

Consultentes:

Sarí Gaspar Corte Real

Escritório de Advocacia Célio Avelino de Andrade

PARECER JURÍDICO

Parecerista:

Cláudio Brandão¹

Recife, 27 de junho de 2020

¹ Professor Titular de Direito Penal. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (PE) e do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (MG). Professor da graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Antigo coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor visitante regular da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Disciplina: *História e Teoria do Crime*). Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Roma *Tor Vergata*. (Disciplina: *Filosofia del Diritto Penale*).

SUMÁRIO

1. Consulta.....	03
2. Fundamentação jurídica e conclusões parciais.....	05
2.1. O tratamento penal do curso causal como condição para o deslinde da tipicidade.....	06
2.2. O tratamento penal da tipicidade.....	12
2.2.1. Requisitos da tipicidade do delito de perigo individual, suas elementares e condições para aplicabilidade.....	13
2.2.2. Requisitos da tipicidade do delito de dano, suas elementares e condições para aplicabilidade.....	18
3. Conclusão.....	31
4. Referências.....	34

1. CONSULTA

Sarí Gaspar Corte Real e o Escritório de Advocacia Célio Avelino de Andrade solicitaram um parecer jurídico que tem por objeto o enquadramento penal da morte do menor **Miguel Otávio Santana da Silva**. A morte foi ocasionada após a queda do nono andar de um prédio residencial, localizado no Recife. A primeira consulente foi a agente que prestou imediato socorro ao menor, logo após a citada queda.

Segundo os documentos fornecidos, a genitora da criança, Sra. **Mirtes Renata Souza**, trabalhava com afazeres domésticos na casa da primeira consulente, encontrando-se o menor com ela nas dependências da residência da empregadora.

Foram disponibilizados para a consulta elementos do inquérito policial que apura o fato, gravações de vídeo das câmeras de segurança do edifício e documentos.

Os consulentes efetuaram os seguintes questionamentos:

“CONSIDERANDO: 1) a sequência de fatos observados nas imagens anexas (câmeras de elevadores); 2) as informações a respeito de como Miguel acessou a área reservada às condensadoras e caiu do 9º andar; e 3) o fato de que Sarí prestou imediato socorro à criança, pergunta-se:

1 - Diante da informação de que Mirtes havia deixado Miguel aos cuidados de Sarí, seria possível, em tese, a prática de crime comissivo por omissão? Sarí, naquele momento, assumiu a posição de garante?

2 - A conduta de permitir que a porta do elevador se fechasse com o garoto em seu interior enseja automática responsabilização penal por todo e qualquer eventual resultado lesivo à criança?

3 - O resultado morte pode ser imputado a Sarí a título de dolo direto ou eventual?

4 - O resultado morte pode ser imputado a Sarí a título de culpa, ensejando a tipificação do homicídio culposo previsto no art. 121, §3º, do Código Penal?

5 - A conduta de Sarí, ao não retirar Miguel do elevador, permite o enquadramento no crime de abandono de incapaz previsto no art. 133 do Código Penal?

6 - Na figura qualificada pelo resultado prevista no art. 133, § 2º, do Código Penal, em que há qualificação do crime de abandono pelo resultado morte, a responsabilização penal pelo resultado é consequência automática de sua ocorrência?”

As perguntas nortearam toda a fundamentação jurídica do parecer e, logo após a análise do tratamento da ciência penal sobre as indagações postas, já se colocam conclusões

tópicas. Por questão de estilo, consigna-se que a conclusão final retoma os referenciados questionamentos com respostas pontuais e em tópicos frasais, o que é feito em coerência com a fundamentação exposta no item segundo.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E CONCLUSÕES PARCIAIS

2.1. O tratamento penal do curso causal como condição para o deslinde da tipicidade

O Código Penal pátrio, após a reforma de 1984, coordenada por Francisco de Assis Toledo e na melhor estruturação científica quase unissonamente construída, iniciou a regulação normativa do crime pelo instituto do Nexo de Causalidade. Isto se deu porque a causalidade penal vincula a conduta de alguém ao resultado produzido, congregando-se nela, assim, um vínculo ideal que serve de elo entre dois polos, o qual de um lado é a conduta, ação ou omissão de um sujeito determinado, e de outro lado é o evento que atingiu ou expôs ao perigo um bem jurídico penalmente protegido. Nessa toada, é a causalidade que permite atribuir um resultado a alguém.

Como vínculo ideal, a causalidade é uma intelecção lógica, que ao vincular o autor ao resultado, de regra, dispensa digressões teóricas. Porém, em situações anômalas, nas quais concorrem múltiplos fatores, a causalidade se torna um dos problemas mais complexos da dogmática penal, sendo crucial o recurso aos critérios da ciência para a identificação do autor do evento penalmente relevante. Como já advertiu Paulo José da Costa Júnior, catedrático da prestigiada Universidade de São Paulo, em sua tese Nexo Causal:

“De outra parte, se na maioria dos casos a aferição do nexo não oferece maiores obstáculos, dispensando digressões teóricas a respeito, crimes há que apresentam espinhosas dificuldades para a

fixação da relação causal. Não só nos crimes culposos, em que as dificuldades assumem maiores proporções, mas também nos delitos dolosos, quando surgem as chamadas concausas. De indiscutível utilidade, pois, a apresentação do problema.”²

Com efeito, se o problema da causalidade é resolvido com coerência e cientificidade, na maioria dos casos, pela pré-compreensão do ator jurídico em face do conhecimento de elementos individualizadores da situação de fato, há casos nos quais o nexo causal é problema de extrema complexidade, o que ocorre pelo menos em duas situações, nomeadamente, (a) quando houver a confluência de mais de uma ação ou omissão para produzir o resultado; e, (b) quando houver a necessidade de delimitar o âmbito do dever objetivo de cuidado.

Esta complexidade, que demanda a acurada aplicação dos critérios da metodologia penal, é característica da situação concreta objeto do presente parecer.

Peço vênica para transcrever o Código Penal, antes de apontar a questão fulcral desse tópico, já que é indispensável ter como norte central da análise o disposto no diploma penal:

“TÍTULO II DO CRIME

Relação de causalidade.

Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”

De início, deve ser registrada, sobre a relação de causalidade, a precisa lição de Claus Roxin, pois há casos nos quais, quando se faz a simples pergunta se a ação ou omissão do

² COSTA JR., Paulo José. *Nexo Causal*. São Paulo: Malheiros. 1996. P.76.

agente deu causa ao resultado, podem ocorrer muitos pressupostos não esclarecidos, por não ser evidente se o comportamento do agente operou o efeito causal hábil para produzir o evento. A produção desse referido efeito causal, como transcrito no dispositivo legal, é condição *sine qua non* para que a conduta do agente – comissiva ou omissiva – seja considerada **causa** do resultado. Com efeito, diz-nos textualmente Roxin:

“Quer dizer, até agora não conseguimos esclarecer o que “opera” em causalidade e como isso acontece. Portanto, existem ainda muitos pressupostos não esclarecidos quando o jurista faz a simples pergunta se a atuação de uma determinada pessoa é a “causa” de um resultado relevante para o direito.”³

A situação concreta que me foi apresentada se enquadra nas quais não se pode resolver o nexo causal sem o recurso aos dados da ciência, porquanto não é logicamente linear a vinculação dos polos (a) conduta realizada, nomeadamente: não lograr impedir uma criança se deslocar no elevador; e, (b) o resultado produzido, nomeadamente: morte da criança. Assim, a questão da causalidade é revestida de uma complexidade invulgar. Não obstante, embora intrincada, a questão precisa ser enfrentada porque a tipicidade da conduta somente poderá ser estabelecida após resolvido o tema. Com efeito, como já advertiu Ferrando Mantovani

“nenhum juízo de responsabilidade ou de periculosidade de um sujeito pode ser iniciado se o evento não for causado por ele. Um indivíduo, para ser declarado responsável, deve haver, antes de tudo, cometido o fato constituído como delito”.⁴

³ Tradução livre de: „Was es nämlich ist, das in der Kausalität „wirkt“ und wie dies geschieht, hat sich uns bisher nicht erschlossen. Es stecken also viele ungeklärte Voraussetzungen darin, wenn der Jurist die schlichte Frage stellt, ob das Handeln eines bestimmten Menschen die „Ursache“ für einen rechtlich relevanten Erfolg sei.“. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeine Teil*. München:Beck. 2006. P.351.

⁴ MANTOVANI, Ferando. *Diritto Penale – Parte Generale*. Pádua:CEDAM. 1992. P. 174

O juízo de tipicidade da conduta depende da imputação do resultado em face da causalidade. Enquanto relação de adequação entre a descrição linguística do comportamento penalmente relevante delineado na lei penal e a conduta realizada por um sujeito determinado, o juízo de tipicidade depende de uma correspondência entre a imagem legal conceitual expressada, sob ameaça de uma pena, e uma ação que se deu historicamente no tempo e no espaço⁵. É o resultado imputado pelo nexo de causalidade a um agente que demarcará aquela relação de correspondência referida, sendo o pressuposto, necessário e indispensável, para a atribuição do tipo objetivo a alguém.

Dessarte, a demarcação da causalidade significa o “se” e o “como” será imputado o resultado penalmente relevante a um sujeito, por ela identificado como seu “causador”. Note-se que a causalidade é apenas o pressuposto mais elementar da ciência penal, não resolvendo a questão da existência ou não de um crime, a qual dependerá da concorrência posterior da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Entretanto, o nexo de causalidade tem o condão de excluir a imputação do resultado antes destes três juízos, quando o comportamento do agente não for tido como **causa**. Por este motivo, o nexo de causalidade é tido como o pressuposto mais elementar do método penal. Sobre o tema, transcrevo a tese de Ronan Rocha:

“Da constatação da causalidade, entretanto, não resulta a automática conclusão de que o agente deve ser penalmente responsabilizado. A imposição da pena depende do preenchimento de outros requisitos além da causalidade, situados em outros estratos

⁵ Como sustentei anteriormente: “A questão da relação de correspondência que se verifica entre uma ação que se deu historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressada, sob ameaça de uma pena, em uma lei – que é a tipicidade – possibilita o conhecimento do que é proibido pelo direito penal. Ela é apontada como o primeiro elemento para que uma conduta se converta em um crime. Isto posto, a tipicidade é a primeira condição a ser satisfeita para que o método penal possa dar relevância a um acontecimento humano e, via de consequência, para que uma pena possa ser aplicada”. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina. 2014. P. 38

do conceito analítico de crime. Assim, é requisito necessário, mas não suficiente para a responsabilidade penal em casos de infrações materiais ou de resultado”⁶.

Pois bem. Partindo do critério do décimo terceiro artigo do diploma penal, acima transcrito, passemos ao deslinde da causalidade.

A primeira questão a ser posta se refere ao **resultado**.

Todo tipo penal, sem exceção, descreve uma conduta, a qual é proibida sob a ameaça de uma pena. Por resultado se entende um efeito naturalístico que pela experiência se apresenta como a consequência necessária, no plano material, da completa realização do comportamento previsto no tipo. Por esse motivo, o diploma penal vincula o vocábulo **resultado** à expressão **existência de um crime**, o qual sempre é prescrito através de uma descrição legal com a respectiva cominação da pena. Daí se lê: **o resultado, de que depende a existência de um crime, somente é imputado a quem lhe deu causa**. Quando da conduta prevista no tipo não decorrer um efeito material tido como consequência necessária da realização do comportamento, não existirá **resultado** no sentido tratado na relação de causalidade. Um exemplo de crime sem resultado material, poderá ser extraído do delito de “*Petrecho para a falsificação de moeda*”, capitulado no artigo 291 do Código Penal⁷, pois nesse crime, não há nenhum evento resultante das condutas previstas no tipo, já que elas sequer chegam a encetar a contrafação ou a alteração de papel moeda ou moeda metálica. Por conseguinte, o crime do art. 291 do diploma penal não tem pertinência com a instituição *nexo de causalidade*.

Isto significa que a relação de causalidade somente se aplica aos delitos que produzem resultados, chamados de crimes materiais. Esses, com efeito, dependem para

⁶ ROCHA, Ronan. *A Relação de Causalidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: Dplacido. 2016. Pp. 28-29.

⁷ “Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.”

existir na forma perfeita e consumada de um evento, o qual seja a decorrência do efeito naturalístico do comportamento previsto no tipo. Como sintetiza Paulo José da Costa Júnior, o resultado é o efeito natural da conduta penalmente relevante que se traduz na mutação do mundo fenomênico que tem significação para o direito; nos crimes materiais essa mutação do mundo fenomênico integra o tipo, porquanto é um dos seus elementos constitutivos ou é, em outra hipótese, elemento constitutivo de alguma causa de aumento de pena⁸.

Por conseguinte, só nos crimes materiais, onde há um efeito natural do comportamento descrito no tipo, distinto, no plano da lógica, tanto no tempo quanto no espaço, existirá a necessidade de **imputação de um resultado**, o qual integrará as elementares objetivas do tipo penal. Nesse sentido, veja-se a lição de Claus Roxin:

“A imputação a um tipo objetivo é um problema da parte geral exclusivo daqueles tipos penais que requerem um resultado modificativo do mundo exterior, separado da ação do autor no espaço e no tempo”.⁹

O **resultado** penal desse caso é a **morte de um menor**. A referenciada morte representa um resultado porque é o efeito naturalístico de uma causa, a qual – no plano da previsão abstrata de um tipo objetivo – poderá ser concretizada em uma comissão ou em uma omissão. O que importa é que esse evento se separa do comportamento, no plano lógico espaciotemporal, o que o traduz – enfatize-se – em um resultado penal.

Vários tipos preveem o resultado anteriormente referido como parte de suas elementares objetivas. Tal é o caso do homicídio – doloso ou culposos – no qual o resultado

⁸ COSTA JR., Paulo José. *Nexo Causal*. São Paulo: Malheiros. 1996. P.38. Pp.44-45.

⁹ Tradução livre de: „Die Zurechnung zum objektiven Tatbestand ist nur dort ein Problem des Allgemeinen Teils, wo der Tatbestand einen vom Handlungsakt des Täters nach Raum um Zeit abgetrennten Außenwelterfolg verlangt“. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeine Teil*. München:Beck. 2006.P. 349

morte integra a descrição constitutiva do tipo base (o efeito natural da conduta de matar é a causação do resultado morte), como também é o caso do abandono de incapaz com resultado morte (que é um crime subsidiário ao de dano, porquanto é delito de perigo individual, no qual se pratica um ato com vontade livre e consciente de expor a vida ou a saúde de outrem ao perigo) e o resultado morte sobrevém sem ser abrangido pela esfera de vontade do sujeito.

Passemos, pois, ao estudo da tipicidade penal do caso.

2.2. O tratamento penal da tipicidade

A tipicidade é uma relação de correspondência por meio da qual se garante o cumprimento do mandamento constitucional da legalidade. Através dela, todo o sistema penal clama por legitimidade, porque ela foi erigida no elemento inaugural do método penal, já que contém a matéria de proibição (*Verbotenmaterie*)¹⁰. Nessa toada, a descrição taxativa da conduta que é digna de uma pena deverá ser prevista, anteriormente na linha do tempo e através da lei penal, à conduta realizada pelo agente. Com esses requisitos da tipicidade satisfeitos, haverá uma explicação para o *jus puniendi*, o que se traduzirá em condição para a referenciada legitimidade.

Relacionar significa contrapor um objeto ao outro. Por conseguinte, na relação de tipicidade existe a contraposição de dois objetos, nomeadamente a conduta humana e o tipo penal, para deles se extrair uma subsunção. Isto significa que a conduta, pela tipicidade, é confirmada como coerente com o modelo conceitual previsto na descrição da matéria da proibição (a qual o tipo legal enuncia sob a ameaça de uma pena).

¹⁰ Segundo Welzel, a **matéria da proibição**, que contém a descrição substancial da conduta proibida, é um conceito advindo do direito natural escolástico e posteriormente absorvido pela ciência penal. Cf. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Berlin:De Gruyter. 1958. P. 46.

Nesse contexto, a conduta enunciada através do tipo penal conterá necessariamente a presença de elementos objetivos e subjetivos e, em certos casos, poderá conter – para além dos citados elementos objetivos e subjetivos, que são obrigatórios a todo juízo de tipicidade, enfatize-se – também elementos normativos.

Com efeito, **não se chega à tipicidade da conduta sem a consideração do elemento subjetivo previsto por cada respectivo tipo**. Como nos alerta Claus Roxin, a proposição do tipo subjetivo pelo finalismo de Welzel, como integrante essencial da tipicidade, possibilitou a contemporânea concepção pessoal de injusto, posição que hoje tem absoluta predominância. Não há tipo sem elemento subjetivo, nem tipicidade sem adequação da conduta realizada pelo agente a esse referenciado elemento. Sobre a dicotomia tipo objetivo e tipo subjetivo, diz Roxin:

“Esta distinção se verificou em adesão a Welzel, Direito Penal, 52, e hoje é amplamente predominante”.¹¹

Isto posto, passemos a analisar a tipicidade em face do resultado anteriormente mencionado, à luz dos aspectos objetivos e subjetivos dos tipos do ordenamento penal pátrio.

2.2.1. Requisitos da tipicidade do delito de perigo individual, suas elementares e condições para aplicabilidade

O código penal prevê o tipo de abandono de incapaz, que pode ser qualificado pelo resultado morte, como um tipo de delito de periclitação, capitulado no art. 133. Segundo o diploma penal pátrio:

¹¹ Tradução livre de: “*Diese Unterscheidung hat sich im Anschluss na Welzel, StrafR, 52, heute weitgehend durchge setzt*”. ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. München:Beck. 2006. P. 601, nota 4.

“Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

Omissis

§2º. Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.”

O crime de abandono de incapaz é capitulado pelo legislador como um **crime de perigo** individual, situado nos delitos de **periclitação da vida e da saúde** (Capítulo III, do Título I da Parte Especial).

Inicialmente, cabe fazer a distinção entre o tipo de dano e o tipo de perigo, o que é importantíssimo para a ciência penal, porquanto o segundo será subsidiário ao primeiro. Sobre o tema, é precisa a formulação de Baigún:

“No primeiro caso (delito de dano) afeta-se diretamente ao interesse tutelado; no segundo (delito de perigo) a ação concretiza o risco de deteriorá-lo.”¹²

O tipo de abandono de incapaz, para se concretizar no plano da tipicidade objetiva, prevê a realização da conduta nuclear *abandonar*, que tem duas acepções: (a) desamparar; e, (b) afastar-se para sempre ou por um longo período de tempo.

Ressalte-se que a descrição legal do *caput* do delito em análise não prevê nas elementares nenhum dano a bem jurídico pessoal, por isso ele é classificado como um tipo de perigo, vez que a ação de abandonar concretiza um risco de deterioração da pessoa humana, tomada enquanto valor penalmente tutelado, nos aspectos vida e saúde. A lei penal prevê o resultado qualificador morte, **que dependa da realização de todas as elementares objetivas e subjetivas do tipo base.**

¹² BAIGÚN, David. *Los delitos de deligro y la prueba del dolo*. Montevideo-Buenos Aires:BdeF. 2007. P.1.

Inicialmente, tragamos à colação o que a doutrina penal pátria desenvolveu sobre o tema.

Ao tratar dos crimes de periclitção da vida e da saúde, Nélson Hungria discorre, como questão prévia, sobre o que se deve entender por perigo, no âmbito da ciência penal pátria.

O perigo não é uma abstrata possibilidade ou uma eventualidade desassociada com as circunstâncias normais quotidianas. Se isso fosse exigido, o Direito estaria impedindo uma ampla gama de ações mezinhas na vida quotidiana, tolhendo o desenvolvimento normal das ações socialmente aceitas como naturais. Transcrevo, pois, Nelson Hungria, atualizado por Miguel Reale Júnior e Luciano Anderson de Souza:

“O perigo, do ponto de vista jurídico-penal, não pode ser uma abstrata possibilidade ou uma eventualidade anormal ou incomum. (...) Se estivéssemos obrigados a prevenir a infinita variedade de acontecimentos lesivos, teríamos que evitar as ações ou omissões mais mezinhas da vida quotidiana. No curso desta, há uma certa normalidade de riscos. O homem só deve abster-se daquilo que, segundo a lição da experiência comum, fundada no curso normal dos fatos, pode acarretar danos antijurídicos.”¹³

Pois bem, nesse contexto, o tipo de abandono de incapaz tem como requisitos os analisados a seguir.

Primeiramente, deve se notar que não haverá o delito de abandono de incapaz se o beneficiário do amparo, por seu próprio comportamento, se subtrair àquela assistência. **Tal é o caso que se dá quando o menor, não obstante a proibição e o dissenso de quem o assiste, atua positivamente para ir encontrar a mãe, contestando o comando para não se apartar.**

¹³ HUNGRIA, Nelson; REALE JÚNIOR, Miguel; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2016. P.266.

Sobre o tema, transcreva-se mais uma vez Hungria:

“Cumpre notar, porém, que não há abandono, no sentido jurídico-penal, se é o próprio beneficiário da assistência que se subtrai a esta, de sua espontânea iniciativa, pouco importando que o obrigado à assistência não vá a seu encalço”.¹⁴

Cabe notar, já citadas as questões pontuais postas no tocante aos aspectos objetivos do tipo de abandono de incapaz, **que o motivo substancial pelo qual se afasta a tipicidade do delito de perigo no caso do presente parecer é o seu requisito subjetivo, nomeadamente o dolo de perigo.**

O citado tipo subjetivo exige **a vontade livre e consciente de abandonar**, para que se concretize a tipicidade. Conforme ressalta Paulo José da Costa Júnior:

“Consiste o elemento subjetivo do crime na vontade de expor o incapaz a perigo, abandonando-o a seguir”.¹⁵

O mesmo entendimento pode ser extraído da tradicional e sempre magistral lição de Nélson Hungria:

“o dolo distintivo do crime em exame é a vontade livre e consciente de expor a perigo, com o abandono contrário ao dever especial de assistência, a vida ou a saúde do sujeito passivo.”¹⁶

O dolo de perigo é indispensável para a tipicidade do abandono de incapaz. Ele é uma exigência para que se reconheça a relação de coerência entre a conduta e o modelo conceitual abstratamente previsto no art. 133 do diploma penal. Não poderia ser outro o arremate. Da interpretação sistemática da Parte Geral com a Parte Especial, chegamos a

¹⁴ HUNGRIA, Nelson; REALE JÚNIOR, Miguel; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2016. P.304.

¹⁵ COSTA JR., Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo:Saraiva. 2002. P.407.

¹⁶ HUNGRIA, Nelson; REALE JÚNIOR, Miguel; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2016. P.307.

conclusão que, quando o tipo nada disser sobre o elemento subjetivo que o compõe, temos que concluir ser essa elipse indicativa da presença de **dolo**¹⁷.

O dolo de perigo deve ter como base as figurações intelectuais do agente no momento da realização do comportamento, as quais possibilitem, pelas regras da experiência, o conhecimento da probabilidade do dano realizado com o ato praticado. **Por isso, tanto na lição de Hungria, quanto na lição de Costa Júnior, exige-se para o perfazimento do tipo subjetivo que o sujeito tenha a vontade livre e consciente de expor a perigo o beneficiário da assistência.**

Quando projetamos a nossa reflexão sobre o direito comparado – é relevante mencionar – chegamos à idêntica conclusão. Veja-se, sobre o tema, o disposto na notável tese de Rui Carlos Pereira, da Universidade de Lisboa:

“No plano subjectivo, a configuração do perigo concreto com uma situação de efectivo risco – em maior ou menor grau – de lesão do bem jurídico deve implicar, logicamente, que o dolo do perigo abarque a consciência da possibilidade de verificação do dano (...) esta constitui expressão do menos intenso nexos subjectivo – efectivo e não apenas potencial –, indispensável à afirmação de que o agente praticou o facto com consciência de que dele resultaria uma situação perigosa: em que a lesão do bem jurídico surgiu, por conseguinte, como possível.”¹⁸

¹⁷ Tal conclusão se extrai do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, que estabelece depender o tipo culposos de expressa previsão legal. Isto posto, se o tipo nada disser sobre o elemento subjetivo, será ele doloso. “Art. 18. (...) Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Sobre o tema: “No Direito brasileiro, a regra é que só se pune um crime se ele for doloso; para que exista a punição por culpa, é necessária a expressa previsão legal (art. 18, parágrafo único, do Código Penal)”. BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 5ª ed. Belo Horizonte: Delacorte. 2019. P.134.

¹⁸ PEREIRA, Rui Carlos. *O Dolo de Perigo*. Lisboa:LEX. 1995. P.33

Os elementos do caso concreto afastam por completo o tipo subjetivo de *Abandono de incapaz*.

Segundo os registros, por quatro vezes a agente tentou retirar o menor do elevador, o qual insistia em encontrar a mãe, tentando dissuadi-lo do afastamento. Isso, por si só, é conduta diligente incompatível com a vontade livre e consciente de abandonar, com a respectiva criação de uma situação de perigo. Outro elemento vem corroborar a ausência de tipo subjetivo. Ato contínuo a entrada do menor no elevador, a agente ligou por três vezes para o celular da mãe, tudo conforme prova documental fornecida (ata notarial), o que desvela subjetivamente o exercício de diligência. Tal fato é substancialmente incompatível com o dolo de perigo.

Analizado o não cabimento da relação de tipicidade com o tipo penal de *Abandono de incapaz*, passemos à análise do tipo de homicídio.

2.3. Requisitos da tipicidade do delito de dano, suas elementares e condições para aplicabilidade.

Conforme anteriormente mencionado, o resultado morte também aponta a possibilidade de tipicidade como o delito de dano, nomeadamente o homicídio.

No seu aspecto objetivo, o delito de homicídio é crime de forma livre, que pode ser realizado por comissão ou por omissão. Nessa segunda hipótese, a omissão será objetivamente capaz de realizar as elementares objetivas do referido tipo legal apenas nas proposições taxativas oriundas da posição do garantidor, enumeradas no parágrafo segundo do artigo treze do diploma penal, que ao tratar do nexo de causalidade omissivo dispõe das situações hábeis para violar tipos de normas proibitivas, que originam os delitos comissivos. Há, no caso, os crimes comissivos por omissão.

A omissão no Direito Penal foi sistematizada a partir da própria construção da teoria do crime, muito se devendo ao positivismo naturalístico – sobretudo ao seu principal expoente, nomeadamente Franz von Liszt – o desenvolvimento do não fazer enquanto uma instituição penal. Não obstante, desde o direito romano encontram-se referências às omissões no campo penal¹⁹. Silva Sanches, na sua tese sobre os crimes omissivos, afirma que:

“o problema da punibilidade das omissões e, mais concretamente, o da possível equiparação de algumas delas às comissões ativas de delitos preocupa os juristas desde a antiguidade. A discussão sobre o conceito de omissão como problema jurídico-penal é, sem embargo, um problema muito mais recente. Seu início deve situar-se no último terço do século XIX, em pleno período de domínio do *causalismo naturalista* na dogmática penal alemã.”²⁰

O método do positivismo naturalístico do século XIX tinha como pressuposto epistemológico da conduta humana o seu tratamento ontológico, isto é, a investigava como uma realidade cognoscível, possível de ser conhecida, posto que perceptível no mundo fenomênico. Tanto o fazer (comissão), quanto o não-fazer (omissão) são vistos como produtos da vontade hábil para modificar o mundo exterior. Deste modo, toda conduta se traduz em uma questão da *causalidade*.

A ação e a omissão foram tidas como as formas de realização exteriores de resultados **vinculados pela relação de causalidade**. Binding, apenas para exemplificar, iniciou seu sistema das normas, no que corresponde aos crimes omissivos, com o título: “A omissão

¹⁹ Registre-se que no direito romano, já estava regulado que *Non facer quod debet facere* (D. 42, 8). No mesmo sentido consulte-se: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012. P.31, ressalta que desde o século XIV as Ordenações Filipinas capitulavam crimes omissivos.

²⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Buenos Aires: BeF. 2003. P.3.

como ação” (*Die Unterlassung als Handlung*)²¹. Segundo ele, a omissão causa o resultado da mesma forma que a ação, vez que ela representa uma subjetividade interna do omitente, a qual impede a conduta que interromperia a modificação do mundo exterior. A decisão interna do omitente de não realizar a conduta que interromperia o evento é causa do resultado. Diz o autor:

“A omissão não é apenas uma ação, que é tecida na realidade viva, mas sim seu contraste contraditório”²².

Desde os seus primórdios, portanto, o tratamento penal da omissão é vinculado à questão da causalidade. É esta também a solução do direito penal pátrio. Com efeito, o artigo treze do diploma penal, ao regular o nexos causal, define causa como *ação* ou *omissão* sem a qual o resultado não teria sido produzido. Ademais, estabelece os casos da *relevância da omissão*, os quais possibilitam, por exceção, a realização dos crimes comissivos através de omissões.

Nesse panorama, a herança que o positivismo naturalístico deixou ao Direito Penal hodierno foi a vinculação da conduta humana comissiva e omissiva à causalidade, sendo o centro de gravidade dos crimes omissivos o seguinte problema, que como um prisma, irradiará muitas possibilidades dogmáticas: como se extrai a relação ideal de causalidade através da inação? No caso concreto, um não fazer é hábil para constituir o vínculo causal da inação da agente com o resultado morte do menor?

Sobre o tema, iniciemos com o exposto por Adolf Merkel, que diz que tanto a ação quanto a omissão se fundamentam em face do mesmo pilar: a lesão ou exposição ao perigo dos interesses protegidos pelo Estado²³, vez que o referido Estado exige dos seus súditos

²¹ BINDING, Karl. *Die Normen Und Ihre Ubertretung*. Band 2. Aalen:Scientia. 1991. P.102.

²² Tradução livre de: „Die Unterlassung ist danach nicht nur keine Handlung, die aus lebendiger Wirklichkeit gewoben, sondern deren kontradiktorischer Gegensatz”. BINDING, Karl. *Die Normen Und Ihre Ubertretung*. Band 2. Aalen:Scientia. 1991. P.102.

²³ Segundo Merkel, “O Estado exige, por uma parte, que nós não lesionemos nem coloquemos em perigo os interesses que se encontram em baixo de sua proteção. Além disso, exige também que fomentemos

uma multiplicidade de ações e modos de agir que fomentem aqueles interesses e cumpram os fins que estão assinalados a eles, através do estabelecimento de preceitos jurídicos. Corresponde a essas exigências estatais a divisão dos delitos em *delitos comissivos ou de ação* e *delitos omissivos*. Para Merkel, tanto os delitos de ação quanto os delitos de omissão produzem um resultado causalmente verificável. O conceito de omissão proposto é, portanto, vinculado à causalidade. Os crimes omissivos são traduzidos em violação de preceitos jurídicos, que acarretam culpavelmente que se *deixe de fundar uma situação ou de originar um acontecimento que deveria se realizar no mundo da vida*, já os crimes comissivos são traduzidos em violações de proibições de condutas²⁴.

Um homicídio, nesse contexto, somente tem sua tipicidade objetiva realizada através de uma omissão em três hipóteses: (a) se houver um dever legal de cuidado, proteção ou vigilância; (b) se esse referido dever for assumido voluntariamente; e, (c) se, com o comportamento anterior, o agente tiver criado o risco da produção do resultado.

É precisamente como dispõe o art. 13, § 2º do Código Penal, *verbis*:

“Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

positivamente, por uma multiplicidade de ações e modos de agir, aqueles interesses. (...) A essa diversidade de exigências por parte do Estado corresponde a divisão dos delitos em *delitos de ação ou comissão* e *delitos de omissão*”. MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2004. P.115.

²⁴ MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2004. Pp.113-115.

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Na realização do crime de homicídio por uma omissão não se produz diretamente, pelo agente, o curso causal que danifica o bem jurídico vida. Por uma interpretação sistemática entre a Parte Geral e a Parte Especial, imputa-se ao agente o dever jurídico de impedir o resultado morte, através do exercício de uma prestação positiva de cuidado, nos casos segundo os quais se reconhece explicitamente o **poder** e o **dever de agir**. Sobre o tema, é sempre magistral a lição de Hans Welzel, que, conforme consta na exposição de motivos, é autor da teoria inspiradora da atual Parte Geral vigente:

“A omissão está necessariamente relacionada a uma ação: não existe omissão, mas sim uma ação específica”²⁵.

Nesse contexto de poder e dever de agir, como estabelece explicitamente o parágrafo segundo do artigo treze do diploma penal, a causa do resultado no homicídio realizado por uma omissão (que é um delito de omissão imprópria) não se verifica na inação mesma, mas sim na conduta comissiva jungida à inação, pois um não fazer não pode gerar nenhum efeito.

Os efeitos pressupõem sempre uma comissão, vez que em forças que não existem, como é o caso na inação, não se origina modificações no mundo exterior. Merkel escreve textualmente sobre esse tema, *verbis*:

“A causa do resultado ou evento nesses delitos deve ver-se não na omissão mesma, mas sim na conduta ativa do sujeito, com inclusão das propriedades que fizeram com que a sua aparição no mundo

²⁵ Tradução livre de: „Wohl aber ist die Unterlassung notwendig auf eine Handlung bezogen: es gibt keine Unterlassung einer bestimmten Handlung“. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. Berlin: de Gruyter. 1954. P.147.

exterior surgisse como resultado dela. Um não fazer, uma inação, não pode, por sua própria índole, produzir nenhum efeito”.²⁶

A ciência penal soluciona o **aspecto objetivo da tipicidade** do caso que me foi apresentado com os fundamentos acima aduzidos. *In casu*, à luz da norma penal citada (art. 13 §2º), a omissão é denominada de imprópria. Das três hipóteses de omissão imprópria, são inaplicáveis as da alínea “a” (dever de impedimento do resultado oriundo de uma lei) e da alínea “c” (criação do risco do resultado).

Tratemos, em primeiro lugar, do porquê da inaplicabilidade da hipótese mencionada na alínea “c” da referenciada regra. Segundo o que aduz a prova pericial nas folhas 41 *usque* 53, a partir da imagem das câmeras, o menor entrou por diversas vezes, tanto em elevador social, quanto em elevador de serviço, sendo seguido e dissuadido de deslocar-se por conta da ação de Sarí Corte Real. Nas imagens, registra-se que é sempre o próprio menor que aciona o botão que dá acesso ao nono andar, não tendo êxito de deslocamento pelo elevador, por força da atividade impeditiva da agente. Na última imagem captada, a agente aciona a tecla da cobertura, entretanto o menor não desce na cobertura, mas sim no nono andar, segundo o comando da tecla acionada por ele próprio.

Nesse contexto fático, vejamos o que nos diz a ciência penal. Sobre o tema, transcrevo a lição de Pierpaolo Cruz Bottini:

“Assim, nos casos previstos na alínea ‘c’ do §2º do artigo 13 do Código Penal, o resultado é imputado à omissão, mas sempre atrelado a um *risco inicial*. Passemos a analisar o caráter e a natureza desse *risco*. A primeira condição, derivada diretamente do texto legal, é a constatação de que o omitente *criou um risco*, contextualizando-se uma situação de *risco próprio* e não de garantia

²⁶ MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2004. P.115.

por *riscos alheios*. Esse risco deve ser considerado *ex ante*, ou seja, deve ser possível ao agente perceber que cria um risco”²⁷.

Isto posto, a hipótese mencionada não abrange a garantia de riscos alheios, mas sim de riscos criados pela atividade comissiva direta, que pela experiência, é susceptível de ser percebida como arriscada. Tal hipótese não se deu no caso, conforme a prova pericial citada.

Tratemos, em segundo lugar, do porquê da inaplicabilidade da hipótese mencionada na alínea “a” da referenciada regra. Aqui é dispensada maior digressão teórica. Não há vínculo jurídico entre o menor e a agente decorrente da lei civil (poder familiar); tampouco há vínculo de tutela ou curatela, ou ainda outro vínculo, decorrente de lei. Por conseguinte, somente se aplica essa hipótese nos casos de um dever possível de impedimento do resultado decorrente de lei, o que não é o caso.

Com efeito, o que vincula causalmente a agente com o resultado morte do menor, no plano objetivo e pela fórmula da *conditio sine qua non*, anteriormente exposta, é uma omissão imprópria decorrente de um dever de cuidado voluntariamente assumido. O citado dever de cuidado está presente e é produto de um sinalagma. Fundamenta-se, pois, na alínea *b* do segundo parágrafo do artigo treze do diploma penal.

Os elementos fáticos do caso em tela mostram que é causa do resultado morte do menor a queda de altura mortal; à luz da segunda parte do artigo treze, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, dessarte, ao excluirmos a queda, excluimos também o resultado morte do menor. Pela diretriz do Código Penal, a queda é *conditio sine qua non* para a imputação do resultado ao tipo objetivo. O referido artigo, ainda, no plano objetivo do tipo, imputa a relevância da omissão, que se traduz no não impedimento da produção da morte do menor, pelo exercício da vigilância. Há, pois,

²⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do Tratamento Penal da Ingerência*. Tese de Livre-docência. São Paulo:USP. 2015. P. 143

no caso exposto, a interseção de uma causa alheia ao domínio da agente (queda) e uma causa proveniente da relevância atribuída pelo diploma penal à omissão do dever de vigilância.

Isto posto, passemos a análise do tipo subjetivo.

Os elementos subjetivos dos crimes comissivos por omissão são estruturados em função de uma natureza complexa, porque abrangem a violação de uma norma proibitiva – a qual, ordinariamente daria origem a um crime de ação, comissivo – através do reconhecimento da não realização de uma exigível e possível ação diligente, com vistas ao impedimento do resultado.

No homicídio praticado através de uma omissão (o que também vale, ressalte-se, para todo delito comissivo por omissão) a causação do resultado não se verifica na inação mesma, **mas sim em um dever de impedimento do resultado, quando tal dever for reconhecido como possível e devido pelo Direito.**

Na comissão por omissão há um elemento substancial que traduz um dos requisitos exigidos ao perfazimento de qualquer tipo culposos, nomeadamente a violação de um dever objetivo de cuidado²⁸. Isto se dá porque na omissão imprópria **não se realiza uma atividade de impedimento do resultado, quando um curso causal não dominado pela esfera de vontade do agente for hábil para causá-lo.** Eis aí a essência do dever objetivo de cuidado. Nesse contexto, os elementos estruturais da violação da norma proibitiva por uma omissão, decorrentes da posição de garante, excluem, no caso, qualquer imputação ao tipo subjetivo de dolo.

Com efeito, por disposição legal, para haver o dolo, é necessário (modalidade dolo direto) representar o resultado no plano da consciência e dirigir a vontade do agente para esse fim (na dicção do art. 18, I, *primeira parte*, do Código Penal: “querer o resultado”); ou (modalidade dolo eventual) é necessário representar no plano da consciência o resultado

²⁸ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid:Tecnos. 1993. P. 380.

provável e assumir o risco da sua ocorrência (na dicção do art. 18, I, *segunda parte*, do Código Penal: “assumir o risco de produzi-lo”).

A imputação subjetiva que se dá em função da posição de garante, predispõe a exigência de uma prestação positiva, quando possível e devida, que compense o risco pelo impedimento do resultado, traduzindo-se em um tipo culposo. **É no âmbito da posição de garantidor, imputado objetivamente à agente por força do art. 13, §2º, “b”, que se deslinda o elemento subjetivo, o que, evidentemente, torna incompatível a aplicação do tipo doloso em qualquer de suas modalidades. Existe, *in casu*, incompatibilidade de um dos requisitos do dolo, nomeadamente o seu elemento intelectual, o qual é necessário, quer seja o dolo direito direto, quer seja eventual.**

Isto significa que não pode haver dolo sem que, no plano da consciência, o sujeito represente intelectivamente o resultado em potência, pois apenas com essa representação intelectual surge em sucedâneo a volição ou a assunção do risco. Sobre o tema, traga-se à colação o seguinte escrito:

“A palavra *consciência* tem sua origem no termo latino *conscientia*, que pode significar tanto o conhecimento que tem por objeto as impressões, que em latim era representado pela expressão *scio me scire*, quanto o conhecimento que tem por objeto as próprias ações, que em latim era representado pela expressão *scio me agere*. Em português, a palavra *consciência* abrange esses dois significados, mas, em outras línguas, eles se expressam por palavras diferentes: em inglês *consciousness* e *conscience* e em alemão *Bewusstsein* e *Gewißen*. (...) Como o dolo é um processo psíquico, para efeito do seu estudo, a consciência deve ser entendida como percepção do mundo exterior”²⁹.

²⁹ BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 5ª ed. Belo Horizonte:Dplacido. 2019. P. 137.

Nessa toada, temos, em tese, os elementos que possibilitam, *a priori*, imputação subjetiva do homicídio culposo.

Eberhard Struensee, em estudo referencial sobre a ação e a omissão no Direito Penal, explicita que a culpa contém um elemento omissivo, porquanto, em função de um curso causal antecedente, deve ser prestada pelo agente uma ação positiva que “compense o risco”. Nesse contexto, evidencia-se um elemento omissivo, pois no plano real existem dois fenômenos: uma atividade que foi executada e uma ação possível, que elidiria o risco, a qual não foi executada (foi, por conseguinte, omitida). Assim:

“os casos estão estruturados, em sua maioria, de modo que tal ação de eliminação do perigo e a ação perigosa realizada somente podem ser realizadas sucessivamente”³⁰

O tipo culposo é descrito legalmente no art. 18, II do diploma penal. O Código o define a partir das modalidades possíveis de violação de deveres objetivos de cuidado, a saber: imprudência, negligência e imperícia.

Note-se que na descrição típica do homicídio culposo não estão enumeradas condutas em *numerus clausus*, isto porque há nesse tipo um agir indeterminado *a priori*, que pode se dar tanto por comissão quanto por omissão imprópria, que constitui o caso objeto desse parecer. Entretanto, tanto para os casos comissivos como para os casos omissivos impróprios, o tipo subjetivo (culpa) exige a concorrência simultânea dos três requisitos: (a) violação de um dever objetivo de cuidado, (b) previsibilidade do resultado e (c) ocorrência de um dano. Com efeito, o tipo culposo:

“não é um comportamento pré-definido, em si, que é tipificado e que constitui o cerne da atenção da norma proibidora: é um *agir*, normalmente indeterminado *a priori* (não descrito pela lei),

³⁰ STRUENSEE, Eberhard. *Actuar y omitir: delitos de comisión y de omisión*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia. 1996. P.40.

praticado de forma imprudente, imperita ou negligente que justamente por esse defeito procedimental, causa um dano jurídico que seria previsível ou evitável pela adoção de diligência mediana”³¹

No caso em comento, verifica-se, *prima facie*, a presença de dois dos requisitos da culpa, nomeadamente a ocorrência do dano, que se traduz no resultado morte do menor, e na violação de um dever objetivo de cuidado, pela omissão da agente no dever de vigilância se lhe atribuído pela posição de garante.

Com relação ao terceiro dos elementos da culpa, entretanto, é indispensável uma acurada análise, realizada em acordo com os critérios da ciência penal, pois a complexidade dos elementos fáticos apresentados não possibilita uma resposta auto evidente. Somente podemos extraí-la com alicerce em critérios científicos válidos.

Enrique Gimbernat Ordeig, sobre a questão posta, consigna que, na ciência penal, previsível não é o mesmo que imaginável. A possibilidade de representação de cursos causais é infinita no plano intelectual, através da imaginação, envolvendo situações que não são prováveis em face dos dados da experiência. Segundo o mestre espanhol:

“Frente a isso deve-se dizer que o previsível não equivale ao imaginável: que eu possa morrer por conta da queda de um meteorito em minha cabeça é algo possível de se imaginar, no sentido de que, como a imaginação não tem limites, isso é algo possível de representar, mas não é algo previsível no sentido no qual, *ex ante*, não aparece como possível que eu vá perder a vida desta maneira”.³²

³¹ JÓRIO, Israel. “O conceito de culpa e a estrutura bipartida dos tipos penais culposos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 15, n. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov.dez. 2007. Pp. 15-16.

³² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos Causales Irregulares y Imputación Objetiva*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2011. P.110.

A previsibilidade trata, pois, de uma possibilidade que efetivamente possa ter lugar como elemento causador do resultado, em face das regras da experiência. São as referidas regras da experiência que tornam a possibilidade provável, segundo o critério da sua realização maior, menor ou praticamente descartável, no mundo fenomênico dos fatos. Com efeito, esse requisito da culpa aventa:

“não a possibilidade de que alguém imagine um determinado curso causal, mas sim a possibilidade – maior, menor ou praticamente descartável – de que esse curso causal possa efetivamente ter lugar”³³.

Na situação concreta, o resultado se deu porque o menor, ao se dirigir a um andar do edifício de vivenda da agente, diverso do que eles estavam, superou um obstáculo maior que a sua própria altura, nomeadamente, um parapeito com 1,20 metros, e caiu. Tal curso causal foi a *causa do resultado*, conforme o disposto no multi citado artigo treze do diploma penal. Para chegarmos à resposta sobre a previsibilidade, temos que indagar se, consoante as regras da experiência, *ex ante*, esse resultado é representado em potência como provável, no plano intelectual do agente. Em outros termos, parafraseando Gimbernat Ordeig, um curso causal como esse pode efetivamente ter lugar? A resposta a esse questionamento é negativa, porque para a previsibilidade não basta a potência imaginativa da situação de fato que acarretou o resultado, sendo necessário um juízo de probabilidade consoante as regras da experiência.

Isto posto, exclui-se a tipicidade subjetiva da conduta, não se responsabilizando a agente pelo homicídio culposos. O fato é, portanto, atípico por falta de pertinência ao tipo

³³ GIMBERNAT ORDIEG, Enrique. *Cursos Causales Irregulares y Imputación Objetiva*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2011. P.110.

subjetivo do homicídio culposo, conquanto não existe o requisito previsibilidade do resultado.

Após o término da fundamentação científica do caso, passemos, pois, a resposta das questões formuladas, à guisa de conclusão do parecer. Consigno que referenciadas perguntas já se encontram respondidas nessa fundamentação, por esse motivo serão topicamente tratadas no item subsequente.

3. CONCLUSÃO

1 - Diante da informação de que Mirtes havia deixado Miguel aos cuidados de Sarí, seria possível, em tese, a prática de crime comissivo por omissão? Sarí, naquele momento, assumiu a posição de garante?

É, em tese, possível a prática de crime comissivo por omissão porque a posição de garante é decorrente do art. 13, §2º, “b” do Código Penal. O citado artigo confere a pertinência objetiva à tipicidade e o nexo causal se estabelece por conta da relevância da inação, vez que no caso é imputado o dever de cuidado, pelo reconhecimento da posição do garantidor. Deve ser ressaltado, em continuação, que a potência da tipicidade somente se concretizaria, na hipótese, se os seus aspectos subjetivos também se perfizerem, o que não se verificou na consulta em tela, conforme fundamentado no item anterior.

2 - A conduta de permitir que a porta do elevador se fechasse com o garoto em seu interior enseja automática responsabilização penal por todo e qualquer eventual resultado lesivo à criança?

Não existe responsabilidade objetiva na ciência penal, a qual, em todos os países democráticos, gravita em torno da sua antítese. Isto significa a não existência de responsabilidade penal automática, nem no caso em exame, nem em nenhuma outra situação que venha a ser submetida ao direito pátrio, como foi abordado no item anterior.

3 - O resultado morte pode ser imputado a Sarí a título de dolo direto ou eventual?

O dolo, em qualquer de suas modalidades, possui um elemento intelectual: a consciência. Assim, no dolo direto o agente representa, no plano da consciência, o

resultado e dirige sua vontade para o fim (*querer o resultado*) e no dolo eventual o agente representa o resultado, no plano da consciência, e assume o risco de sua produção (*assumir o risco de produzi-lo*). No caso concreto, não houve o elemento intelectual em tela, não se imputando nenhuma das espécies dolosas, conforme fundamentado no item anterior.

4 - O resultado morte pode ser imputado a Sarí a título de culpa, ensejando a tipificação do homicídio culposo previsto no art. 121, §3º, do Código Penal?

O tipo culposo tem como requisito subjetivo o afluxo de três elementos: violação de um dever objetivo de cuidado, efetiva ocorrência de um dano e previsibilidade do resultado. A questão fulcral objeto dessa consulta gravita em torno da previsibilidade e, de acordo como os critérios da ciência penal, ela não ocorreu, conforme fundamentado o item segundo.

5 - A conduta de Sarí, ao não retirar Miguel do elevador, permite o enquadramento no crime de abandono de incapaz previsto no art. 133 do Código Penal?

Não. O tipo de abandono de incapaz congloba todos os requisitos objetivos e subjetivos dos delitos de perigo. Tais requisitos não estão presentes na situação que me foi submetida, conforme fundamentação posta no item anterior.

6 - Na figura qualificada pelo resultado prevista no art. 133, § 2º, do Código Penal, em que há qualificação do crime de abandono pelo resultado morte, a responsabilização penal pelo resultado é consequência automática de sua ocorrência?

O tipo do abandono de incapaz somente se configura se presente a vontade livre e consciente de abandonar, sendo ela necessariamente vinculada aos requisitos dos elementos subjetivos dos crimes de perigo. Nesse tipo, o resultado morte enquanto

figura típica derivada somente pode ser imputado se presentes os três requisitos da culpa, caso contrário, o artigo dezenove do diploma penal afasta a imputação do resultado qualificador. Porém o tipo de abandono de incapaz não é pertinente com a situação que me foi posta, conforme fundamentado no item segundo.

É o parecer, s.m.j.

Recife, 27 de junho de 2020

Cláudio Brandão

OAB-PE 16.710

4. REFERÊNCIAS

BAIGÚN, David. *Los delitos de delicto y la prueba del dolo*. Montevideo-Buenos Aires:BdeF. 2007.

BINDING, Karl. *Die Normen Und Ihre Ubertretung*. Band 2. Aalen:Scientia. 1991

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do Tratamento Penal da Ingerência*. Tese de Livre-docência. São Paulo:USP. 2015.

BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 5ª ed. Belo Horizonte: Dplacido. 2019

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra:Almedina. 2014.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid:Tecnos. 1993.

COSTA JR., Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo:Saraiva. 2002.

COSTA JR., Paulo José. *Nexo Causal*. São Paulo: Malheiros. 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos Causales Irregulares y Imputación Ojetiva*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2011

HUNGRIA, Nelson; REALE JÚNIOR, Miguel; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2016.

JÓRIO, Israel. “O conceito de culpa e a estrutura bipartida dos tipos penais culposos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 15, n. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov.dez. 2007

MANTOVANI, Ferando. *Diritto Penale – Parte Generale*. Pádua:CEDAM. 1992.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2004

PEREIRA, Rui Carlos. *O Dolo de Perigo*. Lisboa:LEX. 1995.

ROCHA, Ronan. *A Relação de Causalidade no Direito Penal*. Belo Horizonte:Dplacido. 2016.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeine Teil*. München:Beck. 2006.

SILVA SANCHEZ , Jesús Maria. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Buenos Aires:BeF. 2003

STRUENSEE, Eberhard. *Actuar y omitir: delitos de comisión y de omisión*. Bogotá:Universidad Externato de Colombia. 1996

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo:Marcial Pons. 2012.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Berlin:De Gruyter. 1958.