)

_____, «Controle das escolhas de incriminação e eclipse do bem jurídico: o caso do incesto no direito alemão», *Revista de Estudos Criminais*, Trad. Marcelo Almeida Ruivo, São Paulo: Iob Síntese, 2013, v. 51, p. 9-30. (citado: «Controle das escolhas de incriminação»)

NOWAKOWSKI, Friedrich, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz: Verlag Styria, 1955. (citado: *Das österreichische Strafrecht*)

NUVOLONE, Pietro, «Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale» In: NUVOLONE, Pietro, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova: Cedam, 1969, v. 1. p. 716-724. (citado: «causalità nel diritto penale»)

_____, *Il sistema del diritto penale*, 2° ed., Padova: Cedam, 1975. (citado: *diritto penale*)

ORLANDI, Renzo, «Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?» *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1996, p. 568-592. (citado: «riedizione dell'inquisitio generalis?»)

ORMEROD, David, *Smith and Hogan Criminal Law*, 12° ed., Oxford: Oxford University Press, 2008. (citado: *Criminal Law*)

PADOVANI Tulio, «Il problema “tangentopoli” tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1996, p. 448-462. (citado: «Il problema “tangentopoli”»)

PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale, parte generale*, 8° ed., Milano: Giuffrè, 2003. (citado: *Principi di diritto penale*)

PALMA, Maria Fernanda, «Do sentido histórico do ensino do direito penal na Universidade portuguesa à questão metodológica», *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra: Coimbra editora, 1999, p. 351-447. (citado: «Do sentido histórico do ensino»)

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación, el problema de presupuesto ontológico de los delitos de resultado en ámbitos estadísticos o probabilísticos; in dubio*

pro reo y "certeza" en la determinación probabilística, Buenos Aires: AdHoc, 2006. (citado: *Causalidad, resultado y determinación*)

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *La responsabilidad de los administradores de sociedades, criterios de atribución*, Barcelona: Cedecs Ed., 1997. (citado: *responsabilidad de los administradores de sociedades*)

PHILIPPS, Lothar, *Der Handlungsspielraum, Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt: Klostermann, 1974. (Citado: *Der Handlungsspielraum*)

_____, «Nomentheorie» In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8^{ed.}, Heidelberg: Müller, 2011, p. 320-332. (citado: «Nomentheorie»)

POZO, José Hurtado, *Droit pénal, Partie générale*, Zurich: Schulthess, 2002, v. 2. (citado: *Droit pénal/2*)

PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 17^o ed., Paris: Cujas, 2008. (citado: *Droit pénal*)

PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale*, 5^o ed., Torino: Giappichelli, 2013. (citado: *Diritto penale*)

PUPPE, Ingeborg, «Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 1980, n. 92, p. 863-911. (citado: «Erfolg und seine kausale Erklärung»)

_____, «Vorbemerkungen zu §§13ff» In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Strafgesetzbuch, [§§ 1-145d]*, 3^{ed.}, Baden-Baden: Nomos, 2010, v.1, p. 415-528. (citado: «Vorbemerkungen zu §§13ff»)

PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt: Klostermann, 1993. (citado: *Strafrecht und Risiko*)

RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin: J. Guttentag Verlangsbuchhandlung, 1904. (citado: *Handlungsbegriff*)

_____, «Zur Systematik der Verbrechen» In: HEGLER, August, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr, 1930, p. 158-173. (citado: «Systematik der Verbrechen»)

_____, *Rechtsphilosophie, Nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik Wolf*, 6^o ed., Stuttgart: Koehler, 1963. (citado: *Rechtsphilosophie*)

REALE JÚNIOR, Miguel, *Parte geral do código penal, nova interpretação*, São Paulo: Revista dos tribunais, 1988. (citado: *Parte geral do código penal*)

REDSLOB, Robert, *Die Kriminelle Unterlassung*, Breslau: Schletter, 1906. (citado: *Kriminelle Unterlassung*)

RICKERT, Heinrich, *Ciencia cultural y ciencia natural*, Madrid: Espasa-Calpe, 1943. (citado: *Ciencia cultural*)

RITTLER, Theodor, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Wien: Springer, 1933, v.1. (citado: *Lehrbuch/1933*)

_____, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2^o ed., Wien: Springer, 1954, v.1. (citado: *Lehrbuch/1954*)

RODRIGUES, João Resina, «Comentário do tradutor», In: NEWTON, Isaac, *Princípios matemáticos da filosofia natural (Philosophiae naturalis principia mathematica, 1687)*, Trad. J. Resina Rodrigues, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 891-959 (citado: «Comentários do tradutor»)

RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho penal español, Parte especial*, 9^o ed., Madrid: Artes Gráficas Carasa, 1983. (citado: *Derecho penal español*)

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el código penal*, Madrid: Ed. Tecnos, 1966. (citado: *omision de socorro*)

v. ROHLAND, Woldemar, *Die strafbare Unterlassung, Erste Abtheilung*, Dorpat: Mattiesen, 1887. (citado: *strafbare Unterlassung*)

_____, *Die Kausallehre des Strafrechts, Ein Beitrag zur praktischen Kausallehre*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1903. (citado: *Kausallehre des Strafrechts*)

ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice penale, Art. 1 – 84*, 3^o ed., Milano: Giuffrè, 2004, v.1. (citado: *Commentario sistematico/1*)

ROSENBERG, Alexander, «Hume and the philosophy of science» In: NORTON, David Fate, *The cambridge companion to hume*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 64-89. (citado: «Hume and philosophy of science»)

ROXIN, Claus, «An der Grenze von Begehung und Unterlassung» In: BOCKELMANN, Paul; KAUFMANN, Arthur; KLUG, Ulrich, *Festschrift für Karl*

Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt: Klostermann, 1969, p. 380-405. (citado: «Grenze von Begehung und Unterlassung»)

_____, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», In: BARTH, Eberhard, *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Göttingen: Schwartz, 1970, p. 133-150. (citado: «Problematik der Zurechnung im Strafrecht»)

_____, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik» In: DÖLLING, Dieter, *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 423-437. (citado: «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie»)

_____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 3^oed. München: Beck Verlag, 2003, v. II. (citado: *Strafrecht/2*)

_____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4^oed., München: CH. Beck Verlag, 2006, v. 1. (citado: *Strafrecht/1*)

_____, «Kausalität und Garantstellung bei den unechten Unterlassungen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: Decker, 2009, v. 2, p. 73-85. (citado: «Kausalität und Garantstellung»)

RUDOLPHI, Hans-Joachim; STEIN, Ulrich, «Vorbemerkungen zu §13» In: RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7^oed., Köln: Heymann, 2009, p. 1-67. (citado: Vorbemerkungen zu §13)

RUIVO, Marcelo Almeida, *Criminalidade financeira, contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. (Citado: Criminalidade financeira)

_____, «O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra editora, 2012, v. 22, p. 175-199. (citado: «O fundamento da pena criminal»)

RÜMELIN, Max, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, Tübingen: Mohr, 1900. (citado: *Die Verwendung der Causalbegriffe*)

SACHSSE, Hans, *Kausalität – Gesetzlichkeit – Wahrscheinlichkeit, Die Geschichte von Grundkategorien zur auseinandersetzung des Menschen mit der Welt*, Darmstadt: Wissenschaft Buchgesellschaft, 1979. (citado: *Kausalität – Gesetzlichkeit – Wahrscheinlichkeit*)

- SAMSON, Erich, «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *Strafverteidiger*, Köln: Heymanns, 1991, p. 182-186. (citado: «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung»)
- _____, «Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff» In: WELZEL, Hans, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 259-266. (citado: «Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff»)
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Rio de Janeiro: Graal, 1989. (citado: *ciência pós-moderna*)
- _____, *Um discurso sobre as ciências*, 13ª ed. Porto: Afrontamento, 2002. (citado: *sobre as ciências*)
- SANTOS, José Beza dos, *Direito criminal, preleções do José Beza dos Santos, aos cursos de 4. e 5. ano jurídico de 1935 – 1936, coligadas por Hernani Marques*, Coimbra: Coimbra Ed., 1936. (citado: *Direito criminal/1936*)
- SANTOS, Juarez Cirino, *Direito penal, Parte geral*, Curitiba: Lumen Juris, 2006. (citado: *Direito penal*)
- SARTRE, Jean-Paul, *O ser e o nada, ensaio de ontologia fenomenológica*, Trad. Paulo Perdigo, 21ª ed., Petrópolis Alegre: Editora Vozes, 2012. (citado: *O ser e o nada*)
- SAUER, Wilhelm, *Grundlagen des Strafrechts: nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin: de Gruyter, 1921. (citado: *Grundlagen des Strafrechts*)
- _____, «Kants Einfluß auf das Straf- und Prozeßrecht», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1925, v. 45, p. 1-9. (citado: «Kants Einfluß»)
- SCHAFFSTEIN, Friedrich, «Die Risikoerhöhung als objectives Zurechnungsprinzip im Strafrecht», In: BARTH, Eberhard, *Festschrift für Richard M. Honig, zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Göttingen: Schwartz, 1970, p. 169-174. (citado: «Risikoerhöhung als objectives Zurechnungsprinzip»)
- SCHICK, Peter J., «Strafrecht und Strafprozessrecht» In: POSCH, Willibald, *Einführung in das österreichische Recht, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, 1985, p. 214-240. (citado: «Strafrecht und Strafprozessrecht»)
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Tübingen: Mohr, 1975. (citado: *Strafrecht*)
- SCHMIDT, Eberhard, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig: Weicher, 1939. (citado: *Arzt im Strafrecht*)

SCHNEIDER, Egon, *Logik für Juristen, die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung*, 5^oed., München: Vahlen, 1999. (citado: *Logik für Juristen*)

SCHÖNE, Wolfgang, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz: zur gesetzlichen Regelung 'unechter' Unterlassungsdelikte*, Köln: Heymann, 1974. (citado: *Unterlassene Erfolgsabwendungen*)

SCHOPENHAUER, Arthur, *Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde, Ueber den Willen in der Natur, Kleinere Schriften I (Dissertation 1813)*, Arthur Schopenhauer, Zürcher Ausgabe, Werke in zehn Bänden, Zürich: Diogenes Verlag, 1977, v. 4. (citado: *vierfache Wurzel des Satzes*)

_____, *Die Welt als Wille und Vorstellung, Vollständige Ausgabe nach der dritten, verbesserten und beträchtlich vermehrten Auflage von 1859*, Köln: Anaconda Verlag, 2009. (citado: *Die Welt als Wille und Vorstellung*)

SCHREIBER, Rupert, *Logik des Rechts*, Berlin: Springer, 1962. (citado: *Logik des Rechts*)

SCHROEDER, Friederich-Christian, «Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechung» In: KARRAS, Argyrios, Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, Atenas: Sakkoula, 2003, p. 651-689. (citado: «Genesis der Lehre von der objektiven Zurechung»)

SCHROTH, Hans-Jürgen, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen: Brühlscher Verlag, 1993. (citado: *Unternehmen als Normadressaten*)

SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen: Schwartz, 1971. (citado: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*)

_____, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht, eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln: Heymann, 1979. (citado: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*)

_____, «Strafrechtdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität», *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, Juristischer Verlag, 1982, caderno 2, p. 41-50. (citado: «Strafrechtdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen»)

_____, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft» In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOTTKKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag: am 15. Mai 2001*, Berlin: de Gruyter, 2001, p. 1-32. (citado: «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft»)

SCHWALBACH, «Zur Lehre von der ‘echten’ Unterlassungsdelicten», *Der Gerichtssaal*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1879, v. 31, 603-615. (Citado: «Unterlassungsdelicten»)

SCHWARZ, Joachim, *Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelicten*, Muenchen: Schoen, 1967. (citado: *echten und unechten Unterlassungsdelicten*)

SCHWARZ, Wilhelm, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelicten durch Unterlassung*, Breslau: Franck & Weigert, 1929. (citado: *Begehungsdelicten durch Unterlassung*)

SEELMANN, Kurt, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4° ed., Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009. (citado: *Strafrecht*)

SERENI, Andrea, *Causalità e responsabilità penale: dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino: G. Giappichelli, 2008. (citado: *Causalità e responsabilità penale*)

SGUBBI, Filippo, *Il reato come rischio sociale, ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna: Il Mulino, 1990. (citado: *reato come rischio sociale*)

SIGWART, Christoph, «Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache» In: SIGWART, Christoph, *Kleine Schriften*, Freiburg: Mohr, 1881, v. 2, p. 155-121. (citado: «Begriff des Wollens»)

SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, 5°ed., Lisboa: Editora verbo, 2008. (citado: *Processo Penal*)

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión concepto y sistema*, Barcelona: Bosch, 1986. (citado: *El delito de omisión*)

_____, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelicten» In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOTTKKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag: am 15. Mai 2001*, Berlin: de Gruyter, 2001, p. 641-650. (citado: «Dreiteilung der Unterlassungsdelicten»)

SIMESTER, A. P.; SPENCER, J. R.; SULLIVAN, G. R.; VIRGO, G. J., *Simester and Sullivan's criminal law, theory and doctrine*, 4^o ed., Oxford: Hart, 2010. (citado: *criminal law*)

SOFOS, Themistoklis I., *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999. (citado: *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*)

SOUZA, Ricardo Timm de, «O nervo exposto. Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética» In: D'AVILA, Fabio Roberto, *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 25-32. (citado: *nervo exposto*)

SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», In: ANDRADE, Manoel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de; *Estudos em homenagem ao prof. doutor jorge de figueiredo dias*, Coimbra: Coimbra editora, 2009, v. II, p. 1005-1037. (citado: «responsabilidade criminal do dirigente»)

_____, *A responsabilidade criminal pelo produto e topos causal em direito penal, contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor*, Coimbra: Coimbra editora, 2014. (citado: *responsabilidade criminal pelo produto*).

SPENDEL, Günther, *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Herborn: J. M. Beck, 1948. (citado: *Kausalitätformel der Bedingungstheorie*)

STELLA, Federico, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. (citado: *Leggi scientifiche*)

_____, *Giustizia e modernità, la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. 2^oed., Milano: Giuffrè, 2002. (citado: *Giustizia e modernità*)

_____, «La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi a confronto il pensiero di wright e di mackie», In: STELLA, Federico, *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 1-70. (citado: «vitalità del modello della sussunzione sotto leggi»)

STOFFERS, Kristian F., *Die Formel "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?*, Berlin: Duncker und Humblot, 1992. (citado: *Abgrenzung von Tun und Unterlassen*)

STOOß, Carl, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2^oed., Wien: Deuticke, 1913. (citado: *Lehrbuch*)

STRATENWERTH, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung» In: LACKNER, Karl; LAFERENZ, Heinz; SCHMIDT, Eberhard; WELP, Jürgen; WOLFF, Ernst Amadeus, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlin: de Gruyter, 1973, p. 227-239. (citado: «Prinzip der Risikoerhöhung») _____, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Straftat*, 3^oed., Bern: Stämpfli Verlag, 2005, v. 1. (citado: *Schweizerisches Strafrecht*)

STRATENWERTH, Günter; KÜHLEN, Lothar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 5 ed., Köln: Heymanns, 2004. (citado: *Strafrecht*)

STREE, Walter; BOSCH, Nikolaus, «§13 Begehung durch Unterlassen» In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28^oed., München: Beck, 2010, p. 199-223. (citado: «Begehung durch Unterlassen»)

STÜBEL, Christoph Carl, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rucksicht der Toedtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursaechsischen Rechten*, Wittenberg: Zimmermann, 1805. (citado: *Thatbestand der Verbrechen*)

_____, *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*, Dresden: Hilscher, 1828. (citado: *Theilnahme mehrerer Personen*)

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel, «La reformulación de la tipicidad a través de la imputación objetiva» In: JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas editoriales, 1996, p. 21-88. (citado: «La reformulación de la tipicidad»)

SUMMERER, Kolis, *Causalità ed evitabilità, formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa: Edizioni ETS, 2013. (citado: *Causalità ed evitabilità*).

TARNOWSKI, Hans, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, Berlin: de Gruyter, 1927. (citado: *Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie*)

TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, São Paulo: Marcial Pons, 2012. (Citado: *crimes omissivos*)

- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 4^oed., München: Vahlen, 2014. (citado: *Wirtschaftsstrafrecht*)
- TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 2^oed., Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2000. (citado: *procedura penale*)
- TORRENTE, Andrea, *Manuale di diritto privato*, 4^o ed., Milano: Giuffrè editore, 1960. (citado: *Manuale di diritto privato*)
- TRAEGER, Ludwig, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg: Elwert, 1913. (citado: *Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*)
- TRECHSEL, Stefan; NOLL, Peter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5^o ed., Zürich: Schulthess, 1998. (citado: *Schweizerisches Strafrecht*)
- TROLLER, Alois, *Die Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1971. (citado: *Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie*)
- TULKENS, Françoise; VAN DE KERCHOVE, Michel, *Introduction au droit penal, aspects juridiques et criminologiques*, 6^o ed., Bruxelles: Kluwer, 2003. (citado: *droit penal*)
- VANCOURT, Raymond, *Kant*, Trad. António Pinto Ribeiro, Lisboa: Edição 70, 1991. (citado: *Kant*)
- VANINI, Ottorino, «Ancora sul problema della causalità», *Annali di diritto e procedura penale*, Torino: Editrice torinese, 1934, a. 3, p. 1321-1338. (citado: problema della causalità)
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, 6^o ed., Coimbra: Almedina, 1989, v.1. (citado: *Das obrigações em geral/1*)
- _____, *Das obrigações em geral*, 4^o ed., Coimbra: Almedina, 1990, v. 2. (citado: *Das obrigações em geral/2*)
- VELOSO, José Antonio, *Apontamentos sobre omissão, Direito Penal*, Lisboa: Associação académica da Faculdade de Lisboa, 1993, v.1. (citado: *Apontamentos sobre omissão*)
- VIANA, Marco Aurélio, *Curso de direito civil, Parte geral*, Belo Horizonte: Del Rey, 1993. (citado: *Curso de direito civil*)
- VIGANÒ, Francesco, «Riflessioni sulla c.d. ‘causalità omissiva’ in materia di responsabilità medica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2009, n.3, p. 1679-1725. (citado: «Riflessioni sulla c.d. ‘causalità omissiva’»)

VILANOVA, Lourival, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo: EDUC, 1977. (citado: *As estruturas lógicas*)

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, 2º ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. (citado: *Fundamentos del sistema penal*)

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Berlin: Duncker und Humboldt, 1993. (citado: *Norm und Pflicht*)

VOGT, Alfons, «Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1951, v. 63, p. 381-411. (citado: «Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung»)

VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles, *Manuel de droit civil*, 23º ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, v.1. (citado: *Manuel de droit civil*)

VORMBAUM, Thomas, «El derecho penal fragmentário en la historia y en la dogmática» *Revista penal*, n. 29, p. 204-222. (citado: «derecho penal fragmentário en la historia»)

VUILLE, Chris; SERMAY, Raymond; FAUGHN, Jerry, *College Physics*, 8º ed., Brooks/Cole: Belmont, 2009. (citado: *College Physics*)

WAABEN, Knud, «La théorie générale de l'infraction» In: ANCEL, Marc (Org.), *Le droit pénal des pays scandinaves*, Paris: Éditions de l'Épargne, 1969, p. 25-68. (citado: «théorie générale de l'infraction»)

WALTER, Tonio, «Vorbemerkungen zu den §§13ff» In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]*, 12ºed, Berlin: De Gruyter, 2007, v.1, p. 703-814. (citado: «Vorbemerkungen zu §§13ff»)

v. WEBER, Helmuth, «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», *Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zu seinem 80. Geburtstag*, Hamburg: Gesetz und Recht Verlag, 1947, p. 233-250. (citado: «Pflichtenkollision im Strafrecht»)

WEIGEND, Thomas, «Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 2004, v. 116, n. 4, p. 999-1027. (citado: «Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht»)

_____, «§13 Begehen durch Unterlassen» In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]*, 12^oed, Berlin: De Gruyter, 2007, v.1, p. 815-873 (citado: «§13 Begehen durch Unterlassen»)

WEILL, Alex; TERRÉ, François, *Droit civil, Les obligations*, Paris: Dalloz, 1980. (citado: *Droit civil*).

WELZEL, Hans, «Kausalität und Handlung», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 1931, v. 51, p. 703-720. (citado: «Kausalität und Handlung»)

_____, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim: Deutsches Druck- und Verlagshaus, 1935. (citado: *Naturalismus und Wertphilosophie*)

_____, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 1939, v. 58, p. 491-566. (citado: «Studien zum System des Strafrechts»)

_____, *Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*, 11^oed., Berlin: De Gruyter, 1969. (citado: *Deutsche Strafrecht*)

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 41^o ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2011. (citado: *Strafrecht*)

WESTPHAL, Ernst Christian, *Criminalrecht, (Nachdruck der Ausgabe Leipzig: Weygand, 1785)*, Goldbach: Keip, 1996. (citado: *Criminalrecht*)

WILSON, William, *Criminal law, Doctrine and theory*, 2^o ed., Malaysia: Longman, 2003. (citado: *Criminal law*)

WINDELBAND, Wilhelm, «Normen und Naturgesetze», In: WINDELBAND, Wilhelm, *Präludien, Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, Tübingen: Mohr, 1882, v. 2, p. 211 e ss. (citado: Normen)

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, p. 7-85 In: WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006. (citado: *Tractatus logico-philosophicus*)

_____, *Tagebücher 1914-1916*, p. 87-223. In: WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006. (citado: *Tagebücher 1914-1916*)

_____, *Philosophische Untersuchungen*, p. 225-579. In: WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006. (citado: *Philosophische Untersuchungen*)

WOLFF, Ernst Amadeus, *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1965. (citado: *Tun und Unterlassen*)

WOLFSON, Richard, *Physics with modern physics for scientists and engineers*, 3° ed., 1999. (citado: *Physics with modern physics*)

ZDRAVOMÍSLOV; SCHNEIDER; KÉLINA; RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético, Parte geral*, Trad. Nina de la Mora e Jorge Guerrero, Bogotá: Editorial Themis, 1970. (citado: *Derecho penal soviético*)

ZIMMERL, Leopold, *Zur Lehre vom Tatbestand, Übersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau: Schletter, 1928. (citado: «*Zur Lehre vom Tatbestand*»)

LISTA DE DECISÕES JUDICIAIS CITADAS

1. Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010, n.º 249, Pres. Amirante – Rel. Silvestri (*Cassazione Penale, Rivista mensile di giurisprudenza*, Milano: Giuffrè, 2010, v. 11, p. 3741-3748).
2. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, 12 luglio 2005, Manino (*Foro Italiano*, Roma: Società editrice de Il Foro Italiano, 2006, v. II, p. 79-103)
3. RGSt 1. Strafsenat, 12. April 1880 (*Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft*, München: Druck und Verlag von R. Oldenbourg, 1879, v.1, p. 578-580)
4. RGSt 2. Strafsenat, 25. Oktober 1881 (*Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft*, München: Druck und Verlag von R. Oldenbourg, 1881, v.3, p. 641-642)
5. BGH 2. Strafsenat, 28. September 1951 (*Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes un der Bundesanwaltschaft*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1951, v. 1, p. 332-334)
6. BGH 1. Strafsenat, 27. November 1951 (*Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes un der Bundesanwaltschaft*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1952, v. 2, p. 20-25)
7. BGH 2. Strafsenat, 25. Januar 1955 (*Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes un der Bundesanwaltschaft*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1955, v. 7, p. 114-118)
8. BGH 4. Strafsenat, 26. November 1970 (*Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes un der Bundesanwaltschaft*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972, v. 24, p. 31-37)
9. BGH 2. Strafsenat, 30. Juni 1982 (*Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes un der Bundesanwaltschaft*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983, v. 31, p. 96-101)
10. BGH 2. Strafsenat, 6. Juli 1990 (*Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes un der Bundesanwaltschaft*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1992, v. 37, p. 106-135)