

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Gelson Lucas Pacheco Fassina da Silva

**O CRITÉRIO DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO NO FUNCIONALISMO
NORMATIVISTA DE JAKOBS**

Porto Alegre

2018

Gelson Lucas Pacheco Fassina da Silva

**O CRITÉRIO DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO NO FUNCIONALISMO
NORMATIVISTA DE JAKOBS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre
2018

Gelson Lucas Pacheco Fassina da Silva

**O CRITÉRIO DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO NO FUNCIONALISMO
NORMATIVISTA DE JAKOBS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

Professora Dr.^a Vanessa Chiari Gonçalves

Professor Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

DEDICATÓRIA

Dedico o trabalho a minha família, em especial à minha irmã Laura, à minha mãe Leni e ao meu pai Gelson. Eles estão em cada linha deste trabalho.

Também dedico a monografia a Juliana, por toda sua compreensão e apoio pelo tempo que tive de abdicar de sua companhia para levar a cabo esta obra.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial ao meu pai Gelson Junior Santos da Silva, à minha mãe Leni Fassina dos Santos, à minha irmã Laura Gabriela Pacheco Fassina da Silva, às minhas tias Lorena Fassina e Loeni Fassina, pelo apoio incondicional ao longo do Curso de Direito, e pelas pontuais ajudas acadêmicas.

Agradeço ao professor Pablo Rodrigo Alflen da Silva pela orientação no trabalho, por despertar o interesse no ofício da advocacia criminal e pela oportunidade de participação no Núcleo de Direito Penal Internacional e Comparado, no qual fui cooptado pela teoria de Günter Jakobs. Agradeço também à professora Vanessa Chiari Gonçalves, por ter sido a responsável pelos meus primeiros passos no Direito Penal, ao ministrar as cadeiras de Criminologia, Direito Penal I e Direito Penal III. Agradeço também aos professores Odone Sanguiné e Ângelo Roberto Ilha da Silva, pelos ensinamentos nas disciplinas de Direito Penal II e Direito Penal IV. Agradeço, outrossim, ao professor Mauro Fonseca Andrade, pelas proveitosas discussões nas disciplinas de Direito Processual Penal I e Prática Processual Penal.

Agradeço à instituição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em especial à Desembargadora Rosaura Marques Borba, aos assessores Fernando Henrique Machado, Gabriela Carvalho, Sylvia Hofmeister Barth e Tiago De Mattos Dall'Agnol, bem como às colegas Caroline Schmidt e Valentina Fonseca da Luz, pelas horas de ferrenhas discussões sobre diversos temas de política criminal.

Agradeço também aos advogados Carlo Velho Masi e Mariana de Oliveira Camargo, pelos numerosos ensinamentos na advocacia criminal, os quais levarei para sempre no exercício de minha profissão.

Agradeço aos meus colegas e amigos da graduação, que certamente tornaram a passagem pela Universidade muito mais proveitosa. Pelas numerosas discussões sobre Direito Penal e Política, agradeço aos meus colegas da graduação Demétrio Cassara, Érica Panizzon Baroni, Fernando Baguinski, Gustavo Drago, Henrique Ferronato Fontanella, João Pedro Crippa e, em especial, a Josué da Rosa.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo acesso gratuito em uma instituição de renomada e distinta qualidade. À Faculdade de Direito, pelo distinto ensino jurídico, e a seus funcionários. Juntamente, agradeço ao Serviço de Assessoria Jurídica da UFRGS, em especial ao Grupo de Estudos e Intervenção em matéria Penal, por apresentar-me um digno motivo que moverá minha vida até os últimos dias: a liberdade humana.

EPIGRAFE

La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. **No todo atañe a todos**, pero al garante atañe lo que resulte de la quebra de su garantía (JAKOBS, 1997).

RESUMO

O propósito desta monografia é investigar a importância da reformulação do conceito de proibição de regresso operada na teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs, em meio ao atual panorama de crescimento da complexidade e da anonimização das relações sociais. Para o escopo da investigação, delineia-se, previamente, os alicerces sociológicos e filosóficos que servem de base ao direito penal funcional-normativista. O autor se apropria da constatação de Luhmann quanto à complexidade dos sistemas sociais contemporâneos, bem como da necessidade da construção de um subsistema jurídico que esteja em constante acoplamento estrutural com o contexto social. Outrossim, há o aporte de Hegel com sua clássica concepção da pena como uma sequência de males que estabiliza a regra – o que, neste trabalho, é relacionado com a ideia de um Direito penal que tem como escopo a proteção de normas. Adentrando-se nos conceitos fundamentais de seu sistema penal, vê-se que a compreensão comunicativa do delito gera uma mudança na análise dos atores sociais, os quais não mais são encarados como indivíduos, mas sim como pessoas – seres construídos comunicacionalmente. A clássica separação entre atuar e omitir cede espaço à noção de papéis, importando, na visão normativista, a existência ou não do dever, o que gera a separação entre competência por organização e competência por instituição. Ademais, o problema da causalidade deixa de ser analisado sob a ótica naturalista, ganhando um sentido normativo, o que em muito importa à proibição de regresso. Traça-se, já em introdução à teoria da imputação objetiva, uma breve explanação sobre as instituições essenciais que, juntamente com a proibição de regresso, servem como limitadoras da relação causal entre ação e resultado, constatando-se uma forte interdependência entre os critérios. Antes de penetrar a temática específica da proibição de regresso, busca-se a apresentação histórica das tentativas anteriores de resolução do problema da causalidade, apontando-se, com base em Jakobs, o ponto onde cada corrente tem seu esforço frustrado. Já dentro do objeto deste trabalho, demonstra-se o esforço de Jakobs rumo a uma transição entre a ideia de evitação do resultado, vivamente presente na visão da proteção dos bens jurídicos, para a concepção da finalidade da pena, na qual o normativismo-funcional se apoia. Aprofunda-se, em tópico específico, a importância da verificação da existência de uma posição de garante na relação potencialmente delituosa, explicando-se as diferentes possibilidades que nascem da constatação desse dever para o fim de se aplicar ou não a proibição de regresso. A relevância do critério da proibição de regresso ao tema da acessoriedade de condutas está presente no distanciamento de subjetivismos na análise, importando, ao novo exame, a verificação da neutralidade da conduta e da existência prévia de uma posição de garante. Por fim, percebe-se um mínimo ético em meio ao normativismo de Jakobs, presente no dever geral de solidariedade e sua relação com delitos de omissão de socorro, o que pondera a peremptória sentença de que “nem tudo é assunto de todos”, corrigindo algumas possíveis falhas na aplicação da proibição de regresso.

Palavras Chave: Direito penal; imputação objetiva, nexos de causalidade, proibição de regresso.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to investigate the importance of the reformulation of the concept of prohibition of return operated in the theory of the objective imputation of Günther Jakobs, amid the current view of growth of the complexity and of the anonymous character of the social relations. For the target of the investigation, it is delineated, previously, the sociological and philosophical foundations that serve of base to the criminal law functionary-normative. The author appropriates Luhmann's observation about the complexity of contemporary social systems, as well as the need to build a legal subsystem that is in constant structural coupling with the social context. Moreover, there is Hegel's contribution to his classic conception of penalty as a sequence of evils that stabilizes the rule - which, in this work, is related to the idea of a Criminal Law that has as its scope the protection of norms. By entering into the fundamental concepts of their penal system, it is seen that the communicative understanding of crime generates a change in the analysis of social actors, who are no longer seen as individuals, but as people - beings constructed in a communicational way. The classical separation between acting and omitting gives way to the notion of roles, importing, in normative view, the existence or not of duty, which generates the separation between competence by organization and competence by institution. In addition, the problem of causality stop to be analyzed from a naturalistic point of view, gaining a normative meaning, which is very important to the prohibition of return. In an introduction to the theory of objective imputation, a brief explanation is given about the essential institutions, which together with the prohibition of return serve to limit the causal relation between action and result, and there is a strong interdependence between the criteria. Before penetrating the specific theme of the prohibition of return, there is searched the historical presentation of previous attempts to solve the problem of causality, pointing out, based on Jakobs, the point where each chain has its frustrated effort. Within the object of this work, the effort of Jakobs is demonstrated towards a transition between the idea of avoidance of the result, vividly present in the vision of the protection of juridical goods, for the conception of the purpose of the sentence, in the which normativism-functional is supported. It is explored, on a specific topic, the importance of verifying the existence of a responsible person, position in the potentially criminal relation, explaining the different possibilities that arise from the finding of this duty for the purpose of applying or not the prohibition of return. The relevance of the criterion of the prohibition of return to the subject of accessory of conduct is present in the distance of subjectivism in the analysis, importing, to the new examination, the verification of the neutrality of the conduct and the previous existence of a position of responsible person. Finally, an ethical minimum is realized amid the normativism of Jakobs, present in the general duty of solidarity and its relation to crimes of omission of relief, which considers the peremptory sentence that "not everything is everyone's business", correcting possible failures in the application of the prohibition on return.

Key words: Penal law; objective imputation, connection of causality, prohibition of return.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	12
2.	AS BASES EPISTEMOLÓGICAS E OS CONCEITOS ESSENCIAS À COMPREENSÃO DO TEMA	14
2.1.	A SOCIOLOGIA E A FILOSOFIA QUE ALICERÇAM O SISTEMA IDEALIZADO POR JAKOBS	14
2.1.1.	A sociedade analisada como um sistema funcional	14
2.1.2.	A influência de Luhmann: o conceito de autopoiesis e a necessidade de redução da complexidade do sistema	15
2.1.3.	O aporte da filosofia de Hegel a um Direito penal protetor de normas	18
2.2.	CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL JAKOBSIANO	20
2.2.1.	A compreensão comunicativa do delito numa sociedade “desindividualizada”	20
2.2.2.	A intercorrência entre atuar e omitir num sistema social construído a partir de deveres .	24
2.2.3.	Um novo ponto de partida ao problema da causalidade	28
3.	A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E OS LIMITES DA RELAÇÃO CAUSAL ENTRE AÇÃO E RESULTADO	32
3.1	O RISCO PERMITIDO	33
3.2.	O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	36
3.3.	AS AUTO-EXPOSIÇÕES A PERIGO	38
3.4.	UMA INTRODUÇÃO À PROIBIÇÃO DE REGRESSO	39
4.	A PROIBIÇÃO DE REGRESSO EM JAKOBS	42
4. 1.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	42
4. 1. 1.	A interrupção do nexu causal	42
4. 1. 2.	A previsibilidade	43
4. 1. 3.	A participação impune	44
4. 1. 4.	Capacidade para a condutibilidade de um sucesso	45
4. 1. 5.	A adequação social.	45
4. 1. 6.	A proibição de regresso em sua compreensão habitual	46
4. 1. 7.	Críticas e complementações à formulação de Frank	47

ABSTRACT

4. 1. 9. A teoria da finalidade da norma	50
4.2. AS REFORMULAÇÕES OPERADAS POR JAKOBS NO CRITÉRIO DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO.....	51
4.2.1. A necessária transição do dogma da evitação do resultado rumo à análise pautada pela finalidade da pena	51
4.2.2. A análise da proibição de regresso a partir da verificação de uma posição de garante....	55
4.2.3. A limitação à acessoriedade entre condutas	59
4.2.4. O mínimo ético em meio ao normativismo de Jakobs: o dever geral de solidariedade ...	62
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1 INTRODUÇÃO

Nem tudo é assunto de todos. Talvez não haja sentença mais representativa do mundo moderno do que esta curta frase. Numa sociedade cada vez mais complexa, em que as funções são cada vez mais específicas – por necessidade da manutenção dos benefícios advindos desta própria complexidade –, parece não mais ser possível exigir dos atores sociais comportamentos que beiram o heroísmo.

Não, definitivamente os tempos mudaram. Para o funcionamento da sociedade exige-se de uma pessoa apenas o bom desempenho de seu papel, seja sob a máscara de um cidadão, seja sob a atuação específica ligada à atividade essencial desempenhada por ele na sociedade. Isso deve bastar.

Diante da nova configuração da organização social, necessita-se de um sistema penal que acompanhe a mudança, acoplando-se à hodierna estrutura. Um Direito penal que não seja contemporâneo à sociedade para a qual profibe, imputa e penaliza condutas, acaba criando rupturas que prejudicam todo o funcionamento do corpo social.

A modernização do Direito penal ganha urgência quando se constata que os específicos papéis desempenhados estão em constante interação social, muitas vezes de forma anônima, sendo comum que nesse oceano de comunicações esbarre-se em pessoas com pretensões delitivas.

Sendo muitas as pessoas que intervêm ao longo do curso causal de um ilícito penal, indaga-se em que medida a interação no *iter criminis* de um fato jurídico-penalmente proibido é suficiente para imputar o resultado lesivo a quem, em muitas das vezes, apenas cumpre seu papel social.

Crer simplesmente que para toda causa haverá um efeito não parece correto fora de uma ultrapassada base naturalista. Um causalismo baseado em constatações advindas da física mecânica cria um sistema de imputação que retorna ao infinito para responsabilizar penalmente, não servindo para nada além da criação de um ambiente de injustiça. Ou o Direito penal muda, ou as liberdades se afogam.

Essa necessidade não passou despercebida pela doutrina penal. Antes mesmo de chegar-se à atual configuração social, diversos autores buscaram delinear parâmetros para apontar o que pode ser considerado como jurídico-penalmente relevante à imputação de um fato típico, esforço que será demonstrado em tópico específico a seguir.

Na evolução do tema da causalidade, Günter Jakobs apresentou sua teoria da imputação objetiva, em muitos pontos ainda má compreendida. Dentro desta doutrina, o Professor de Bonn desenvolveu uma reformulação da instituição da proibição de regresso – semelhança com a proposta de Reinhard Frank que parece se limitar à nomenclatura.

Como toda a tese de Jakobs, o critério de imputação ainda é de difícil compreensão. Não se pretende aqui realizar a pretenciosa tarefa de apresentar a solução dos infinitos e específicos casos em que a proibição de regresso serve como determinante da responsabilidade jurídico-penal, o que exigiria tempo indisponível no hodierno momento.

O que se propõe é traçar os fundamentos teóricos que servem de base à compreensão da teoria penal idealizada por Jakobs, demonstrar como o limitador da proibição de regresso se comporta dentro do sistema de imputação objetiva de cunho normativista e aplicar o critério na análise de um caso específico, demonstrando sua concretização. Isso será levado a cabo do modo mais preciso o possível dentro das poucas linhas de um Trabalho de Conclusão de Curso

É na explanação do instigante tema, tão pouco explorado pela doutrina penal brasileira, que se concentrará todo o esforço das páginas vindouras. Em assumindo a posição de garante de tal prestação, o presente aluno deve cumprir com o específico papel, sob pena de, caso contrário, ser reprovado no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais e – o que é pior – não auxiliar na apresentação de teoria que se acredita tão urgente à correção de injustiças hoje presentes em nosso sistema penal, ainda em muito influenciado pela análise causal-naturalista do tema da imputação.

2. AS BASES EPISTEMOLÓGICAS E OS CONCEITOS ESSENCIAIS À COMPREENSÃO DO TEMA

2.1. A SOCIOLOGIA E A FILOSOFIA QUE ALICERÇAM O SISTEMA IDEALIZADO POR JAKOBS

Neste primeiro capítulo, buscar-se-á tecer breves considerações a respeito de conceitos fundamentais à compreensão do funcionalismo normativista de Jakobs e, conseqüentemente, à própria análise do tema da proibição de regresso.

Antes mesmo de adentrar na temática atinente à imputação objetiva, fundamental apresentar o arcabouço dos conceitos substanciais do sistema penal do autor, pois eles serão essenciais à compreensão de raciocínios que poderão causar estranheza a leitores que não tenham esse conhecimento prévio.

2.1.1. A sociedade analisada como um sistema funcional

O funcionalismo, *lato sensu*, não é um conceito nascente no direito penal. Ele surge com Emile Durkheim no emprego de metodologia própria da biologia no exame da sociedade, observando-a como um organismo e percebendo o seu desenvolvimento como um processo evolutivo¹.

Nessa análise, constata-se uma relação entre as partes e o todo (este representado pela sociedade), bem como as funções que as partes devem cumprir para o ideal funcionamento do sistema social.²

Essa ideia inicial difundiu-se por meio de diversas correntes funcionalistas na sociologia e na psicologia, logo influenciando o Direito penal. Dentro da ciência penal, os sistemas funcionais concebidos por Schmidhäuser, Roxin e Jakobs foram os que despontaram

¹ ALFLEN, Pablo. Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 12.

² ALFLEN, Pablo. Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015,, p. 12.

chamando maior atenção. Eles têm em comum a tentativa de elaboração de um sistema penal que supra os problemas atribuídos ao ontologismo do finalismo de Welzel³, sem negar sua importância histórica na superação do causalismo naturalista.

A seguir, debruçar-se-á sobre a concepção do Direito penal funcionalista de Jakobs, o qual apresenta peculiaridades próprias em relação às demais vertentes, especialmente por seu normativismo.

2.1.2. A influência de Luhmann: o conceito de autopoiesis e a necessidade de redução da complexidade do sistema

No que se trata do funcionalismo jakobsiano, o aporte do sociólogo Niklas Luhmann é notável em grande parte de seus institutos. A teoria funcionalista do penalista compartilha com o sociólogo suas principais teses, tais como a da complexidade social, a visão da norma como instrumento de restrição à arbitrariedade e da existência de um mecanismo de autoestabilização do sistema⁴.

Herrera aponta que o sociólogo e o penalista analisam a sociedade de forma análoga:

Luhmann y Jakobs participan de la explicación unitaria de la sociedad, es decir piensan en una sociedad general, con unos elementos comunes que pueden ser predicados para todo el mundo globalizado. La sociedad, es conforme con sus pensamientos, uniforme.⁵

A teoria de Luhmann tem como base o conceito de *autopoeisis*, trazido para a sociologia a partir da influência dos cientistas chilenos Humberto Maturana y F.J. Varela, em suas explicações sobre a funcionalidade de organismos vivos⁶, incluídos, nesse exame, os seres

³ ALFLEN, Pablo. Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015., p. 14.

⁴ ALFLEN, Pablo. Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p.15-16.

⁵ HERRERA, Esiquio Manuel Sánchez. Derecho penal y autopoiesis – Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados. Revista Derecho Penal y Criminología. V. XXXIII. N° 94 – enero-junio de 2012, p. 77.

⁶ HERRERA. Derecho penal y autopoiesis – Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados. Revista Derecho Penal y Criminología. V. XXXIII. N° 94 – enero-junio de 2012, p. 76.

humanos.

Para o sociólogo, a *autopoiesis* é o mecanismo pelo qual a sociologia pode explicar a unidade de seu objeto por meio de um conceito de origem científico. Por ser um objeto que se autodescreve, a sociedade deve ser construída sob uma configuração autológica que permita sua autocontenção, numa concepção fechada que se autolegitima a partir de seus elementos configuradores⁷.

Há uma diferenciação entre sistemas psíquicos – baseados na consciência – e sistemas sociais – alicerçados na comunicação, definida como unidade de informação e compreensão⁸. Num sistema social, fundamental a existência de uma complexidade estrutural própria que satisfaça exigências contraditórias a partir de uma fonte de diferenciação interna que seja indeterminada a ponto de aceitar muitos conteúdos diferentes⁹.

Além disso, necessário que as atividades humanas e a própria existência se orientem na busca da redução da complexidade do mundo. Nesse prisma, o Direito – entendido como um subsistema do sistema social – deve estabilizar as expectativas estabelecidas na norma. Essa estabilização ocorre por meio de sua realização, a qual proporciona uma redução vinculante e sancionadora da complexidade social, dominando as expectativas do agir das pessoas inseridas no contexto da sociedade, e levando a uma diminuição da arbitrariedade na sua aplicação¹⁰.

Trazendo esses conceitos ao Direito penal, Jakobs esclarece que uma concepção funcional desse subsistema leva à realização de esforços para assumir novos problemas sociais, até o ponto em que o Direito tenha adquirido uma complexidade adequada com relação à sociedade. Por outro lado, buscando uma conservação da identidade normativa da sociedade, o Direito penal garante que os princípios basilares do sistema social não se percam quando restarem violados, apresentando, desse modo, uma coesão intrassistêmica¹¹, onde a mera violação da norma não gera a perda de sua validade.

Nesse processo, não importam quais são as normas garantidas. É uma realidade o fato de que o sistema idealizado por Jakobs com base em Luhmann possui uma capacidade de acoplamento a qualquer sistema social pautado pela comunicação. Entretanto, há uma confusão entre a perspectiva social-funcional e modelos de orientação coletivista ou totalitária, apenas

⁷ HERRERA. Derecho penal y autopoiesis – Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados. Revista Derecho Penal y Criminología. V. XXXIII. Nº 94 – enero-junio de 2012, *loco citato*.

⁸ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 16.

⁹ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, *loco citato*.

¹⁰ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 17.

¹¹ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 18.

diante do fato do molde social-funcional não abarcar apenas um modelo social pré-determinado.

A organização funcional da sociedade não observa a configuração concreta da sociedade e o conteúdo de suas comunicações, não existindo uma relação de inerência entre um tipo específico de Estado e o sistema funcional normativista. O que importa a tal sistema é apenas a força de autoconservação existente em seu bojo, a qual atrela *o ius puniendi* com o público¹². Conforme se exporá a seguir, o tipo de sociedade estabilizado é apenas um reflexo da identidade social de seus cidadãos, não servindo o Direito penal como palco de mudanças sociais, devendo, tais reformas, serem discutidas dentro da Política.

Dessa forma, a resolução de um transtorno social através do Direito penal tem lugar sempre por meio do sistema jurídico considerado como sistema social parcial, o que significa que sempre tem lugar dentro da sociedade, sendo impossível desgarrar o Direito penal da sociedade na qual ele imputa, proíbe e penaliza¹³.

Isso evidencia que há uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito penal: este deve realizar esforços para assumir novos problemas sociais até o ponto em que o sistema jurídico alcança uma complexidade adequada com referência ao sistema social; por outro lado, o Direito penal pode recordar à sociedade que se deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis¹⁴.

Essa relação sempre deve ser compatível com as condições da evolução, não servindo um Direito penal que apenas mantenha o *status quo*, nem um que sirva de base para revoluções sociais. Jakobs é direto ao afirmar isso:

Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra. Por lo tanto, por un lado, no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día. Pero por otro lado, el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad (aunque, desde luego, se trate de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución¹⁵

¹² JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 36-37.

¹³ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 21-22.

¹⁴ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 22-23.

¹⁵ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 24.

Na continuação do raciocínio, Jakobs deixa claro que o Direito penal é impotente frente às mudanças políticas de valores:

La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal.¹⁶

Dessa forma, percebe-se que o sistema penal de Jakobs apresenta maior funcionalidade a partir da nova e complexa estrutura que a sociedade apresenta, estabilizando a confiança dos cidadãos nas normas que representam a identidade de sua sociedade e auxiliando na redução da própria complexidade da hodierna configuração do mundo.

2.1.3. O aporte da filosofia de Hegel a um Direito penal protetor de normas

É na sistemática de confirmação da identidade normativa que surge o aporte de Hegel à teoria de Jakobs. Segundo o autor, esse processo ocorre através da negação da negação das normas determinantes da identidade da sociedade, ou seja, uma contradição ao próprio delito, restabelecendo-se o Direito¹⁷.

Verifica-se que as teorias de Luhmann e Hegel possuem um ponto de encontro em Jakobs, especialmente na função da pena como forma de autoproteção social, como aponta Herrera:

El sistema penal propuesto por Jakobs también participa de esa idea, es decir, como sistema normativo social, el Derecho penal tiene la facultad de, a través de los fines de la pena, garantizar la autoprotección social; mediante la garantía de prevención de defraudación de expectativas normativas se legitima el derecho a punir.¹⁸

¹⁶ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 40-41.

¹⁷ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19.

¹⁸ HERRERA. Derecho penal y autopoiesis – Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados.

Em Jakobs, a pena deixa de ser o meio para manter a identidade social, se tornando a própria manutenção, num processo de auto-comprovação¹⁹. Em termos hegelianos, pode-se afirmar que a norma segue existindo, apesar de sua negação.

A identidade da sociedade, por sua vez, como elemento fundante o sistema de Jakobs, se determina por meio de regras de configuração, ou seja, normas, não através de estados ou bens²⁰. Essas constatações influenciarão todo o desenvolvimento da teoria de Jakobs, como aponta Alflen:

Daí ressaltar, ainda, que o bem protegido pelas normas jurídicas consiste na manutenção das expectativas normativas essenciais contra a frustração. Tudo isso conduz a que o trabalho jurídico-dogmático se oriente exclusivamente pela análise jurídico sistêmica interna, o que, por sua vez, é determinante para o desenvolvimento de todos os institutos e categorias dogmáticas²¹.

Jakobs justifica a estabilização da lei através da “irracional sequência de dois males”²² numa diferenciação entre normas naturais e normas sociais. As primeiras são apreensíveis pela racionalidade e não necessitam de uma estabilização especial; as segundas não possuem força genuína para se autoestabilizarem²³.

Isto evidencia que a vontade defeituosa baseada num conhecimento defeituoso a respeito das normas do primeiro tipo leva a uma pena natural, enquanto o defeito volitivo em relação às normas de segundo tipo não faz recair *per se* consequência negativas. Desse modo, a vigência das segundas se dá de outro modo: através da sanção, contradizendo o projeto de mundo do sujeito refratário (infrator da norma)²⁴.

Consoante se esclarecerá no tópico seguinte, em lugar da expectativa cognitiva, passa-se a uma expectativa normativa institucionalizada, a qual, quando violada, desencadeia a

Revista Derecho Penal y Criminología. V. XXXIII. Nº 94 – enero-junio de 2012, p. 76-77.

¹⁹ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 18.

²⁰ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 20.

²¹ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, *loco citato*.

²² JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 17.

²³ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 26.

²⁴ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 27-28.

imputação de um curso perturbador ao responsável: a punição²⁵.

A *imputação* surge, nesse prisma, como o meio pelo qual se estabelece a pessoa que deve ser punida para a estabilização da validade da norma violada, numa teoria que se pauta pela conduta do sujeito, pela violação à norma e pela culpabilidade²⁶. Dessa forma, o indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade e do Direito, reprimindo-se o desvalor da ação em si, negando-se, também, o conceito de bem jurídico²⁷.

Nota-se, desse modo, que a compreensão da pena como negação da negação da norma, a partir da concepção de Hegel, demonstra de modo claro o processo em que o Direito penal consegue, com êxito, proteger normas, mantendo a vigência da identidade social nelas contidas.

2.2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL JAKOBSIANO

2.2.1. A compreensão comunicativa do delito numa sociedade “desindividualizada”

A sociedade é um sistema de comunicação normativa. Sendo assim, a violação da norma também deve ser examinada como um processo comunicativo que expressa sentido entre as pessoas em convívio social, encontrando-se na pena a confirmação da identidade normativa da sociedade²⁸.

Isso aponta que, numa compreensão comunicativa, o delito é entendido como a afirmação que contradiz a norma, ao passo que a pena é a resposta que confirma a norma, contradizendo a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade, conforme o processo hegeliano acima descrito.

O delito é praticado por culpa de uma comunicação defeituosa imputada ao próprio autor do crime²⁹, o qual não compreende a impossibilidade dele, entendido como pessoa em convívio social, contradizer as regras que representam a identidade normativa da sociedade da

²⁵ JAKOBS, Günther, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 20.

²⁶ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 20.

²⁷ ALFLEN, Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 21.

²⁸ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 11-12.

²⁹ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 18.

qual ele faz parte.

Não se determina a conduta do fato em função de qualidades sociais naturais ou juridicamente neutras, mas sim a partir daquelas características que a conduta a ser valorada demonstra em sua relação com a estrutura normativa da sociedade, o que leva a que o conhecimento do significado da conduta e o conhecimento da norma impliquem no mesmo conceito³⁰.

A pessoa que leva a cabo o ato de matar não sabe apenas que irá, com probabilidade, causar uma morte, mas também que sua conduta significa matar, reconhecendo que a sociedade tinha a expectativa de que ele não pratique aquela conduta, supondo-se o conhecimento da norma³¹. Observa-se que o autor, desse modo, expressa com a prática do fato um sentido relevante para a comunicação.

Entretanto, é secundária a influência da pena sobre a consciência do indivíduo. Na realidade, o fundamental é a comprovação da própria norma, como demonstra Jakobs na passagem a seguir transcrita:

Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.³²

Nesta senda, o Direito penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que gera um procedimento punitivo como consequência do problema social representado pela infração da norma, simbolizando-se, nesse processo, a identidade não modificada da sociedade³³.

Muito se indaga se, nesse processo de estabilização da norma, não se desconsideram a liberdade individual e a compreensão da conduta por parte do autor. Essa interpretação da proposta do penalista parece residir numa aceção do autor do crime não como pessoa, mas sim como indivíduo.

³⁰ JAKOBS, Günther, Dolus Malus, Traducción de J. Cuello Contreras, InDret, 4/2009, p. 15

³¹ JAKOBS, Dolus Malus, Traducción de J. Cuello Contreras, InDret, 4/2009, p. 14.

³² JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 18.

³³ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 19.

Deveras, Jakobs afirma que o sujeito livre estará presente na medida em que a liberdade do sujeito seja determinante na autodescrição da sociedade. Ou seja, partindo-se da ótica funcional do autor, irrelevante o fato de haver ou não sujeitos livres na sociedade, sendo neutro o ponto de partida de sua teoria, como exposto no tópico antecedente. Contudo, Jakobs afirma que não é suficiente que a liberdade do sujeito seja determinada derivadamente da sociedade, mas sim que constitua o princípio e objetivo do Direito penal³⁴.

Além disso, verifica-se que a subjetividade concreta sempre se desenvolve num convívio em sociedade, nascendo num processo mediado pelo social, pois sem processo de comunicação não se concebem sujeitos livres. Antes da sociedade, é impossível estabelecer uma autoreferência livre por parte de seres humanos.

Sem um contexto social em funcionamento, não há nada mais que um conjunto fortuito de seres humanos sem algo em comum os vinculando, faltando as condições empíricas da subjetividade e, portando, limitando esses seres a uma acepção individual³⁵.

Partindo-se do fato de que a subjetividade não é apenas um pressuposto da sociabilidade, mas também uma consequência, pois sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade, e vice-versa³⁶, a autoreferência livre do autor do crime deve ser pressuposta pelo seu convívio em sociedade.

Considerar o sujeito que comete um crime de forma diferente, portanto, seria desconsiderar seu *status* de pessoa. Esse raciocínio é esboçado pelo autor na seguinte passagem:

El sujeto debe alcanzar este conocimiento laboriosamente y por sí mismo; de lo contrario, la juridicidad es para él una mera coacción, convirtiéndose en animal, o es nula, y entonces actúa como dios. Quien no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el ámbito público, y quien sólo conoce un principio fantástico, tampoco lo es fuera del ámbito de lo fantástico³⁷.

Como fica claro, Jakobs distingue sistemas entre os diversos indivíduos com sua própria

³⁴ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 29-30.

³⁵ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 31-32.

³⁶ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 24.

³⁷ JAKOBS. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 35.

consciência e a sociedade como um sistema da comunicação. Dessa forma, o Direito apresenta-se como uma estrutura da sociedade onde as expectativas normativas não estão dirigidas a indivíduos, mas sim a destinos construídos comunicacionalmente: as pessoas³⁸, um *status* construído socialmente.

Numa perspectiva comunicacional, não importa à sociedade as conclusões extraídas individualmente quanto à satisfação e à insatisfação, pois a pessoa, destinatária da comunicação, deve estar constituída pelo cumprimento da norma, passando-se de um entendimento cognitivo para uma compreensão normativa do contexto social³⁹.

Pessoas devem cumprir deveres, numa espécie de contrapartida pela titularidade de direitos, devendo fidelidade ao ordenamento jurídico⁴⁰, compreensão que só é possível ao ser que se comporta analogamente ao *homo noumenon* kantiano, o qual serve de ponto de partida formal e equivalente por Jakobs da pessoa que compreende a comunicação normativa presente na sociedade, sendo descrito na seguinte passagem, ora transcrita:

El ser racional ideal, cuyo código no es otra cosa que una descripción de contenido de la libertad, concretamente: el orden con base em deber y derecho. [...] cualquier ser racional está en condiciones de comprender el contenido de los deberes y derechos mediante el uso del imperativo categórico.⁴¹

Isso leva à original análise do conceito de culpabilidade por Jakobs, segundo o qual somente podem ser autores de delito aqueles que possuem capacidade de se vincular à estrutura do social – qual seja o Direito. Diante da função da pena, o juízo a respeito da culpabilidade é um juízo sobre a falta de fidelidade do autor à norma⁴².

Certo é que o conceito de pessoa, por ser construído socialmente, pode variar de modo considerável dependendo do contexto social. O que não se altera é apenas a concepção de que esse

³⁸ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 15-17.

³⁹ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 19.

⁴⁰ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, *loco citato*.

⁴¹ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 16.

⁴² JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 22-23.

produto (ao menos em sua versão física) é uma “unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e uma consciência”⁴³, esta última estruturalmente acoplada à comunicação.

Essa constante relação de acoplamento estrutural entre Direito penal e sociedade ficará evidente na demonstração da necessidade de reformulação do critério da proibição de regresso a partir da nova configuração social, bem como diante dos diferentes limites de sua aplicação a depender do sistema social em que incidirá.

2.2.2. A intercorrência entre atuar e omitir num sistema social construído a partir de deveres

O bem-estar se busca através de uma organização ordenada composta por uma mescla de atuar e omitir⁴⁴. Nesse ponto, observa-se um conceito na teoria de Jakobs que possui clara origem funcionalista: o sistema social é mantido por diversas funções atribuídas a papéis desempenhados na sociedade, definidas como prestações⁴⁵, ora isso significando um omitir, ora um atuar.

Sendo a pessoa uma unidade ideal de direitos e deveres, exclui-se que outros procurem uma existência com esses mesmos direitos; dessa forma, o mundo das pessoas é um mundo de titulares de direitos, os quais possuem um dever de respeito mútuo aos direitos uns dos outros. Ou seja, os titulares de direito se excluem reciprocamente, sendo exatamente essa relação jurídica negativa que o autor de um delito viola⁴⁶.

Dessa relação negativa, constata-se que uma pessoa está obrigada a organizar seu âmbito de forma a que não partam perturbações – *outputs* lesivos – de sua atividade ou de sua não atuação⁴⁷, produzindo-se, com o cometimento do delito, uma modificação no âmbito de organização do outro. Isso demonstra que a diferenciação entre comissão e omissão é meramente externa, pois o que sempre se tem é a usurpação da organização de uma unidade

⁴³ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 21.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 102.

⁴⁵ JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 17.

⁴⁶ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 27.

⁴⁷ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 29.

ideal de direitos alheia⁴⁸.

Pensando as normas de forma lógica, um *mandato* legal é infringido quando uma conduta omissiva é levada a cabo, ao passo que uma *proibição* legal é infringida quando uma conduta omissiva ocorre. O atuar e o omitir não se encontram em compartimentos estanques, havendo uma transição entre eles, um caráter intercambiável, uma equivalência entre ambas as modalidades de conduta, o que é evidenciado por Jakobs com o preceptoral exemplo:

Quien quiere sembrar em primavera, debe separar simiente en el otoño previo y no debe comérsela en invierno aunque el aliemento sea escaso y por ello la tentación de consumirla grande. [...] imagínese que el legislador de un país há establecido todo lo necesario para la siguiente siembra [...] por un lado, del mandato de separar la cosecha lasimiente; este mandato es cumplido mediante determinadas acciones, es decir, la separación, y se infringe cuando se omiten tales actos. Por otro lado, se promulga una *prohibición*, concretamente, de comer la simiente, y esta prohibición es cumplida mediante uns omisión, es decir, la omisión de comer, y es infringida por un determinado actuar, es decir, por el consumo.

Esses *deveres negativos* – os quais estabelecem a possibilidade jurídica de excluir a outros da configuração de uma parte do meu mundo – estão presentes como consequência normativa de qualquer sociedade que se apresente como sistema social, e não meramente como um sistema psíquico. Contudo, essa liberdade de organização leva à responsabilidade da pessoa pelas consequências que partam de seu âmbito de organização⁴⁹, sendo essa assimilação necessária a qualquer ser humano que pretenda desenvolver-se na sociedade e tornar-se, assim, pessoa, como demonstrado no tópico antecedente.

Essa primeira forma de verificação da responsabilidade jurídico penal observa a *competência por organização*. Quando uma pessoa sai do âmbito de organização jurídico que lhe corresponde, irrompendo num âmbito de organização alheio, ela faz uso de seu corpo de um modo não permitido, em detrimento de outros. Nesse momento, é preciso determinar em que medida uma pessoa é responsável pelas modificações do mundo feitas (atuar) ou toleradas (omitidas) por ela, vez que os atores sociais têm um alcance determinado de seus direitos, delimitado pelo fato

⁴⁸ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 30.

⁴⁹ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, *loco citato*.

de que as demais pessoas também têm direitos⁵⁰.

Entre omissão e comissão, não existe uma forma primária de responsabilidade jurídico-penal propriamente decorrente de um atuar, sendo possível inferir esta da responsabilidade omissiva. Em contrapartida, sob o viés específico da omissão, existe um dever de garantia no sentido de evitar um *output* lesivo de seu âmbito de organização para além do permitido, limite que é idêntico tanto nela quanto na comissão.

Assim sendo, pode-se que apenas num sentido externo é aferível que a maioria das organizações começa por uma conduta comissiva, sendo secundário, do ponto de vista jurídico, o que deu origem a uma atividade, pois ambas as modalidades de conduta são uma organização do autor⁵¹. Em concreto, o que se apresenta como fundamental na imputação objetiva da responsabilidade jurídico-penal é a manutenção de uma relação de equivalência funcional entre a conduta e os fatos⁵².

O fundamento da responsabilidade jurídico-penal tanto do atuar quanto do omitir, na perspectiva dos deveres negativos, é a liberdade de comportamento⁵³, numa relação custo benefício.

Dessa forma, diante da responsabilidade pelas consequências da própria autodeterminação, enquanto uma pessoa não leve sua atividade para fora de seu âmbito de organização, pode excluir licitamente a todos os demais da administração de seus direitos. Isso evidencia que também o autor de uma conduta comissiva viola um dever de garante⁵⁴, pois a chamada competência por organização encontra no *papel geral de cidadão* um primeiro limite a moldar as condutas de pessoas em sociedade.

Contudo, insta salientar que não são apenas os deveres negativos que servem de instituição-estrutura da sociedade, havendo também *deveres positivos* que não se limitam à garantia de não-lesão, mas também à expectativa de ajuda positiva⁵⁵, o que será de essencial compreensão às consequências subsidiárias à impunidade de algumas condutas comissivas dolosas através da proibição de regresso.

⁵⁰ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 108.

⁵¹ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 105.

⁵² JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 105.

⁵³ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 108.

⁵⁴ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 109.

⁵⁵ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 31.

Numa sociedade hipotética de caráter extremamente liberal, bastaria o exclusivo respeito aos deveres negativos, os quais, como visto, são a base de toda ordem social. Contudo, isso não é suficiente a uma sociedade com certo grau de desenvolvimento, em que se depende também de deveres positivos. A norma não mais determina apenas que se controle a própria organização, mas também que se seja solidário, em grau que possui relação direta com a cultura em análise⁵⁶.

Nesse exame, verifica-se que o marco delimitado quanto a quais serão os deveres positivos num Estado moderno deve partir, em primeiro lugar, do princípio que estabelece se a instituição dos deveres garantidos pelo Direito penal tem relevância social não inferior à correspondente relação entre liberdade de atuação e responsabilidade pelas consequências⁵⁷.

Esses deveres instituídos são aquelas formas de relação nas quais não existe em geral uma alternativa de organização. Colhe-se exemplo no plano do Estado e de seus funcionários, onde é possível afirmar que os membros do exército, da polícia, dos bombeiros e dos serviços públicos de salvamento possuem papéis especiais que impõe a eles deveres positivos.

Lado outro, na relação entre pais e filhos, é possível afirmar que os deveres positivos advêm de uma relação, um vínculo natural, aonde os deveres vão sendo reduzidos conforme se incrementa o grau de autorresponsabilidade dos filhos, terminando quando eles ascendem à maioridade. De modo análogo, na relação de matrimônio, apesar de ser possível renunciar licitamente ao rol de deveres aceitos no momento de celebração do casamento, não é plausível fazê-lo no momento inadequado, como na ocasião em que uma grave enfermidade mental abate a companheira.

Isso evidencia que, nos deveres positivos, o atuar positivo colabora à realização de uma instituição⁵⁸. Nas relações em que esses deveres incidem, há uma confiança especial configurada como requerimento juridicamente garantido da constância de papéis, diante na importância social da manutenção dessas instituições⁵⁹.

De mais a mais, percebe-se que os deveres negativos gerais existem para essas instituições em um lado positivo, proibindo-se que seus agentes realizem a conduta proibida nas suas condições de competência especial, praticando um delito de dever⁶⁰.

⁵⁶ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 123.

⁵⁷ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 124.

⁵⁸ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 131.

⁵⁹ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 130.

⁶⁰ JAKOBS. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 132.

A irrelevância da diferenciação entre comissão e omissão será demonstrada na análise dos delitos de omissão imprópria com posição de garante e nos delitos de comissão cometidos por pessoas por garantes, onde a divisão entre a responsabilização derivada da organização e as que possuem como referência instituições é materialmente mais importante na determinação da imputação.

Frente ao exposto, percebe-se que Jakobs repensa o Direito penal a partir dos papéis exercidos na sociedade. Para além do exame do fato delituoso ter sido originado a partir de uma ação ou de uma omissão, a prática de um delito sempre será analisada como violação de um dever encarnado num papel, seja ele geral ou específico. Isso evidencia que, na sociedade hodierna, como pressuposto da manutenção de liberdades básicas num sistema social tão complexo, todos estão situados em posições de garante, em diferentes graus.

2.2.3. Um novo ponto de partida ao problema da causalidade

Impossível que o Direito penal analise a causalidade precipuamente a partir de uma ótica naturalista. É inviável estabelecer uma relação de interesse dogmático entre a causalidade interpretada estritamente a partir do mundo dos sentidos, pois é sua constituição no mundo normativo que interessa à hermenêutica jurídica. Segundo Jakobs, “la causalidad es un punto de partida explicativo que es usado como material en bruto en la construcción de sentido normativo; nada más”⁶¹.

Se o subsistema do Direito utiliza a causalidade num sentido científico-natural, isso não ocorre por uma determinação do mundo dos sentidos, mas sim - e apenas - quando a sociedade tenha elevado aquela análise causal a um critério de sentido normativo⁶², prevalecendo esta análise sobre aquela. Em caso diverso, ocorreria uma desconexão entre o sentido atribuído no contexto social e o significado jurídico da conduta, numa ruptura com o plano comunicativo, gerando um vazio de sentido, como descreve Jakobs na seguinte passagem:

Si, dicho con un ejemplo, de acuerdo con la perspectiva orientada en función de las ciencias naturales que es la base de la vida cotidiana, un determinado

⁶¹ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 39.

⁶² JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 34.

resultado no se puede obtener por brujería, pero el Derecho tratara la brujería como algo que puede tener tal consecuencia, no podría conectarse con sentido en la vida cotidiana (no genera efectos), con el significado jurídico (sí genera efectos)⁶³.

No momento em que a causalidade é incorporada pelo sistema jurídico, ela se converte num elemento da imputação, sendo interpretada normativamente⁶⁴. Isso demonstra que a determinação de um comportamento como não permitido passa por uma primeira análise da causalidade bruta enquanto fenômeno natural e, posteriormente, um enfrentamento de seu significado e sentido social, avançando-se até uma explicação semântica daquele comportamento dentro do contexto social⁶⁵.

Portanto, a causalidade científico-natural não pode ser simplesmente transposta ao mundo normativo, vez que bem sempre coincide como guia à causalidade jurídico-penal. Isso porque para ela carece de importância o estabelecimento de quem é o competente pelo fato, sendo irrelevante quem tenha sido a pessoa a primeiro levar a cabo um curso lesivo.

Desse modo, a orientação da primeira à segunda é apenas no intuito de descrever os limites máximos entre a conduta de uma pessoa e seus efeitos externos⁶⁶, mas de modo algum imputar normativamente. O exemplo de Jakobs põe em evidência a problemática:

Cuando um ascensor incorrectamente revisado solo soporta un peso de 500 kg, em lugar de 1.000 kg, y además un aparato de carga incorrectamente manejado introduce en él en lugar de 800 kg, 1.600 kg, ¿quién ha causado el desplome del ascensor, la persona a la que le compte la revisión o aquella responsable de la carga? La respuesta científico-natural probablemente sea que en cuanto hubiera 501 kg de carga, el ascensor se desplomaría, pero jurídicamente nada se ha resuelto con ello [...]⁶⁷

⁶³ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, *loco citato*.

⁶⁴ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 35.

⁶⁵ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 39.

⁶⁶ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 36.

⁶⁷ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 35.

Essa causalidade naturalista pode apresentar-se incompatível com a divisão de mundo moderna entre o que é suscetível ou não de ser planificável, restando excluídas por completo do contexto de imputação as últimas situações⁶⁸. No âmbito do planificável, por sua vez, não é exigível pelo Direito que as pessoas tenham o objetivo de evitar todo tipo de curso lesivo, importando somente o atribuído de acordo com a competência da respectiva pessoa⁶⁹, como afirmado no tópico antecedente.

Isso evidencia que sempre dependerá do contexto em que um curso causal se desenvolve para se constatar sua relevância jurídica. É necessário que a causa seja coincidente com a infração de um dever para imputar jurídico-penalmente um fato delituoso. Do contrário, pode ser que seja dever de outro proteger-se frente aos danos causados, ou que a vítima tenha assumido a causalidade, ou mesmo que uma terceira pessoa seja competente para evitar o dano – neste último delineando-se o âmbito da proibição de regresso⁷⁰.

Especificamente a respeito do critério da proibição de regresso, sem querer antecipar a análise do instituto, fica claro o estabelecimento de uma limitação de competência. Apesar de uma pessoa causar um dano sob a perspectiva da causalidade natural-científica, quando se analisa o sentido social, percebe-se que, se a conduta em si fosse considerada não permitida, seria impossível organizar uma sociedade em que há um denso intercâmbio de mercadorias, informações e outros serviços, bens diversas vezes obtidos anonimamente⁷¹.

No exemplo seguinte, Jakobs demonstra a dimensão do problema:

un deudor, que ha recibido un crédito, paga puntualmente su deuda, a pesar de que sabe que el acreedor financiará con la suma recibida un negocio de tráfico de armas constitutivo de infracción criminal. Evidentemente, el deudor causa el negocio prohibido, pero de modo igualmente evidente no es asunto suyo lo que el acreedor quiera hacer con el dinero [...].

⁶⁸ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 38.

⁶⁹ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, *loco citato*.

⁷⁰ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 39.

⁷¹ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, *loco citato*.

Nesse viés, ir além do limite estabelecido pela correlação da prestação com o assumido no caso concreto, distanciando-se do significado daquela interação social, representaria um atentado à liberdade assegurada pelos deveres negativos e positivos, impossibilitando uma planificação e levando a que todos devessem espionar e intervir mutuamente⁷².

Entretanto, resta evidente que esse limite só é apreensível na semântica da moderna sociedade de liberdades, sendo possível que numa sociedade configurada de modo totalitário ou paternalista esse marco fosse estendido até a eventual responsabilidade do sujeito⁷³, o que demonstra a relação de dependência do alcance da proibição de regresso com a configuração social do cenário em análise, algo extraível do próprio potencial de acoplamento do sistema penal jacobino.

Dessarte, é preciso ter presente que a mera consecução de um curso causal que auxilie na realização de um resultado de modo previsível não é suficiente para levar uma imputação jurídica ao causante, bem como nem todo o evitável deve evitar-se juridicamente. Isso possibilita aferir que só se vincula juridicamente a um resultado quem leva a cabo uma conduta para cujas consequências seja responsável sozinho ou em conjunto com outros, de acordo com o contexto social⁷⁴.

⁷² JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 40.

⁷³ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 40.

⁷⁴ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 41.

3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E OS LIMITES DA RELAÇÃO CAUSAL ENTRE AÇÃO E RESULTADO

No campo das ações levadas a cabo por uma pessoa, são as regras de imputação objetiva, configuradas como modelos de determinação das modalidades não permitidas de conduta, as que regem a fixação dos âmbitos de competência⁷⁵. Nesse prisma, como pincelado acima, a eleição de uma ou outra forma de imputação é realizada em função da posição da identidade normativa de uma sociedade, variando de acordo com seu caráter liberal ou paternalista, bem como de sua evolução técnica⁷⁶.

A imputação objetiva, assim, tem como destinatária o papel exercido pela pessoa a quem o referido acontecimento pertence, analisando-se a partir daí quais seriam as expectativas quanto aos deveres pelos quais ela deveria velar, num sistema de posições normativamente estabelecidas⁷⁷.

Essa teoria parte da ideia extremada – mas plenamente atual – de que se no contato social todos devessem considerar as inúmeras consequências possíveis a partir de um ponto de vista cognitivo, a sociedade permaneceria estagnada; assim, há a necessidade de limitação da imputação. Dessa forma, as garantias jurídico-normativas não estabelecem que todos devem evitar os diversos danos possíveis num contexto de relação em sociedade; caso contrário, a necessária interação social restaria asfixiada por funções de supervisão⁷⁸.

Nessa formulação, possibilita-se uma orientação à pessoa na sociedade: ela age com base em padrões gerais estabelecidos naquele contexto, numa desindividualização da análise da conduta, sem necessidade de conhecer as características específicas da pessoa que atua, o que leva a contatos (ao menos parcialmente) anônimos que permitem o desenvolvimento das relações econômicas e sociais numa sociedade que almeja o desenvolvimento nesses campos⁷⁹.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 07.

⁷⁶ JAKOBS, Dolus Malus, Traducción de J. Cuello Contreras, InDret, 4/2009, p. 14.

⁷⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – II, i. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010 p.190-199.

⁷⁸ JAKOBS, Günther. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

⁷⁹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

Em resumo, não se consideram relevantes, *prima facie*, as capacidades de quem atua, mas sim as capacidades estabelecidas num sistema de posições definidas normativamente, referentes ao papel desempenhado pela pessoa na interação social. Seja na hipótese de concorrer com dolo ou no de concorrer com culpa, é o significado geral e objetivo da conduta o que interessa sob o prisma social, justamente porque o relevante é que se tratam de fatos que produzem uma perturbação social, sendo desprezíveis, precisamente em função disso, as meras peculiaridades individuais⁸⁰.

Não se deve construir o delito tão-somente na causalidade e no dolo – dados naturalistas; o essencial é que concorra uma violação de papel, não sendo mais suficiente a equiparação de delito à lesão de um bem jurídico⁸¹. Nesse cenário, apesar de, como visto, partir-se da causalidade como mínimo da imputação objetiva do resultado, complementa-se a aferição da relevância jurídica da relação causal entre ação e resultado, através das seguintes instituições dogmáticas da imputação objetiva: risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso e auto-exposições a perigo⁸².

Contudo, os limites traçados na busca da imputação do que pode ser considerado juridicamente relevante na relação causal entre ação e resultado estão intimamente envolvidos. As ideias quanto ao que pode ser encarado como um risco permitido, até que ponto uma pessoa pode agir apoiando-se na confiança de que os demais cumprirão seu papel e o que pode ser observado como auto-exposições ao perigo, terminam por auxiliar, muitas vezes, o esclarecimento de até onde se pode retroceder na imputação.

Diante desta interligação entre os institutos, expõe-se a seguir breves considerações sobre cada um dos critérios de limitação da imputação, já que são também essenciais à compreensão da proibição de regresso.

3.1 O RISCO PERMITIDO

Partindo-se de seres humanos considerados como seres racionais, as instituições da sociedade são criadas levando-se em conta um cálculo de oportunidades ou riscos de que se produzam ou não determinados acontecimentos, convertendo-se o Direito, portanto, nas

⁸⁰ JAKOBS, Günther. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

⁸¹ JAKOBS, Günther. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

⁸² ZAFFARONI. BATISTA. ALAGIA.. SLOKAR,. Direito Penal Brasileiro – II, i. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010 p.190-199.

regulações que surgem a partir da administração de indivíduos inteligentes⁸³.

Verifica-se que, em certa medida, todos os contatos sociais implicam um risco, mesmo que os sujeitos atuem de boa-fé. Entretanto, é impossível que esses contatos sejam evitados, pois, ao se renunciar a eles, causam-se problemas sérios ao funcionamento da sociedade, a qual implica justamente num contexto de interação. Isso leva à conclusão de que se um ser humano pretende conviver no corpo social, não há como escapar desses contatos⁸⁴.

Nesse prisma, na medida em que é tarefa impossível às normas que regem a sociedade evitarem todos os riscos, deve haver um tratamento diferente ao perigo inerente ao convívio social, sendo necessário estabelecer-se um risco permitido: este é autorizado até o limite do quanto seja essencial à configuração da sociedade, até onde sejam hipóteses normais dentro do contexto de interação, numa concreção da ideia de adequação social⁸⁵.

É nesse ponto que Jakobs estabelece o critério de *risco permitido*, segundo o qual não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro. A sociedade não tem como único fim oferecer a máxima proteção de bens jurídicos, sob pena de engessamento social; em realidade, ela está destinada a possibilitar interações, o que implica num direito penal que acompanhe esse fim⁸⁶.

Nesse contexto, o estabelecimento do que é permitido ocorre num exame de custos e benefícios, onde os riscos são toleráveis apenas enquanto a vítima potencial da ação estiver no máximo vagamente indicada, sem poder ser identificada previamente com exatidão. Dessa forma, a atenção das pessoas na sociedade, o dever de cuidado necessário de observação, é vinculado ao papel desempenhado, não se exigindo sua extrapolação, o que representaria uma limitação à liberdade de ação⁸⁷.

Em certos âmbitos, a colocação em perigo de determinados bens jurídicos é inerente à possibilidade de fazer uso destes ou outros bens. Alguns riscos são aceitos pelo costume de determinada configuração social concreta, como a periculosidade de uma caçada. Entretanto, essa consideração ao contexto social não leva a uma equiparação entre o Direito e o meio ambiente da

⁸³ JAKOBS, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 15.

⁸⁴ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

⁸⁵ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

⁸⁶ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

⁸⁷ ZAFFARONI. BATISTA. ALAGIA. SLOKAR. Direito Penal Brasileiro – II, i. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.190-199.

realidade, como salientado acima, pois são as normas que determinam as condutas que aceitam um risco permitido⁸⁸.

Admite-se, no entanto, que o critério de ponderação a respeito do fundamento desses sacrifícios não passa por considerações jurídicas, mas sim por questionamentos a respeito da própria configuração social estabelecida naquele contexto, sobre a necessidade de uma mudança na identidade social, o que escapa à análise do critério relativo exposto acima, pois não pode iniciar-se juridicamente. Ou seja, o socialmente adequado precede ao Direito, o qual apenas preserva a identidade configurada, na medida em que ela não seja contraditória com o sistema social⁸⁹.

Há uma clara relação entre as permissões de riscos e os papéis assumidos por aqueles que exercem um comportamento determinado, fato que demonstra como a variabilidade do risco permitido está intimamente ligada à configuração da sociedade. Esse comportamento diligente será configurado a partir das expectativas gerais a respeito de conhecimentos e técnicas as quais comumente se espera que as pessoas que irão realizar aquela atividade tenham. Ou seja, o juízo determinante é extraído a partir de regras comunicativamente relevantes, e não especulativas⁹⁰.

As expectativas relativas a comportamentos potencialmente exercitáveis por leigos como socialmente adequados terão por base as faculdades próprias de leigos, mesmo que, no caso concreto, sujeitos com conhecimentos especiais as exerçam. Esses conhecimentos especiais são aqui considerados como pura subjetividade, pois um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, algo puramente psicológico. Dois exemplos são utilizados por Jakobs para demonstrar isso:

um engenheiro aluga um automóvel e descobre, graças aos seus conhecimentos especiais, que os freios falharão em breve. Apesar disso, devolve o veículo ao arrendador; o próximo cliente a usar o carro sofre um acidente. Um estudante de biologia ganha algum dinheiro trabalhando à tarde como garçom. Quando se pede a ele para servir uma salada exótica descobre nela uma fruta que sabe por sus estudos ser venenosa. De todo modo, serve a salada⁹¹.

⁸⁸ ZAFFARONI. BATISTA. ALAGIA. SLOKAR. Direito Penal Brasileiro – II, i. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.190-199.

⁸⁹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

⁹⁰ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 46-48.

⁹¹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 48-50.

Em ambos os casos, Jakobs chega à conclusão de que não há imputação por homicídio, pois os conhecimentos especiais não geram a obrigação de seu portador adquiri-los ou mantê-los. Contudo, isso não impede que tais comportamentos possam ser considerados tão extremamente não solidários que sejam considerados como omissão de socorro⁹².

Se o autor estiver vinculado à vítima de algum modo, pode ser que faça parte de seu papel que ative todos os seus conhecimentos, inclusive os especiais, vinculando-se conhecimentos e papéis. Nesse panorama, diferenciam-se a concorrência por organização e concorrência institucional, como demonstrado anteriormente.

Importante frisar que o comportamento que carrega o risco permitido é autorizado em virtude de sua aceitação pela configuração social, não por sua justificação em determinado contexto; ele é tolerado de um modo geral, não especialmente, o que os determina como excludentes de tipicidade⁹³.

3.2. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

O *princípio da confiança* se encontra estreitamente vinculado à problemática da proibição de regresso⁹⁴. A confiança é uma metáfora da delimitação dos âmbitos de responsabilidade, âmbitos que continuam separados ainda que não reste dúvida alguma do comportamento delitivo do receptor da confiabilidade. A confiança, dessa forma, pode chegar a ser contrafática, não tendo término apenas porque há a probabilidade de que seja produzido um comportamento inadequado⁹⁵.

O segundo postulado de Jakobs, dessa forma, afirma que a confiança é necessária diante da realidade de entrelaçamento de comportamentos de seres humanos em sociedade, não fazendo parte do papel do cidadão o controle permanente a todos os demais concidadãos, algo que tornaria impossível a divisão do trabalho⁹⁶. Esse princípio vai além do que se pode inferir a partir de dados estatísticos quanto a custos e benefícios, possibilitando-se, também, a imputação a quem violou a confiança depositada⁹⁷.

⁹² JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, *loco citato*.

⁹³ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 38-39.

⁹⁴ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais p. 85.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 101.

⁹⁶ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

⁹⁷ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 85.

Percebe-se que esse critério limitativo se refere à autorização que se dá às pessoas inseridas na sociedade a confiarem, *ab initio*, que as outras pessoas atuarão corretamente. Seguindo essa ideia, a falha é sempre da pessoa competente para o respectivo ato – o que muito importa à proibição de regresso –, cessando a vigência do princípio da confiança em casos específicos⁹⁸.

Controlar a ação de outros representaria, deveras, uma diminuição do desempenho na realização da própria tarefa, sacrifício que seria inócuo, justamente diante da ineficácia no controle das ações dos demais. Entretanto, a razão fundamental de tal princípio releva-se na ideia de que os demais são igualmente pessoas responsáveis, devendo-se partir dessa presunção, como forma de possibilitar as interações sociais mesmas⁹⁹.

Desse modo, o princípio da confiança extrapola seu limite no momento em que a divisão do trabalho perde seu sentido, quando a outra parte da relação não faz, ou não fez, justiça à confiança depositada no sentido de que ela cumpriria as exigências de seu papel.¹⁰⁰ Ele se apresenta de dois modos: em primeiro lugar, quando uma pessoa, agindo corretamente e, portanto, de modo inofensivo, pode confiar que o sujeito que atuará em seguida realizará o seu respectivo comportamento de forma correta; em segundo lugar, invertendo-se a posição do autor, quando o sujeito confia que uma situação necessária para a continuação de um curso tenha sido preparada de forma correta pela pessoa que atuou anteriormente¹⁰¹.

Jakobs refere os seguintes exemplos para explicar as duas modalidades, respectivamente, *in verbis*:

Alguém entrega a outra pessoa um relógio alheio de grande valor, e isto somente não causará um dano se quem recebe o relógio pega-o com cuidado [...] o cirurgião confia em que o material que utiliza na operação tenha sido convenientemente esterilizado¹⁰².

⁹⁸ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, *loco citato*.

⁹⁹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

¹⁰⁰ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

¹⁰¹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

¹⁰² JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

Assim como no risco permitido, é possível aferir que o princípio da confiança se encontra em todos os âmbitos vitais. Seja numa divisão muito intensa de tarefas – como numa equipe de cirurgiões ou numa cabine de avião – ou mais branda – como no controle do tráfego viário no sentido de respeitar a preferência de passagem –, é inimaginável uma sociedade sem esse ponto de partida¹⁰³.

3.3. AS AUTO-EXPOSIÇÕES A PERIGO

Considera-se possível que o próprio comportamento da vítima num contato social fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, bem como que esteja na lastimável situação de ser atingida por um curso lesivo por infortúnio do destino, havendo, portanto, uma *competência ou capacidade da vítima*¹⁰⁴.

Como visto, comportamentos que levem a meras variações no risco de vida, risco vital à convivência em sociedade – num nível de variação socialmente irrelevante – situam-se no âmbito de proteção da norma, levando a que seus danos não evitáveis de modo planejado, mesmo que advenham de um comportamento não permitido, não sejam explicados através destes, mas sim por: (1) outro comportamento não permitido, (2) por uma infração ao dever de autoproteção por parte da própria vítima ou (3) por um caso fortuito.

É possível que um comportamento do qual se sabe que originará lesões siga conforme seu papel social quando a vítima não tenha direito à não produção da ação lesiva. Se o autor souber que um comportamento seu realizado, dentro de seu papel, originará lesões, há a possibilidade de que as consequências sejam de competência da vítima. Nesse âmbito, situam-se os casos em que um sujeito realiza apoios a favor de bens de terceiros sem que isso seja conforme seu papel, excedendo o que é obrigatório. Jakobs dá a seguinte solução a essas situações, com o auxílio do exemplo a seguir colacionado:

Um agricultor rega suas plantas num prédio situado numa ladeira; certa quantidade de água habitualmente desce pela ladeira e sacia os cultivos de seu vizinho. Certamente, este fato não outorga ao vizinho afetado direito algum no

¹⁰³ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I.

¹⁰⁴ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I, p. 29-31.

sentido de que não se possa desconectar a instalação de regar do camponês situado na parte superior da ladeira¹⁰⁵.

Isso demonstra que os apoios em favor de bens alheios que excedam o que é obrigatório em um papel possam ser revogados licitamente, mesmo que produzam danos a alguém, justamente por não terem caráter vinculante do ponto de vista das normas jurídicas¹⁰⁶. A separação entre uma relação substancialmente não permitida e uma relação socialmente irrelevante tem como determinantes as expectativas que tem apoio da sociedade, não se tomando as expectativas individuais da vítima, pois o Direito Penal tem a finalidade de estabilizar uma orientação social¹⁰⁷.

Para além desses casos, no que se refere ao âmbito próprio da capacidade da vítima, pode-se concluir que ações em que previamente houve *infrações de deveres de autoproteção* ou em que a *própria vontade da vítima* agiu num sentido autolesivo, são ações que ocorrem *a próprio risco*. A vítima não pode assumir um contato social arriscado sem que aceite, simultaneamente, as consequências previsíveis daquela ação¹⁰⁸.

Não se sabe em que medida exata a competência da vítima exclui absolutamente a competência do autor, como ocorre nos casos em que há consentimento. Da mesma forma, é nebulosa a graduação de uma espécie de concorrência de culpas para estabelecer o grau de culpa do autor. Entretanto, a única conclusão possível é que tratar a participação da vítima no fato delituoso unicamente sob o aspecto do consentimento é insuficiente, especialmente na atual configuração da sociedade¹⁰⁹.

Se ao analisarmos o comportamento do autor parte-se de algo normativo, de uma violação de um papel, não mais apenas de um resultado psíquico, de forma análoga deve ser analisada a ação da vítima, verificando-se se agiu a próprio risco, saindo do seu papel passivo de vítima¹¹⁰.

3.4. UMA INTRODUÇÃO À PROIBIÇÃO DE REGRESSO

¹⁰⁵ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I., *loco citato*.

JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I., *loco citato*.

¹⁰⁷ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I., p. 83.

¹⁰⁸ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I., p. 29-31.

¹⁰⁹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I., *loco citato*.

¹¹⁰ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Capítulo I., *loco citato*.

O terceiro postulado de Jakobs – aqui tratado como último, diante do tema do trabalho – considera que, quando uma pessoa assume com outra um vínculo considerado inofensivo no respectivo sistema social, não viola seu papel como cidadão, ainda que outro, através desse singelo contato, realize uma atividade não permitida. Essa limitação faz com que uma relação causal não possa impor-se de modo unilateralmente arbitrário, existindo uma proibição de regresso a comportamentos inofensivos no processo de constatação da participação de uma pessoa em atividade não permitida¹¹¹.

Nesses casos, é o autor quem desvia um comportamento de um terceiro, que carece de sentido delitivo por si mesmo, rumo a uma atividade não permitida. Tais comportamentos que servem de “ponte” ao delito estão disponíveis na sociedade, sem que seja necessário recorrer-se a meios ilícitos para obtê-los, não havendo motivos para sua proibição, vez que a reprovação não evitaria o cometimento do delito¹¹².

Dentro desse postulado limitativo, há um ponto que causa especial curiosidade: ainda que o terceiro saiba das pretensões delitivas do autor, podendo evitar o comportamento deste, o significado social de sua conduta continua sendo inofensivo, algo comum no meio social. O desvio realizado pelo autor do delito não é suficiente para modificar a definição do significado do comportamento abnóxico do terceiro, atuação que continua limitada ao seu próprio papel, não se exigindo heroísmos¹¹³.

Caso o terceiro, através de seu comportamento inofensivo, leve o agente a praticar um fato louvável, não será elogiado ou agraciado por isso; dessa forma, não há sentido em ser punido quando sua ação de significado social plenamente aceitável leve a uma conduta criminosa por parte do autor do fato. Enquanto o terceiro permanece dentro do segmento da realidade de seu papel, sem adentrar no segmento delituoso do criminoso, seu comportamento é inofensivo, não sendo afetado pelas más intenções alheias¹¹⁴.

A ideia de proibição de regresso garante a liberdade de perseguir fins próprios sem que se afogue na massa dos inúmeros e cotidianos contatos sociais, bem como a constância dos comportamentos inofensivos essenciais ao funcionamento e desenvolvimento da sociedade¹¹⁵.

¹¹¹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 27-28

¹¹² JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 27-28.

¹¹³ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 27-28

¹¹⁴ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 27-28

¹¹⁵ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista

Dessa forma, percebe-se o instituto de proibição de regresso deriva da forma como se determinam as estruturas da sociedade, sendo mais bem aceita em sociedades pautadas por uma orientação política liberal¹¹⁶.

4. A PROIBIÇÃO DE REGRESSO EM JAKOBS

A partir deste ponto, após demonstradas as bases em que a concepção de proibição de regresso jakobsiana se assenta, adentrar-se-á no objeto principal deste trabalho, discorrendo-se sobre a evolução histórica do instituto, apresentando-se as variadas formas alternativas nas quais se buscou a resolução do problema da limitação da causalidade, os temas centrais que diferenciam a elaboração de Jakobs e o mínimo ético resguardado em sua teoria.

4. 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Não é de hoje a preocupação da doutrina penal referente à proliferação de casos no contexto social em que condutas descuidadas de algumas pessoas abrem a possibilidade de que terceiros aproveitam as circunstâncias favoráveis criadas e as direcionem para um delito doloso ou culposos¹¹⁷.

Ao longo da pesquisa referente ao tema em apreço, centrada em escritos de Jakobs e de seguidores seus, verifica-se que o autor apresenta refutações motivadas sobre as principais teorias que tratam do tema da limitação da causalidade jurídico-penal. Jakobs aponta para cada uma delas o que considera errôneo em suas formulações e resultados, explicando o porquê da necessidade de um exame puramente normativo sobre o objeto.

A seguir, tecer-se-á breves considerações a respeito de cada uma dessas teorias, as quais vão além do esquema de causalidade mais evitabilidade, discorrendo-se sobre os erros apontados por Jakobs em relação à proibição de regresso baseada no normativismo-funcional.

4. 1. 1. A interrupção do nexos causal

¹¹⁷ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 331.

A origem histórica da proibição de regresso remonta às teorias causais do final do século XIX.

A primeira justificativa pautava-se pela ideia de *interrupção do nexo causal*, em que se considerava que a intervenção posterior, dolosa ou imprudente, de um terceiro ou da vítima, levaria a uma nova cadeia causal que interromperia o anterior curso causal, impedindo-se a responsabilização penal do primeiro autor¹¹⁸.

Entretanto, tal visão esbarrava na incontestável constatação física de que ou a causalidade existe ou não existe, não sendo possível conceber entre um antecedente e um conseqüente uma cadeia causal interrompida, pois necessariamente a presença de um deles conduz à existência do outro, fato inerente à própria ideia de relação causal¹¹⁹.

Nesse sentido, Frank se pronunciou contra a possibilidade de interrupção dos nexos causais, afirmando que a proibição de regresso ocorria dentro de um mesmo curso de causalidade¹²⁰, refutando-se a ideia de interrupção da ligação entre os diferentes processos e considerando-os como conjunto.

Essa visão é incoerente com a própria teoria da equivalência das condições, em função da qual foi desenvolvida, em que se concebe um resultado como algo que usualmente é produzido a partir de diversas causas, provenientes de diferentes cadeias causais, onde todas as quais contribuem de igual forma, do ponto de vista físico, para a sua produção¹²¹.

4. 1. 2. A previsibilidade

A proibição de regresso já foi fundamentada no critério da *previsibilidade*, especialmente pela antiga jurisprudência do Tribunal Supremo do Império Alemão, estendendo-se até os hodiernos dias por muitos autores¹²².

Admitindo a validade genérica da teoria causal, na teoria da causalidade adequada buscou-se limitar um curso causal lesivo de modo eficaz com o emprego da previsibilidade, negando-se a imputação em vista da inadequação da conduta para produzir o resultado penalmente relevante. No exemplo do caçador que deixa sua arma em cima da mesa de um bar onde ocorre

¹¹⁸ REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 333.

¹¹⁹ REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 334.

¹²⁰ REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. P. 335, NR. 91.

¹²¹ REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. P. 336.

¹²² REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. P. 336-337.

uma discussão acalorada, considerou-se que o comportamento era adequado à produção do resultado, respondendo por homicídio culposo diante da previsibilidade do dano¹²³.

A ideia da previsibilidade também foi utilizada pela delimitação da imputação em cursos causais lesivos de acordo com a experiência geral da vida, um dos mecanismos empregados na determinação do agir de um homem prudente. Aplicando-se essa teoria, no caso da produção de lesões numa pessoa, o autor deveria responder se a morte posterior ocorrer por erro médico que não seja grave, pois esses casos são tidos como previsíveis pela experiência geral extraída do cotidiano¹²⁴.

A fundamentação pela previsibilidade é demasiada imprecisa. Além disso, certo ser possível a predição de inúmeros resultados nocivos através de cálculos estatístico, mas é praticamente unânime a noção de que eles não podem constituir fundamento de responsabilização penal tão-somente diante dessa prognose quanto a seus acontecimentos. Seria absurdo, por exemplo, imputar aos construtores de veículos automotores os homicídios e lesões que ocorrem previsivelmente em nossa sociedade¹²⁵.

4. 1. 3. A participação impune

Segundo Frank, pela ideia de *participação impune* não podem ser consideradas como causas as condições prévias a uma condição que livre e conscientemente é dirigida à causação de um resultado. O autor da condição prévia só poderia responder como partícipe, no caso da ocorrência dos requisitos da participação delitiva¹²⁶.

Wehrle, em análise posteriormente realizada, complementa a argumentação com a constatação de que a participação culposa é legalmente impune, não estando expressamente sancionada¹²⁷.

A teoria está equivocada já em seu ponto de partida, pois a distinção entre autoria e participação é concebida apenas em delitos dolosos, não constituindo um critério válido como base da proibição de regresso¹²⁸.

Por outro lado, dentro da imputação objetiva, da qual a proibição de regresso é uma particularidade, não há espaço para a análise da consciência interna da pessoa que pratica uma

¹²³ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 337.

¹²⁴ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 338.

¹²⁵ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 339.

¹²⁶ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 339.

¹²⁷ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 339-340.

¹²⁸ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 341.

conduta, deixando-se o exame do dolo e da culpa para a imputação subjetiva, importando, aqui, somente a constatação da realização de um risco desaprovado que leva a um resultado danoso¹²⁹.

4. 1. 4. Capacidade para a condutibilidade de um sucesso.

Harro Otto fundamenta a proibição de regresso na ideia de capacidade para a condutibilidade de um sucesso.

O elemento crucial para essa teoria encontra-se no momento em que as pessoas que conhecem a situação perigosa excluem o primeiro autor do âmbito do domínio do fato ou criam com sua atuação um novo perigo para a vítima. A partir dessa nova configuração, exclui-se a possibilidade de imputação do autor antecedente, justamente porque ele não possui capacidade para dominar a condução ao sucesso daquele resultado¹³⁰.

Contudo, assim como o aspecto da previsibilidade, os conceitos de domínio e condutibilidade são imprecisos demais para configurarem o fundamento de uma teoria da proibição de regresso. Além disso, há casos em que entre a conduta culposa e o resultado sequer há outra conduta humana, sendo claro que o sucesso deixou de ser dominável pelo primeiro autor, mas a este continua sendo imputada a violação à norma¹³¹.

4. 1. 5. A adequação social.

A solução não pode ser encontrada na *adequação social* dos comportamentos, pois o juízo a respeito de quando uma modalidade de comportamento continua sendo socialmente adequada no exame das situações em que ocorrem graves consequências, requer instrumentos mais diferenciados, não podendo ser realizado por meio do conceito de adequação social, o qual é correto somente num restrito núcleo¹³².

¹²⁹ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 341.

¹³⁰ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 341.

¹³¹ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 343-344.

¹³² JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 76-78.

Sendo assim, resta impossível determinar quais são as modalidades de comportamento que rompem gravemente o limite do ordenamento jurídico sem levar em consideração o específico contexto ao interpretar o comportamento¹³³.

4. 1. 6. A proibição de regresso em sua compreensão habitual

Apesar das tentativas anteriormente expostas, o primeiro grande esforço sistemático para resolver os casos de inconveniente e ilimitada punição foi realizado na Alemanha por Reinhard Frank, no começo do século XX, denominando-se a elaboração de teoria da proibição de regresso¹³⁴.

Frank baseava sua teoria na ideia de que um sujeito na posição de garante não deveria responder por todas as possíveis afetações que poderiam sofrer o bem jurídico de sua responsabilidade, levando-se a uma interrupção da relação de imputação nos casos em que o comportamento dessa pessoa fosse equiparado ao de uma conduta socialmente adequada¹³⁵.

Pretendia-se reduzir dentro do tipo objetivo as ampliações que a teoria da equivalência das condições introduziu no tipo objetivo dos delitos de resultado, numa interrupção do nexo causal em que as condições estabelecidas, conforme a teoria da equivalência, não se transferem plenamente ao tipo objetivo como pressupostos da imputação¹³⁶.

Assim, deveriam ser renunciados os resultados obtidos através da teoria da equivalência no que diz respeito àquelas condições nas quais, à produção do resultado, há o intermédio da atuação dolosa e culpável de um terceiro: havendo culpa, sua produção seria impune; se existir dolo, a responsabilidade seria incluída através dos preceitos ampliativos da autoria, qual seja a participação¹³⁷.

Para o autor, somente se proíbe o regresso na ação dolosa, mas não culposa, do autor posterior:

¹³³ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 76-78.

¹³⁴ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 333.

¹³⁵ REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 333.

¹³⁶ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 76-78.

¹³⁷ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 76-78.

“Rige una prohibición de regreso, en el sentido de que no puede ser considerada causa condiciones que se encuentran más allá de un determinado lugar: no son causas las precondiciones de una condición que estaba dirigida a la producción de un resultado libre y conscientemente (dolosa y culpablemente)¹³⁸”

Para Frank, haveriam condições que não são causa, não fundamentando a responsabilidade do autor, vigendo uma proibição de regresso no sentido de que condições que ocorram mais além de determinada situação não possam ser consideradas como causas. Ela é distinta da proibição de regresso proposta por Jakobs, na qual não se refere aos pressupostos conceituais da categoria de indução, mas sim a um ponto de vista genérico de carácter normativo que impede recorrer a certas condições de uma determinada ação¹³⁹.

Entretanto, verifica-se que não se aponta na obra de Frank o porquê e com que base esse regresso à responsabilidade do autor primário teria que estar proibido, pecando o autor por falta de fundamentação de sua teoria¹⁴⁰.

Além disso, essa limitação não é útil na perspectiva da imputação, pois ao utilizar o limite entre dolo e culpa e a diferenciação entre participação mediata e imediata, afeta-se toda noção de culpa e todo o tipo de cumplicidade. Na verdade, a proibição de regresso imaginada nesses moldes apenas opera quantificações dentro da cibernética do comportamento, mas não determina âmbitos de responsabilidade¹⁴¹.

Quanto ao argumento principal de que não seria possível considerar um fato como a obra de vontade de um autor (conexão entre sujeito e fato) e ao mesmo tempo de um “homem de trás”, é um argumento circular por meio do qual não se pode obstar que a lei preveja a participação dolosa, nem fundamenta uma exclusão da imputação nos casos de causa imprudente mediata¹⁴².

4. 1. 7. Críticas e complementações à formulação de Frank

¹³⁸ GIMBERNAT ORFEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. In Nuevo Foro Penal No. 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, p. 95, NR 16.

¹³⁹ HRUSCHKA, Joachim. Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias. Traducción de Pablo Sánchez-Ostiz. In Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. 5 (2000), p. 189-190.

¹⁴⁰ GIMBERNAT ORFEIG. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. In Nuevo Foro Penal No. 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, p. 95.

¹⁴¹ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 76-78.

¹⁴² JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79.

Os argumentos válidos dessa teoria dizem respeito à não determinação da proibição de regresso como uma situação em que concorre uma relação de dolo e culpa. Contudo, o benefício da proibição de regresso não pode ficar limitado aos casos de culpa. Nesse ponto, o abandono ao critério de contraposição entre dolo e culpa é importante, pois ele era insuficiente para fundamentar o porquê da responsabilidade do sujeito que causa de maneira direta o fato não levava também à imputação do cúmplice doloso que não se comporta para além de sua função habitual, mas que tem seu comportamento desviado pelo autor¹⁴³.

Rudolphi rejeita a ideia de proibição de regresso, pois na sua visão o decisivo para determinar se um resultado danoso uno é imputável a várias pessoas é se houve a infração de um dever protetor de bens jurídicos tutelados penalmente e em qual medida isso ocorreu, o que não ocorreria através de uma dedução partindo do conceito abstrato de proibição de regresso com pretensão de extrair um juízo com vigência geral¹⁴⁴.

Jakobs rebate a crítica ao afirmar que é possível desenvolver a proibição de regresso por um método mais complexo, sem a ajuda de deduções abstratas, recorrendo-se à finalidade direta do direito penal, o que encontra uma validade geral¹⁴⁵.

Welp, assim como Jakobs, também considera irrelevante para a fundamentação da proibição de regresso o limite entre o dolo e a culpa. Ele conecta o conceito de proibição de regresso com o de inerência, afirmando que aquela é uma consequência da teoria desenvolvida a respeito desta, segundo a qual a mera intenção de motivação externa que se choca com a fidelidade ao direito e não se reproduz, não existe para fins jurídicos, justamente porque quem atua diretamente tranca a quem “tentou” ser responsável por aquele resultado; assim, a causa mediata passa a ser um fato especial do favorecimento de um fato alheio, sendo punível de acordo com os limites relativos ao preceito da participação¹⁴⁶.

Entretanto, Jakobs aponta como defeito da teoria de Welp o fato dela não fundamentar a possibilidade de total ausência de imputação na autoria mediata dolosa; Welp assevera que a proibição de regresso não seria aplicável a esses casos, em que ao menos o reconhecimento da

¹⁴³ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 80-81.

¹⁴⁴ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 82.

¹⁴⁵ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 82.

¹⁴⁶ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 82.

participação sempre haveria. Não existem evidências de que os preceitos relativos à participação poderiam ser aplicados a todos os casos de autoria mediata¹⁴⁷.

Se o fundamento da imposição de penas for idêntico à autoria dolosa, à participação dolosa e à culpa, é possível que seus respectivos fundamentos penais concretos difiram sem ser possível extrair disso nenhuma conclusão quanto ao alcance de outros fundamentos. Isso não pode ser feito mediante um procedimento construtivo, mas sim somente por dedução teleológica¹⁴⁸.

Schünemann crítica a tese de Welp sob um viés errôneo. Afirma que a rígida proibição de regresso seria o caso da principal missão do Direito penal: a proteção de bens jurídicos. Essa é a mesma crítica tecida contra as ideias de risco permitido, do princípio da confiança e contra a ideia de que não é dever de todos obstruir ações delituosas através de uma intervenção ativa, crítica que parte de algo incabível de se exigir, um sacrifício gigantesco da liberdade em nome da execução da finalidade da proteção de bens¹⁴⁹.

A pena imposta não ressuscita um bem morto; apenas o fato da lesão do bem é vinculada ao fato da casualidade; a imputação, por outro lado, não é um conceito naturalista, mas sim normativo¹⁵⁰, conforme se exporá em seguida.

4. 1. 8. O princípio da confiança considerado como critério suficiente

O *princípio da confiança*, como visto, se encontra estreitamente vinculado à problemática da proibição de regresso. Esse princípio vai além do que se pode inferir a partir de dados estatísticos quanto a custos e benefícios, possibilitando-se, também, a imputação a quem violou a confiança depositada¹⁵¹.

Esse último ponto foi especialmente percebido por Stratenwerth, o qual afirmou que na interação social entre várias pessoas, “por regra geral, cada um dos envolvidos deve confiar que os demais se comportem conforme o devido cuidado”, expectativa que é gerada pelo “fato de que o outro apresenta um caráter de ser uma pessoa responsável”¹⁵².

¹⁴⁷ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 83-84.

¹⁴⁸ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 85.

¹⁴⁹ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 84-85.

¹⁵⁰ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 84-85.

¹⁵¹ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 85.

¹⁵² JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado.

Contudo, a visão de Stratenwerth sobre o tema estabelece limites exageradamente amplos, pois está restrita ao lado fático, sendo necessário fundar a confiança num aspecto normativo, delimitando-se o âmbito da responsabilidade¹⁵³.

De mais a mais, o princípio da confiança é apenas um dos critérios para aferir a relevância causal entre conduta e resultado, sendo insuficiente ao ser aplicado sem o conjunto das instituições limitantes presentes na teoria da imputação objetiva.

4. 1. 9. A teoria da finalidade da norma

Na *teoria da finalidade da norma*, a questão da proibição de regresso aparece de modo subjacente, onde se sustenta que há um grupo de casos nos quais o resultado danoso pode ser imputado justamente a quem é lesionado, tornando-se secundária a solução jurídico-penal¹⁵⁴.

Essa é a própria ideia de proibição de regresso, mas sob o viés do dever legal e do risco profissional nos casos em que a vítima só anui com a imputação de quem age de acordo com uma ação prevista em lei ou pelas diretrizes de sua profissão, conforme Roxin. O exemplo é infecção de um médico através de um paciente, sendo certo ser esse um risco profissional da anuência prestada pelo médico; esse dever jurídico também tem a participação do Estado, pois este o estabelece¹⁵⁵.

Ou seja, “quem cria uma situação em que terceiros podem ser colocados em perigo não responde pelas consequências que o livre-arbítrio destes gere neles mesmo”¹⁵⁶

Entretanto, essa constatação só resolve o problema a respeito de para quem a questão tem efeito, quais sejam ao legislador e a quem exerce a profissão, mas não soluciona a gênese do dilema. Dessa forma, apesar de se apontar o risco profissional ou a obrigação legal como explicações quanto à necessidade de exposição a determinado risco, mas não explica, por outro lado, o surgimento do perigo¹⁵⁷.

Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 85.

¹⁵³ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 85.

¹⁵⁴ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 87-88.

¹⁵⁵ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 87-88.

¹⁵⁶ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 88.

¹⁵⁷ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 103.

4.2. AS REFORMULAÇÕES OPERADAS POR JAKOBS NO CRITÉRIO DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO

4.2.1. A necessária transição do dogma da evitação do resultado rumo à análise pautada pela finalidade da pena

A ausência de discussão a respeito de sérios limites à amplitude da causalidade evitável se deve ao ponto de partida da proteção de bens.

Primeiramente, porque essa teoria é vinculada ao momento temporal anterior à comissão do fato, em que se discute apenas aquilo que é necessário para evitar futuros resultados. Dessa forma, “a causação evitável é convertida em pressuposto da imputação porque, ao contrário, a evitação da causação é pressuposto de que não seja produzido o resultado”¹⁵⁸, sendo conveniente a essa perspectiva que fosse omitida a causação de modo ilimitado, não apenas dentro de um quadro evitável¹⁵⁹.

Na visão da evitação de resultados inerente à ideia de um Direito penal protetor de bens, há coerência em proibir as causas evitáveis até suas últimas ramificações, pois se parte da produção do fato, posterior à comissão, determinando retrospectivamente a imputação e a proibição tomando como critério o objeto idôneo da reação jurídico-penal¹⁶⁰.

Entretanto, Jakobs afirma – acertadamente – que a finalidade da imputação do delito é definir a causa de um conflito identificando o causador do resultado ou quem não evitou sua produção, sendo irrelevante o regresso à gênese da vontade desse autor, estabelecendo-se segurança a respeito do comportamento de outras pessoas, pois a expectativa quanto ao atuar é estabilizada contrafaticamente, mediante a imputação¹⁶¹.

¹⁵⁸ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 90.

¹⁵⁹ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 90.

¹⁶⁰ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 91-92.

¹⁶¹ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 91.

Não é possível ao Direito penal estabilizar como expectativas a respeito do comportamento de outros o fato de que ninguém ofereça a possibilidade de desviar os efeitos do próprio comportamento situado dentro de um papel até um resultado delitivo, pois praticamente todos os comportamentos podem ser convertidos em uma peça funcional de um plano delitivo¹⁶².

A única expectativa exigível é a de que ninguém complete, de modo evitável, as condições de um curso lesivo. Nos delitos de comissão em autoria imediata, produzem uma defraudação aqueles comportamentos que geram diretamente, de modo evitável, o resultado; nos delitos de comissão por autoria mediata, o decisivo é determinar se o comportamento é atribuível ao plano delitivo enquanto “raiz da defraudação” ou se está tão distante do plano delitivo como o mundo¹⁶³.

Todo plano é um esboço de determinada configuração de mundo, sendo que, quando atuam diversas pessoas, deve-se verificar se cada um desses esboços pode constituir a definição válida de todo o conjunto de atuação, averiguando-se quando o plano do autor deve atingir quem causa de maneira mediata¹⁶⁴. Essa análise nunca foi fundamentada partindo-se da perspectiva da finalidade da pena, mas sim do dogma da evitação do resultado, como explica Jakobs na seguinte passagem:

Em todo caso, um conjunto de atuação que é finalizado em um plano delitivo não é *eo ipso* um contexto delitivo, posto que a configuração que o último a atuar quer dar ao mundo somente atingiria sempre aos demais sem a todos atingir tudo aquilo que possa influir (por meio de uma omissão), e essa última afirmação nunca foi fundamentada de outra maneira senão pelo dogma da evitação de resultados (dogma limitado aos delitos de comissão e que nem sequer nesse âmbito pode ser mantido sem fissuras): é dizer, que nunca foi fundamentado a partir da perspectiva da finalidade da pena¹⁶⁵.

Assim, possível afirmar que, partindo-se da ideia de segurança de expectativas gerada pela garantia jurídico penal da norma, a pena deve reagir diante de comportamentos incompatíveis

¹⁶² JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 91.

¹⁶³ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 91-92.

¹⁶⁴ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 92.

¹⁶⁵ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 93.

com o modelo de mundo esboçado pela própria norma, a qual carrega em seu bojo a identidade normativa da sociedade, conforme visto acima.

Se o papel a ser desempenhado diz respeito a um garante, não há possibilidade de retirar-se sua responsabilidade; em relação a um não-garante, distinta a situação. Sua ação pode gerar efeitos derivados em âmbitos que lhe sejam alheios, mas deve ser provado que estes efeitos pertençam a sua interpretação de mundo para se verificar a defraudação da expectativa. Em ambos os casos, se busca interpretar “o que é que o comportamento leva adentro do esboço de realidade”¹⁶⁶. Sob o prisma de que as garantias-jurídico penais se referem a “expectativas resistentes diante das defraudações”, não é exigível que todos omitam comportamentos que somente causam algo em sentido naturalista, mas não têm o significado expressivo de causar, distanciando-se o comportamento do plano delitivo¹⁶⁷.

As seguintes fórmulas servem à aferição de quando um comportamento que causa de forma mediata um resultado é definido através do plano delitivo, sendo jurídico-penalmente relevante:

- a) quando o sujeito que causa mediatamente somente pode ser motivado pelo plano delitivo, ainda que o caráter delitivo lhe seja meramente cognoscível;
- b) quando o sujeito que causa mediatamente adapta seu comportamento ao plano delitivo do outro, tomando-o como base de seu atuar;
- c) quando o sujeito que causa mediatamente nos delitos impróprios por omissão é garante de que não se produzam danos derivados de comportamentos delitivos no bem ameaçado ou não incida sobre ele perigo;
- d) quando não se verifica a situações apresentadas em (a), (b) ou (c)¹⁶⁸.

Na proibição de regresso, considerada em seu sentido tradicional, causa-se imprudentemente a comissão por outra pessoa, por um delito, afetando um âmbito em que com frequência fica excluída uma responsabilidade específica por comissão¹⁶⁹.

A evidência de que um sujeito imprudente lesiona um bem com sua atuação não é o único ponto decisivo, sendo determinante, também, a capacidade de interpretar comportamentos

¹⁶⁶ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 93.

¹⁶⁷ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 93

¹⁶⁸ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 95.

¹⁶⁹ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 96-98.

imprudentes com atenção ao plano delitivo¹⁷⁰. Se as pessoas não tomam como base de seu comportamento os planos delitivos de outras, apesar de causarem naturalisticamente, o resultado não lhes atinge porque as condições de produção do resultado não são necessárias no mundo que configuram atuando ou que tomam como base; ou seja, são terceiros que desenvolvem os resultados do comportamento em uma direção delitiva¹⁷¹.

Em alguns casos, pode ser adequado exigir-se a evitação da causação devido a necessidade de solidariedade em consideração ao dano grave e irreparável que se desenha causalmente. Contudo, essa responsabilidade por solidariedade, paralela à omissão de socorro, a qual ocorre em casos onde a pessoa não seja garante de que o resultado não seja produzido, não é derivada do delito de lesão¹⁷², conforme se exporá em tópico subsequente.

Nos casos em que a proibição de regresso impede a responsabilidade, o conteúdo do comportamento está estereotipado e a única coisa que terceiros podem fazer é desencadeá-lo, mas não o configurar; por outro lado, se o conteúdo do atuar se configura em atenção ao plano alheio, existe responsabilidade, como no caso do padeiro que confecciona um pão especial para uma pessoa envenenar outra, produto que não estava à disposição normalmente¹⁷³.

A ausência de responsabilidade por proibição de regresso não se vê modificada se quem atua diretamente causa o resultado apenas imprudentemente, ainda que o sujeito que causa mediamente atue de forma dolosa. Isso ocorre porque se continua sem uma mudança na configuração do mundo para o que se atua ou se toma como base, mudando-se, aqui, exclusivamente o conhecimento disso. A solução proposta por Jakobs é a seguinte: “o sujeito que causa mediamente não responde se a motivação de sua ação não se encontra vinculada para o mesmo ao ato diretamente lesivo e os planos alheios que toma como base não podem ser motivados como planos delitivos”¹⁷⁴, limitação fundamentada no fato de que a culpa de quem causa diretamente não atinge a quem causa mediamente, a não ser que também concorra para o mundo em que o erro é produzido ou tomado como base.

Isso evidencia que a causação fora do contexto delitivo não é mais que a criação de uma situação em que outra pessoa cometerá um delito, sendo possível que se atue sem responsabilidade pela causalidade, pois meramente se conhece os efeitos, não sendo estes determinantes para a conduta mediata. Um exemplo é o empréstimo de carro a quem se sabe que dirigirá embriagado;

¹⁷⁰ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 97.

¹⁷¹ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 98

¹⁷² JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 98.

¹⁷³ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 99, NR 84.

¹⁷⁴ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 100.

nesse caso, a responsabilidade será delimitada de acordo com o objetivo do empréstimo; se feito apenas para que o outro chegue a algum local, não há responsabilidade; se realizado tendo por base a direção de pessoa embriagada, há responsabilidade¹⁷⁵.

Dessa forma, percebe-se que o problema hodierno da limitação da causalidade passa em muito por um exame pautado pela ideia de proteção de bens advindos da teoria da finalidade da norma, com o seguimento do dogma da evitação do resultado. Para resultados que guardem maior coerência sistêmica, deve-se deslocar a observação do curso lesivo a uma ótica normativa, o que reflexiona nas expectativas consideradas como relevantes ao problema da causalidade.

4.2.2. A análise da proibição de regresso a partir da verificação de uma posição de garante

Deve-se distanciar do âmbito de organização do agente a realização do tipo que ocorre pela vontade de outra pessoa ou, até mesmo, como pertencente a um âmbito de organização alheio, como o da própria vítima. Nestes casos, apesar da existência de causalidade, não existe incumbência do autor pela organização¹⁷⁶, como visto. Contudo, mesmo diante da falta de incumbência pela organização, pode existir a responsabilidade pelo dever de solidariedade mínima, independente da posição de garante¹⁷⁷.

A necessidade da existência da posição de garante como condição da responsabilização não ocorre apenas nos crimes omissivos, mas também nos comissivos, como exposto acima. No entanto, o autor de um delito comissivo normalmente já é garante pela própria comissão, devido à incumbência por sua organização¹⁷⁸.

Jakobs apresenta uma série de casos em que essa responsabilidade por um delito de resultado mediante comissão inexistente. Primeiramente, aponta-se quando uma ação se torna causa de um resultado típico somente porque um terceiro desvia, sem relação com o agente, as

¹⁷⁵ JAKOBS. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 102.

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons. “La imputación Objetiva, 4.º Continuación: La posición de garante y la exclusión de la imputación en los supuestos de prohibición de regreso.”, p. 259.

¹⁷⁷ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 259.

¹⁷⁸ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 259.

consequências da ação até o dano¹⁷⁹. A realização do tipo se define, assim, como consequência da vontade que leva a cabo o desvio e, deste modo, resta distanciada do agente anterior¹⁸⁰.

A limitação de responsabilidade se produz também quando o terceiro que desvia uma conduta é o mesmo que resulta lesionado. Da mesma forma, um delito de resultado mediante comissão decai quando o resultado típico somente ocorre porque o âmbito de organização do lesionado está por sua vez orientado ao resultado, ou quando o âmbito de organização do lesionado está ameaçado pela ação de terceiros¹⁸¹.

Um subgrupo específico de casos corresponde àquelas situações onde uma pessoa pratica ações que mantém íntegros bens de outros, mas que não são prestadas como o exercício de uma posição de garante juridicamente estabelecida. No momento em que ele cessa tais prestações, danificar-se-á tais bens mediante uma comissão. Contudo, esse agente não responderá pelo resultado, pois a manutenção de tais bens não está juridicamente garantida¹⁸².

Como se vê, as máximas de imputação devem formar-se em função de categorias sociais, não naturalísticas, vedando-se a responsabilidade ilimitada que nasce quando se tem por princípio que toda causação evitável (dolosa ou imprudente) é adequada para dar lugar à responsabilidade por delito comissivo¹⁸³. Aplicam-se os princípios do delito de omissão ao grupo de casos de ações que mantêm a salvo determinados bens mesmo sem obrigação jurídica, pois a questão fundamental não mais é decidida com base na causalidade, mas sim com a análise da existência de um dever violado pela comissão¹⁸⁴. Isso leva a que se exclua a responsabilidade sempre que falte um dever especial ou uma necessidade de atuação pelo dever geral de solidariedade¹⁸⁵.

Ad exemplum, verifica-se o sentido da proibição de regresso nos casos em que não se exige juridicamente um salvamento, como fica evidente quando médicos interrompem um tratamento (ou sequer começam a tratar um paciente) diante da ausência de dever. Ainda quando a interrupção ou a falta de início de um tratamento tenha, como previa o médico, a consequência de causar a morte do paciente, não há um homicídio por comissão, pois o tratamento não era ou

¹⁷⁹ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 259.

¹⁸⁰ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 260.

¹⁸¹ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 260.

¹⁸² JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 260.

¹⁸³ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 261.

¹⁸⁴ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 261.

¹⁸⁵ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 261.

(já não era) indicado¹⁸⁶; ou seja, não está assegurada jurídico-penalmente a confiança em uma dedicação especial¹⁸⁷.

Num segundo grupo de casos, percebe-se que o âmbito vital do lesionado também estará organizado de modo orientado ao resultado quando atuações que são socialmente adequadas – essenciais ao convívio social – acabam lesionando seus bens¹⁸⁸.

Nessas situações, a principal justificativa para não se assegurar jurídico-penalmente a confiança de que não se produzam afetações em âmbitos de organização particulares através de ações corriqueiras está justamente no fato de que não seria possível a convivência sem elas ou, caso suprimidas, gerariam um custo social desproporcional¹⁸⁹. Dentro deste contexto encontram-se os chamados danos subsequentes na forma de “danos por shock”, como no caso do pai que sofre um ataque cardíaco após descobrir que seu filho morreu num acidente de trânsito causado dolosamente: é assunto de cada um a forma de solucionar os sofrimentos anímicos em seu âmbito de organização¹⁹⁰.

Outra situação que merece o mesmo tratamento é quando um terceiro toma o realizado pelo autor para conduzir a ação até um resultado delitivo, sendo que o lesionado está ameaçado por este terceiro, que age em seu âmbito de incumbência¹⁹¹. O exemplo clássico é a instalação por terroristas de uma bomba na casa de uma pessoa, a qual se acionará no momento em que o agente vizinho abrir sua porta; o vizinho pode praticar a ação sem ter em conta as consequências preparadas por parte de um terceiro, pois não é garante do que terceiros possam preparar com objetos não propriamente perigosos de seu âmbito de organização¹⁹².

Contudo, o agente que é garante de que o bem afetado permaneça intacto ou não seja ameaçado por determinados perigos não é isento de responsabilidade por um delito de resultado mediante comissão, independentemente da ação¹⁹³. Essa posição de garante pode surgir tanto de uma vinculação institucional que obriga a solidariedade por uma especial confiança depositada na

¹⁸⁶ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 262.

¹⁸⁷ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 263.

¹⁸⁸ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 263.

¹⁸⁹ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 263.

¹⁹⁰ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 263.

¹⁹¹ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 263.

¹⁹² JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 264.

¹⁹³ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 264.

relação, como também pode ser baseada numa responsabilidade por organização, fundamentada com independência da respectiva ação¹⁹⁴.

Ao lado da responsabilidade pela ampliação de um âmbito de organização, em que se supõe a liberdade de ação, há outra que decorre da lesão de deveres de cuidado de um bem, “cuidado especial, solidário e institucionalmente assegurado”¹⁹⁵. Nesses delitos de infração de dever, há uma relação entre o autor e o bem que é independente do fato, estando ligada a um *status* institucional vinculado a contextos regulados (não mais a um âmbito de organização) em que não se exige apenas o não lesionar, mas também condutas ativas¹⁹⁶.

Nesse ponto não há mais relevância na distinção entre comissão e omissão, pois tanto os delitos de omissão imprópria com posição de garante quanto os delitos de comissão cometidos por pessoas que são garantes do bem lesionado são delitos de infração de dever¹⁹⁷. Isso evidencia que a divisão entre comissão e omissão é apenas uma das diversas possíveis divisões através do complexo do objetivamente típico, sendo certo que a diferenciação entre responsabilidades derivadas da organização e as referidas a instituições acerta de modo materialmente mais relevante o fundamento da responsabilidade¹⁹⁸.

Em resumo, resta claro que existem ações que conduzem a um resultado típico sem que o agente, mediante estas ações, tenha configurado seu âmbito de organização desconsiderando outras pessoas, como nas condutas socialmente estereotipadas¹⁹⁹²⁰⁰. Nessas ações, a responsabilidade por um delito de resultado mediante comissão somente será fundada quando o agente, independentemente de sua ação atual, é garante por causa de outra ação previa (ingerência) ou por causa das especiais limitações de ação que decorrem da vida em relação com outras pessoas ou, ainda, quando por seus deveres institucionais de solidariedade está obrigado a sacrificar a própria liberdade (relação de pais e filhos, por exemplo). Sem a posição de garante, apenas resta

¹⁹⁴ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 264.

¹⁹⁵ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 266.

¹⁹⁶ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 267.

¹⁹⁷ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 267.

¹⁹⁸ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 267.

¹⁹⁹ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In “El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario”. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 287-288. O autor apresenta a denominação utilizada por outros autores para se referirem ao que Jakobs nomeia como “condutas socialmente estereotipadas”. Roxin refere-se ao mesmo objeto como “condutas cotidianas”; Frisch as denomina como “condutas sem relação de sentido delitivo”; Schild Trappe as designa como “condutas inócuas ou inofensivas”; Hassemer as qualifica como “condutas adequadas a uma profissão ou ofício”.

²⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. In Nuevo Foro Penal No. 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, p. 83-133. O autor intitula as “condutas socialmente estereotipadas” de Jakobs como “atos neutros ou atos cotidianos”.

a possibilidade de responder pela lesão o agente que viola a solidariedade mínima mediante uma ação²⁰¹.

4.2.3. A limitação à acessoriedade entre condutas

O movimento corporal que conduz ao resultado danoso é um dado naturalístico que só ganha significado quando analisada como expressão de sentido de uma pessoa competente, destinatária da imputação, a qual pode ser um ente coletivo formado pelas pessoas que se organizaram de modo tal que a organização objetivamente tenha sentido para alcançar consequências delitivas perseguidas por essas pessoas²⁰².

Essa violação de um papel comum, organizada como obra conjunta, ocorre através de uma divisão de trabalho. Deve-se reconhecer que quem realiza atos executivos não executa apenas os seus atos, mas também, concomitantemente, uma parte da ação de todos, exercendo o seu injusto e o injusto de cada um dos participantes; ou seja, quem participa da fase prévia à execução do delito não responde jurídico-penalmente por produzir a ação do executor, mas sim porque a ação resultante também é obra sua. Isso desvincula a análise da acessoriedade delituosa do erro da análise naturalista²⁰³.

Contudo, a concorrência de um comportamento evitável não basta para atribuir um sentido delitivo a uma organização. Necessário a verificação da existência de uma obrigação de evitar como parte do papel de quem atua em primeiro lugar, velando pelo comportamento de quem atua em continuação²⁰⁴. Nessa análise, há um âmbito de atuação conjunta dolosa ou imprudente no comportamento de outras pessoas que realiza objetivamente o tipo sem ter responsabilidade por essa intervenção em sentido amplo.

Nesses casos, o interveniente realiza uma contribuição que, em si, é inócua e cotidiana, e que somente mediante a prática de planos de outras pessoas é que se converte em um curso causal danoso²⁰⁵. Trata-se, pois, de distinguir entre intervenções próprias e criação de uma situação na qual outros realizam o tipo.

²⁰¹ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 265.

²⁰² JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 58.

²⁰³ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 56-57.

²⁰⁴ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 59-60.

²⁰⁵ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 842.

Jakobs propõe quatro grupos de casos para a análise da situação da acessoriedade de condutas examinada sob o viés do critério da proibição de regresso.

Num primeiro plano, vislumbra-se que, se um interveniente não atua em conjunto com o autor, não deve responder pelas consequências que o autor vincula voluntariamente ao atuar. Isso fica evidente na impossibilidade de imputar um crime ao sujeito que anda após sofrer a ameaça de que, caso andasse, a morte de alguém ocorreria, vez que andar carece de sentido delitivo²⁰⁶. É o autor quem junta seu atuar ao comportamento cotidiano de outra qualquer pessoa, desviando-o para torná-lo delitivo, ocasião em que apenas ele responde pelo delito, pois um comportamento cotidiano e inofensivo não adquire sentido delitivo quando o autor de um crime o inclui em seus planos²⁰⁷

Em segundo lugar, afere-se que se o interveniente atua em conjunto com o autor, mas o contato social se esgota na prestação de um objeto ou de uma informação, a responsabilização não ocorre, pois a realização do objetivo perseguido subjetivamente é assunto próprio de cada um, não havendo um sentido conjunto no atuar delitivo, já que o contato social se limitou a um negócio comum de intercâmbio da vida cotidiana²⁰⁸. Quem outorga uma prestação não afetada a determinada finalidade ou apenas cumpre pontualmente sua obrigação não pode responder pelas consequências do emprego delitivo de seu atuar²⁰⁹. Apesar de haver algo em comum entre o autor do delito e o interveniente, havendo consentimento na prestação, sua obtenção para o cometimento do crime poderia ser adquirida em qualquer parte, não havendo sentido delitivo nessa interação social²¹⁰.

Esse é o principal âmbito de aplicação da proibição de regresso, pois aqui se toma apenas o sentido objetivo do contato social, não importando o sentido subjetivo atribuído pelos intervenientes. Essas interações sociais incrementam um perigo de resultado lesivo unicamente em função da planificação delitiva do receptor²¹¹.

As consequências disso se estendem também aos sujeitos que realizam prestações sem obrigatoriedade jurídica, i.e. permanecendo sem responsabilidade pela condução de veículo

²⁰⁶ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 844.

²⁰⁷ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 61-62

²⁰⁸ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 845.

²⁰⁹ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 845.

²¹⁰ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63-64.

²¹¹ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63-64.

automotor por pessoa embriagada aquele que serve a bebida alcoólica, seja um particular ou um comerciante²¹².

Da mesma forma, se a prestação de informações verdadeiras, manifestações ou opiniões e de trivialidades faz com que o destinatário as emprega como peça de seu comportamento delitivo é assunto exclusivo seu. Mesmo que o prestador da informação tenha más intenções, o que importa é o sentido social da comunicação, o qual não cria nenhum risco não permitido²¹³.

Essas duas hipóteses não levam à responsabilização penal dos prestadores. Isso pode mudar quando estes estejam numa posição preexistente de garante, onde há o dever de proteção, não havendo proibição de regresso a essas condutas. Avista-se isso quando se adentra num terceiro grupo de casos, onde se constata que se o interveniente atua conjuntamente com o autor e seu comportamento se caracteriza pelo fato de que o autor pode empreender uma ação delitiva, aquele responde pela intervenção no delito, nos típicos casos de indução e cumplicidade²¹⁴. Aqui é preciso analisar se a prestação é invariavelmente considerada socialmente adequada ou se, ao contrário, a prestação se adequa a um comportamento delitivo, pois vai além de um caráter considerado neutro. O que determina o sentido de um comportamento não é apenas a sua configuração, mas também o contexto em que esse comportamento se enquadra, conforme exposição acima²¹⁵.

Para além dessa hipótese de responsabilização, ademais, também responde o interveniente quando, com independência do comportamento que está em questão, é garante da evitação do processo causal danoso²¹⁶, conforme salientado no tópico antecedente. Nesse ponto, o comum da interação social vem determinado pela configuração perigosa da própria prestação, a qual será (ou ao menos poderá ser) utilizada num comportamento delitivo ulterior, independentemente do idealizado por esse prestador, havendo aí o ponto de ligação entre esse comportamento da fase prévia e a execução do delito, o que fundamenta a responsabilidade jurídico-penal também desse agente. Nem mesmo é necessário que haja uma efetiva prestação, bastando que ocorra uma pessoa não cumpra seu dever de garante em relação à indisponibilidade de certos materiais²¹⁷.

Frente ao exposto, verifica-se que Jakobs pauta a possibilidade ou a proibição do regresso na imputação de acordo com a pré-existência de uma posição de garante que traga em seu bojo um dever de agir ou omitir certa conduta. O limite traçado à verificação do caráter delituoso da

²¹² JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 845.

²¹³ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 846.

²¹⁴ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 846

²¹⁵ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 67-68.

²¹⁶ JAKOBS. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons, p. 846.

²¹⁷ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 68.

conduta é a apontado pela ultrapassagem ou não fronteira do que pode ser considerado socialmente neutro. Isso possibilita uma análise da relação causal que se distancia de subjetivismos, pautando-se por um exame objetivo que tem sua base na própria identidade normativa da sociedade.

4.2.4. O mínimo ético em meio ao normativismo de Jakobs: o dever geral de solidariedade

O papel geral de cidadão pode impor que não se denegue a ajuda necessária em casos de extrema necessidade, havendo num dever de auxílio que a proibição de regresso não anula, levando a que esse agente possa responder por omissão de socorro caso o comportamento atual levado a cabo resulte em danos²¹⁸.

Em alguns casos, o titular do papel tem um dever subsidiário a cumprir, especialmente quando coloca terceiros em situação de perigo simultaneamente ao cumprimento de seu dever²¹⁹. Essa necessidade agir com solidariedade variará em grau a depender de previsões específicas do ordenamento jurídico do contexto social, podendo abranger a prestação de um socorro ou o ato de avisar uma autoridade policial ou médica. No caso brasileiro, prevê-se o crime de omissão de socorro direto e de omissão de aviso da situação lesiva a autoridade no art 135 do Código Penal.

O reconhecimento destes deveres de solidariedade encontra resistência no Direito penal, principalmente devido à influência recebida pelo idealismo alemão nos últimos dois séculos. A partir desse pensamento estritamente liberal, especialmente encontrado em Kant, negava-se a possibilidade da criação de deveres jurídicos a partir de situações de necessidade, afirmando-se que a fundamentação do dever de auxílio seria um dever moral, não vinculante juridicamente²²⁰.

O sentido de fundamentar juridicamente a solidariedade está no fato que a máxima garantia da autonomia de uma pessoa estabiliza a vigência do próprio sistema jurídico, pois as pessoas são também parte do sistema jurídico, afetando-se este quando a pessoa se vê lesionada em seus direitos²²¹.

²¹⁸ JAKOBS. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 65.

²¹⁹ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In *“El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario”*. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 298.

²²⁰ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In *“El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario”*. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 299.

²²¹ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In *“El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario”*. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 300.

Com isso, evidencia-se que o sistema jurídico garante de duas formas: através de deveres negativos, traçam-se os limites mais gerais de uma liberdade organizada de atuação da pessoa na sociedade; por meio de deveres positivos, opera-se um fazer algo em favor da esfera de direitos submetida a uma situação de necessidade, estando nesse ponto situado o dever de solidariedade mínima. Essa solidariedade mínima é descentralizada, ao passo que os deveres positivos centralizados se caracterizam pelo status especial do titular do dever, confundindo-se com os deveres institucionais²²².

O dever negativo está na base de todos os deveres, pois com o que precipuamente nos preocupamos ao sair pelas ruas é com não lesionar outras pessoas, pelo princípio do *Neminen Laede*. Somente com uma situação de necessidade é que se redefine o contexto a um dever positivo de solidariedade, ocupando este uma posição subsidiária²²³.

Apesar do dever de solidariedade mínima ter sido implementado pela primeira vez no em 1935 no Código Penal Alemão, em pleno nacional-socialismo, posteriormente seu caráter jurídico consolidou-se como necessidade em um Estado social de direito²²⁴. Dessa forma, o cidadão é cada vez mais visto como um colaborador da administração, integrando-se ao serviço estatal de proteção que contribui à garantia da autonomia da pessoa²²⁵.

Contudo, necessário pontuar que o Direito não pode exigir que o dever de solidariedade se baseie em sentimentos como o amor entre as pessoas (especialmente diante de nossa atual estrutura social), mas sim que tenha por base o respeito ao próximo, este claramente mais esvaziado de uma carga moral que aquele²²⁶.

²²² CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario*”. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 301.

²²³ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario*”. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 301.

²²⁴ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario*”. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 302.

²²⁵ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario*”. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 302.

²²⁶ CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In “*El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario*”. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 301.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um Direito penal que construa seus institutos a partir de um exame da sociedade que seja realizado sob uma nova ótica, parece ser essencial à própria manutenção da hodierna configuração do mundo. Dentre os aspectos que clamam por revitalização, a questão da relevância causal entre a conduta praticada e o resultado lesivo soa como das mais urgentes, diante das inúmeras injustiças decorrentes de uma análise do nexos causal pautada pelo ultrapassado filtro naturalista.

Nesse prisma, o fenômeno da normativização ganha força. O sistema jakobsiano apresenta-se como uma moldura mais adequada ao desenvolvimento das multifacetadas relações sociais presentes no contemporâneo contexto social, reduzindo a complexidade do mundo através de um acoplamento estrutural que estabiliza a identidade social presente na norma, a qual aponta limites nos quais o atuar de uma pessoa deve situar-se, estabelecendo uma coesão intrassistêmica. Jakobs consegue elaborar um sistema penal que reduz a heterogeneidade social sem fazer uso de um exame heurístico, vez que sua teoria se apresenta tão complexa quanto a sociedade a qual pretende regular.

Os aportes da sociologia de Niklas Luhmann e da filosofia de Georg Wilhelm Friedrich Hegel são os alicerces sob os quais Jakobs edifica sua teoria. O sociólogo e o filósofo parecem ter um ponto de confluência no penalista, sendo claro que o processo de auto-estabilização da norma não pode ocorrer de modo mais preciso do que através de uma contradição ao próprio delito.

A transição do viés de análise da sociedade a uma compreensão comunicativa, reconstrói o próprio conceito de pessoa, não mais encarada meramente como indivíduo, mas sim como destino construído de forma comunicacional, onde a autoreferência livre do sujeito que pratica o crime é pressuposta, imputando-se, o delito, a um defeito comunicativo atribuível ao próprio autor, o qual tinha capacidade para se vincular à estrutura social. Nesse processo, a influência da pena sobre a consciência do indivíduo é absolutamente secundária, importando a comprovação da própria norma.

Nesse novel plexo social, a divisão estanque das condutas entre ações e omissões não é mais verdadeira. Percebe-se uma sobreposição entre os dois conceitos em meio aos diversos

deveres presentes nos papéis desempenhados no contexto social, funções encaradas como prestações que mantêm o sistema. No lugar da clássica cisão, ganha em importância a análise do delito como violação de um dever atribuível a certa posição de garante, ora numa competência por organização, ora sem referência a uma competência por instituição.

De mais a mais, verifica-se que a desconexão existente entre a análise causal-naturalista do problema da causalidade e o sentido atribuído socialmente – e confirmado juridicamente – à conduta, gera uma ruptura no plano de comunicação, levando-se a um vazio de significado. Sob a visão de Jakobs, importa o sentido normativo da prestação, não havendo possibilidade de transposição direta da causalidade natural ao mundo normativo, pela inexistência de coincidência inerente com a causalidade jurídico-penal e pela ignorância desta quanto ao que é passível de planificação.

São as regras da imputação objetiva que fixam os limites desses deveres, num sistema de posições normativamente estabelecidas. Por meio dos critérios normativos do risco permitido, do princípio da confiança, da proibição de regresso e da competência da vítima, permite-se uma orientação clara à pessoa em sociedade, importando apenas o significado geral e objetivo da conduta, o que possibilita o desenvolvimento das relações econômicas e sociais. Dentro do quadro da imputação objetiva, percebe-se que a proibição de regresso garante ao ser social a liberdade de perseguir fins próprios sem que se afogue na massa dos inúmeros e cotidianos contatos sociais, bem como contribuindo à manutenção dos comportamentos inofensivos e essenciais ao funcionamento da sociedade.

As antecedentes tentativas de formulação de um limitador adequado à causalidade esbarraram em diferentes erros. A ideia de interrupção do nexo de causalidade apresenta uma visão incoerente com o próprio caráter de sequencialidade da relação causal; as teorias pautadas pela previsibilidade e pela condutibilidade apontam conceitos demasiadamente imprecisos; a teoria da participação impune baseia-se numa aplicação errônea da distinção entre autoria e participação; a adequação social reclama a aplicação de conceitos restritos para a regulações de situações altamente variáveis; a proibição de regresso em sua compreensão habitual peca por não determinar âmbitos de responsabilidade; o princípio da confiança é apenas um dos critérios para aferição do nexo de causalidade, sendo insuficiente; a teoria da finalidade da pena, por sua vez, não explica o surgimento do perigo.

Diante das falhas apresentadas pelas teorias anteriores a Jakobs, o autor apresentou uma reformulação no critério da proibição de regresso, trazendo uma análise normativa ao tema. Muito da ausência de discussões quanto a limites efetivos à amplitude da causalidade está no ponto de partida da proteção de bens, onde há coerência em proibir as causas evitáveis até suas últimas ramificações, sendo fundamental uma transição do dogma da evitação do resultado até

um exame que tenha como escopo a finalidade da pena. Jakobs percebe a falibilidade de um regresso à gênese da vontade do autor do fato ou uma tentativa de se criarem regras que impossibilitem a conversão de comportamentos em peças funcionais de um plano delitivo.

A proibição de regresso age como impeditora da responsabilidade quando a ação é um comportamento estereotipado, bem como a única ação realizada pelo terceiro é desencadear o curso lesivo, mas não o configurar. O que importa na imputação objetiva jakobsiana é o sentido social atribuível por uma norma à conduta.

A existência de uma posição de garante como condição da responsabilização está presente tanto nos crimes comissivos como nos omissivos, demonstrando que os princípios da imputação objetiva formulada por Jakobs são formados socialmente, não sob uma base naturalística. O grau de deveres assumido variará de acordo com o fato de a posição estar situada numa zona de competência por organização, onde o que se exige é a ausência de *outputs* lesivos a organizações alheias, ou por instituição, onde há uma especial vinculação institucional que obriga a solidariedade por uma especial confiança depositada na relação.

Partindo da ideia da divisão de trabalho, Jakobs analisa a violação de um papel comum como uma obra conjunta, não sendo suficiente, como visto, a concorrência de um comportamento evitável, importando a existência de uma obrigação de evitar como parte de quem atua em continuação, o que dá novos moldes à temática da acessoriedade de condutas. Se o interveniente não atua em conjunto com o autor, ou em atuando, seu contato social se esgota na prestação de um negócio comum de intercâmbio na vida cotidiana, não há responsabilidade, aplicando-se a proibição de regresso. Contudo, quando o interveniente é garante da evitação do processo causal danoso ou atua em conjunto com o autor e seu comportamento se configura pelo fato, a proibição de regresso não é aplicada, havendo responsabilidade.

Em meio ao normativismo de Jakobs, constata-se a designação de um dever geral de cidadão, o qual impõe a impossibilidade de denegação da ajuda necessária em casos de extrema necessidade, onde a proibição de regresso não age, sendo possível a responsabilização por omissão de socorro. A solidariedade mínima fundamentada juridicamente serve à estabilização da vigência do sistema jurídico através da garantia da autotomia dos atores sociais, exigindo-se como posição subsidiária ao dever negativo geral de não lesionar outras pessoas, um dever positivo de auxílio.

Ao reformular o critério da proibição de regresso, Jakobs propõe um sistema que permite o resguardo da liberdade de autodeterminação na sociedade, impossibilitando que condutas socialmente estereotipadas sejam responsabilizadas por desvios de terceiros rumo a um caráter delitivo. Isso impede que as interações sociais sejam limitadas por funções de supervisão, dando-se azo a um desenvolvimento social e econômico contínuo, sem que se

afoguem as liberdades básicas em meio à complexidade e anonimização dos contatos em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo. Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: Silva, Angelo R. I. Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 11-30.

BRASIL. Código Penal. Planalto. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em 2 dez. 2013.

CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In “El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 90 aniversario”. Editores: Eduardo Montealegre Lynett e José Antonio Caro John. Universidad Externado de Colombia, p. 285-305.

GIMBERNAT ORFEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. In Nuevo Foro Penal No. 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, p. 83-133.

HRUSCHKA, Joachim. Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias. Traducción de Pablo Sánchez-Ostiz. In Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. 5 (2000), p. 189-218.

JAKOBS, Günther. A Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. Actuar y Omitir. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 101-134.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edición. Madrid: 1997, Editora Marcial Pons. “La imputación Objetiva, 4.º Continuación: La posición de garante y la exclusión de la imputación en los supuestos de prohibición de regreso”, p. 257-267 e 836-847.

JAKOBS, Günther, Dolus Malus, Traducción de J. Cuello Contreras, InDret, 4/2009, p. 1-23.

JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. Capítulo III: A Proibição de Regresso nos Delitos de Resultado. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 72-107.

JAKOBS, Günther. La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. In: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson/Civitas, 2003, p. 15-46.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson/Civitas, 2000, p. 15-42.

REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 331-365.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – II, i. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.190-199.

