



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rodrigo José dos Santos Amaral

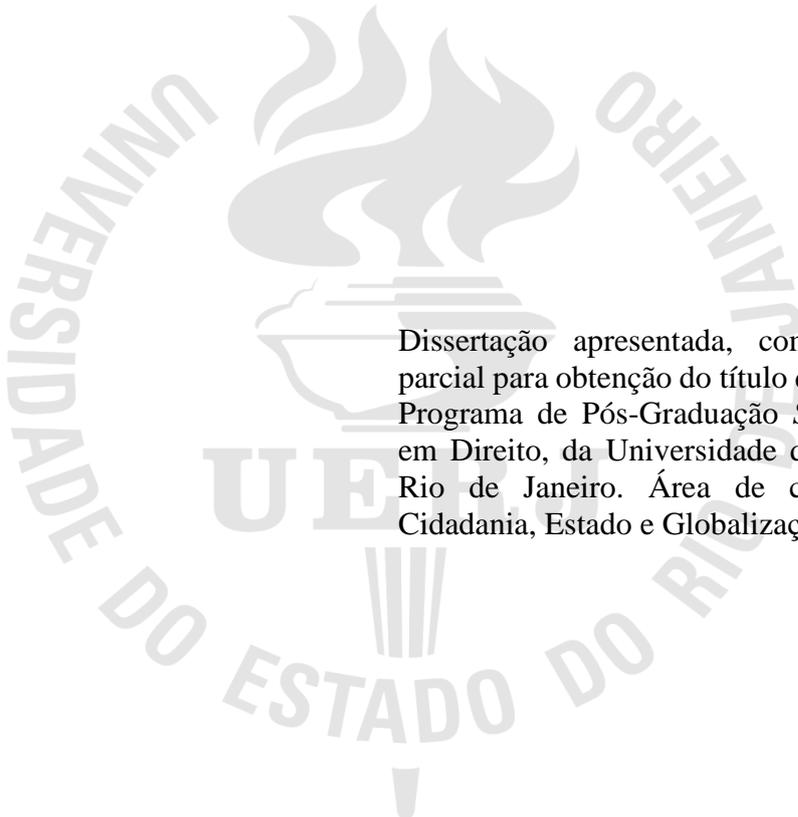
**O princípio da confiança no direito penal: um elemento necessário de  
uma sociedade organizada**

Rio de Janeiro

2020

Rodrigo José dos Santos Amaral

**O princípio da confiança no direito penal: um elemento necessário de uma sociedade organizada**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Professor Doutor Artur de Brito Gueiros Souza

Coorientador: Professor Doutor Luís Filipe Maksoud Greco

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A485p Amaral, Rodrigo José dos Santos.

O princípio da confiança no direito penal: um elemento necessário de uma sociedade organizada / Rodrigo José dos Santos - 2020.

117 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Garantia (Direito) - Teses. 3. Delito - Teses. I. Souza, Artur de Brito Gueiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.2.01

Bibliotecária: Ana Clara Brandão / CRB7: 6346

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Rodrigo José dos Santos Amaral

**O princípio da confiança no direito penal: um elemento necessário de uma sociedade organizada**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovado em 13 de março de 2020.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Luís Filipe Maksoud Greco (Coorientador)  
Humboldt-Universität zu Berlin

---

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2020

## AGRADECIMENTOS

O agradecimento é um ato de reconhecimento e, portanto, agradecer corretamente é uma virtude. Agradecer é reconhecer, sobretudo, que não estamos isolados do mundo, de modo que ser humano é viver ciente de que é preciso cooperar, ajudando e sendo ajudado. Nada mais justo que o primeiro ato de reconhecimento seja o agradecimento a Deus, o Absoluto que é a condição necessária da existência de tudo.

O segundo ato de reconhecimento deve ser àqueles a quem devo a minha vida: os meus pais, Rogério e Rejane. E já que estou falando de família, também devo reconhecer a importância dos dois irmãos com quem dividi quase toda a minha vida, Raphael e Ricardo. Por fim, desejo também mencionar o pequeno Pedro Paulo, irmão com o qual até agora eu não tive tanto contato quanto desejo, mas que o laço de sangue torna a sua importância autoexplicativa.

Agora, é o momento de agradecer àqueles que fizeram parte deste trabalho. Primeiramente, aos meus orientadores, professores Artur Gueiros e Luís Greco. Em segundo lugar, ao professor José Danilo Lobato, pelas suas contribuições no momento da qualificação do trabalho. Desejo também agradecer às pessoas que foram fundamentais para a pesquisa bibliográfica deste trabalho: Flávia Siqueira Cambraia, Janice Santin e Otávio Barzaglia. Agradeço também aos amigos Igor Damous e Felipe Diego, que foram essenciais para o refinamento do segundo capítulo deste estudo, além de sempre me proporcionarem diálogos que contribuem para o meu crescimento intelectual. Falando em crescimento, agradeço também aos amigos Humberto Souza Santos e Fabrício Morais, com os quais tive inúmeros diálogos sobre teoria do delito, contribuindo enormemente para o desenvolvimento das minhas reflexões. Agradeço, por fim, também ao professor Antonio Martins, por ter aceitado o convite para participar da minha banca de defesa, juntamente com os professores Artur Gueiros, Luís Greco e José Danilo Lobato.

Também desejo reconhecer a importância daquelas pessoas com quem convivi diariamente durante esses dois anos de Mestrado. Falo dos queridos colegas que o PPGD-UERJ me permitiu conhecer: Alexandro, André, Arthur, Carol, Consuello, Diogo, Guilherme, Janice, João, Luís, Malu, Paula, Paulo, Pedro e Wanessa. Falo também das pessoas que me acompanharam na trajetória profissional da advocacia durante esse tempo: Rafaela Otero, Breno Monteiro, Esmar Guilherme, Bruno Machado, Camila Bon, além dos

meus queridos não só estagiários, mas sobretudo alunos e futuros grandes juristas, Deborah Luíse, Eduarda Nascimento, Ingrid Almeida e Vitor Tovil.

Quero mencionar também as pessoas queridas que me acompanham na trajetória do Direito há muitos anos: Rachel Sá, Gabriella Diógenes e Fernanda Barros. Além disso, agradeço também à minha mais nova e querida amiga, Natália Araguez, que, além de me honrar com sua amizade, também me prestou serviços de assessoria para não cometer equívocos de tradução para a língua inglesa.

*“Aquilo que é alcançado pela união do passado e futuro com o presente produz-se na sociedade através da cooperação mútua de seus diferentes membros, já que, em todos os estágios de sua vida, cada homem pode atingir apenas uma daquelas perfeições que formam o caráter conjunto do gênero humano. É através da união social, por conseguinte, baseada nos desejos e capacidades internos de seus membros, que cada um torna-se capacitado para participar nos ricos recursos coletivos de todos os outros.”*

*(Wilhelm von Humboldt)*

## RESUMO

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. *O princípio da confiança no direito penal: um elemento necessário de uma sociedade organizada*. 2020. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O presente trabalho tem como escopo o tratamento do princípio da confiança no direito penal. O primeiro capítulo aborda as principais correntes até hoje aventadas sobre os fundamentos do princípio da confiança no direito penal, que são: a teoria do prêmio, a imprevisibilidade da conduta errada do terceiro, as correntes que sustentam o princípio numa ponderação de interesses e aquelas que baseiam o princípio na autorresponsabilidade dos outros. O segundo capítulo contém a tese central deste estudo, de que o indivíduo pode, numa sociedade organizada, confiar que os demais agirão conforme o dever quando inexistem motivos para desconfiar do contrário, sendo a confiança um elemento necessário do conceito de liberdade civil e, portanto, contida no conceito de direito subjetivo. O terceiro capítulo destina-se ao tratamento do princípio da confiança na teoria do delito, tanto no que tange à sua posição na estrutura do conceito analítico de delito, como no estabelecimento de critérios para determinar quando o agente pode confiar e quando essa possibilidade será decisiva para o afastamento da imputação.

*Palavras-chave:* Princípio da Confiança. Teoria do Delito. Imputação Penal.

## ABSTRACT

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. *The principle of trust in criminal law: a necessary element of an organized society*. 2019. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The present work aims to analyze the principle of trust in criminal law. The first chapter approaches the main legal provisions regarding the fundamentals of the principle of trust in criminal law, which are: the prize theory, the unpredictability of wrong conduction of others, the events that support the principle are in balance of interests and those that they base the principle on the self-responsibility of others. The second chapter contains the central thesis of this study, which is that the individual can, in an organized society, trust that others will act according to duty when there are no reasons to suspect otherwise, trust being a necessary element of the concept of civil freedom and, therefore, present in the concept of subjective right. The third chapter is dedicated to the treatment of the principle of trust in the theory of crime, both with regard to its position in the structure of the analytical concept of crime, and in the establishment of criteria to determine when the agent can trust and when that possibility will be decisive for the removal of imputation.

*Keywords:* Principle of Trust. Theory of Crime. Criminal Imputation.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>BGH</b>	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Federal de Justiça da Alemanha)
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CTB</b>	Código de Trânsito Brasileiro

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	12
1	<b>OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.....</b>	16
1.1	<b>Teoria do prêmio.....</b>	16
1.1.1	<u>Avaliação crítica.....</u>	17
1.2	<b>A imprevisibilidade da conduta errada do terceiro.....</b>	19
1.2.1	<u>Avaliação crítica.....</u>	20
1.3	<b>Ponderação de interesses.....</b>	21
1.3.1	<u>Crítica da ponderação de interesses e sua lógica consequencialista.....</u>	24
1.4	<b>O princípio da confiança como derivação do princípio da autorresponsabilidade.....</b>	26
1.4.1	<u>O argumento misto de Feijóo Sánchez.....</u>	27
1.4.1.1	Avaliação da proposição de Feijóo Sánchez.....	29
1.4.2	<u>Avaliação crítica da autorresponsabilidade como fundamento do princípio da confiança.....</u>	31
1.5	<b>Panorama das reflexões presentes no primeiro capítulo.....</b>	33
2	<b>O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DE UMA SOCIEDADE ORGANIZADA.....</b>	35
2.1	<b>Por que a teoria do estado de natureza?.....</b>	35
2.2	<b>Estado de natureza versus sociedade civil organizada.....</b>	38
2.3	<b>O fundamento da possibilidade de confiar: decorrência lógica de uma sociedade organizada.....</b>	56
3	<b>APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO DIREITO PENAL.....</b>	63
3.1	<b>Local sistemático de incidência do princípio da confiança.....</b>	63
3.2	<b>A possibilidade de confiar como ponto de partida de orientação da conduta do homem prudente.....</b>	67
3.3	<b>Existência de indícios concretos que o terceiro agirá contrariamente ao dever.....</b>	72
3.4	<b>Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta</b>	

	<b>do terceiro?.....</b>	<b>80</b>
3.5	<b>A existência de um dever de evitar ou compensar a conduta incorreta do terceiro.....</b>	<b>87</b>
3.6	<b>Omissões sucessivas.....</b>	<b>93</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>98</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>108</b>

## INTRODUÇÃO

Viver no mundo da vida significa ter experiências em conjunto, em sociedade, com outras pessoas; a não ser que se opte por viver num local extremamente remoto, sem o contato de outros seres humanos, de modo que o mundo se apresenta como um ambiente em que indivíduos interagem entre si. Nesse contexto de numerosos contatos interpessoais ocorre, com certa frequência, a concorrência de múltiplos indivíduos em um determinado evento. Muitas vezes esse evento será penalmente relevante, cabendo à jurisprudência determinar o grau de responsabilidade de cada pessoa. É possível que essa participação ocorra das mais variadas formas, por meio de ações ou omissões, com as mais diversas intenções ou níveis de cognição por parte dos agentes, haja vista que o mundo da vida é o mundo da contingência<sup>1</sup>, das múltiplas possibilidades. Por regular esse mundo, o direito é chamado a dar uma resposta adequada a todas as formas possíveis de acontecimentos.

O princípio da confiança começou a ser adotado pela jurisprudência alemã – de onde vem a inspiração da jurisprudência brasileira sobre a matéria – em âmbito jurídico-penal para resolver problemas surgidos do tráfico viário, como instrumento de auxílio no estabelecimento do dever de cuidado nesse contexto. Aqui não será exposto um tópico exclusivo para o histórico do desenvolvimento do instituto jurídico em comento, pois já há outros trabalhos em língua portuguesa que dissertaram sobre esse ponto, de modo que faço remissão a esses<sup>2</sup>. Portanto, observações de cunho histórico serão feitas somente na medida em que forem pertinentes às reflexões que seguem.

O princípio da confiança, conforme o nome já indica, surge no contexto jurídico-penal para estabelecer se o indivíduo poderia ou não atuar confiando que um terceiro agiria de forma correta, podendo esse terceiro ser o próprio lesado pelo evento danoso ou qualquer outra pessoa. A pergunta que guia as reflexões empreendidas neste trabalho é a seguinte: quais são os pressupostos necessários que autorizam o agente a confiar na ação correta de

---

<sup>1</sup> “Necessário é o que não pode deixar de ser como é. Temos a impressão de que todos os seres poderiam não ser. Este livro, que temos aqui, *poderia* não existir. Todos os seres têm possibilidades, e a possibilidade é do ser de tudo quanto há. Como qualquer ser não tem apenas uma possibilidade, mas muitas, e apenas algumas se realizam, podemos admitir que, em vez desta, outra poderia ter-se atualizado, o que leva a aceitar a contingência dos acontecimentos, que *sucedem deste modo e poderiam suceder de outro*.” (grifos no original). SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão*. 1ª ed. São Paulo: É Realizações, 2018, p. 213.

<sup>2</sup> Cf. FIDALGO, Sónia. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 51-72; SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 39-85, que, inclusive, elenca os primeiros casos que surgiram na jurisprudência brasileira.

terceiros? Para chegar a uma resposta adequada para essa questão de razão prática, numerosas reflexões deverão ser feitas.

Dessa forma, o presente trabalho inicia-se com a apresentação de casos (concretos ou hipotéticos), que serão resolvidos após as devidas reflexões sobre a matéria, contidas nos capítulos 1, 2 e 3. A escolha de assim proceder justifica-se pelo fato de o presente trabalho ter como escopo, conforme já dito, a resolução de problemas de ordem prática. Sendo assim, a solução desses casos serve como teste para a capacidade de rendimento da teoria desenvolvida nas linhas que seguem.

No capítulo 1, exponho e analiso as principais posições sobre os fundamentos do princípio da confiança. São essas: a teoria do prêmio (1.1), a imprevisibilidade da conduta errada do terceiro (1.2), as posições que giram em torno da ideia geral de ponderação de interesses (1.3) e o argumento que relaciona o princípio da confiança com o da autorresponsabilidade do terceiro (1.4).

No capítulo seguinte, passo a expor o meu próprio posicionamento sobre o fundamento do princípio da confiança, que gira em torno da concepção de que uma sociedade organizada baseada na liberdade humana só é possível se os indivíduos puderem confiar na conduta correta de terceiros nas situações onde não é possível antever o que os demais farão. Para tanto, busco demonstrar, com o escrutínio de algumas das várias teorias contratualistas existentes, que é possível inferir que partir do pressuposto da confiança é uma condição necessária da denominada liberdade civil e que esta, por sua vez, é o centro de gravidade da diferença entre uma sociedade organizada e um hipotético estado de natureza.

O capítulo 3 destina-se ao escrutínio do princípio da confiança no método de imputação jurídico penal, com a avaliação do local sistemático de incidência do princípio (3.1), a exposição da relação da possibilidade de confiar com os atuais padrões de prudência (3.2), bem como com o exame das diversas constelações de casos em que há o debate acerca da aplicação do instituto (3.3 a 3.6). Aqui, portanto, indico como subsumir corretamente o que é o princípio da confiança, com a proposição de critérios aptos a definir quais são os casos em que o agente poderá confiar que o terceiro agirá de forma correta. Ademais, o leitor poderá observar que sustento a tese de que, como o princípio da confiança não é um critério negativo da imputação, nem sempre a possibilidade de confiar irá levar à exclusão da imputação. Passo, assim, à apresentação dos casos para que, posteriormente, sejam feitas as reflexões necessárias ao exame da matéria.

*Caso 1:* A mãe *X* sai de casa para trabalhar e deixa seu filho com o pai da criança, seu marido *Y*. Ocorre que, no decorrer do dia, *Y* embriaga-se e, acidentalmente, deixa sua caneca cair na cabeça do filho do casal, que vai a óbito. *X* deve ser imputada pelo delito de homicídio culposo omissivo?

*Variação 1:* *Y* já dava sinais de embriaguez antes de *X* sair de casa.

*Variação 2:* *Y* já tinha um histórico com bebida alcoólica, mas não chegava a ser dependente, bem como nunca havia bebido enquanto cuidava sozinho do filho do casal.

*Variação 3:* *Y* não dava sinais de embriaguez, mas era dependente de álcool, tendo, inclusive, sido internado anteriormente

*Variação 4:* *Y* tivera problemas com álcool no passado, mas, na data do fato, já tinha sido tratado e diagnosticado como curado da dependência.

*Variação 5:* apesar de não ser diagnosticado como dependente, *Y* tinha o hábito de beber até embriagar-se diariamente.

*Caso 2:* *X* conduz seu automóvel após ingerir certa dose de bebida alcoólica. Todavia, o fato de ter álcool no organismo não influenciou na condução de *X*, que permaneceu dirigindo conforme as regras de trânsito. Ocorre que *Y* não observou o sinal fechado no cruzamento, o que gerou uma colisão entre o seu automóvel e o de *X*. *Y* lesiona-se gravemente. Não era possível para *X* notar a tempo o erro de *Y*. *X* deve ser imputado pelo delito de lesões corporais culposas no trânsito?

*Variação 1:* *X*, além de embriagado, dirigia em velocidade acima da permitida.

*Variação 2:* *X* não havia consumido bebida alcoólica, mas estava dirigindo em velocidade acima da permitida.

*Variação 3:* *X* estava conduzindo em velocidade acima da permitida, mas posteriormente ficou constatado que a colisão ocorreria mesmo se *X* estivesse dirigindo dentro da velocidade permitida.

*Variação 4:* *X* estava dirigindo dentro da velocidade permitida, mas notou, em tempo suficiente para poder frear, que *Y* estava em alta velocidade e que seria improvável que este conseguiria parar no sinal.

*Variação 5:* *X* não havia consumido álcool ou substância análoga, mas o seu carro estava sem as placas obrigatórias.

*Variação 6:* mesma situação da variação 5, com a diferença de que *X* havia, de fato, consumido um pouco de álcool.

*Caso 3:* X é o administrador financeiro da empresa Z. Y é subordinado de X na citada empresa. O administrador orienta o seu funcionário, oferecendo-lhe treinamento e exigindo periodicamente relatórios sobre a sua atividade, bem como analisando cuidadosamente cada documento enviado pelo subordinado. Ocorre que, em certo momento, Y insere dados financeiros falsos no livro da empresa, para que ela pague um *quantum* menor a título de tributos. A fraude perpetrada por Y foi feita de tal modo que era inviável para X identificar o problema. X deve ser imputado, na condição de garantidor, pelo delito do art. 1º, II da Lei 8.137/90 por omissão?

*Varição 1:* a fraude realizada por Y era grosseira.

*Varição 2:* X não faz a devida análise da documentação enviada por Y.

*Caso 4:* Num determinado procedimento cirúrgico, X é o médico-cirurgião, Y é o médico-anestesiologista e Z é o médico-residente, encarregado de auxiliar X na operação. Y ministra a dose errada de substância anestésica, o que é decisivo para que o procedimento cirúrgico resulte em lesões corporais ao paciente. X deve ser imputado, na condição de garantidor, pelo delito de lesões corporais culposas por omissão?

*Varição 1:* Y encontrava-se visivelmente embriagado.

*Varição 2:* O erro no procedimento não é de Y, mas sim de Z.

*Caso 5:* X e Y, engenheiros contratados para fazer um laudo técnico acerca das condições de segurança de um ginásio esportivo, constatam que este estava em risco de desabamento. Todavia, não informam sobre esse risco no laudo. Posteriormente, o teto do ginásio desmorona, levando algumas pessoas a óbito e causando lesões em outros indivíduos. X e Y devem ser imputados pelos homicídios e lesões corporais na modalidade culposa?

*Varição 1:* havia boatos de que os administradores do ginásio nada fariam se os engenheiros agissem conforme o dever.

*Varição 2:* o ginásio estava reservado para um grande evento, de modo que os engenheiros entendiam como improvável a interdição do mesmo por parte da administração.

*Varição 3:* o administrador informou aos engenheiros que não interditaria o ginásio sob nenhuma hipótese.

## 1 OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

A fim de alcançar uma profundidade satisfatória nas reflexões acerca do princípio da confiança, o primeiro passo deve ser o exame de seus fundamentos<sup>3</sup>. Por que existe um princípio da confiança? Por que uma pessoa pode (ou deve) confiar na ação devida de terceiros? A partir dessa questão fundamental, será possível refletir sobre os pressupostos necessários que autorizam alguém a confiar e as consequências daí advindas para a imputação em âmbito penal. Para isso, será preciso avaliar os posicionamentos já existentes, para, em seguida, ser possível expor a posição a ser defendida.

### 1.1 Teoria do prêmio

Quando o princípio da confiança começou a ser mencionado e debatido no contexto dos delitos de trânsito em solo alemão, alguns autores sustentaram que a possibilidade de confiar seria uma forma de premiar quem agiu conforme as normas de trânsito<sup>4</sup>. Nesse contexto, o condutor que age em respeito às normas deve poder confiar que os demais indivíduos farão o mesmo. Segundo esse raciocínio, desconsiderar o princípio da confiança acarretaria o esvaziamento das normas de conduta, de modo que quem não age conforme o direito não deve estar autorizado a confiar que outros agirão em conformidade com o preceituado pelo ordenamento jurídico.

Esse argumento teve especial destaque na vigência do Nacional-Socialismo alemão, e tinha como objetivo fomentar a fidelidade às normas de conduta. Assim, naquele primeiro momento, o princípio da confiança foi manejado como forma de premiar aqueles que respeitavam a *vontade do povo*, que estava manifestada por meio das normas. Vê-se, dessa forma, que, num primeiro momento, o princípio da confiança foi construído de forma puramente *coletivista*. Além disso, o argumento é de natureza *consequencialista*, o que significa que o princípio da confiança não seria um imperativo de justiça, mas um meio para chegar ao fim almejado: a fidelidade às normas do Estado Nacional-Socialista. Veja-se o

---

<sup>3</sup> “Fundamento”, do latim *fundamentum*, significa origem, base, alicerce. Por isso, fundamento é o que origina determinada ideia, sendo, assim, a sua razão original. A importância do fundamento, por óbvio, é que um instituto não pode, por uma questão lógica, contradizer a sua própria base.

<sup>4</sup> Cf. *supra*, nota 2.

exemplo de Hermann Gülde<sup>5</sup>, autor que chegou a sustentar que se deveria parar de tolerar aqueles que circulam no trânsito violando as regras.

Após a queda do Nacional-Socialismo, a teoria do prêmio permaneceu no debate doutrinário, mas sob outros pressupostos. Dessa vez, não mais vigeria a concepção consequencialista das supostas conveniências advindas da premiação a quem mantém-se fiel às regras estabelecidas. Em vez disso, dever-se-ia premiar quem agiu conforme a norma por ser a medida justa. Em outras palavras, se um cidadão agiu conforme preceitua o direito, mas concorreu para um evento penalmente relevante em virtude do erro de um terceiro, a medida justa seria a observação do princípio da confiança como forma de premiar quem agiu conforme o dever. Dessa forma, essa segunda fase da teoria do prêmio ganhou uma roupagem eminentemente deontológica, visando à preservação de quem confia agindo conforme o direito.

### 1.1.1 Avaliação crítica

A primeira e mais clara falha da teoria do prêmio é de ordem lógica, haja vista que incorre numa petição de princípio. Aferir se uma pessoa agiu conforme o dever é justamente o que se pretende descobrir com o auxílio do princípio da confiança, de forma que não é possível pressupor, no nível da fundamentação, que o indivíduo agiu de forma correta. Por consequência, não se pode justificar o princípio da confiança sustentando tratar-se de instrumento de premiação a quem agiu conforme o dever. Esse erro lógico decorre, sobretudo, da confusão que se faz entre as esferas penal e extrapenal. Ter agido conforme preceitua o regramento extrapenal só pode, no máximo, ser um elemento indicativo da correção da conduta sob o prisma penal, mas não é suficiente para essa avaliação. Isso porque agir nos termos das normas específicas da atividade realizada não pode servir como salvo conduto para a realização de quaisquer atos lesivos proibidos na lei penal.

A título exemplificativo, seria absurdo não imputar o resultado lesivo a alguém que conscientemente atropela outra pessoa, sob a justificativa de que o agente agiu respeitando o regramento extrapenal do direito de trânsito. Uma possível réplica seria que o exemplo citado não procederia, na medida em que se trata de crime doloso e que o princípio da confiança surgiu no contexto dos crimes imprudentes. Todavia, o essencial do argumento é

---

<sup>5</sup> Cf. GÜLDE, Hermann. Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts. *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, n. 67, p. 2785-2790, 1938.

notar que a não há uma relação de subordinação entre as esferas penal e extrapenal. Dessa forma, as normas de segurança de determinada atividade serão relevantes para a imputação penal como elementos que auxiliam no esclarecimento da pergunta sobre o desvalor da ação, mas não vinculam essa resposta, pois outros fatores precisam ser aferidos para o juízo de imputação do tipo penal.

Além disso, a versão original da teoria do prêmio possui uma falha metodológica marcante do direito nacional-socialista: o seu coletivismo normativo. Num Estado de Direito que respeite o postulado da dignidade humana, é imperioso adotar um *individualismo normativo*<sup>6</sup>. Toda pessoa é um indivíduo autônomo, dotado de *dignidade*<sup>7</sup>, que não deve ser instrumentalizado. Por essas razões, alusões a termos abstratos e coletivistas como a vontade do povo<sup>8</sup> ou a necessidade de fidelização ao direito não devem ter lugar num Estado de Direito onde somente o indivíduo é um fim em si mesmo. Além disso, o pluralismo liberal prescreve que a cada um está garantida a liberdade de ter os próprios valores e orientar a própria vida segundo tais valores, de modo que a simples noção de dever com os valores dominantes na sociedade não possui legitimidade para fundamentar a intervenção sobre as esferas de liberdade individuais. O mesmo se aplica à fundamentação da proteção do dever pelo dever, que, além de equivocada sob o prisma jurídico-político, é, conforme já pontuado,

---

<sup>6</sup> O individualismo normativo preceitua que a justificativa do direito deve referir-se aos indivíduos afetados por suas ações, enquanto o coletivismo normativo busca a fundamentação de escolhas jurídico-políticas com base em alguma coletividade. São dois postulados excludentes entre si. Sobre o individualismo normativo, cf. PFORDTEN, Dietmar von Der. Individualismo normativo e o Direito. Trad. Saulo Monteiro de Matos. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 11, n. 60, p. 172-197, 2014. Hayek aduz, corretamente, que o individualismo tem como pressuposto fundamental o respeito pelo indivíduo concretamente considerado, prescrevendo o reconhecimento da soberania individual sobre os próprios gostos e visões e defendendo que todo ser humano deve ser livre para desenvolver suas próprias capacidades, desde que dentro da sua própria esfera de liberdade. HAYEK, Friedrich August von. *The road to serfdom*. 5ª reimpressão. Londres: Routledge, 2006, p. 14.

<sup>7</sup> O termo “dignidade” é aqui empregado em seu sentido kantiano, isto é, como especial qualidade do que é um fim em si mesmo. Enquanto algumas coisas possuem preço, isto é, são avaliadas conforme a conveniência e, por isso, são substituíveis, o que possui dignidade, por outro lado, não pode ser regido por um simples juízo de utilidade, haja vista ser dotado de uma qualidade intrínseca, própria, que não possui equivalentes e, portanto, não pode ser um mero meio a fins alheios a si mesmo. Sobre isso, cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 76-77.

<sup>8</sup> Durante o Nacional-Socialismo alemão, a teoria do delito passou por sérios ataques e tentativas de reformulação e reinterpretação, de modo a afastar os valores liberais do direito penal, vistos como inimigos do regime, em favor de valores abstrato-coletivistas como a “comunidade do povo”. São alguns exemplos: a relativização do *nullum crimen* em favor de um suposto conceito material de justiça à luz da concepção nacional-socialista (FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 219-223); o conceito material de delito como violação de um dever com a comunidade (Ibidem, p. 223-226); a defesa da relevância penal da mera vontade (Ibidem, p. 226-232); a defesa do chamado direito penal do autor (Ibidem, p. 232-237); críticas ao conceito analítico de delito, pois, entre outros argumentos, supostamente não seria possível avaliar o desvalor do ato sem ter em vista as qualidades pessoais do agente, o que significava, concretamente, uma diferença de tratamento conforme o grupo social do qual o autor fazia parte (Ibidem, p. 237-241).

um argumento circular e que só tem lugar em um Estado baseado na pura *auctoritas*, despreocupado com a justificação do próprio poder.

## 1.2 A imprevisibilidade da conduta errada do terceiro

Em determinado período, a jurisprudência alemã, seguida posteriormente por parte da doutrina, aduzia que o princípio da confiança é necessário na medida em que não é possível ao agente prever o erro de terceiros<sup>9</sup>. Assim, em razão de não ser possível ao agente antever quando e como outras pessoas errariam, não seria possível imputar-lhe responsabilidade quando ele faz parte do curso causal de um resultado penalmente relevante nos casos em que somente o terceiro errou. Portanto, trata-se, aqui, de uma premissa fática, afastando-se a possibilidade de confiar somente nos casos cujas circunstâncias tornassem previsível a conduta errada de terceiros. Em suma, sempre que o erro do terceiro fosse contrário à experiência geral de vida e as circunstâncias não tornassem possível prever esse erro, dever-se-ia afirmar a possibilidade de confiar, excluindo-se a imputação de quem agiu respaldado pela possibilidade de confiar. Portanto, o princípio da confiança basear-se-ia, assim, na *impossibilidade* de prever o que o terceiro fará e não na mera falta de previsão pelo agente no caso concreto.

Há quem sustente, por isso, que o princípio da confiança não teria uma força normativa, mas que seria, ao revés, uma *regra da experiência*. Assim, a possibilidade de confiar seria inerente à própria experiência do que normalmente ocorre, de modo que não se poderia conferir ao instituto uma força normativa. Brinkmann<sup>10</sup> aponta que a concepção do princípio da confiança como regra da experiência tem a vantagem de converter o instituto em algo extremamente flexível, assim como carrega a desvantagem de não ser possível conferir ao princípio uma vigência de caráter geral. Isso porque a experiência sempre dependerá das circunstâncias inerentes ao mundo da vida, que são *per definitionem* contingentes e, portanto, mutáveis. Mais concretamente, significa dizer que uma circunstância fática pode em certos locais ensejar a conclusão de que se pode confiar, enquanto o contrário pode ser verificado em local diverso. A mesma lógica opera também para as circunstâncias de tempo. Dessa forma, adotando-se essa concepção, estar-se-ia diante

---

<sup>9</sup> Cf. FIDALGO, Sónia. Op. cit., p. 96.

<sup>10</sup> BRINKMANN, Bernhard. *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung: eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996, p. 146.

de um instituto extremamente adaptável a circunstâncias concretas em dada sociedade, de modo que teria a vantagem de não contradizer a realidade do momento.

### 1.2.1 Avaliação crítica

Primeiramente, o argumento é baseado numa premissa fática: a experiência indica que, em regra, age-se conforme o dever. Partindo desse pressuposto, argui-se que, como regra geral, pode-se confiar, afastando-se essa confiança somente quando existirem indícios concretos que indiquem que o erro do terceiro era possível. Com isso, como observam os próprios defensores dessa corrente, essa fundamentação retira a força normativa do princípio da confiança, que vigeria, dessa forma, somente como regra geral de natureza empírica.

O problema de uma abordagem puramente empírica é que ela dá abertura a réplicas da mesma natureza. Veja-se que o mundo da vida é o âmbito da contingência, do mutável, do que se movimenta, de modo que o princípio da confiança, se fundamentado exclusivamente em considerações de ordem empírica, fica suscetível a ser afastado caso fique demonstrado que seus pressupostos fáticos inexistem. Em outras palavras, na hipótese de razões de ordem empírica refutarem a tese de que a regra da experiência indica que o mais frequente é o agir conforme a norma, dever-se-ia afastar *in totum* o princípio da confiança. Mas, mesmo que se demonstre que atualmente esse dado é verdadeiro, por sua natureza contingente, pode sempre alterar-se, de modo que o princípio não teria uma vigência segura. Em outras palavras, não se trata de uma mera questão subsunção, isto é, de identificar simplesmente quais seriam os pressupostos que autorizariam a aplicação do instituto. Quando o fundamento de um princípio está assentado em questões de ordem empírica, refutações de ordem empírica poderão funcionar num esquema de tudo ou nada, ou seja, eliminando o próprio instituto. Assim como uma árvore morre sem a sua raiz, um princípio morre sem o seu fundamento. Assim, não existiria um verdadeiro princípio da confiança, mas somente um critério de subsunção relacionado à ideia geral de previsibilidade do resultado nos crimes imprudentes.

Não é surpresa, diante dessa constatação, que a principal crítica contra a teoria é que, na realidade, a experiência não indica que as pessoas agem normalmente conforme o dever. Seria possível, inclusive, ancorando-se em estudos criminológicos sobre as denominadas cifras negras, negar essa assertiva em muitos momentos. Dessa forma, seria no mínimo descuidado ancorar-se no fundamento da impossibilidade de prever a conduta de terceiros,

pois, assim, ter-se-ia que assumir o risco de o princípio ter sua aplicabilidade afastada *in totum*, o que parece intuitivamente incorreto. Conforme já dito, só faria sentido adotar esse fundamento caso aceitasse-se que o princípio não tem uma existência no plano normativo, ficando relegado a uma condição de critério eventual de solução de casos. Ver-se-á *infra* (cf. cap. 2) as razões que conferem força normativa ao princípio da confiança, ficando esse ponto, por ora, em aberto.

Isso não significa que o direito deva afastar-se do fático, mas somente que a fundamentação de um instituto normativo deve ancorar-se em pressupostos de força igualmente normativa. Se considerações normativas inexistirem, isso significa que o instituto não opera no plano normativo. Por outro lado, se existirem considerações normativas, não se pode permitir que o instituto permaneça rebaixado a um *status* meramente empírico, sendo imperativo recepcionar essas considerações de ordem normativa.

Ademais, e isso normalmente passa despercebido no debate, a imprevisibilidade da conduta do terceiro como fundamento do princípio da confiança é, assim como a teoria do prêmio, uma *petitio principii*. O que se debate no âmbito da fundamentação do princípio da confiança é justamente por que o cidadão pode confiar quando não há indícios de que o terceiro agirá contrariamente ao dever, de modo que a falta de previsibilidade é justamente uma parte do objeto da reflexão. Dizer que a imprevisibilidade da conduta do terceiro fundamenta a possibilidade de confiar transforma em ponto de partida aquilo que deveria ser a conclusão do raciocínio. Assim, os defensores da imprevisibilidade da conduta do terceiro suprimem do debate aquela que é a pergunta fundamental: por que os indivíduos não possuem a obrigação de agir com tamanha prudência, de modo a prevenir inclusive erros inesperados de terceiros? Por que não sustentar justamente o contrário, no sentido de que, especialmente quando se trata de uma atividade intrinsecamente perigosa, a imprevisibilidade da conduta do terceiro é um dado que exija ainda mais cuidado do indivíduo, excluindo-se, assim, a possibilidade de confiar? Por essas razões, a imprevisibilidade da conduta do terceiro não pode fundamentar o princípio da confiança.

### **1.3 Ponderação de interesses**

Um terceiro grupo de autores sustenta que o princípio da confiança tem seu fundamento numa certa ponderação de interesses. A forma e o conteúdo dessa ponderação, todavia, são objetos de diferentes proposições: (i) a posição daqueles que fazem algum tipo

de aproximação do princípio da confiança com a figura do risco permitido; (ii) a proteção da confiança como derivação de uma justa repartição do risco; (iii) o princípio da confiança como “consequência psicológica” de considerações normativas e (iv) o princípio da confiança como fruto de uma ponderação de interesses ampliada.

Uma primeira e aparentemente dominante constelação de autores sustenta que, na realidade, o princípio da confiança seria uma forma de aparição específica do instituto do *risco permitido*<sup>11-12</sup>. O risco permitido surgiu no bojo da teoria da imputação objetiva e é fruto, segundo doutrina dominante, de uma ponderação entre a proteção de bens jurídicos e o interesse geral de liberdade<sup>13</sup>. Em outras palavras, significa dizer que, numa sociedade onde o paulatino desenvolvimento científico proporciona cada vez mais atividades intrinsecamente perigosas ao mesmo tempo que socialmente úteis, seria inadequado não tolerar a existência dessas atividades. Tal hipotética intolerância acarretaria a inviabilização de diversas atividades valoradas positivamente na sociedade atual, como é o caso dos meios de transporte, de múltiplas atividades esportivas etc. Dessa forma, nos casos em que o agente atua conforme as regras de determinada atividade, estará acobertado, salvo se outros elementos indicarem o contrário<sup>14</sup>, pelo risco permitido. Assim, inexistirá desvalor da ação,

---

<sup>11</sup> Nesse sentido: KRÜPELMANN, Justus. Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation. In: KÜPER, Wilfried; PUPPE, Ingeborg; TENCKHOFF, Jörg (orgs.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*. Berlim/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1987, p. 299; MARCANTE, Marcelo; RITTER, Ruiz; LINHARES, Raul Marques. O princípio da confiança na teoria da imputação objetiva: análise de casos julgados pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, São Paulo, v. 16, n. 95, p. 67-81, 2016, p. 74; TURESSI, Flávio Eduardo. A conformação do princípio da confiança no direito penal das licitações: reflexões sobre a responsabilidade penal do gestor público diante dos crimes licitatórios. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 39-58, 2018, p. 48-49. Vale observar, ainda, que também JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 253-257 considera que o princípio da confiança está ligado ao risco permitido, porém sustentando que o princípio está fundamentado na ideia de responsabilidade do terceiro (o que ele considera, nesse sentido, uma expressão da proibição do regresso), de modo que o seu posicionamento parece ser um misto entre a ponderação de interesses do risco permitido e o princípio da autorresponsabilidade do terceiro (sobre este último, cf. *infra*, item 1.4).

<sup>12</sup> Alguns autores fazem a aproximação do princípio da confiança com o risco permitido sem esclarecer se um instituto está inserido no outro. Um exemplo de autor que parece trabalhar – apesar de isso não estar devidamente claro – com o princípio da confiança no bojo do risco permitido é BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Geneveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 271-291, 2002, que, ao longo de suas reflexões, faz frequentemente menção à ideia geral de maximização de interesses de liberdade, o que indica, ao menos indiretamente, a adoção do critério da ponderação de interesses. Além disso, o mesmo autor faz menção expressa à imputação objetiva e ao critério do risco permitido.

<sup>13</sup> Cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53.

<sup>14</sup> O respeito à norma extrapenal, por seu caráter geral, não dá conta de todos os casos existentes. Dessa forma, a mera obediência ao regramento extrapenal ainda não é o definitivo para afastar o desvalor da conduta.

não sendo imputável, portanto, o resultado ao agente que atua dentro do risco permitido<sup>15</sup>, sendo o ato atípico.

Para Frisch<sup>16</sup>, o princípio da confiança não é nada mais que um termo dotado de uma roupagem psicológica, mas que possui razões normativamente fundadas numa ponderação entre os interesses gerais de liberdade e da proteção de bens jurídicos. Kuhlen<sup>17</sup>, por outro lado, defende que o princípio da confiança de uma ordem liberal deve decorrer de uma ponderação de interesses ampliada, que envolve não somente o interesse geral de liberdade e o interesse sobre a proteção de bens jurídicos, mas também os aspectos relacionados à autorresponsabilidade dos terceiros. Siqueira<sup>18</sup> entende que os posicionamentos de Frisch e Kuhlen devem ser recepcionados, na medida em que não seria adequado que uma pessoa tivesse que a todo momento preocupar-se em evitar riscos que lhe são alheios, visto que o contrário representaria uma limitação inaceitável nas esferas de liberdade individuais. A autora conclui, dessa forma, que o princípio da confiança “possui respaldo no sopesamento entre a necessária proteção de bens jurídicos e a proteção da liberdade individual”<sup>19</sup>, e que o seu fundamento “muito se assemelha à fundamentação do critério do risco permitido”<sup>20</sup>.

Kirschbaum<sup>21</sup>, por outro lado, observa que na jurisprudência alemã, confere-se muita importância à segurança do tráfego no direito penal do trânsito, não se limitando a uma simples ponderação entre interesses gerais de liberdade e de proteção a bens jurídicos. O autor defende que não existe um verdadeiro princípio da confiança, mas somente uma proteção da confiança em certas constelações de casos no trânsito<sup>22</sup>. Assim, a tarefa seria somente identificar em quais casos é legítimo proteger a confiança ou não<sup>23</sup>. Para identificar

---

<sup>15</sup> Sobre o risco permitido, cf. FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Trad. Ivó Coca Vila. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2015, p. 67-70; JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* op. cit., p. 243-253; ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 39, p. 11-31, 2002, p. 17; SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 183; SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004, p. 119.

<sup>16</sup> Sobre a teoria de Frisch, cf. FIDALGO, Sónia. Op. cit., p. 110-116; SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 106-107. Resumidamente, FRISCH, Wolfgang. Op. cit., p. 77-82.

<sup>17</sup> Exposição detalhada em FIDALGO, Sónia. Op. cit., p. 116-118. Resumidamente, SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 107.

<sup>18</sup> SIQUEIRA, Flávia. Princípio da confiança... op. cit., p. 107-109.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 107-108.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 108-109.

<sup>21</sup> KIRSCHBAUM, Klaus. *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 197-198.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 56-60 e 204-207.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 209.

esses casos, o primeiro passo seria verificar que somente é possível proteger a confiança de quem age corretamente, o que fez com que alguns sustentem que a proposta de Kirschbaum é somente uma variante da teoria do prêmio<sup>24</sup>. Ademais, prossegue o autor afirmando que a ideia de proteção da confiança está associada ao que ele chamou de *justa repartição do risco*<sup>25</sup>. Essa noção de justa repartição do risco seria, nos casos de trânsito, um substituto ao conceito geral do risco permitido, visto que o procedimento de justa repartição do risco já levaria ao que está juridicamente permitido no tráfego rodoviário<sup>26</sup>. Para chegar ao que é concretamente justo em tal repartição, deve-se analisar quando não é razoável exigir ao agente que ele atue para evitar a situação de risco<sup>27</sup>. Dessa forma, a tarefa do ordenamento jurídico seria somente determinar quais deveres de cuidado são adequados a determinado caso concreto, não por meio de uma ponderação entre liberdade e proteção de bens jurídicos, mas sim por um cálculo do que é necessário no âmbito da atividade, considerando as circunstâncias e os riscos em jogo<sup>28</sup>.

Em que pese as diferenças substanciais entre as ponderações propostas, estão todas fundadas em uma concepção consequencialista. Em outras palavras, dizer que o princípio da confiança é a expressão de uma simples ponderação entre liberdade e proteção de bens jurídicos, de uma ponderação ampliada ou de uma justa repartição do risco significa dizer que o princípio da confiança está fundado na sua *conveniência*. Tendo em vista esse elemento, passo à crítica de um princípio da confiança fundado nesses termos.

### 1.3.1 Crítica da ponderação de interesses e sua lógica consequencialista

Um direito penal que respeite a máxima da dignidade da pessoa humana não pode aplicar indiscriminadamente a lógica consequencialista da ponderação de interesses. Por exemplo, Greco<sup>29</sup> já asseverou que o consequencialismo, próprio da ponderação de interesses e que se baseia numa noção de maximização de um bem, não se harmoniza com a ideia de dignidade humana. Isso está fundamentalmente correto na medida em que a lógica consequencialista estima a medida do correto com base em dados *a posteriori*, enquanto o

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, BRINKMANN, Bernhard. Op. cit., p. 118 e 120; KRÜPELMANN, Justus. Op. cit., p. 298. Contrariamente, FIDALGO, Sónia. Op. cit., p. 108-109.

<sup>25</sup> KIRSCHBAUM, Klaus. Op. cit., p. 220.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 185 e 199.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 221.

<sup>29</sup> GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 53-56.

respeito à dignidade humana é um imperativo *a priori*, ou seja, incondicionado. Isso significa que o respeito ao ser humano deve ocorrer independentemente das circunstâncias observadas no mundo da vida. Por outro lado, o consequencialismo, por calcular a medida do justo com base nas consequências, torna a correção do seu objeto dependente das contingências do mundo da vida, que podem ser qualquer coisa, menos incondicionadas. Dessa forma, uma leitura puramente consequencialista, a depender de um estado de coisas existente no mundo da vida, pode indicar para uma medida violadora da dignidade humana.

Disso decorre que a ponderação de valores só tem lugar ali onde os valores deontológicos estão preservados. Em outras palavras, o método da ponderação não pode violar aquelas obrigações negativas fundadas deontologicamente<sup>30</sup>. Limites deontológicos negativos constituem aquelas obrigações estatais de não intervenção que visam ao respeito ao ser humano. Se direitos individuais não são meros “atos de benevolência, com as quais a autoridade agracia os seus súditos”<sup>31</sup>, mas sim “conceitualmente preexistentes e juridicamente reconhecidos”<sup>32</sup>, e se o Estado não é uma mera “quadrilha de ladrões”<sup>33</sup>, então o poder estatal deve ter condições de justificar-se perante os indivíduos. Que a ponderação de interesses terá lugar num Estado que pretenda usar eficientemente os recursos provenientes do contribuinte, isso parece correto. Todavia, isso não pode ocorrer, conforme dito, se for feito violando-se deveres deontológicos de não intervenção sobre as liberdades individuais.

Para o que aqui interessa, que é a fundamentação do princípio da confiança, algumas considerações são necessárias. Fundar o princípio da confiança numa lógica consequencialista da ponderação de interesses faria do instituto algo extremamente maleável e adaptável aos interesses do momento, de modo similar à sua versão como regra da experiência, predicado que é elogiado por Brinkmann (cf. *supra*, 1.2). Dessa forma, muito do que foi ali criticado (cf. 1.2.1) também tem lugar aqui: é no mínimo duvidoso fundar as bases do princípio da confiança em algo tão frágil e maleável. O que parece aqui fundamental é que a lógica consequencialista não opera em termos de justo/injusto, mas sim de útil/inútil

---

<sup>30</sup> Idem. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 122-123.

<sup>31</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. Deveres e direitos – relação jurídica e imputação. Trad. Adriano Teixeira. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 62.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>33</sup> Cf. GRECO, Luís. *Lo vivo...* op. cit., p. 114 e ss.

ou preferível/não preferível. O grande problema disso reside na seguinte questão: em algumas hipóteses, não seria *injusto* tirar do cidadão a possibilidade de confiar? Uma resposta em sentido positivo, o que parece intuitivamente correto, reconhece que, em alguma medida, há razões deontológicas que fundamentam o princípio da confiança. Se essa intuição será ou não confirmada, é algo a ser aferido *infra*, no segundo capítulo.

#### 1.4 O princípio da confiança como derivação do princípio da autorresponsabilidade

Segundo alguns autores, o princípio da confiança seria uma decorrência lógica do princípio da autorresponsabilidade<sup>34</sup>. A ideia geral seria que num Estado de Direito é imperativo respeitar a imagem do ser humano como indivíduo autônomo, detentor de autonomia moral. Dessa forma, devido ao fato de o ordenamento jurídico ter a missão última de garantir as esferas de liberdade individuais, a conclusão lógica seria que não há razões, de uma perspectiva *prima facie*, para imputar a alguém algo que é de responsabilidade de um terceiro. Nesse contexto, o princípio da confiança decorreria justamente do princípio geral da autorresponsabilidade. Veja-se que, ao contrário da ponderação de interesses, o argumento do caráter responsável de terceiros possui natureza deontológica. Em vez de uma avaliação de conveniência acerca da responsabilização de alguém, aqui entra em cena considerações de justiça: não se pode responsabilizar alguém por um ato autônomo de um terceiro. Dentro desse pensamento, existem proposições distintas.

Uma constelação de autores que trabalham sob o marco teórico do funcionalismo sistêmico aduz que o princípio da confiança funciona como uma espécie de delimitador negativo do dever objetivo de cuidado, na medida em que estabelece de forma clara quais

---

<sup>34</sup> Seguem essa linha de pensamento: GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 80-83; MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. 1ª ed. Madri: Civitas, 2009; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhedo. O princípio da confiança como instrumento delimitador da autoria nos crimes negligentes perpetrados pelos profissionais de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 69-86, 2012, p. 79; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Breves considerações acerca dos elementos estruturantes do ilícito-típico nos crimes culposos: o princípio da confiança. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, São Paulo, v. 15, n. 85, p. 88-98, 2014; *Idem*; BURGEL, Letícia. A teoria do incremento do risco e os elementos estruturantes do ilícito-típico culposo. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 21, p. 62-79, 2016; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 334. Vale observar que CALLEGARI, André Luís. O princípio da confiança no direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 78, p. 3, 1999 não expressa nominalmente o princípio da autorresponsabilidade, mas aponta que o princípio da confiança está relacionado “com o comportamento de uma pessoa livre e responsável”. Vale observar novamente a posição mista de Jakobs (cf. *supra*, nota nº 11).

são os âmbitos de competência de cada indivíduo<sup>35</sup>. Dessa forma, ao delimitar os âmbitos de competência pelo controle de riscos, o princípio da confiança autorizaria ao indivíduo confiar que os demais cidadãos controlarão os riscos de sua competência, de modo que, se a pessoa age controlando os riscos inerentes à sua esfera de responsabilidade, pode ela confiar que o outro fará o mesmo, não podendo o fato ser a ela imputado se o terceiro agir contrariamente ao dever.

Todavia, não são raras as vezes que os defensores do princípio da confiança como decorrência da autorresponsabilidade sustentam argumentos de natureza consequencialista. Por exemplo, Stratenwerth<sup>36</sup> e Jakobs<sup>37</sup> apontam para a importância do princípio da confiança como viabilizador dos trabalhos em equipe, sendo que o primeiro chega a afirmar que o médico que tivesse que se atentar para todas as ações dos demais integrantes de equipe estaria, de fato, imune ao risco de uma responsabilização penal, mas, por outro lado, não seria um bom médico. Dessa forma, alude-se à utilidade do princípio da confiança como viabilizador das atividades que envolvem uma divisão de tarefas. Se esse argumento é posto somente como reforço argumentativo ou se faz parte do núcleo do pensamento dos citados autores, é algo que fica aqui em aberto.

#### 1.4.1 O argumento misto de Feijóo Sánchez

Dentro da constelação de autores que defendem a ideia de autorresponsabilidade como fundamento do princípio da confiança, convém expor especificamente a proposição de Feijóo Sánchez<sup>38</sup>. A peculiaridade do pensamento do autor espanhol reside no fato de que ele não se ancora exclusivamente na ideia de autorresponsabilidade, mas esta decorre de uma série de razões que serão expostas abaixo e que têm como principal influência a concepção sistêmica original de Jakobs e, por derivação lógica, a teoria de Luhmann. Todavia, como o leitor poderá observar abaixo, o pensamento de Feijóo Sánchez não se limita àqueles citados autores.

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 276-278.

<sup>36</sup> STRATENWERTH, Günther. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht. In: BOCKELMANN, Paul; GALLAS, Wilhelm (orgs.). *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*. 1ª reimpressão. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, p. 388.

<sup>37</sup> JAKOBS, Günther. Derecho penal... op. cit., p. 254-255.

<sup>38</sup> Faço referência, neste tópico, às ideias contidas em FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 21, n. 69, p. 37-76, 2000.

O autor espanhol inicia a sua proposição asseverando que há um pressuposto valorativo mínimo decorrente da ideia de Estado de Direito: que os cidadãos devem reconhecer-se mutuamente como iguais, de modo que somente num estado de natureza seria possível comportar-se pensando exclusivamente em si mesmo, sem considerar os demais<sup>39</sup>. Com isso, surge a ideia de liberdade normativa, que, numa sociedade organizada, toma lugar em detrimento daquela “liberdade selvagem” do estado de natureza, sendo essa liberdade normativa derivada de uma “reciprocidade vinculante”, da qual o direito constitui-se pela comunicação entre os iguais<sup>40</sup>. Dessa igualdade deriva a ideia de que os indivíduos reconhecem a capacidade dos demais de comportarem-se conforme normas e valores, o que tem como consequência o fato de que um indivíduo, por ser livre e responsável, reconhece que os demais também podem agir de forma livre e responsabilizar-se por seus atos<sup>41</sup>.

O autor observa que esse reconhecimento deixa de ser individualizado na medida em que uma sociedade se torna complexa, onde o reconhecimento converte-se em algo difuso, deixando de ser dirigido aos demais indivíduos para direcionar-se às normas de comportamento<sup>42</sup>. Além disso, Feijóo Sánchez assevera que o Estado de Direito está ancorado no princípio da autonomia, autorresponsabilidade ou autodeterminação dos cidadãos, onde estes definem-se como tais, tendo competência exclusiva pelas próprias decisões<sup>43</sup>. O autor aponta que a garantia da liberdade individual não seria possível sem a atribuição de responsabilidade de cada cidadão, de modo que haverá sempre uma relação de equivalência entre liberdade e responsabilidade<sup>44</sup>.

Dessa forma, para preservar essa desejada autonomia individual, seria necessário garantir a estabilização de certas expectativas normativas, de modo que as pessoas possam saber o que esperar dos demais cidadãos<sup>45</sup>. Sem assegurar tais expectativas normativas, não seria possível, portanto, a vida numa sociedade organizada, mas somente no caos<sup>46</sup>. O princípio da confiança como princípio geral do direito estaria, portanto, assentado em duas bases: (i) o respeito à autorresponsabilidade individual como condição necessária de um

---

<sup>39</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 39-40.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 40. No mesmo sentido, NOYA RIOBÓ, José Antonio. El principio de confianza en la moderna dogmática penal y su influencia en la división de trabajo. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 407-444, 2017, p. 420. Aduz que, num sistema social organizado, “a confiança pessoal transforma-se necessariamente em confiança no sistema.” (Tradução livre).

<sup>43</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 40.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 42.

Estado de Direito e (ii) a necessidade de garantir a liberdade dos cidadãos por meio da estabilização das expectativas normativas.

#### 1.4.1.1 Avaliação da proposição de Feijóo Sánchez

A proposta de Feijóo Sánchez é digna de elogios e críticas. Como abaixo será exposta uma crítica global à fundamentação do princípio da confiança na ideia de autorresponsabilidade, não o farei neste tópico. Em vez disso, comentarei o que há de específico na proposta do professor espanhol, que é, portanto, a segunda base: o princípio da confiança como pressuposto lógico de um sistema que garanta as liberdades individuais por meio das expectativas normativas. A ideia do professor espanhol pode ser bipartida da seguinte forma: (i) de um lado, há a influência do sistema funcionalista sistêmico pensado por Jakobs e, (ii) de outro, a ideia, derivada da teoria do contrato social, de diferenciar uma sociedade organizada de um hipotético estado de natureza. A opção por avaliar a proposição de Feijóo Sánchez de forma individualizada possui dupla utilidade: em primeiro lugar, tenho a oportunidade de tecer alguns comentários sobre o sistema funcionalista de Jakobs; e, em segundo lugar, posso já indicar alguns méritos da segunda parte da proposição, referente à concepção do contrato social, que servirá como preparação para as reflexões a serem feitas no capítulo seguinte.

O problema fundamental da concepção sistêmica é o local dedicado às expectativas normativas. Se, por um lado, parece ser evidente que, sem poder esperar um nível mínimo de civilidade, seria difícil até sair de casa, por outro, isso não significa que se deva elevar essa expectativa ao *status* de um fim em si mesmo, que é o que parece ser feito pela concepção sistêmica. Em outras palavras, uma coisa é dizer que a confiança na norma é um meio para garantir o objetivo estatal de criação de um ambiente propício a um convívio livre e pacífico, e outra coisa é afirmar que a expectativa na vigência da norma é em si o valor a ser protegido pelo direito. Parece haver, aqui, um certo salto lógico, pois não é de nenhuma forma evidente que se deva elevar de tal forma a expectativa na vigência da norma<sup>47</sup>. Ocorre, dessa forma, uma formalização do conceito de direito penal, o que levaria ao absurdo de igualar, por exemplo, o sistema penal de um Estado de Direito com o sistema penal de um regime autoritário. Que o direito penal, para ser de um Estado de Direito, deve ser diferente

---

<sup>47</sup> Em sentido semelhante, GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39.

de um direito penal de um outro modelo de Estado, parece ser algo evidente a partir do próprio conceito de Estado de Direito. É a própria ideia de Estado de Direito que irá influenciar todos os ramos do sistema jurídico, de modo que um direito penal de um Estado de Direito será *per definitionem* distinto de um direito penal de um modelo estatal diverso.

Essa ideia, se levada às últimas consequências, conduziria a resultados manifestamente inaceitáveis, como, por exemplo, a punição de um inocente, desde que seja algo necessário para proteger as expectativas normativas. Se os partidários dessa corrente não defendem medidas como a punição de um inocente, eles terão necessariamente de incluir razões alheias à ideia geral de proteção das expectativas normativas. Isso ocorre em razão do erro fundamental já apontado, de se elevar indevidamente o *status* da confiança na vigência da norma. No que tange ao princípio da confiança, o funcionalismo sistêmico converte algo que, a princípio, é uma questão epistemológica – a possibilidade de confiar na conduta correta de um terceiro – em algo exclusivamente normativo<sup>48</sup>. Sendo algo exclusivamente normativo, a cognoscibilidade do agente parece perder relevância. Seguindo essa ideia até suas últimas consequências, seria necessário, por exemplo, afirmar a possibilidade de confiar mesmo que na presença de elementos concretos de que o terceiro agirá contrariamente ao dever – algo que Feijóo Sánchez<sup>49</sup> não fez –, bem como excluir os conhecimentos especiais do agente da equação<sup>50</sup>.

Por outro lado, o contraponto entre estado de natureza e sociedade organizada possui um mérito de *ordem metodológica*: imaginar um hipotético estado natural significa vislumbrar um hipotético mundo sem um ordenamento jurídico que vincule condutas, de modo que permite visualizar facilmente o que faltaria numa sociedade organizada. O esforço argumentativo dos teóricos contratualistas tem sido no sentido de tentar indicar o que há numa sociedade organizada que faz dela uma opção melhor do que um mundo sem ela. Dessa

---

<sup>48</sup> O normativismo extremo do funcionalismo sistêmico é objeto de diversas críticas. Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, v. 3, n. 3, p. 13-26, 2010; GRECO, Luís. Cumplicidade... op. cit., p. 37-42; Idem. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung; zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005, p. 538-545.

<sup>49</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 60-63.

<sup>50</sup> O próprio Jakobs, baseando-se no princípio *cogitationes poenam nemo patitur*, aduz que o conhecimento especial é algo que pertence ao âmbito interno e não socialmente relevante, de modo que deveria ser excluído da imputação objetiva. Sobre isso, cf. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. In: *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 212 e ss.; Idem. Representación del autor e imputación objetiva. Trad. Carlos J. Suárez González. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 44, n. 2, p. 493-513, 1991. Argumentando que o princípio *cogitationes poenam nemo patitur* não leva à exclusão dos conhecimentos especiais na imputação objetiva, GRECO, Luís. Das Subjektive... op. cit., p. 540-542.

forma, é possível identificar com clareza quais elementos são necessários para que se possa afirmar que há uma sociedade organizada, e não um estado natural. Essas razões, bem como as possíveis críticas, serão expostas com mais detalhes no local adequado (cf. o capítulo 2).

#### 1.4.2 Avaliação crítica da autorresponsabilidade como fundamento do princípio da confiança

Algumas críticas a essa ideia são possíveis. Um primeiro caminho seria questionar o papel atribuído ao princípio da autorresponsabilidade no momento da imputação de primeiro nível<sup>51</sup>. A título explicativo, a imputação de primeiro nível corresponde à ação concreta examinada, isto é, trata-se de questionar se uma conduta concreta é típica de acordo com certas regras de comportamento<sup>52</sup>. Por outro lado, a imputação de segundo nível está num plano mais abstrato e geral, que diz respeito à questão da culpabilidade: trata-se de questionar sobre o “merecimento” de pena segundo regras específicas que não dizem respeito ao comportamento do agente, mas ao próprio agente como ser dotado de liberdade, tendo como pressuposto lógico a constatação prévia de que o indivíduo em questão praticou um injusto<sup>53</sup>. Isso significa dizer que, portanto, há uma diferença entre questionar se o agente é responsável pelo ato por ele praticado e se o agente realmente praticou o ato. Seria, conforme assevera Greco<sup>54</sup>, um salto lógico sustentar que o princípio da responsabilidade pode influenciar na imputação de primeiro nível, na medida em que a questão que se coloca não é se ele é penalmente responsável pelo seu ato, mas se o seu ato é típico.

Concretamente, isso significa que recorrer meramente à responsabilidade do terceiro para fundamentar o princípio da confiança não satisfaz em inúmeros casos. Conforme corretamente observado por Siqueira<sup>55</sup>, a mera autorresponsabilidade do terceiro não autoriza o agente a agir confiando naqueles casos em que seja perceptível que esse terceiro irá agir contrariamente ao dever. Para constatar isso, basta observar que o ordenamento jurídico não permite que se contribua a atos ilícitos cometidos por terceiros, o que é

---

<sup>51</sup> Terminologia usada por HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Trad. Francisco Baldó Lavilla. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 11-29 e seguida por GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís et al (orgs.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 206-207.

<sup>52</sup> Cf. HRUSCHKA, Joachim. Op. cit., p. 16-21.

<sup>53</sup> Cf. Ibidem, p. 21-23.

<sup>54</sup> GRECO, Luís. Domínio da organização... op. cit., p. 206-207.

<sup>55</sup> SIQUEIRA, Flávia. Princípio da confiança... op. cit., p. 100.

facilmente verificável a partir de uma rápida leitura no diploma do concurso de agentes contido no Código Penal (CP)<sup>56</sup>. Além disso, ter-se-ia que afastar a possibilidade de confiar em todas as pessoas que não forem consideradas formalmente responsáveis pelo ordenamento jurídico. Isso significaria, por exemplo, a impossibilidade de um motorista em confiar que o adolescente de dezessete anos não irá atravessar imprudentemente a pista quando o sinal para pedestres está fechado, mesmo que esse adolescente não tenha dado sinais prévios de que agiria contrariamente ao dever.

Segundo vejo, a autorresponsabilidade somente será um argumento relevante para afastar a imputação nos casos de autocolocação em perigo ou heterocolocação em perigo consentida. Isso porque, nessas constelações de casos, o terceiro em questão é o detentor do direito subjetivo sobre o bem jurídico em perigo, de modo que o detentor do direito tem a possibilidade legítima de dispor sobre ele<sup>57</sup>. Todavia, os casos em que incide o princípio da confiança não se limitam àqueles em que o próprio terceiro que errou se lesiona, ocorrendo, em muitas das vezes, a lesão de uma outra pessoa que não agira incorretamente. Assim, já *a priori* não se pode equiparar o princípio da confiança com os casos de auto ou heterocolocação em perigo. Ademais, a autorresponsabilidade terá relevância para o próprio diploma do concurso de pessoas, o que vai ser relevante para determinar se alguém é autor ou partícipe de um delito, mas jamais para afastar a imputação<sup>58</sup>.

Segundo vejo, todos os argumentos aqui aduzidos somente indiciam a incompatibilidade entre autorresponsabilidade e princípio da confiança, não explicando

---

<sup>56</sup> Se se aplicasse o princípio da autorresponsabilidade na imputação de primeiro nível no mesmo sentido que é empregado por alguns para fundamentar o princípio da confiança, dificilmente seria possível responsabilizar os partícipes. Isso porque se a autorresponsabilidade do terceiro é uma barreira para a imputação de primeiro nível de alguém, ter-se-ia no mínimo que explicar por que, no plano objetivo, há diferenças entre os casos de princípio da confiança e os casos de instigação ou cumplicidade. Além disso, o diploma da coautoria seria amplamente modificado no que concerne à comunicabilidade dos atos praticados entre os coautores. Veja-se a hipótese em que A e B cometem o crime de roubo, situação onde A pratica a grave ameaça e B executa a subtração do bem móvel. Nessa hipótese, levando-se a sério essa aplicação do princípio da autorresponsabilidade, ter-se-ia que responsabilizar A pelo delito de ameaça e B por furto, em vez da tradicional imputação de roubo a ambos.

<sup>57</sup> Não posso aqui dissertar com mais profundidade acerca da questão da autocolocação em perigo ou da heterocolocação em perigo consentida, pois extrapolaria os limites deste estudo. Posso indicar, todavia, que esses institutos possuem fundamento no antigo princípio liberal segundo o qual o Estado não pode intervir em assuntos privados, isto é, onde direitos não estão em risco, na medida em que a disponibilidade é uma das características de um direito subjetivo. Sobre isso, cf. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 153: “qualquer interferência do Estado em assuntos particulares – em que não ocorra qualquer violência aos direitos individuais – deveria ser absolutamente condenada.”

<sup>58</sup> Que uma teoria do concurso de pessoas não pode fundamentar o “se” da imputação, mas somente o “como”, é algo evidente. Sobre isso, por todos, cf. LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 47-90, 2014, p. 56.

precisamente o conteúdo dessa incompatibilidade. Acredito que, para realizar isso, um segundo argumento pode ser empreendido. Para tanto, veja-se, primeiramente, que nem sempre o agente tem consciência dos atributos pessoais do terceiro. Pense-se no motorista que percorre uma curva fechada, ficando impossibilitado de visualizar que uma pessoa estava atravessando a rua imprudentemente. O simples fato de essa pessoa ser ou não responsável não pode, nessa constelação de casos, ser decisivo para afirmar ou negar a possibilidade de confiar, tendo em vista que nem sequer era possível para o agente ter conhecimento desse dado. Para resolver o problema do desconhecimento, poder-se-ia simplesmente recorrer ao diploma do erro de tipo, o que, todavia, não responderia à questão fundamental: por que o agente está autorizado a partir do pressuposto de que pode confiar? É a partir desse problema que é possível verificar por que o princípio da autorresponsabilidade não fundamenta o princípio da confiança: a insuficiência da autorresponsabilidade para resolver os casos em que não se conhece o *status* do terceiro explicita que o princípio da confiança, por um lado, opera no plano da epistemologia e o princípio da autorresponsabilidade, por outro, tem natureza ontológica. Em outras palavras, a avaliação da possibilidade de confiar deve trabalhar com dados do conhecimento do agente e a autorresponsabilidade exige que se pressuponha que o agente sempre sabe<sup>59</sup>. Todavia, há um ponto fundamental e que muitas vezes é negligenciado no debate sobre o princípio da confiança: quem tudo sabe não precisa *confiar*<sup>60</sup>. É possível replicar que não seria necessário saber tudo, mas somente os dados acerca da pessoa do terceiro. Essa réplica, todavia, ainda não responderia por que o agente pode confiar nos casos em que ele não conhece as características do terceiro. Por essas razões, o princípio da autorresponsabilidade não justifica a existência do princípio da confiança.

## 1.5 Panorama das reflexões presentes no primeiro capítulo

Agora, cabe aqui traçar um breve panorama do que foi estudado neste primeiro capítulo, para, após, prosseguir com as necessárias reflexões. O princípio da confiança, ao

---

<sup>59</sup> Já Aristóteles explicitara essa diferença: “o objecto do conhecimento é anterior ao conhecimento, pois comumente adquirimos conhecimento do que já existe, sendo difícil, senão impossível, haver conhecimento simultâneo do seu objecto. Se eliminarmos o objecto do conhecimento, anulamos o conhecimento em si mesmo, mas a eliminação do conhecimento não anula o seu objecto. Com efeito, se deixasse de haver objecto de conhecimento, não haveria conhecimento, pois nada haveria a conhecer, mas se é o conhecimento que não há, tanto não obsta a que haja o seu objecto.” (Com a grafia do original). ARISTÓTELES. *Organon*: primeiro volume. Trad. Pinharanda Gomes. 1ª ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 74.

<sup>60</sup> Cf. *infra*, item 3.3.

longo de sua relativamente breve história de aplicação no direito penal, tem sido trabalhado sob diferentes fundamentos. Aqui, é possível traçar quatro grandes linhas argumentativas para fundamentar a possibilidade de confiar: (i) a teoria do prêmio; (ii) a imprevisibilidade da conduta do terceiro; (iii) o consequencialismo baseado na ideia de ponderação de interesses; (iv) o princípio da autorresponsabilidade.

A teoria do prêmio foi descartada pois, na melhor das hipóteses, constitui uma petição de princípio e, na pior, possui uma roupagem coletivista própria da doutrina nacional-socialista, que não se harmoniza com o respeito ao ser humano como indivíduo dotado de direitos e que deve ser respeitado. A imprevisibilidade da conduta correta do terceiro foi criticada por rebaixar a possibilidade de confiar a uma mera regra da experiência, ignorando uma ideia fortemente intuitiva de que muitas vezes é injusto não permitir que a pessoa atue confiando e, sobretudo, por também ser um argumento circular. A ideia de ponderação de interesses, apesar de possuir lugar num Estado que deve prestar contas ao cidadão e que, por isso, deve buscar ser eficiente, possui vigência limitada, haja vista que a ideia de maximização de bens não pode ser imposta ferindo direitos e garantias individuais, de modo que, para adotar tal concepção com segurança é preciso que nunca seja injusto afastar a possibilidade de confiar, o que, além de ser contraintuitivo, só pode ser adotado se não for possível observar uma boa razão deontológica. Fundar o princípio da confiança na ideia de autorresponsabilidade ignora o fato que esta última opera no plano ontológico (o que pressupõe que o agente que confia sempre pode saber da condição pessoal do terceiro, o que é evidentemente falso), enquanto o princípio da confiança opera no plano epistemológico (ou seja, o indivíduo só confia diante de um certo déficit de conhecimento) e, ademais, a autorresponsabilidade só seria suficiente para afastar a imputação no nível do injusto se se tratasse de participação em autocolocação em perigo ou heterocolocação em perigo consentida.

## 2 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DE UMA SOCIEDADE ORGANIZADA

Do capítulo anterior, pode-se constatar que não existe, até o momento, proposição apta a justificar corretamente o porquê da possibilidade de confiar. A hipótese que pretendo testar nas linhas que seguem é que, na realidade, o princípio da confiança possui relação direta com os fundamentos de uma sociedade civil organizada. Para tanto, é preciso percorrer o seguinte caminho: (i) elucidar o porquê de se utilizar a teoria do estado de natureza como recurso explicativo; (ii) fazer a devida diferenciação entre um hipotético estado de natureza e uma sociedade organizada, com especial foco na noção de Estado de Direito; e (iii) testar a hipótese a partir das reflexões anteriores.

### 2.1 Por que a teoria do estado de natureza?

Como a teoria do estado de natureza (ou estado natural) não é uma unanimidade no plano da filosofia política, é necessário, preliminarmente, justificar o porquê da opção por seu manuseio, bem como demonstrar que as críticas feitas a ela são, no mínimo, irrelevantes para a finalidade desta investigação. Dessa forma, o presente tópico tem como objetivo tecer breves comentários acerca das principais críticas feitas à teoria para, em seguida, apontar as razões a favor de seu uso. Como as diversas proposições contratualistas possuem divergências entre si, neste tópico somente serão observadas as críticas existentes às linhas gerais da corrente contratualista. Com isso em mente, existem, segundo vejo, duas constelações principais de críticas: (i) aquelas que criticam a força normativa da concepção contratualista como critério fundamental da constituição de um Estado; (ii) as que refutam a ideia fática de contrato social.

Na primeira constelação de críticas, tem destaque a concepção hegeliana<sup>61</sup> de que não se poderia recorrer a um estado de natureza como método explicativo para a legitimidade de um Estado. Isso ocorre porque no estado de natureza o ser humano viveria numa situação de violência e de submissão pela força, de modo que se, por um lado, a saída do estado de

---

<sup>61</sup> Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Lectures on the history of philosophy: the lectures of 1825-1826*. Vol. III. Trad. R. F. Brown e J. M. Stewart, com a assistência de H. S. Harris. Oakland: University of California Press, 1990, p. 170-178 e 180-185; KONZEN, Paulo Roberto. Hegel e os conceitos hobbesianos de estado de natureza (Naturzustand) e de natureza humana (Natur des Menschen). *Clareira: Revista de Filosofia da Região Amazônica*, Porto Velho, v. 3, n. 1, p. 122-141, 2016; RAMOS, Cesar Augusto. Hegel e a crítica ao estado de natureza do Jusnaturalismo moderno. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, p. 89-104, 2011.

natureza representaria um momento necessário e legítimo da passagem da “consciência-de-si submersa no desejo e na singularidade ao estado da consciência-de-si universal”<sup>62</sup>, por outro, isso não justifica, de nenhum modo, a existência do direito. Isso porque, para o citado filósofo, o único direito natural existente é aquele proveniente da força e da violência, devendo-se sair desse estado.

Hegel não só se aproxima muito mais de uma concepção hobbesiana de estado de natureza em detrimento do bom selvagem pensado por Rousseau, mas chega a afirmar categoricamente que a visão de Hobbes sobre o estado de natureza é a correta<sup>63</sup>. O filósofo alemão sustenta que, citando Hobbes, o estado de natureza é um estado de *desconfiança* e de guerra de todos contra todos<sup>64</sup>. Dessa forma, apesar de Hegel criticar a teoria do estado de natureza como *explicação* do dever ser estatal, há, na sua proposição, espaço para a possibilidade de uma construção da fundamentação da confiança como elemento diferenciador entre o hipotético estado de natureza e uma sociedade civil organizada. Isso ficará mais claro no momento da análise do estado de natureza hobbesiano, já que, no fim das contas, é a concepção que Hegel parece adotar, mas não como fundamentação do Estado. Com isso, a crítica hegeliana, segundo vejo, parece não impedir a reflexão a ser feita abaixo (cf. 2.2 e 2.3) sobre os fundamentos da possibilidade de confiar em uma sociedade organizada.

Em outras palavras, a crítica acima, no sentido de que a figura do estado natural não pode explicar a legitimidade do direito, não retira a possibilidade de contrapor estado de natureza e sociedade organizada, de modo a buscar os elementos necessários desta última. O que busco aqui é somente exercer um juízo hipotético de contraposição entre ambas as figuras, objetivando buscar aquilo que é *conditio sine qua non* para a existência de uma sociedade organizada no seu sentido conceitual. Com isso, quero dizer que não busco fazer um juízo *descritivo* de uma sociedade concreta e historicamente situada, mas sim *prescritivo*, no sentido de afirmar o que deve estar contido no conceito ideal de sociedade organizada. Se, no mundo da vida, há ou não há determinado elemento de um juízo prescritivo, isso é uma razão para criticar aquele estado de coisas. É importante notar que sem ter em mente o *dever ser*, a tarefa de criticar o *ser* torna-se, no mínimo, muito difícil. Isso porque, sobretudo no direito, é preciso adotar um sistema de valores (no sentido do que é ou não correto) para

---

<sup>62</sup> Tradução a cargo de KONZEN, Paulo Roberto. Op. cit, p. 92, de um trecho da obra “*Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*”, de Hegel.

<sup>63</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 181.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 181.

poder avaliar qualquer objeto. Ademais, como não busco aqui fundamentar a legitimidade da sociedade organizada com base na teoria do estado de natureza, seria despiendo entrar nesse debate, que é próprio da área mais ampla da filosofia política. Essa tarefa, certamente, extrapolaria os limites do presente trabalho, que possui o objetivo de investigar a correção da seguinte hipótese: a possibilidade de confiar na conduta correta de terceiros, salvo na presença de elementos que indiquem o contrário, é um elemento necessário do conceito de sociedade organizada.

Uma segunda constelação de críticas foca na incorrência, no mundo dos fatos, de um contrato, livre, legítimo e abrangente, constitutivo da sociedade. Em outras palavras, questiona-se não só a existência de um contrato social, mas, no caso da sua ocorrência, a legitimidade das suas condições (se todos participaram da celebração, se esta foi livre, se é idônea para incluir gerações futuras etc)<sup>65</sup>. Todavia, nesta sede, utilizo o estado de natureza não como uma teoria de caráter fático-histórico (isto é, se ocorreu ou não em algum momento da história), mas de um recurso lógico-explicativo em sentido análogo às proposições, por exemplo, de Kant<sup>66</sup>, Nozick<sup>67</sup> e Rawls<sup>68</sup>. A diferença é que, nesta sede, em vez da reflexão acerca da superioridade ou não do Estado em relação à anarquia<sup>69</sup>, utilizo a teoria para identificar o que está presente numa sociedade organizada e não num hipotético estado de natureza. Dessa forma, o debate acerca da correção da ideia descritivo-histórica de um legítimo contrato social não influencia as reflexões a serem feitas nesta sede.

Isso ocorre porque da comparação entre uma sociedade organizada e um hipotético estado de natureza decorre a possibilidade de extração dos elementos necessários para a existência da primeira. Em outras palavras, diferenciando-se os conceitos abstratos de sociedade organizada e de estado de natureza, descobre-se o que *deve existir*<sup>70</sup> em qualquer sociedade organizada. Se não houvesse diferenças entre os dois institutos, tratar-se-ia de duas coisas idênticas, o que seria evidentemente falso. Com isso, somente quando se localiza

---

<sup>65</sup> Cf. SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 142.

<sup>66</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 62-65 e 126-127.

<sup>67</sup> Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, 18-24, especialmente a partir da p. 21.

<sup>68</sup> Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12-24 e 127-136.

<sup>69</sup> “A questão fundamental da filosofia política, que precede qualquer outra sobre como o Estado deve ser organizado, é se ele deve ou não realmente existir. Por que não temos a anarquia? Uma vez que a teoria anarquista, se sustentável, põe por terra todo o assunto da filosofia política, é conveniente iniciar a filosofia política com um exame de sua maior alternativa teórica.”. NOZICK, Robert. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>70</sup> No sentido do que é correto que exista e não do que é necessário (no seu sentido fático) que exista.

as diferenças entre dois objetos é possível dizer que estes são coisas diferentes e, portanto, não idênticas<sup>71</sup>, de modo que, tratando-se, pelo contrário, de duas situações pretensamente antagônicas (uma sociedade organizada *versus* um mundo sem organização), é possível inferir os elementos necessários de uma por meio desse procedimento de diferenciação. Ademais, as doutrinas contratualistas não estão necessariamente viciadas pelo coletivismo normativo já criticado nesta sede (cf. 1.1.1), tratando-se de teorias que normalmente possuem como pressuposto o individualismo normativo aqui defendido<sup>72-73</sup>.

Portanto, a opção pelo exame de teorias contratualistas possui caráter *explicativo*, no sentido de que não tomarei posição no debate de nível da filosofia política acerca da fundamentação da existência do Estado, mas somente usar as exposições de autores da tradição do contrato social como recurso explicativo para a fundamentação do princípio da confiança. Isso porque, segundo vejo, a própria estrutura da argumentação dos teóricos do contrato social facilita o entendimento sobre o conceito de sociedade organizada. O contraponto entre sociedade organizada e estado de natureza permite ter mais clareza no momento de definir as condições necessárias do conceito de sociedade organizada, pelas razões acima aduzidas. Portanto, se, por um lado, seria possível definir os elementos de uma sociedade organizada sem o recurso ao estado de natureza, por outro, esse contraponto facilita a definição. Disso deriva que não é necessário aderir a uma teoria contratualista para filiar-se ao argumento que irei propor à frente.

## 2.2 Estado de natureza *versus* sociedade civil organizada

Feitas as considerações introdutórias, torna-se possível refletir sobre as diferenças entre um hipotético estado de natureza e uma sociedade organizada. A partir dessa reflexão, o caminho fica pavimentado para o estabelecimento das condições necessárias para a

---

<sup>71</sup> Para a devida compreensão dos conceitos de identidade, semelhança e diferença, cf. SANTOS, Mário Ferreira dos. Op. cit., p. 38-44.

<sup>72</sup> Que a doutrina contratualista busca justificar a sociedade em razão do indivíduo, já é algo amplamente conhecido. Exemplificativamente, cf. REALE, Miguel. O contratualismo - posição de Rousseau e Kant. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 37, p. 118-150, 1942, p. 119, 123.

<sup>73</sup> Sem embargo da nota anterior, não desconheço o debate acerca da presença de características coletivistas em algumas teorias contratualistas pontuais – como ocorre, por exemplo, no debate sobre a teoria de Pufendorf (cf. *infra*, 2.2) –. Todavia, o leitor poderá confirmar que as reflexões empreendidas neste trabalho possuem como ponto de partida fundamental a dignidade humana, tendo como pressuposto inegociável a necessidade de justificação de qualquer ato estatal perante aqueles que são diretamente afetados pela medida. Aqui, busco seguir o aduzido por Pfordten: “política e direito devem ser justificados somente com referência aos indivíduos afetados por suas ações – assim prescreve o princípio do individualismo normativo.” (PFORDTEN, Dietmar von Der. Op. cit., p. 172).

existência de alguma forma de organização que, no caso brasileiro, está materializada no modelo de um Estado de Direito. Veja-se que nem toda sociedade organizada é um Estado de Direito, mas todo Estado de Direito deve ser considerado uma forma de sociedade organizada. Pode-se dizer, portanto, em linhas bastante gerais, que o Estado de Direito é um tipo de sociedade organizada onde todos os cidadãos estão submetidos à ideia de império da lei (*rule of law*) e ao respeito aos direitos subjetivos. Por ser um tipo de sociedade organizada, a decorrência lógica disso é que todos os elementos necessários desta estão também presentes no Estado de Direito. Abaixo serão brevemente expostas as principais proposições contratualistas, focando-se somente no que interessa para o presente trabalho: a questão da possibilidade de confiar como diferença fundamental entre o estado de natureza e uma sociedade organizada. É importante o leitor observar que após a exposição de cada teoria que opto por elencar, faço um escrutínio do que é possível inferir da proposição teórica em relação ao tema aqui estudado. Desse modo, as apreciações das teorias de cada pensador selecionado passam por dois momentos: (i) a exposição do pensamento do autor; (ii) a minha própria valoração sobre a teoria apresentada e como a confiança entra na equação.

Primeiramente, a desconfiança é um motivo central para a fundamentação hobbesiana da existência de um Estado<sup>74</sup>, conforme o leitor já pôde inferir da breve exposição sobre a concepção hegeliana feita *supra* (cf. 2.1). Ao contrário do que se diz acerca da teoria de Hobbes sobre o estado de natureza, o homem, nesse estado, não é necessariamente mau. Ocorre que, segundo pensa o filósofo inglês, no estado de natureza o homem busca instintivamente prazeres. Entretanto, diferentemente dos animais, o ser humano é dotado de razão, o que o leva ao desejo não de qualquer prazer, mas de um prazer absoluto<sup>75-76</sup>. Essa busca pelo prazer absoluto, aliada à vaidade inerentemente humana, gera

---

<sup>74</sup> “Assim, existem na natureza humana três causas principais de disputa: competição, desconfiança e glória”. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Rosina D’Angina. 1ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 108. “O Estado artificial, que em si mesmo é mais perfeito, tem origem quando os dois oponentes são ambos tomados de medo por suas vidas, vencem a vaidade e a vergonha de confessar seu medo, e reconhecem como seu inimigo real não o rival, mas ‘aquele terrível inimigo da natureza, a morte’, que, enquanto inimigo comum, os força a compreensão, confiança e união mútuas, outorgando-lhes assim a possibilidade de completar a fundação do Estado com o propósito de fornecer as salvaguardas no mais longo prazo possível, contra o inimigo comum.”. STRAUSS, Leo. *A filosofia política de Hobbes: suas bases e sua gênese*. Trad. Élcio de Gusmão Verçosa Filho. 1ª ed. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 61.

<sup>75</sup> Isso ocorre, segundo Hobbes, porque a única forma de se garantir o poder e os meios para viver bem é buscando cada vez mais poder. Cf. HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 88.

<sup>76</sup> É interessante notar, apesar de não fazer parte da teoria hobbesiana, que a própria atividade racional, inerente à espécie humana, parece tender ao absoluto, conforme observa SANTOS, Mário Ferreira dos. Op. cit., p. 185: “Resumindo: tudo o que é é; todos os seres são. O Ser é a identidade absoluta na qual se encontram todos os seres. O Ser é homogêneo, idêntico, único, perfeito. Identidade absoluta é também o singular absoluto, porque é irreduzível a qualquer outro e todas as coisas dele participam ou não são. E assim o conceito supremo que a

um estado constante de imprevisibilidade, onde está presente o medo da morte<sup>77</sup>. Para Hobbes, no entanto, o maior mal não é a mera morte, mas aquela morte aliada a uma sensação de dor profunda, torturante. É o medo da morte violenta, portanto, que está presente como o pior risco no estado de natureza. Para superar esse problema, o homem tem duas alternativas: eliminar as ameaças<sup>78</sup> (isto é, os outros indivíduos, seus assassinos em potencial) ou fazer um acordo<sup>79</sup>. A opção de eliminar o seu assassino em potencial nunca resolveria o problema, haja vista que, no estado de natureza, todos são ameaças para todos. Assim, cada indivíduo passaria a vida toda dominado pelo medo, sem resolver o problema. O acordo, no entanto, resolve a questão do medo de forma permanente, constituindo a sociedade civil organizada, onde cada indivíduo alia-se aos demais contra o seu inimigo comum na natureza: o risco da morte violenta.

Para compreender melhor como isso ocorre e sua relação com o tema do presente estudo, é preciso observar as linhas gerais da lei natural na teoria hobbesiana. Para o pensador inglês, a lei natural nada mais é do que uma norma que veda a autodestruição, isto é, que determina que cada um deve agir visando à própria preservação<sup>80</sup>. Ademais, Hobbes diferencia os conceitos de direito e lei, sendo a última a obrigação de agir ou omitir, enquanto aquele é a liberdade de agir ou omitir, de modo que ambos são incompatíveis quando tratam de uma mesma matéria<sup>81</sup>. Ou seja, não pode haver uma situação fática onde um sujeito possua ao mesmo tempo liberdade e obrigação perante um bem do mundo. Estando no estado natural, o estado da guerra de todos contra todos, cada indivíduo é governado pelos próprios juízos, que, pela lei natural, levam à autopreservação, o que significa que todos têm direito a tudo, de modo que a paz é algo inviável no estado de natureza<sup>82</sup>. Portanto, em Hobbes, a

---

razão constrói em sua atividade de despojamento das singularidades, das diferenças, que, de abstrato em abstrato, chegaria ao abstrato supremo: o Ser.”

<sup>77</sup> Cf. HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 89.

<sup>78</sup> “Essa é a causa pela qual os homens, quando desejam a mesma coisa e não podem desfrutá-la por igual, tornam-se inimigos e, no caminho que conduz ao fim (que é, principalmente, sua sobrevivência e, algumas vezes, apenas seu prazer), tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros.” HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 107.

<sup>79</sup> Conforme será visto abaixo com mais detalhes.

<sup>80</sup> “A lei natural (*lex naturalis*) é a norma ou regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir sua vida ou privar-se dos meios necessários a sua preservação.” Ibidem, p. 111.

<sup>81</sup> “Assim, o direito é a liberdade de agir ou omitir, enquanto a lei obriga a agir ou omitir. Portanto, entre a lei e o direito há a mesma diferença que existe entre a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria.” Ibidem, loc. cit.

<sup>82</sup> “Uma vez que a condição humana (...) é a de guerra de uns contra os outros, cada qual governado pela sua própria razão, e não havendo algo de que o homem possa lançar mão para ajudá-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm o direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Assim, perdurando esse direito de cada um sobre todas as coisas, ninguém poderá estar seguro (por mais forte e sábio que seja) de que viverá durante todo o tempo que normalmente a Natureza nos permite viver.” Ibidem, loc. cit.

lei fundamental da Natureza é a busca da paz, enquanto a segunda lei é a da autodefesa por todos os meios possíveis<sup>83</sup>.

Em Hobbes, a citada segunda lei da Natureza significa que o homem deve renunciar ao direito amplo sobre todas as coisas presentes no mundo, para que todos os indivíduos disponham da mesma liberdade, visto que essa é a decisão necessária à paz e à autodefesa<sup>84</sup>. O acordo com vistas à paz, portanto, está contido na segunda lei natural hobbesiana e consiste em transferências e renúncias de direitos entre os indivíduos baseadas numa noção de reciprocidade<sup>85</sup>. As leis naturais hobbesianas possuem respaldo na ideia geral de que o homem sempre irá buscar os próprios interesses, com base na questão já exposta da autopreservação. Dessa forma, todas elas possuem natureza consequencialista e voltam-se a um objetivo: a manutenção da paz<sup>86</sup>. Nesse contexto, surge o Estado Leviatã como fruto de um grande pacto entre todos os indivíduos, onde eles abrem mão de seu direito sobre todas as coisas, sob a condição de que os demais farão o mesmo, e outorgam ao Estado o poder de usar da força necessária para a preservação da paz e da defesa comum<sup>87</sup>.

Abstraída a questão ontológica acerca da natureza humana, é interessante observar as consequências do pensamento hobbesiano. O medo tem origem epistemológica, somente existindo em razão de um certo déficit de conhecimento do homem acerca do porvir. Isso significa, portanto, que não seria sequer necessário dar o passo a mais dado por Hobbes: em certa medida, não importa se o ser humano é guiado por paixões ou se tende a entrar em guerra com os demais, mas somente que as contingências do mundo da vida fazem com que

---

<sup>83</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>84</sup> “Da lei fundamental da Natureza, que ordena aos homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: o homem deve concordar com a renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa.”. Ibidem, loc. cit.

<sup>85</sup> “Um homem, ao transferir um direito ou renunciar a ele, o faz levando em consideração o direito que lhe foi reciprocamente transferido, ou com a esperança de ser beneficiado.”. Ibidem, p. 113.

<sup>86</sup> Para uma leitura detalhada das demais leis naturais hobbesianas, cf. Ibidem, p. 120-133.

<sup>87</sup> “Isso significa muito mais do que consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim, *Civitas*). Essa é a geração do grande Leviatã, ou, antes (para usarmos termos mais reverentes), daquele deus mortal a quem devemos, abaixo do nosso Deus imortal, nossa paz e defesa. Em virtude da autorização que cada indivíduo dá ao Estado a usar todo o poder e força, esse Estado, pelo temor que inspira, é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz em seu país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. A essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.”. Ibidem, p. 141-142.

os indivíduos vivam, no hipotético estado de natureza, em um estado de incerteza, insegurança, desconfiança. E é, portanto, essa desconfiança, chamada por Hobbes de medo da morte, que justifica a constituição de uma sociedade organizada<sup>88</sup>. Destarte, quando se constitui uma sociedade organizada, o ganho esperado é um certo nível de confiança para que cada indivíduo possa buscar a própria felicidade segundo seus próprios valores, desde que respeitando os direitos de terceiros.

Pufendorf<sup>89</sup> parte do pressuposto de que um indivíduo, quando está sob a luz da razão, sem vícios inerentes a maus hábitos, paixões ou imaturidade, tem condições de analisar a sua própria natureza, do modo a poder concluir que possui o dever de autopreservação e que está destinado à vida social com outros indivíduos, de modo que deve ser cuidadoso para não se tornar insociável ou para não perturbar o convívio entre as pessoas, sendo precisamente isso o que ele chama de lei da natureza<sup>90</sup>. Aqui, o estado natural humano, que provém de Deus, gera certas obrigações e direitos, com o detalhe de que as obrigações vinculam os atos dos seres racionais (no sentido de imputáveis), enquanto os direitos surgem anteriormente a esse estado, tendo o seu início no momento em que aquele indivíduo pode ser considerado humano, que para Pufendorf ocorre quando o sujeito começa a viver e sentir-se como uma substância única, já no ventre de sua mãe<sup>91</sup>.

Em relação a outros homens, os indivíduos estão em estado natural quando não possuem uma autoridade comum a quem responder, não estando submetidos uns aos outros<sup>92</sup>. Para Pufendorf, não existe um estado de guerra generalizada de todos contra todos, o que seria um estado de bestas, mas sim guerras particulares em que homens se agridem ou repelem agressões, buscando uma sobreposição por meio da pura força<sup>93</sup>. O estado de paz, por outro lado, ocorre quando os indivíduos vivem tranquilamente, sem agressões e cumprindo suas obrigações perante os outros, podendo ser essa paz comum (com base

---

<sup>88</sup> Bresolin, em estudo que foca no contrato social kantiano, mas que discorre sobre a teoria hobbesiana, aduz o seguinte sobre esta última: “Soma-se a estas precondições, como consequências delas, a *competição* a qual leva os homens a atacar os demais em vista do lucro, a *desconfiança* a qual leva os homens a atacar em vista da segurança e a *glória* qual leve os homens a atacar em vista da reputação, as quais são as causas da discórdia entre os homens.” (grifos no original). BRESOLIN, Keberson. Kant e o conceito conservador de contrato social. *Veritas*, Porto Alegre, v. 62, n. 1, p. 39-64, 2017, p. 41.

<sup>89</sup> Dois trabalhos de Pufendorf serão utilizados neste estudo, cujos títulos em língua inglesa são: *Elements of Universal Jurisprudence in Two Books* e *On the Law of Nature and of Nations in Eight Books*. Ambos foram traduzidos para o inglês e publicados em conjunto em PUFENDORF, Samuel. *The Political Writings of Samuel Pufendorf*. Trad. Michael J. Seidler. Oxford: Oxford University Press, 1994. Para facilitar as citações, farei remissão diretamente ao trecho da coletânea.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 36, 102.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 103.

puramente nas leis da natureza) ou particular (com base em tratados ou acordos que definem as garantias)<sup>94</sup>. Ao contrário do que Hobbes defendera no *De Homine*, Pufendorf aduz que já no estado natural há a medida do virtuoso e do vicioso e que, se essa definição não se enquadrar num estado civil, dever-se-ia considerar isso um absurdo<sup>95</sup>.

Apesar de as leis da natureza possuírem vigência independentemente da sociedade civil, Pufendorf sustenta que ninguém está obrigado a agir conforme as leis da natureza perante aqueles que não fizerem o mesmo<sup>96</sup>. Veja-se, portanto, que há, aqui, uma certa relação lógica de mutualidade: eu só estou vinculado às leis naturais perante aqueles que as respeitarem com relação a mim. O indivíduo, portanto, pode utilizar a força contra aqueles que não agirem conforme o dever preceituado pelas leis da natureza perante ele, o que caracteriza um direito da guerra<sup>97</sup>. Por questões de segurança, todavia, todos devem estar preparados a sair do estado de guerra e voltar a agir mutuamente de acordo com as leis naturais, mas somente na medida em que não houver ataques injustos, pois a autopreservação não permite que um indivíduo leve em consideração a segurança do seu injusto agressor<sup>98</sup>.

Pufendorf observa, ademais, que a lei, ao contrário de um mero pacto ou conselho, possui fundamento na força da autoridade da qual ela emana, independentemente de o destinatário da ordem aceitá-la ou entendê-la<sup>99</sup>. Enquanto um conselho é seguido pelo seu destinatário em razão de seu conteúdo, a lei, apesar de possuir suas razões, será objeto de obediência não em razão de seu conteúdo, mas por determinação da autoridade que a prescreve<sup>100</sup>. Considerando que a lei consiste numa intervenção da liberdade de tal modo que o destinatário do comando não possui a opção de desobedecê-la, é preciso verificar o que fundamenta, então, essa perda de liberdade natural<sup>101</sup>. Para chegar a essa resposta, é preciso observar mais alguns elementos do pensamento do jusfilósofo alemão. Pufendorf afirma que são dois os pactos que estabelecem a sociedade: um é realizado entre indivíduos,

---

<sup>94</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>97</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>98</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 59, 119.

<sup>101</sup> Pufendorf afirma literalmente: “‘direito’ refere-se a uma liberdade, enquanto ‘lei’ denota um vínculo pelo qual nossa liberdade natural é restringida.” (Tradução livre). Ibidem, p. 120. Linhas abaixo, ele é ainda mais categórico: “Quem entra no estado sacrifica sua liberdade natural e se submete à soberania.” (Tradução livre). Ibidem, p. 204. Ademais, veja-se que o jusfilósofo afirma que essa intervenção sobre a liberdade natural é de ordem moral, na medida em que não há uma natural eficácia em nenhuma obrigação: “embora a eficácia natural de nenhuma obrigação restrinja tanto a liberdade natural de nossa vontade que ela não possa de fato se voltar para outras coisas.” (Tradução livre). Ibidem, p. 50.

que desejam que seus assuntos sejam administrados por um conselho comum, enquanto o outro é celebrado pelos mandatários da tarefa de administração dessas questões<sup>102</sup>. Aqui, segundo vejo, a teoria do contrato social possui caráter claramente histórico-descritivo. Isso porque Pufendorf afirma que o primeiro dos pactos requer um consenso geral entre os integrantes da sociedade<sup>103</sup>.

Pufendorf aduz que um bom cidadão é aquele que obedece prontamente aos comandos do soberano; que utiliza toda a sua força em prol do bem comum, colocando-o acima do benefício privado; que não considera nada bom para si mesmo que não seja igualmente bom ao público; que contribui para o benefício de outros cidadãos<sup>104</sup>. Aqui entendo ser bastante claro que, de fato, o pensamento do jusfilósofo alemão está dotado de um certo coletivismo normativo, que já foi criticado nesta sede<sup>105</sup>. Todavia, conforme aduz Carr<sup>106</sup>, esse tipo de argumento é claramente limitado em qualquer teoria que leve a sério direitos individuais, que é o que ocorre também com a de Pufendorf. No mínimo, é possível aduzir que, se o ser humano está destinado à autopreservação, conforme aduz Pufendorf, então não há justificativa para sacrificá-lo em nome da coletividade. Prosseguindo, o jusfilósofo alemão aduz que aquele seu modelo de bom cidadão raramente pode ser encontrado no mundo da vida: o ser humano é o mais feroz e desenfreado dos animais, estando inclinado a cometer erros e perturbar a paz da sociedade, pois os animais brutos, por um lado, não começam a brigar por motivo nenhum, mas somente quando necessário para a sua subsistência, enquanto o homem, por outro, é guiado por paixões como, por exemplo, a luxúria, o desejo por coisas supérfluas, a fúria contra terceiros, entre outros<sup>107</sup>.

Como há, nos humanos, tantas percepções e sentimentos diferentes, há uma grande margem de imprevisibilidade que *per se* já é capaz de causar preocupações<sup>108</sup>. Fora da sociedade civil há, portanto, uma ausência de segurança que ameaça aquele senso de autopreservação inerente ao ser humano. É dessa forma que Pufendorf fundamenta a

---

<sup>102</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>103</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>105</sup> “Em termos de interesse pessoal, talvez, pode não valer a pena realizar algum ato cooperativo que contribua para a provisão de algum bem coletivo. Mas se os indivíduos não raciocinam em termos de interesse pessoal apenas e levam em conta seu interesse pelos outros, eles podem encontrar a cooperação racional. Para Pufendorf, o corpo político cria efetivamente o refúgio seguro dos cidadãos sociáveis e cooperativos.”. SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. O contrato social em Pufendorf. *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, v. 21, n. 28, p. 143-163, 2009.

<sup>106</sup> CARR, Craig L. Editor's Introduction. In: PUFENDORF, Samuel. *The Political Writings of Samuel Pufendorf*. Trad. Michael J. Seidler. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 19.

<sup>107</sup> PUFENDORF, Samuel. Op. cit., p. 204-205.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 205.

constituição de uma sociedade organizada, na medida em que ela seria o único meio para preservar o bem-estar e a segurança dos cidadãos<sup>109</sup>. Destarte, não é que o ser humano tenha uma aptidão natural ao papel de bom cidadão, mas sim que a sua natureza tendente à autopreservação o leva a entrar na sociedade civil e, com treinamento e disciplina, ele torna-se capaz de viver uma vida civil decente<sup>110</sup>.

Segundo vejo, não é difícil extrair um princípio da confiança da teoria política de Pufendorf. Assim como Hobbes, Pufendorf busca uma explicação antropológica como fundamentação da teoria política, o que, segundo vejo, não parece ser um elemento necessário para a análise política. O fato de o mundo da vida ser o mundo da contingência, aliado à multiplicidade das paixões humanas, já basta para considerações constitutivas da sociedade organizada com base na ideia de prudência, que é, no fim das contas, o que Pufendorf diz. Se o ser humano tende à autopreservação – que é central na tese pufendorfiana – e se há riscos no hipotético estado natural, como uma pessoa pode exercer a sua liberdade natural com um mínimo de segurança? Nesse sentido, parece ser correto afirmar que liberdade e segurança estão numa relação de contínua tensão, de modo que a solução até então encontrada é dispor de parcela dessa liberdade natural para ganhar o equivalente em segurança para poder viver. Dessa forma, é possível, pela própria lógica de mutualidade que Pufendorf propõe, fundamentar um princípio da confiança: a perda de liberdade natural deve ser compensada com a possibilidade de confiar que terceiros agirão conforme as mesmas normas que limitam a liberdade de quem confia.

Na teoria do estado de natureza de Locke<sup>111</sup>, todos dispõem de um estado de perfeita liberdade para agir conforme o próprio juízo e dispor das próprias posses, dentro dos limites da lei da natureza, sem ter que pedir permissão a terceiros. Ademais, é um estado de igualdade, visto que todos possuem todo o poder e jurisdição e que não há razões para que criaturas da mesma espécie e nascidas na mesma posição, com as mesmas faculdades, tenham diferente tratamento<sup>112</sup>. Conforme dito, no estado de natureza vigem as leis da natureza, que derivam da razão e prescrevem que, por serem todos iguais e independentes, a ninguém está permitido violar a vida, saúde, liberdade ou patrimônio de outrem<sup>113</sup>. Ademais, a teoria lockiana prescreve que todos possuem a obrigação de autopreservação e disso deriva,

---

<sup>109</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>110</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>111</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 381-382.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 382-383.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 384.

por uma questão lógica inerente à igualdade natural, que todos possuem a obrigação de empreender todos os esforços possíveis para preservar o resto da humanidade, salvo quando a própria preservação for um impeditivo para tanto<sup>114</sup>. Em razão de todo o exposto, Locke conclui que todos são responsáveis pela execução das leis da natureza, cabendo a cada homem punir quem as transgredir, punição esta que deve estar vinculada a uma ideia de proporcionalidade, a ser medida visando à reparação da violação e o seu grau de restrição<sup>115</sup>.

Todavia, Locke observa que enquanto perdurar o estado de natureza, a entrada num estado de guerra será sempre uma possibilidade iminente, bem como, uma vez introduzido o estado de guerra, a incerteza de seu final<sup>116</sup>. Tal estado de guerra ocorre quando um indivíduo ameaça os direitos de outrem, acarretando assim um estado de inimizade e destruição, onde alguém ameaça outrem, expondo a vida de ambos<sup>117</sup>. Quando uma pessoa tenta subjugar outra, atacando a sua liberdade, de modo a tentar colocá-la sob seu poder absoluto, viola frontalmente as leis da natureza e legitima que qualquer um intervenha para fazer cessar o mal injusto, podendo inclusive usar de força letal<sup>118</sup>. Enquanto perdurar o estado de guerra, os direitos do inocente permanecem em constante ameaça, não tendo este a quem recorrer para assegurar esses direitos<sup>119</sup>. É para evitar os riscos do estado de guerra que os homens se unem em sociedade e saem do estado de natureza<sup>120</sup>. Dessa forma, havendo sociedade, há também um julgador ao qual os indivíduos poderão recorrer para garantir seus direitos quando um tal estado de guerra ocorrer<sup>121</sup>.

Ao conceituar o que é uma sociedade política ou civil, o filósofo inglês assevera que nela os indivíduos abrem mão daquele poder natural de impedir violações de direitos, para concentrá-lo naquele corpo político constituído para a proteção de direitos<sup>122</sup>. Dessa forma, o corpo político formado pela união de homens passa a ter os poderes de legislar e de decidir acerca das controvérsias que envolvam possíveis violações de direitos<sup>123</sup>. Portanto, em Locke, a diferença fundamental entre estado de natureza e sociedade civil é que somente na

---

<sup>114</sup> Ibidem, p. 385.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 385-386.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 398-399.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 395-396.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 396-397.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 399-400.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 400.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 400-401.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 458.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 458-461.

última o poder executivo está concentrado num único agente – o corpo político em si – e não mais pertence a cada indivíduo simultaneamente<sup>124</sup>.

A teoria lockiana difere substancialmente da construção hobbesiana. Locke acaba concluindo que é justamente para o momento no qual alguém precisa recorrer a um juiz garantidor de direitos – isto é, o estado de guerra – que uma sociedade civil é construída<sup>125</sup>. Todavia, acredito que o filósofo inglês poderia ter prosseguido com a sua construção. Isso porque, se o desejável é evitar os riscos do estado de guerra e, para tanto, os indivíduos abrem mão de parcela da sua liberdade<sup>126</sup>, que deixa de ser aquela liberdade perfeita do estado natural, a consequência lógica é que essa perda de liberdade sofrida por todos indivíduos deve ser compensada por um ganho igualmente geral: o de poder confiar que os demais agirão conforme o dever, salvo em casos excepcionais onde as circunstâncias concretas demonstrarem o contrário. Dessa forma, também da teoria contratualista lockiana é possível deduzir um princípio da confiança como possibilidade de partir do respeito ao dever como regra geral. É possível sustentar, inclusive, que Locke, ao asseverar que os fundamentos da constituição da sociedade civil são a segurança e a salvaguarda<sup>127</sup>, ao menos indicia que os indivíduos devem poder, em certa medida, confiar, tendo em vista que sem isso dificilmente é possível um conceito inteligível de segurança num ambiente livre. Em outras palavras, só é possível gozar dos próprios direitos de forma segura se for possível confiar que os demais não agirão contrariamente ao dever, salvo se existirem elementos concretos que indiquem o contrário.

Rousseau<sup>128</sup>, por outro lado, observa que a tranquilidade é um valor necessário, mas não suficiente para uma vida boa e justa. De nada adianta uma vida tranquila se o preço a se pagar é a submissão a situações de violação de direitos, como ocorre, por exemplo, num governo despótico. O filósofo genebrino prossegue, prescrevendo que é preciso evitar também o direito do mais forte, tendo em vista que a pura força não produz direitos<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> Ibidem, p. 460.

<sup>125</sup> Similar, MOREIRA, Ivone. *Sociedade Política e Contrato Social – As perspectivas de Locke e Burke. Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 220-233, 2006, p. 221.

<sup>126</sup> Que os indivíduos realmente perdem a liberdade absoluta do estado natural ao entrarem na sociedade civil, além de ser uma constatação óbvia do já exposto no que tange à perda do poder executivo, também pode ser inferido do fato de que Locke sustenta que nenhum homem, na sociedade civil, pode eximir-se do que está disposto na lei (LOCKE, John. Op. cit., p. 467).

<sup>127</sup> Cf. Ibidem, p. 465.

<sup>128</sup> “Vive-se tranquilo nas masmorras. Será isso suficiente para que nos sintamos bem no interior delas?” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 15).

<sup>129</sup> Ibidem, p. 13-14.

Ademais, o contrato social seria uma circunstância necessária para a conservação do gênero humano, tendo em vista que chegaria o momento em que as forças individuais *per se* não seriam suficientes para a manutenção da vida humana no estado de natureza<sup>130</sup>. Com o pacto social, a perda da liberdade natural do estado de natureza é compensada com o ganho da liberdade civil e, com isso, a tutela dos direitos individuais<sup>131</sup>. Para a tutela de direitos, são necessárias leis e convenções com o fim de associar obrigações a direitos<sup>132</sup>, estabelecendo-se, com isso, a associação civil decorrente do pacto social<sup>133</sup>, vinculando assim os contratantes, isto é, os cidadãos.

Rousseau, ao longo de suas reflexões, recorre continuamente à ideia de mutualidade – que já estava presente em Pufendorf, conforme visto acima –, sustentando que, se todos são iguais, todas as obrigações devem vincular a todos em abstrato<sup>134</sup>. Em abstrato porque a lei estatal decorre sempre da vontade geral e, se a vontade geral não visa objetos particulares, mas somente o geral<sup>135</sup>, a lei estatal deve fazer o mesmo, isto é, não considerar indivíduos concretos, mas sim considerar os cidadãos enquanto integrantes do corpo político<sup>136</sup>. Ademais, a desobediência às leis é justamente uma das possíveis causas da desordem que dissolve o Estado e resulta no despotismo ou na anarquia<sup>137</sup>.

Segundo vejo, também na versão rousseauiana do estado de natureza é preciso reconhecer a necessidade de confiança na força da lei como vínculo entre direitos e obrigações individuais. Veja-se que, para Rousseau, no estado de natureza não há razões para que as pessoas respeitem os direitos de terceiros que não sejam decorrentes da pura conveniência<sup>138</sup>. Por outro lado, com o pacto social e a passagem da liberdade natural para a liberdade civil, ganha-se em segurança com a proteção de direitos. No entanto, para que a

---

<sup>130</sup> Ibidem, p. 19-20.

<sup>131</sup> “O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode atingir; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui.” Ibidem, p. 24.

<sup>132</sup> “São necessárias, portanto, convenções e leis para associar os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu objetivo.” Ibidem, p. 37.

<sup>133</sup> “As leis não são senão as condições da associação civil.” Ibidem, p. 39.

<sup>134</sup> Cf. por exemplo: “Sendo todos os cidadãos iguais através do contrato social, o que todos devem fazer, todos o podem prescrever, enquanto ninguém tem o direito de exigir que outrem faça aquilo que ele mesmo não faz.” Ibidem, p. 89.

<sup>135</sup> Por exemplo: “Já afirmo que não há, de maneira alguma, vontade geral em relação a um objeto particular.” Ibidem, p. 38.

<sup>136</sup> “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os súditos como um corpo e as ações como abstratas, nunca um homem como um indivíduo ou uma ação particular.” Ibidem, loc. cit.

<sup>137</sup> “Se o Soberano deseja governar, ou se o magistrado deseja produzir leis, ou se os súditos se recusam a obedecer, a desordem sucede à regra, a força e a vontade não atuam mais concordantemente e o Estado, dissolvido, cai assim no despotismo ou na anarquia.” Ibidem, p. 55.

<sup>138</sup> “No estado de natureza, no qual tudo é comum, nada devo àqueles a quem nada prometi; apenas reconheço como pertencente a outrem aquilo que é inútil para mim.” Ibidem, p. 37.

proposição do filósofo genebrino tenha um mínimo de plausibilidade, não basta a mera arguição acerca da superioridade da liberdade civil sobre a liberdade natural. É preciso, ainda, notar que, para que a liberdade civil não seja um mero recurso retórico, vazio de conteúdo, é necessário que os indivíduos confiem que os demais respeitarão as regras de convivência<sup>139</sup>. Caso contrário, o conceito rousseauiano de liberdade civil estaria esvaziado, pois sem confiar num mínimo de ordem, não pareceria razoável nem sequer sair de casa. Ademais, Rousseau recorre à ideia de mutualidade, que, conforme já dito, pode sustentar também um princípio da confiança. Por fim, o próprio filósofo expõe que a desobediência leva ao caos que resulta no despotismo ou na anarquia, duas opções que, de qualquer modo, aniquilam um convívio social voltado à proteção dos direitos individuais, de modo que é razoável poder supor que, estando numa sociedade organizada voltada à proteção de direitos, pode-se partir do princípio da confiança.

Para Burke<sup>140</sup>, a sociedade é, de fato, um contrato social e o “Estado torna-se uma associação não só entre os vivos, mas também os que estão mortos e os que irão nascer”. Assim, a sociedade não é um simples acordo que pode ser desfeito a qualquer momento, bastando para isso a vontade das partes, mas sim um acordo necessário, por ser imanente à existência humana como tal e, por isso, o pacto social não necessita do consentimento fático dos indivíduos para ter validade<sup>141</sup>. O pacto social é tão potente na teoria burkeana que o filósofo chega a afirmar, de fato, que o pacto, materializado na Constituição, deve ser respeitado por todos, inclusive pelo detentor do poder, de modo tão vinculante que este último não poderia sequer abdicar o poder que lhe fora outorgado<sup>142</sup>. Vale notar, ainda, que, apesar de reconhecer na liberdade um valor inestimável para o ser humano<sup>143</sup>, esta parece ser um valor necessário, mas não suficiente de um bom sistema político, visto que o filósofo irlandês entende que as circunstâncias são fundamentais para aferir se um sistema político é

---

<sup>139</sup> Cf. REALE, Miguel. O contratualismo... op. cit., p. 145, que aduz que a teoria rousseauiana prescreve que a vida da liberdade natural é “uma vida sem garantias”, e, por consequência, “os homens são levados naturalmente a sair dela para o desenvolvimento de suas faculdades e o progresso de seu espírito.”. Conforme já asseverado, essa ideia só possui plausibilidade na medida em que, no estado de liberdade civil, o ser humano possa confiar que os demais agirão corretamente, isto é, que a vida deixe de ser completamente sem “garantias” (as aspas buscam indicar que essa garantia dificilmente será real, limitando-se a um estado psicológico, que viabiliza uma certa dose de liberdade).

<sup>140</sup> BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução em França*. Trad. Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 116.

<sup>141</sup> Ibidem, loc. cit. Nesse sentido, também MOREIRA, Ivone. Op. cit., p. 226-227.

<sup>142</sup> BURKE, Edmund. Op. cit., p. 60.

<sup>143</sup> “A liberdade é, sem dúvida, em princípio, um dos grandes bens da humanidade”. Ibidem, p. 50-51.

bom ou mau<sup>144</sup>. Isso porque Burke parte do pressuposto de que a sociedade humana, para chegar ao estágio em que se encontra, precisou de um longo trabalho, realizado por muitas pessoas, e que alterações bruscas poderiam significar, de uma só vez, um estrago a um trabalho conjunto de diversas gerações de seres humanos<sup>145</sup>. O pensador irlandês, portanto, visualiza “a estrutura da coisa pública, na forma em que *ela existe atualmente*, como um bem de valor inestimável”<sup>146</sup>, pois somente dessa forma é possível garantir uma vida livre e pacífica para os indivíduos<sup>147</sup>.

Dessas assertivas, conclui Burke que, se uma sociedade é criada para beneficiar o ser humano, todas os seus fins tornam-se direitos dos indivíduos<sup>148</sup>. E o que Burke tem a dizer das hipóteses de conflitos? O pensador irlandês aduz (neste ponto, de forma semelhante a Locke) que uma das regras principais da sociedade civil é que ninguém pode ser juiz da própria causa<sup>149</sup>. De forma que pode ser considerada controversa, Burke defende, inclusive, que, na sociedade civil, os indivíduos abrem mão de uma certa parcela daquela que é, nas suas palavras, a primeira lei da natureza: o direito à autodefesa<sup>150</sup>. Ademais, Burke aduz que direitos naturais existem independentemente da existência de um governo e que este é criado em virtude da sabedoria humana para atender às necessidades humanas<sup>151</sup>. Aqui, portanto, fica clara a ideia geral de que cada um abre mão da liberdade natural para viabilizar a convivência e existência humana.

Segundo vejo, a ideia de um princípio da confiança talvez seja uma possível consequência ainda mais potente do pensamento de Burke em comparação com as demais

---

<sup>144</sup> “Falando-se em abstrato, o governo, assim como a liberdade, é bom; no entanto, há dez anos, teria eu podido, em sã consciência, felicitar a França por possuir um governo (pois ela tinha um) sem ter, de antemão, inquirido o que era este governo e de que maneira ele funcionava? Posso hoje felicitar esta nação pela sua liberdade?”. *Ibidem*, p. 50.

<sup>145</sup> “Talvez eles se enganem algumas vezes; mas seus erros de detalhe, quando existem, provam com mais força a justeza daquilo que afirmo, pois eles demonstram a poderosa prevenção a favor da tradição, que sempre norteou o espírito de nossos juristas, de nossos legisladores e do povo que eles desejavam influenciar – e eles evidenciam a política permanente que sempre levou os habitantes deste reino a considerarem seus direitos e franquias mais sagrados como *uma herança*.” (Grifado no original). *Ibidem*, p. 68. O trecho transcrito é somente um exemplo da ideia que é repetidamente exposta por Burke na obra citada, sendo a própria liberdade, para o pensador irlandês, uma herança: “da Carta Magna à Declaração de Direitos a política de nossa Constituição foi sempre a de reclamar e reivindicar nossas liberdades como uma *herança*, um *legado* que nós recebemos dos nossos antepassados e que devemos transmitir a nossa posteridade” (grifado no original). *Ibidem*, p. 69.

<sup>146</sup> Grifado no original. *Ibidem*, p. 63.

<sup>147</sup> Que cabe ao Estado garantir a liberdade das pessoas, é algo que pode ser visto em diversos trechos da obra de Burke. Cf. *Ibidem*, *passim*.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>150</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>151</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

teorias expostas até aqui. Parece ao menos razoável concluir que um governo nos moldes imaginados por Burke, isto é, que deve objetivar a potencialização das liberdades humanas ao mesmo tempo que estabelece obrigações tão fortes, deve respeitar a possibilidade de o cidadão confiar na atitude correta dos demais, salvo se elementos concretos indiquem o contrário. A novidade, aqui, é que o pensamento de Burke, se comparado com os outros teóricos do contrato social, parece conferir ainda mais força vinculante às normas, de modo que há ainda mais razões para que o Estado respeite a possibilidade de os indivíduos confiarem na conduta correta de terceiros. Ademais, o fato de Burke, assim como os outros teóricos contratualistas, conferir ao contrato social uma função de garantir a liberdade humana, sendo efeito da liberdade “permitir aos homens fazer aquilo que lhes agrada”<sup>152</sup>, não vislumbro como a sociedade pode cumprir o seu papel se os indivíduos não puderem confiar na conduta correta de terceiros naqueles casos em que não há indícios de como eles irão agir.

Kant<sup>153</sup> pensa a teoria do contrato social como um postulado lógico<sup>154</sup> da sua teoria do direito. A ideia geral é que se um indivíduo deseja reclamar algo como seu, isto é, um objeto do seu arbítrio, isso significa que ele possui uma pretensão de que outras pessoas respeitarão esse direito e disso decorre que esse mesmo indivíduo deverá admitir que está reciprocamente obrigado, ou seja, que também respeitará os direitos dos outros. Kant observa, portanto, que a universalidade do direito é um elemento fundamental, de modo que ninguém está obrigado a deixar intocado o “seu externo” (isto é, o direito) dos outros, se aos outros não viger a mesma obrigação de respeitar os direitos dos demais. O filósofo alemão conclui que, na medida em que uma vontade unilateral não pode fundamentar um poder coercitivo sobre as pessoas, somente uma vontade universal pode garantir direitos. Essa legislação universal externa, garantidora das esferas de liberdade individuais, é, em Kant, o estado civil, de modo que somente neste pode haver um “meu e teu” externo. Com isso, a passagem do estado de natureza ao estado civil é um imperativo decorrente de um princípio da razão prática *a priori*<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>153</sup> KANT, Immanuel. Princípios metafísicos... op. cit., p. 62-63.

<sup>154</sup> Ao discorrer sobre os efeitos jurídicos decorrentes do estado civil, Kant deixa explícito que a sua construção é de natureza lógica ao asseverar que é irrelevante como se deu a constituição da sociedade no mundo da vida. Ibidem, p. 134.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 126.

Por outro lado, Kant<sup>156</sup> observa que é possível um “meu e teu” externo efetivo no estado de natureza, mas que sempre será meramente provisório. Além disso, o filósofo aduz que um estado civil não pode violar direitos naturais, isto é, aqueles deduzidos de princípios *a priori* e que fundamentam o conceito de “meu e teu” externo. A ideia básica é que seria uma contradição fundamentar a constituição de um estado civil na necessidade de criação de uma vontade universal garantidora de direitos e permitir que essa mesma vontade (isto é, o próprio estado civil) violasse direitos. Portanto, no plano lógico, o “meu e teu” externo é anterior à constituição de uma sociedade civil, estando, assim, presente no estado de natureza. Destarte, a diferença entre o estado de natureza e a sociedade civil é que somente no primeiro esse “meu e teu externo” é meramente provisório, pois nele só existem vontades unilaterais, de modo que não dá para garantir a efetividade dos direitos, havendo somente a mera possibilidade e provisoriedade dessa efetividade. Em outras palavras, o respeito aos direitos individuais não pode ser garantido e, na hipótese de realmente haver esse respeito, isso só ocorre em razão das contingências do mundo da vida, o que significa que é algo instável, isto é, que pode mudar a qualquer instante.

Para compreender se é possível deduzir um princípio da confiança da lógica kantiana, é preciso ter noção do seu conceito de direito, que nada mais é que o conjunto de condições em que os diferentes arbítrios individuais podem entrar em harmonia entre si segundo uma lei geral de liberdade<sup>157</sup>. Desse conceito é possível deduzir que o Estado tem como missão a garantia de um ambiente livre e pacífico para que cada um possa agir de acordo com suas próprias máximas, desde que sem violar espaços juridicamente protegidos de terceiros. Se a liberdade é o centro de gravidade da teoria kantiana, é preciso dar um passo à frente e reconhecer que, para que o conceito tenha sentido, os indivíduos devem poder, em certo grau, confiar que os outros agirão conforme o dever, dever este que decorre de uma lei geral de liberdade que, por isso, possui vigência universal. Isso fica ainda mais claro ao se verificar que a garantia da força vinculante dos direitos no estado civil é o que o torna um imperativo decorrente de um princípio prático *a priori*. Se somente num estado civil é possível a garantia efetiva de direitos em razão da presença de uma vontade universal, o que fica implícito na lógica kantiana é que é justamente a presença dessa vontade universal que permite aos cidadãos confiar que os seus direitos serão respeitados. No estado de natureza, por não haver

---

<sup>156</sup> Ibidem, p. 63-65.

<sup>157</sup> *Ipsis litteris*: “O direito é, pois, o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade.” Ibidem, p. 34.

elemento algum que possibilite o exercício seguro de direitos, não é possível agir confiando, visto que a segurança do “meu e teu” externo ficará sempre suscetível às contingências do mundo da vida. Afinal, se esse “meu e teu” externo significa direito, se significa uma esfera de liberdade juridicamente protegida, só é possível dispor livremente dos próprios direitos se for possível viver partindo de uma regra *prima facie* de que os demais agirão dentro de suas respectivas esferas de liberdade juridicamente protegidas, isto é, que agirão em conformidade com o dever. Quem vive a todo momento preocupado com o risco de sofrer um injusto não consegue viver livremente, ou seja, não possui muita margem de liberdade para dispor dos próprios direitos. Por essas razões, entendo que o princípio da confiança deve ser visto como decorrência do núcleo duro da lógica contratualista kantiana.

Nozick, por outro lado, dá um passo à frente: a fim de demonstrar que o Estado é preferível ao estado de natureza, é preciso que uma organização estatal supere a melhor hipótese possível de um estado de natureza<sup>158</sup>. Para tanto, Nozick propõe que se imagine um estado de natureza nos termos vislumbrados por Locke, ou seja, em que vigem as leis da natureza<sup>159</sup>. A questão que se põe é que, nesse estado de natureza, muitas contingências seriam problemáticas: os indivíduos superestimariam seus prejuízos e menosprezariam os danos causados no momento de negociação por indenização; tenderiam a dar a si mesmos o benefício da dúvida nos casos mais problemáticos; o mais fraco talvez não disporia de meios para punir ou pedir indenização a um adversário mais forte; nenhum acordo daria às partes a segurança necessária para terem certeza sobre a resolução do conflito<sup>160</sup>.

Dentro desse contexto, Nozick teoriza que uma possibilidade razoável seria a criação de associações de proteção mútua para a resolução e prevenção de violações de direitos<sup>161</sup>. Nozick prossegue seu raciocínio imaginando uma série de hipóteses de situações possíveis no mundo da vida, desde problemas mais simples – como casos em que dois membros de uma mesma associação se julgam com a razão em determinado litígio – até questões mais complexas – como o que fazer quando dois membros de associações diferentes entram em conflito<sup>162</sup> –, o que leva o filósofo americano a uma série de inferências até chegar à conclusão de que é eticamente justificável a existência de um Estado mínimo<sup>163</sup>, que seria

---

<sup>158</sup> NOZICK, Robert. Op. cit., p. 20.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>162</sup> Cf. Ibidem, p. 27-38.

<sup>163</sup> Cf. Ibidem, p. 71-165.

nada mais, nada menos que o desenvolvimento natural de uma das possíveis associações de proteção mútua.

Para o que aqui interessa, entendo que também na teoria nozickiana a confiança de que os demais respeitarão as regras estabelecidas deve ser considerada um elemento fundamental. Nozick menciona expressamente que nem mesmo se um indivíduo garantir ao outro que não retaliaria seria suficiente para garantir a paz, adicionando que também um hipotético acordo tácito seria instável<sup>164</sup>. Essa impossibilidade de garantia da paz, que seria fundamental para as liberdades individuais, é um dos fatores motivadores da criação de associações de proteção, que, por sua vez, poderiam levar ao seu modelo de Estado eticamente justificado. Assim, a possibilidade de confiar na atitude correta dos demais aparenta ser, em Nozick, não só um elemento presente na sociedade organizada e ausente no estado de natureza, mas também um fator determinante para o surgimento de uma sociedade organizada.

Rawls utiliza a teoria do contrato social, baseando-se em Locke, Rousseau e Kant, para questionar: partindo-se da ideia de uma posição original, isto é, do momento em que os indivíduos estariam reunidos para fazer um acordo para constituir a sociedade organizada, quais princípios de justiça seriam objeto desse acordo?<sup>165</sup> O filósofo afirma expressamente que não se trata de uma condição primitiva histórica real, mas sim de uma situação puramente hipotética, a ser usada como forma de condução a uma certa concepção de justiça<sup>166</sup>. Para tanto, Rawls propõe que tais princípios sejam escolhidos sob o véu da ignorância, o que significa, concretamente, que se deve abstrair posições concretas decorrentes das contingências do mundo, isto é, deve-se pressupor que todos os cidadãos não conhecem seus lugares na sociedade, excluindo-se concepções específicas sobre o bem ou propensões psicológicas particulares<sup>167</sup>. Somente dessa forma, segundo Rawls, é possível garantir a desejada “justiça equitativa”, que é a ideia de que os princípios de justiça são frutos de um acordo feito numa situação inicial equitativa<sup>168</sup>. Ademais, é preciso partir do pressuposto de que as pessoas, nessa posição inicial, fariam a escolha dos princípios de justiça por meio de juízos ponderados, ou seja, decorrentes de um equilíbrio refletido<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>165</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 12 e 127-128.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 13 e 130.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 13-14.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 119.

Para o que aqui interessa, deve-se observar, primeiramente, as ideias de obrigação e de dever natural da teoria rawlsiana. Obrigação é o dever de uma pessoa em fazer o que lhe cabe, isto é, agir conforme as regras, que ocorre quando estão presentes duas condições: que a regra ou instituição em questão seja justa (ou seja, satisfaça os princípios de justiça) e que o indivíduo em questão tenha consentido voluntariamente com essa regra/instituição ou aceitado os benefícios que a regra/instituição lhe ofereceu para perseguir seus interesses particulares<sup>170</sup>. O fundamento da obrigação em Rawls é que quando algumas pessoas firmam um compromisso de criar algum tipo de associação de cooperação, elas o fazem restringindo a própria liberdade do modo necessário a viabilizar tal empreendimento e, por isso, possuem o direito de que os demais beneficiados façam o mesmo<sup>171</sup>. Dessa forma, garante-se que ninguém vai suportar um ônus desproporcional em relação ao benefício adquirido, sendo isso um pressuposto de justiça.

No caso do dever natural, a diferença com relação à obrigação é que no primeiro não faz sentido questionar se o indivíduo consentiu com esse dever, por ser um imperativo de justiça<sup>172</sup>. Rawls nomeia três deveres naturais: um positivo, o de ajudar o próximo quando ele está necessitado ou correndo perigo e isso não gere uma perda ou risco excessivo ao portador do dever, e dois negativos, o de não lesar ou agredir o próximo e o de não causar sofrimento desnecessário<sup>173</sup>. Tais deveres naturais prescindem de um consentimento expresso pois, segundo Rawls, decorrem diretamente dos princípios acordados na posição original<sup>174</sup>. Trata-se, portanto, de deveres incondicionados, ou seja, quando formulados, são aplicados incondicionalmente<sup>175</sup>.

Posteriormente, Rawls prossegue o raciocínio fundamentando as razões que levariam os cidadãos, na posição original, a acatar as ideias de obrigação e dever natural<sup>176</sup>. A premissa, aqui, é que o indivíduo, por mais justo que possa ser, pode sentir-se tentado a não cumprir determinada regra quando acredita que os outros cidadãos não estão agindo

---

<sup>170</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 119-120.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 122-123.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 123-124.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 124. Na linguagem kantiana, imperativos categóricos: “Sobre esse conceito positivo (em sentido prático) da liberdade fundam-se leis práticas incondicionais, chamadas morais, as quais são, para nós, cujo arbítrio é afetado sensivelmente e assim não é por si mesmo adequado à vontade pura, mas muitas vezes com ela conflitante, imperativos (mandamentos proibições) e mesmo imperativos categóricos (incondicionais), pelo que se diferenciam dos imperativos técnicos (das prescrições da arte), que ordenam sempre apenas de forma condicionada.”. KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 23-24.

<sup>176</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 369 e ss.

conforme o dever<sup>177</sup>. Dessa forma, essa insegurança conduziria a um ambiente instável, especialmente quando a observação das regras é algo perigoso na hipótese da sua não observação pelos demais<sup>178</sup>. Com isso, as próprias instituições estariam em perigo, tendo em vista que, nesses casos de desconfiança, o risco é que as pessoas não estejam dispostas a observar as normas justas<sup>179</sup>.

Segundo vejo, também em Rawls a ideia de confiança possui um papel central. Na teoria rawlsiana, a possibilidade de confiar na atitude correta dos demais indivíduos é uma *conditio sine qua non* de uma sociedade organizada e estável. Dois elementos da fundamentação de Rawls são essenciais: (i) não é justo submeter uns a um ônus mais intenso do que outros, na comparação com os respectivos bônus e (ii) se as pessoas não puderem confiar que os outros agirão conforme as regras, o que está em perigo é, em última instância, a própria existência da sociedade organizada. Dessa forma, também não há dificuldades para extrair uma fundamentação do princípio da confiança da teoria de Rawls.

O leitor pode observar, assim, que o exame das citadas teorias contratualistas leva à conclusão de que a possibilidade de confiar, um imperativo para a denominada liberdade civil, é justamente o que é central para afirmar que a opção por uma sociedade organizada é, de fato, melhor do que um hipotético estado de natureza. Assim, está aberto o caminho para a devida fundamentação do princípio da confiança, o que será feito a seguir.

### **2.3 O fundamento da possibilidade de confiar: decorrência lógica de uma sociedade organizada**

Do pensamento contratualista pode-se vislumbrar, portanto, um caminho adequado para uma devida fundamentação do princípio da confiança. Se numa sociedade organizada cada indivíduo deve dispor de uma parcela de sua liberdade natural e se a criação de normas concretiza a disposição de tal liberdade, isso significa que, como contrapartida necessária, os indivíduos podem partir do pressuposto da confiança de que os demais agirão conforme o preceituado pelas mesmas normas que interferem na sua liberdade natural. A lógica, portanto, é a seguinte: se eu disponho de parcela da minha liberdade com a edição de uma norma por parte do corpo político, é razoável que eu possa supor, quando inexistirem elementos concretos que indiquem o contrário, que os demais respeitarão as mesmas normas

---

<sup>177</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 373.

que limitam a minha liberdade<sup>180</sup>. Essa confiança será uma *conditio sine qua non* para uma vida livre e pacífica em sociedade, visto que a onisciência não é um predicado humano e que, por isso, todos precisam ancorar-se, em alguma medida, em certas presunções se desejam viver livremente e em paz com os demais<sup>181</sup>. Dessa forma, o fundamento do princípio da confiança está em íntima relação com os pilares de um Estado de Direito: numa sociedade organizada, em que não é legítimo<sup>182</sup> um *bellum omnium contra omnes*, é razoável supor, salvo na presença de elementos que indiquem o contrário, que terceiros agirão em harmonia com o dever, haja vista que a norma, além de introduzir um elemento prudencial<sup>183</sup> real para a realização de determinada conduta<sup>184</sup>, existe justamente com o fim de viabilizar um ambiente livre e pacífico entre as pessoas.

Ao leitor crítico à abordagem adotada neste estudo, no sentido de recurso às teorias contratualistas, ofereço uma outra: aqui, dizer que o princípio da confiança é um elemento necessário de uma sociedade organizada equivale a dizer que o princípio é *um elemento necessário do conceito de direito subjetivo*. Conforme visto acima, os pensadores contratualistas, em linhas gerais, aduzem que a sociedade organizada tem como vantagem a manutenção de uma certa ordem com vistas a uma convivência pacífica, onde cada um pode viver livremente, desde que respeite a esferas de liberdade alheias, que nada mais são do que os direitos subjetivos. Confiar que os demais não agirão contrariamente ao dever viabiliza ao indivíduo ter a liberdade necessária para exercer seus próprios direitos conforme seus próprios valores. Dessa forma, o princípio da confiança está inserido na *dimensão positiva*

---

<sup>180</sup> Cf. ABRALDES, Sandro. *Delito imprudente y principio de confianza*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 196, que já havia observado a relação entre confiança e liberdade civil.

<sup>181</sup> É no mínimo curioso que um autor como Jakobs, cuja proposição difere substancialmente do aqui defendido, sustenta que a sociedade necessita, em primeiro lugar, “de pessoas que possam agir sem medo, definitivamente sem receios” (JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 64). Veja-se que só é possível haver medo quando inexistir uma confiança na conduta correta dos demais.

<sup>182</sup> Não objetivo entrar, nesta sede, no debate acerca da existência ou possibilidade de existência de um estado de natureza. Da mesma forma, não busco aqui entrar na questão da existência de uma considerável dose de medo em sociedades organizadas que administram adequadamente o problema da violência. O foco da minha proposição, portanto, é o conceito de sociedade organizada, sendo, assim, de natureza *prescritiva*.

<sup>183</sup> Numa sociedade onde vige o paradigma da pluralidade de valores, o direito penal não se destina à orientação das pessoas a certos valores, por ser uma questão de foro interno do indivíduo. Em razão disso, cabe ao direito penal, no seu aspecto geral da cominação da pena, a introdução de razões prudenciais para o não cometimento de delitos, nos termos propostos por GRECO, Luís. *Lo vivo...* op. cit., p. 276-339, especialmente p. 278-284.

<sup>184</sup> Conforme observa Welzel, ao poder confiar na conduta do terceiro, o agente obterá, inclusive, uma base mais sólida acerca de como ele mesmo deve agir se quiser manter-se no plano da legalidade. Cf. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. 2ª reimpr. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 116-117.

dos direitos subjetivos, que parte da doutrina chama de *função de gozo*<sup>185</sup> e que consiste na relação entre o indivíduo detentor do direito e uma situação fática, onde o sujeito tem liberdade para fazer o que quiser com o objeto do seu direito. Dessa forma, o princípio da confiança não é somente um elemento necessário de uma sociedade organizada, mas é uma condição para a função de gozo dos direitos subjetivos.

Assim, fica obrigado o ordenamento jurídico, no plano lógico, a considerar esse fator no momento de decidir sobre a imputação de alguém. Em resumidas linhas, num Estado de Direito sempre vigera a regra geral de que, na ausência de elementos fáticos que indiquem o contrário, está permitido confiar que terceiros agirão conforme o dever. Veja-se, todavia, que é possível que, no mundo da vida, essa regra seja negada pelas circunstâncias do caso concreto. Assim, apesar de a regra geral ser a da possibilidade de confiar, se as circunstâncias contingentes no fato concreto indicarem o contrário (isto é, que não é possível esperar a conduta correta de um terceiro), deve ser afastada a regra geral da possibilidade de confiar<sup>186</sup>. Essa exceção não é meramente *ad hoc*, mas sim uma decorrência lógica do que aqui foi refletido. Os indivíduos, para viver, precisam fazer muitas presunções em razão do seu déficit de conhecimento, o que significa que não há razão para proteger a confiança nas hipóteses em que o agente tem condições reais de conhecer as circunstâncias que indicam que o terceiro agirá contrariamente ao dever.

Por essas razões, defendo o princípio da confiança como um *princípio geral de direito*<sup>187</sup>. Em razão de sua natureza de consequência lógica de uma sociedade organizada, não vejo razões para negar que a proteção e o respeito à possibilidade de confiar sejam corolários de uma tal sociedade, devendo influenciar todos os ramos do direito<sup>188</sup>. Segundo observo, ainda não há na literatura jurídica extrapenal disposições sobre o princípio da

---

<sup>185</sup> Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 35.

<sup>186</sup> Para maiores detalhes, cf. *infra*, item 3.3.

<sup>187</sup> Um princípio – no que aqui interessa, que é seu significado lógico – nada mais é que um enunciado lógico que irá servir como base ou condição para as demais categorias de um campo do conhecimento (cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303). No caso do Direito, um princípio geral é um valor lógico, localizado num plano mais fundamental, que tem uma função de condicionar e orientar a compreensão de um ordenamento jurídico nas suas diversas ramificações, tanto no que tange à elaboração de novas normas, quanto à aplicação e interpretação das existentes (Ibidem, p. 304; similar, ÁVILA, Humberto. Regra-matriz *versus* princípios. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 71). Ademais, é preciso pontuar que os princípios gerais, por sua natureza lógica fundamental, não precisam estar expressos em textos legais (REALE, Miguel. *Lições...* op. cit., p. 305).

<sup>188</sup> Não cabe dissertar no presente estudo como o princípio da confiança seria relevante em outros ramos do direito, ficando essa questão, aqui, em aberto.

confiança nos exatos termos que aqui proponho. Todavia, já existe vasta literatura acerca da ideia de proteção da confiança no ordenamento jurídico em diversos ramos do direito, apesar de que, repito, em termos muito distintos do que eu estou aqui propondo. Exemplificativamente, no âmbito administrativo-fiscal há o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*), que, segundo Ávila<sup>189</sup>, não decorre meramente do princípio da segurança jurídica, mas é uma limitação deste princípio, ancorando-se ainda nos direitos à liberdade e de exercício da atividade econômica. Outro exemplo é o artigo 927, §4º do Código de Processo Civil, que prevê expressamente o princípio da proteção da confiança, usando-o como hipótese limitadora da abrangência dos efeitos de uma tese adotada em sede de controle de constitucionalidade<sup>190</sup>. O curioso é que, ao abordar o tema, é comum verificar na doutrina jurídica extrapenal a fundamentação da necessidade de proteção da confiança na ideia de que tal confiança é necessária para uma vida livre e segura, em termos que muito se assemelham ao que proponho nesta sede<sup>191</sup>.

Dessa forma, proponho um princípio da confiança com caráter eminentemente deontológico. Em sede jurídico-penal, é um imperativo de respeito delimitador do poder estatal, o que é especialmente importante, tendo em vista que a pena é uma forma de responsabilização puramente individual, de modo que seria injusto imputar a alguém um resultado quando o indivíduo não poderia prever a possibilidade de um erro alheio naquele momento. Nos casos de omissões sucessivas, essa lógica é invertida, pois afirma que não pode o omitente eximir-se da responsabilidade citando a incerteza de que o omitente sucessivo agiria conforme o dever. Veja-se, então, que a possibilidade de confiar tem uma outra faceta: impossibilitar que uma pessoa fuja do próprio dever recorrendo a uma abstrata incerteza sobre se o terceiro agiria corretamente.

Nesses termos, a possibilidade de confiar não fica sujeita a ponderações e, portanto, o princípio da confiança, por um lado, tem a função de um imperativo normativo que opera no mesmo sentido de uma *side constraint* da proposição nozickiana<sup>192</sup> e, por outro,

---

<sup>189</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 360 e ss.

<sup>190</sup> Sobre o tema, cf. SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p. 197-226, 2015.

<sup>191</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 32 e ss., que, em suas considerações introdutórias, cita a necessidade de o ser humano ter no que se basear nos momentos de incerteza cognitiva; e SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Op. cit., p. 198, que introduz o seu estudo aduzindo que a busca pela confiança é inerentemente humana, haja vista a sua fragilidade perante o mundo, sendo tal confiança “a percepção individual acerca da segurança mínima que o homem deve ter.”

<sup>192</sup> Com detalhes, NOZICK, Robert. Op. cit., p. 42-70. A esse respeito, cf. também GRECO, Luís. Lo vivo... op. cit., p. 122: “a dinâmica da persecução consequencialista de fins, que está sujeita a mandados de

estabelece que um indivíduo não pode arguir uma abstrata incerteza quanto à ação do terceiro para eximir-se de cumprir o próprio dever. Em outras palavras, o Estado *deve* respeitar a possibilidade de o indivíduo confiar independentemente das contingências do mundo da vida, isto é, independentemente da conveniência desse respeito, salvo na existência de elementos concretos que indiquem o contrário, pois, como visto, neste caso não há que se falar em confiança. É possível traçar um paralelo entre o princípio da confiança e o direito de defesa, na medida em que ambos estão contidos nos direitos subjetivos<sup>193</sup>. A diferença é que enquanto a legítima defesa está inserida na dimensão negativa do direito subjetivo (função de exclusão), o princípio da confiança está na dimensão positiva (função de gozo).

Portanto, pode-se confiar diante da falta de elementos que indiquem o contrário não por ser uma questão de mera conveniência, mas sim por ser um imperativo de justiça, um reconhecimento do ser humano como um indivíduo que não pode saber tudo, mas que precisa viver, precisa ter uma certa margem de liberdade para atuar numa sociedade livre e pacífica e, portanto, precisa *confiar*. Dessa forma, sendo a confiança uma necessidade humana, a permissão de confiar está em direta ligação com o reconhecimento daquele sujeito como pessoa humana, de modo que lhe negar isso é negar-lhe humanidade. Por isso, tem-se a confirmação da crítica feita *supra* (cf. 1.3.1), no sentido de que o princípio da confiança não está fundado numa mera ponderação de interesses.

Aqui não sustento a existência de uma regra geral de que, no campo dos fatos, as pessoas agem com mais frequência conforme o dever, pois faltaria substrato em dados empíricos a tal assertiva<sup>194</sup>. É também por essa razão que o princípio da confiança não pode ser simplesmente uma regra do mundo da vida. Na realidade, conforme já dito, é uma questão de coerência interna do próprio ordenamento jurídico, visto que as normas editadas por um Estado possuem o fim de viabilizar o convívio livre e pacífico entre os indivíduos. Além disso, a mera existência da norma de conduta já representa, *per se*, uma certa intervenção, mesmo que legítima, nas esferas de liberdade individuais. Desse modo, não faz sentido que

---

maximização e otimização, não deve abrandar a força das restrições. Não deveria haver ponderações entre elas, de modo que o direito sagrado de ser tratado sempre como pessoa, que corresponde ao indivíduo – em especial quando se lhe prejudica –, não pode ser menosprezado em nome do bem comum.” (Tradução livre).

<sup>193</sup> Sobre a autodefesa como elemento do direito subjetivo, cf. AMARAL, Rodrigo. Existe um direito de legítima defesa? *JOTA*, São Paulo, 2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019). Acesso em: 16 nov. 2019.

<sup>194</sup> A título exemplificativo, Puppe afirma que a experiência muitas vezes sinaliza que os participantes do tráfego não respeitam as normas, asseverando ser absurda a hipótese de, baseando-se em tal dado empírico, exigir dos condutores uma condução em velocidade demasiadamente lenta. PUPPE, Ingeborg. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *InDret*: Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 1-13, 2006, p. 3.

uma pessoa tenha a sua liberdade afetada pela norma de conduta se ela não puder confiar que os outros cidadãos também respeitarão esse regramento. Afinal, novamente: as normas existem com a finalidade de viabilizar uma vida pacífica em sociedade, de modo que, se as pessoas não puderem confiar na conduta correta de terceiros como regra geral, retorna-se à incerteza inerente ao hipotético estado de natureza<sup>195</sup>. Dessa forma, a regra geral deve ser a possibilidade de confiar, ficando esse elemento afastado somente quando as circunstâncias do caso concreto indicarem que o terceiro agirá contra o dever.

Além disso, conforme já apontado, o direito penal é uma forma específica de responsabilização de uma pessoa, que se caracteriza por sua conotação eminentemente individual. Assim, não se pode exigir um cuidado além do normal de uma pessoa que não possui uma obrigação específica para tanto. Todavia, se o indivíduo possuir uma obrigação especial de cuidado, ele não pode eximir-se da responsabilidade de precaver-se dos riscos que cabem a ele controlar. Por exemplo, um superior hierárquico que detiver uma função de vigiar a conduta do empregado não pode alegar o princípio da confiança para eximir-se da responsabilidade caso não tenha realizado o seu dever de vigiar. Apesar de ainda presente a possibilidade de confiar, o agente não observou o próprio dever de agir, o que impede que se aplique o princípio da confiança para afastar a imputação. Esse ponto será observado mais detidamente *infra* (cf. 3.4).

Com isso, à guisa de conclusão da fundamentação do princípio da confiança, tem-se o seguinte panorama geral: o ser humano não é onisciente, de modo que precisa ancorar-se em certas presunções acerca do que não conhece, o que convencionou-se chamar de *confiança*. Como predicado e necessidade humana, a possibilidade de confiar não está à disposição de deliberações do Estado sobre a sua conveniência. Ademais, poder partir do pressuposto de que os demais agirão conforme o dever é um imperativo lógico da ideia de sociedade organizada, sobretudo porque ela existe justamente para que o ser humano possa agir dentro daquilo que se convencionou denominar liberdade civil ou esfera de liberdade juridicamente garantida. Caso contrário, o cidadão estaria diante do ônus da ausência da sua liberdade natural sem uma adequada contrapartida, ou seja, estar-se-ia diante de um ônus

---

<sup>195</sup> Isso é o que Pimentel Albuquerque aparenta sustentar na seguinte passagem: “Trocando em miúdos o que foi dito até aqui, o que JAKOBS nos quer dizer é que se faz impossível uma sociedade onde inexistam expectativas previsíveis, isto é, na qual não se faça presente, ainda que de forma rudimentar, como na de ROUSSEAU ou na de HAYEK, uma certa confiança em que a generalidade dos indivíduos irá agir de forma previsível em função tanto do *status* social de cada um, como das normas pelas quais pautam suas condutas.”. ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 119.

sem bônus. De todo o exposto, deriva a conclusão de que, quando o agente tem condições de conhecer dados que indiquem que um terceiro agirá contrariamente ao dever, não pode o agente confiar irracionalmente, sobretudo porque a confiança que deve ser juridicamente protegida no âmbito penal é aquela que decorre da impossibilidade de conhecer o perigo provocado pelo erro do terceiro a tempo de adequar a própria conduta com vistas a evitar o resultado juridicamente desaprovado. Com a devida fundamentação concluída, passo à análise dogmática do princípio da confiança na estrutura do delito.

### 3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO DIREITO PENAL

Traçados os pressupostos de existência e validade do princípio da confiança, é preciso, agora, delimitar quando e como o instituto deve ser manejado no bojo da teoria do delito. Dessa forma, duas tarefas são necessárias a partir de agora. A primeira delas é determinar o local sistemático em que se deve verificar o princípio da confiança. Após a conclusão dessa primeira tarefa, será preciso enfrentar os casos controversos em que se deve reconhecer ou não a possibilidade de confiar.

#### 3.1 Local sistemático de incidência do princípio da confiança

Para delimitar onde o princípio da confiança deve ser aferido, é preciso ter em vista a sistemática do delito. Para tanto, recorro aqui à diferença já citada entre imputações de 1º e 2º níveis<sup>196</sup>. Conforme já exposto, na imputação de 1º nível trata-se de aferir a conduta humana e, com isso, decidir se se está diante ou não de um injusto. Em outras palavras, a imputação de 1º nível engloba os níveis da tipicidade e da antijuridicidade. Por outro lado, a imputação de segundo nível já pressupõe que o sujeito praticou o injusto, destinando-se à apreciação do merecimento de pena à luz da liberdade de agir que detinha o agente no momento do ato, traduzindo-se, assim, no nível da culpabilidade. Essa ideia geral pode ser expressa de diversas formas, inclusive<sup>197</sup>. A própria pergunta que guia a aplicação do princípio da confiança – podia o agente agir confiando? – já indica que se trata de um instituto dentro da imputação de 1º nível, isto é, voltado a integrar o exame da licitude da conduta do autor.

---

<sup>196</sup> Cf. *supra*, 2.4.2. Contra a separação tradicional entre injusto e culpabilidade, LESCH, Heiko Hartmut. Injusto y culpabilidad en derecho penal. Trad. Ramon Ragués. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, v. 2, n. 6, p. 253-271, 2000, que é contrário à divisão de injusto como relacionado exclusivamente ao fato e de culpabilidade referida somente ao autor. No entanto, não adoto tal divisão, pois no método de imputação, de fato, não dá para ignorar que se trata de um ato humano (no primeiro nível) e que a reprovabilidade pessoal se refere à ideia geral de poder responsabilizar o sujeito pelo ato por ele praticado. Com isso, não se trata de um tudo ou nada, mas de uma concepção orientada segundo os fins da imputação e os imperativos de justiça.

<sup>197</sup> Por exemplo, Greco já usou também os termos “danosidade social” para o injusto e “reprovabilidade pessoal” para a culpabilidade. GRECO, Luís. Contra a recente relativização da distinção entre injusto e culpabilidade. Trad. Augusto Assis. *Anatomia do crime*, Lisboa, n. 2, p. 9-25, 2015.

É preciso, dessa forma, aferir se o princípio da confiança integra a tipicidade ou a antijuridicidade<sup>198</sup>. Recorrendo à figura do hexágono deontológico<sup>199</sup>, veja-se que o atual sistema jurídico-penal raramente introduz prescrições ou proibições absolutas. Para melhor esclarecer, confira-se um exemplo simples, em que *A* mata *B*. O homicídio de alguém está proibido em razão do disposto no art. 121 do CP. Dessa forma, a tipicidade busca aferir se a conduta do agente está descrita em uma norma proibitiva (nos crimes comissivos) ou mandatória (nos crimes omissivos). Voltando ao exemplo mencionado, imagine-se, dessa vez, que, na realidade, *A* matou *B* em legítima defesa. A legítima defesa, como elemento excludente da antijuridicidade, converte uma conduta típica em permitida. Com isso, a antijuridicidade é o local onde surgem normas permissivas (no caso de condutas ativas) ou eximentes (no caso de omissões). Nesse sentido, a tipicidade é o local onde algo é relativamente proibido ou ordenado, enquanto a antijuridicidade introduz permissões ou isenções. Ou seja, na tipicidade uma conduta *C* está relativamente *proibida* ou *ordenada*. Na antijuridicidade, com o elemento ensejador de sua exclusão, uma ação *C*, que seria *a priori proibida* ou *ordenada*, está *permitida* ou *eximida*. Novamente, se se trata de aferir se era lícito uma pessoa agir confiando na atitude correta do terceiro, não se trata de uma permissão ou isenção, mas de aferir se aquela conduta pode ser subsumida numa norma proibitiva ou ordenatória. Dessa forma, é possível concluir que o princípio da confiança deve ser apreciado no nível da tipicidade.

Desde o advento da doutrina finalista de Welzel<sup>200</sup>, a opinião dominante divide a tipicidade nos seus aspectos objetivo e subjetivo. Integram a tipicidade subjetiva o que

---

<sup>198</sup> Essa questão tem importância também para quem adota uma teoria bipartida do delito. Mesmo adotando a teoria dos elementos negativos do tipo, é preciso observar que há diferença entre os elementos positivos e os citados elementos negativos.

<sup>199</sup> Para os fins explicativos necessários, optei por recorrer à figura do hexágono deontológico, por ser o modelo mais simples possível sem perda de rendimento para os fins pretendidos. Trata-se de um hexágono em razão de trabalhar com seis hipóteses distintas acerca de uma ação, podendo esta ser: (i) relativamente prescrita; (ii) relativamente proibida; (iii) relativamente eximida ou não prescrita; (iv) relativamente permitida ou não proibida; (v) absolutamente permitida ou eximida; (vi) absolutamente proibida ou prescrita. Sobre o hexágono deontológico, cf. HRUSCHKA, Joachim. Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 31-50. Sobre a versão mais simples, o quadrado deontológico, que só trabalha com proibições, prescrições, permissões e isenções absolutas, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoría da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2016, p. 181-184.

<sup>200</sup> Sobre o finalismo, cf. WELZEL, Hans. El nuevo sistema... op. cit., passim; Idem. *Teoría de la acción finalista*. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951. Ademais, cf. também GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000, p. 315-320; ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Trad. Marina Pinhão Coelho. In: LEITE, Alair (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 116-128; SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. Trad.

chamarei aqui de elemento subjetivo *standard* (isto é, dolo), somado a algum eventual elemento subjetivo especial (por exemplo, o *animus* de apropriação no furto). Não se trata de definir dolo, tampouco de algum elemento subjetivo especial qualquer, pois o déficit de conhecimento de quem precisa confiar inviabiliza que a questão se coloque no dolo. Por outro lado, a pergunta “o agente podia confiar?” pode ser convertida no questionamento “era prudente confiar?”. A partir daqui, há duas vias: (i) a primeira delas, da qual denominarei de *via clássica*, insere a questão no tipo subjetivo do injusto imprudente; (ii) a segunda, que pode ser aqui chamada de *via moderna*, inclui os critérios de prudência no denominado tipo objetivo. Aqui, adoto a *via moderna*<sup>201</sup> e, portanto, proponho que o princípio da confiança deve ser aferido no nível da tipicidade objetiva, que, por sua vez, divide-se em desvalor da conduta e desvalor do resultado. A questão que se coloca é se o agente podia agir confiando na conduta correta do terceiro, de modo que, por não se tratar da relação entre conduta e resultado, a única via possível é reconhecer que o princípio da confiança deve ser aferido no desvalor da conduta.

Essa análise é importante tendo em vista que no desvalor da conduta só são aferidos dados *ex ante*, ficando toda informação *ex post* destinada ao escrutínio do desvalor do resultado (cf. *infra*, 3.2). Aqui, inclusive, entram em cena também os *conhecimentos especiais do agente*, haja vista que a possibilidade do controle do risco é proporcional ao nível de informações de que o agente tem conhecimento ou pode conhecer, de modo que quem mais pode saber, mais pode fazer e, portanto, mais lhe deve ser exigido já no plano do tipo objetivo<sup>202</sup>. Assim, se não for razoável para o agente, considerando também os seus conhecimentos especiais, confiar na conduta correta do terceiro, dever-se-á afastar a norma geral inerente à possibilidade objetiva de confiar. Em suma, a possibilidade de confiar é a regra geral, que será excetuada somente quando o agente, considerando também os seus conhecimentos especiais, tinha acesso a elementos concretos que indicavam que o terceiro agiria contrariamente ao dever.

Por se tratar de desvalor da conduta, é preciso esclarecer, por fim, a relação entre princípio da confiança e risco permitido. Isso porque o desvalor da conduta é a criação ou

---

Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madri: Tecnos, 1991, p. 54-62.

<sup>201</sup> Expor as razões para essa opção exigiria a exposição de uma série de argumentos que extrapolariam os limites deste estudo, de modo que também essa questão terá que ficar aqui em aberto. Todavia, fazer a opção pela via clássica não prejudica (ou, pelo menos, não *in totum*) a validade dos critérios que abaixo proporei, conforme o próprio leitor poderá constatar.

<sup>202</sup> Corretamente, GRECO, Luís. Das Subjektive... op. cit., p. 540 e ss.

incremento de um risco juridicamente desaprovado. Além disso, o princípio da confiança só entrará em cena quando houver a criação ou incremento de algum risco, haja vista que, se não houver essa criação ou incremento de risco, não haverá razões para questionar a possibilidade de confiar no terceiro, pois a conduta do agente já seria *per se* irrelevante. Estaria, assim, o princípio da confiança inserido no risco permitido, conforme sustenta uma parcela da doutrina? Entendo que não, visto que é possível criar um risco juridicamente desaprovado e, concomitantemente, ter a possibilidade de confiar na conduta do terceiro. O princípio da confiança é um critério positivo para a valoração jurídica de um risco criado ou incrementado, não um critério negativo<sup>203</sup>. Isso explica por que a possibilidade de confiar na conduta do terceiro não será motivo suficiente para afastar o desvalor da conduta. Exporéi abaixo as razões pelas quais muitas vezes o agente pode confiar e mesmo assim não será possível excluir a imputação, notadamente nas hipóteses em que a sua própria conduta já produz *per se* um risco juridicamente relevante ao bem jurídico (cf. *infra*, 3.4), bem como quando houver um dever especial não cumprido (cf. *infra*, 3.5).

Sendo um critério positivo para a aferição do desvalor de uma conduta, o princípio da confiança comunica-se com o instituto do risco permitido, sendo este o critério negativo que ensejará diretamente a exclusão da imputação. Conforme será visto com mais detalhes, se o risco criado pelo agente tiver relação de dependência com a conduta incorreta do terceiro, o princípio da confiança será idôneo a converter o risco criado num risco permitido. Por outro lado, se o agente tiver criado um risco juridicamente desaprovado independentemente da conduta incorreta do terceiro, a mera possibilidade de confiar não converterá tal risco em permitido. Todavia, isso não significa que o brocardo segundo o qual “quem agiu contrariamente não pode confiar” esteja correto, tema que será enfrentado *infra* (cf. 3.4).

Por fim, nos delitos omissivos não há a criação de um risco juridicamente desaprovado, mas a não diminuição desse risco quando existia o dever de fazê-lo. Dessa forma, tudo o que foi exposto acima acerca da criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado deve ser, no caso dos crimes omissivos, substituído pela não diminuição juridicamente desaprovada de um risco. Assim, adoto aqui a teoria da diminuição

---

<sup>203</sup> Corretamente, GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 63-67. Contrariamente, PELÁEZ MEJÍA, José María. Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, n. 37, p. 15-35, 2016, que defende que o princípio da confiança opera como um critério negativo na imputação objetiva. Ao longo deste trabalho serão expostas as razões para o rechaço dessa concepção.

do risco em detrimento da teoria da evitação do resultado<sup>204</sup>. Todavia, expor as razões para essa tomada de decisão, além de extrapolar o assunto a ser tratado neste estudo, não exerce influência sobre as reflexões aqui empreendidas, na medida em que a teoria em questão diz respeito ao desvalor do resultado e não ao desvalor da conduta. Isso significa que as proposições deste trabalho serão aplicáveis independentemente da teoria da imputação do resultado a ser adotada.

Como última observação e conforme já brevemente exposto acima, o posicionamento sistemático do princípio da confiança dependerá da concepção do autor sobre a estrutura do crime<sup>205</sup>. Todavia, segundo vejo, as reflexões que seguem serão úteis independentemente do posicionamento sistemático a ser adotado. O leitor poderá conferir que as soluções propostas com base na inserção do princípio da confiança no nível do desvalor da conduta estão de acordo com o que aparenta ser *prima facie* justo. Dessa forma, está devidamente esclarecido o posicionamento sistemático do princípio da confiança na estrutura do delito. Antes de enfrentar os casos tidos pela doutrina como excepcionais, é preciso delimitar os exatos contornos do conteúdo do princípio da confiança para a imputação penal. Para tanto, será necessário discorrer sobre as particularidades do exame do desvalor da conduta, que é o que passo a fazer.

### **3.2 A possibilidade de confiar como ponto de partida de orientação da conduta do homem prudente**

Antes de analisar as constelações de casos em que há o debate acerca da possibilidade de confiar, é necessário observar como o que foi exposto até aqui repercutirá no processo de imputação do agente. Para uma adequada reflexão, é preciso trabalhar as categorias da imputação no nível do desvalor da conduta e verificar como o princípio da confiança será aplicável nesse contexto. Para tanto, pretendo utilizar a figura do homem prudente como ponto de apoio.

Aqui, o método é fruto de um raciocínio lógico-sistemático. Primeiramente, a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado, que é o conteúdo do desvalor da conduta, deve ser avaliado *ex ante*<sup>206</sup> e por um observador objetivo, por meio de uma figura

---

<sup>204</sup> Para uma exposição do debate entre as citadas correntes, cf. GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 20-41.

<sup>205</sup> Cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 71-76.

<sup>206</sup> Cf. GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 34: “Basta termos em mente que estamos interessados não apenas no desvalor do resultado, mas primariamente em delimitar as fronteiras entre ações proibidas e

dimensional objetiva (*Maßfigur*). Entendo que a figura dimensional objetiva adequada, para o exame do desvalor da conduta, é a do *homem prudente*. Isso porque o método da imputação objetiva de análise do desvalor da ação e do desvalor do resultado chega, ao final, necessariamente a uma responsabilidade, no mínimo, a título de delito imprudente. Por essa razão, a figura objetiva que deve guiar as reflexões sobre o desvalor da conduta não pode ser a mera imagem do homem médio, mas sim a do homem prudente, ou seja, do homem hipotético que nunca agiria de forma violadora de um certo dever de cuidado. E se o delito imprudente constitui uma violação desse dever de cuidado<sup>207</sup>, a figura objetiva dimensional do homem prudente aparenta ser, aqui, a opção adequada. A ideia, aqui, gravita em torno da concepção segundo a qual o ordenamento jurídico não pode exigir dos cidadãos mais do que aquilo que é de fato praticado por pessoas prudentes<sup>208</sup>.

Por outro lado, é preciso enfrentar críticas empreendidas, por exemplo, por autores como Struensee<sup>209</sup> e Burkhardt<sup>210</sup>, no sentido de que se a imputação é *objetiva*, não faz sentido introduzir limitações orientadas ao que estava subjetivamente acessível ao agente. A ideia fundamental da crítica é que, se a imputação objetiva se pretende *objetiva* no sentido da criação de um risco juridicamente desaprovado, essa aferição deve ter em vista todos os elementos disponíveis *ex post*, ou seja, incluindo aqueles só aferíveis após o fato ter ocorrido. Portanto, a criação de um risco, no seu sentido usual, independe do que o agente poderia

---

permitidas, e que há diferenças fundamentais entre este problema, de desvalor da ação, e o problema do desvalor do resultado: não apenas o fato de no primeiro rege a perspectiva *ex ante*, e no segundo a *ex post*, como também o fato de que a inexistência de desvalor da ação isente completamente de pena, enquanto a inexistência de desvalor do resultado permite a punição por tentativa.” Similar, SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 80-83. Ademais, com foco nos casos de delitos omissivos, corretamente, OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 113-114.

<sup>207</sup> Há diferentes construções específicas acerca do conteúdo do delito imprudente, mas a maioria parece gravitar em torno de uma certa violação de um dever de cuidado. Por todos, cf. BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 170 e ss.; FIDALGO, Sónia. Op. cit., p. 201-279; FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 232. Para uma breve exposição, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 469; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal: volume único*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 170 e ss.; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 293. Crítico, JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* op. cit., p. 380-385, que prefere o conceito de cognoscibilidade da realização do tipo.

<sup>208</sup> Nesse sentido, corretamente, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

<sup>209</sup> STRUENSEE, Ebehard. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. Trad. Fabricio Quariglia. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998, p. 771-772.

<sup>210</sup> BURKHARDT, Björn. Op. cit., p. 154 e ss.

representar no momento da sua conduta, abrangendo todas as circunstâncias objetivas daquele evento, inclusive aquelas somente acessíveis *ex post*<sup>211</sup>. Diante disso, Struensee<sup>212</sup> aduz que a teoria da imputação objetiva fracassou ao tentar estabelecer critérios subjetivos que fundamentem a imputação objetiva, enquanto Burkhardt<sup>213</sup> chega à conclusão de que não se deve limitar a aferição do desvalor da conduta aos dados somente disponíveis ao agente *ex ante*, pois isso caracterizaria uma inadequada confusão entre o objetivo e o subjetivo, carecendo de fundamento.

Entendo que essa crítica é inadequada, tendo em vista que a ordem estatal tem como destinatários indivíduos e que, por isso, não é qualquer criação de risco que pode ser juridicamente desaprovada, mas somente aquele risco que era cognitivamente acessível ao sujeito no momento da sua conduta<sup>214</sup>. Isso ocorre porque *obligatio impossibilium nulla est*, isto é, a obrigação impossível é nula<sup>215</sup>, e, para que seja possível a um ser humano agir conforme o dever, a situação perigosa deve estar cognitivamente acessível naquele exato momento em que o ordenamento jurídico espera dele uma conduta conforme o dever. Essa limitação possui respaldo em duas razões. A primeira e mais importante é de natureza deontológica: para que uma imputação esteja justificada ao próprio agente, é preciso que ele tivesse a possibilidade de conhecer o perigo no momento da sua conduta para, assim, poder agir conforme o dever. Sem isso, não é possível dizer ao agente que ele agiu de forma incorreta e, portanto, uma intervenção penal seria injusta. Além disso, há também uma razão teleológica para proceder dessa forma: se ao direito penal cabe a proteção de bens

---

<sup>211</sup> Ibidem, p. 154-157.

<sup>212</sup> STRUENSEE, Ebehard. Op. cit., p. 772.

<sup>213</sup> BURKHARDT, Björn. Op. cit., p. 189-192.

<sup>214</sup> Semelhante, FRISCH, Wolfgang. Delito... op. cit., p. 233-234.

<sup>215</sup> Cf. PUFENDORF, Samuel. Op. cit., p. 118.

jurídicos<sup>216-217</sup>, isto é, daqueles dados que permitem uma convivência livre e pacífica entre os cidadãos, só faz sentido que o direito penal entre em ação naqueles casos em que o agente poderia realmente conhecer a situação de perigo ao bem jurídico. Isso porque, nos casos em que o agente não tinha condições de conhecer o perigo ao bem jurídico, a norma proibitiva não exerce papel nenhum. Segundo vejo, quaisquer concepções que considerem importante a possibilidade de a norma de conduta ser um motivo a ser considerado pelo agente a favor de uma ação conforme o dever devem favorecer essa ideia, independentemente do conceito material de delito a ser adotado. Uma visão segundo a teoria das normas, por exemplo, irá considerar que, tendo a norma uma função de determinação, o ponto de apoio da imputação será o que o destinatário representou (ou poderia representar) no momento da conduta<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Sobre isso, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 249-261; GRECO, Luís. Lo vivo... op. cit., p. 228-276; Idem. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, 2010; KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, 2012; ROXIN, Claus. O conceito de bem-jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 70-97. Idem. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-275; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* São Paulo: Marcial Pons, no prelo; SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005; Idem. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponte de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23-68.

<sup>217</sup> Para uma leitura das principais posições contrárias à ideia de proteção de bens jurídicos, cf. AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149-206; JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 93-107; Idem. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma? Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207-232; Idem. Proteção... op. cit., p. 41-61, que defende que, na realidade a vigência da norma é o único bem jurídico-penal; RENZIKOWSKI, Joachim. Fundamentação da norma e imputação – fundamentos para um conceito restritivo de fato. Trad. Augusto Assis. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 101-105, cuja interessante posição parte de uma ideia liberal-contratualista próxima da aqui defendida, aduzindo que o Direito não protege bens jurídicos, mas posições jurídicas que decorrem da ideia de direitos subjetivos, que são aqueles espaços juridicamente protegidos, onde o sujeito possui uma dupla competência sobre o seu direito: a de dispor sobre uma coisa e a de excluir as interferências não autorizadas sobre ela.

<sup>218</sup> Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre*

Qualquer construção diferente disso acarretaria numa intervenção inútil nas esferas de liberdade individuais.

Ademais, a crítica de Burkhardt só faz sentido se se partir de um sistema classificatório, o qual, em razão de seu caráter meramente descritivo, ignora que o direito opera com uma linguagem prescritiva<sup>219</sup>. Em outras palavras, o ordenamento jurídico estabelece um *dever ser*. Disso deriva que a crítica do professor alemão comete o erro lógico de derivar conclusões prescritivas de premissas meramente descritivas<sup>220</sup>. Em outras palavras, a crítica de Burkhardt pressupõe que a tipicidade objetiva deve ser objetiva no sentido de que não deve incluir nenhum elemento da psique do agente. Todavia, o que essa proposição não explica é por que se deve proceder desse modo, tendo em vista que a crítica somente pressupõe que a tipicidade deve ser objetiva no sentido de ausência de dados mentais do sujeito. Em outras palavras, a crítica não apresenta razões fora de um “porque é assim”. Aqui, o erro lógico é que, na argumentação do autor, não fica de nenhuma forma evidente a razão para a tipicidade objetiva dispor completamente de dados *ex ante*. Por fim, conforme aduz corretamente Roxin<sup>221</sup>, o tipo objetivo chama-se *objetivo* porque ao final da imputação objetiva há a uma constatação *objetiva*, no sentido da ocorrência de uma ação humana prevista ou não num tipo penal, e não por desconsiderar dados da psique do agente<sup>222</sup>.

Tendo em vista, portanto, que o desvalor da conduta deve ser avaliado *ex ante*, veja-se a construção do princípio da confiança aqui defendida: é razoável confiar que os outros agirão conforme o dever, salvo na presença de elementos concretos que indiquem o contrário. Portanto, deve-se fazer uma avaliação sobre a conduta do agente partindo do pressuposto de que, *a priori*, está permitido confiar. Dessa forma, o princípio da confiança, em sede de

---

as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 33 (nota de rodapé 43).

<sup>219</sup> Corretamente, GRECO, Luís. Das Subjektive... op. cit., p. 534-535.

<sup>220</sup> Esse normalmente é o erro lógico contido na *falácia naturalista*. Sobre o assunto, cf. AMARAL, Rodrigo; ALVES, Deborah. Sobre a liberdade de ser: por uma adequada crítica às teorias da prevenção especial positiva da pena. In: FERNANDES, Fernando Augusto; MARCHIONI, Guilherme Lobo (orgs.). *Estudos em homenagem a Tristão Fernandes: 60 anos de advocacia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 180-181; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 176; GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano VI, n. 7, p. 211-247, 2005, p. 227-228; MOORE, George Edward. *Principia ethica*. Trad. Márcio Pugliesi e Divaldo Roque de Meira. São Paulo: Ícone, 1998, p. 108-112.

<sup>221</sup> ROXIN, Claus. Finalidad e imputación objetiva. Trad. Enrique Casas Barquero. *Cuadernos de política criminal*, Madri, n. 40, p. 131-146, 1990, p. 145.

<sup>222</sup> Isso não significa, todavia, que a divisão cartesiana entre tipo objetivo e subjetivo esteja completamente livre de possíveis críticas. Todavia, um enfrentamento dessa matéria exigiria um trabalho exclusivo, de modo que terá que ficar aqui em aberto.

desvalor da conduta, deve operar segundo o seguinte pressuposto: *o homem prudente, na ausência de indícios que indiquem que o terceiro agirá contrariamente ao dever, confiaria na conduta correta dos outros*. Disso decorre a seguinte assertiva: *a possibilidade de confiar deve ser vista como o ponto de partida de orientação da conduta do homem prudente*. Assim, a possibilidade de confiar é uma regra *prima facie*, isto é, algo a ser presumido e aplicado em situações de total falta de dados acerca do que os outros farão, mas afastado nas hipóteses concretas que a desautorizem, que ocorrem quando ao agente é cognoscível a presença de indícios concretos de que o terceiro agirá contrariamente ao dever.

Além disso, o fato de poder ou não confiar na conduta do terceiro nem sempre exime o agente de responsabilidade. Como afirmado *supra* (cf. 3.1), o princípio da confiança é um critério positivo para aferição do desvalor da conduta, e não um critério negativo. Como consequência disso, afirmar que o agente pode confiar não leva necessariamente à exclusão da imputação. Isso porque pode o agente ter um *dever especial de agir não cumprido* (cf. *infra*, 3.5 e 3.6), ou ter criado ou incrementado um risco juridicamente desaprovado *per se*, isto é, independentemente da conduta errada do terceiro (cf. *infra*, 3.4). Essas questões serão elucidadas detalhadamente em itens próprios, de modo que no momento basta atentar somente para o fato de que o princípio da confiança é um importante instrumento para aferição do desvalor da conduta, mas não é um critério negativo e, portanto, não afasta sempre a imputação.

Dessa forma, tanto a posição sistemática quanto os contornos concretos do conteúdo do princípio da confiança na imputação penal estão devidamente delimitados. Com isso, é possível examinar com mais profundidade aquelas hipóteses em que a possibilidade ou não de confiar pode ser relevante para imputação: (i) quando há indícios que o terceiro agirá contrariamente ao dever (3.3); (ii) a possibilidade de quem age contrariamente ao dever confiar na conduta correta do terceiro (3.4); (iii) a existência de um dever de evitar ou compensar a conduta incorreta do terceiro (3.5); (iv) os casos de omissões sucessivas (3.6).

### **3.3 Existência de indícios concretos que o terceiro agirá contrariamente ao dever**

Conforme já exposto, trata-se da única hipótese que de fato afasta a possibilidade de o agente confiar na conduta correta do terceiro<sup>223</sup>. Em outras palavras, é o único caso que

---

<sup>223</sup> Ao que parece, não há controvérsia no debate no que tange à impossibilidade de confiar na presença de elementos que indiquem que o terceiro agirá de forma errada. Nesse sentido, cf., por todos, ACCETTA, Maria

verdadeiramente afasta a incidência do princípio da confiança. A pergunta que se põe neste momento é a seguinte: quais elementos são idôneos a afastar a regra geral da possibilidade de confiar na conduta correta do terceiro?

Primeiramente, veja-se que, até que se demonstre o contrário, vige a regra geral da indeterminação da conduta do ser humano, pelo menos no que tange ao que aqui interessa, que é a sua dimensão epistemológica, tanto no que diz respeito ao debate acerca do livre-arbítrio<sup>224</sup> como em relação ao estado cognitivo do agente no caso concreto. É por isso que, conforme já exposto *supra*, a regra geral é a impossibilidade normativa de exigir a previsão em abstrato da conduta de terceiros e que esse problema está no cerne do fundamento da constituição de um Estado. A consequência lógica dessa assertiva é que, diante de circunstâncias concretas que indiquem que o terceiro violará o dever, não pode mais o cidadão desincumbir-se de agir observando esse elemento. Dessa forma, a única exceção verdadeira ao princípio da confiança como permissão de confiar é a existência de elementos concretos que indiquem ao agente que o terceiro agirá em desconformidade com o dever. Resta, dessa forma, estabelecer que tipos de circunstâncias podem ser determinantes para afastar a possibilidade de confiar.

Ao que parece, é possível dividir essas circunstâncias em duas constelações: (i) elementos relacionados estritamente ao ato do terceiro, aqui denominados *indícios objetivos*; (ii) elementos que interligam a atividade do terceiro com a sua capacidade pessoal para realizá-la de forma correta, aqui denominados *indícios subjetivos*. Há um *indício subjetivo* quando o dado se refere à qualidade pessoal do sujeito e um *indício objetivo* quando o dado se refere a elementos não pertinentes às capacidades do terceiro.

Os casos da constelação (ii), isto é, os *indícios subjetivos*, são tratados pela doutrina dominante de forma apartada da rubrica geral “indícios concretos de que o terceiro agirá de forma incorreta” e dizem respeito à impossibilidade de confiar na pessoa do terceiro. Geralmente essa impossibilidade relaciona-se com a falta de autorresponsabilidade do terceiro. Aqui, a primeira ideia que poderia aparecer seria a adoção do critério da inimputabilidade, o que significaria dizer que não se pode confiar de forma nenhuma quando

---

Soledad. Algunas reflexiones sobre la imprudencia inconsciente y sobre el principio de confianza. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 5, p. 861-868, 2007, p. 868; FIDALGO, Sónia. Op. cit., p. 171-190.

<sup>224</sup> Para um panorama acerca do debate acerca do livre arbítrio no plano ontológico, cf. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, que, inclusive, demonstra que a neurociência ainda não deu uma resposta definitiva sobre a questão (p. 21-44).

se sabe tratar-se de terceiro inimputável<sup>225</sup>. O problema dessa proposição é seu excessivo formalismo, que leva a soluções muitas vezes contrárias ao intuitivamente correto e até mesmo inaceitáveis. Não são poucos os casos em que, por exemplo, não parece absurdo confiar num menor de idade. Nesse sentido, não poderia um pai pedir ao seu filho de 15 anos que este fosse comprar pão na padaria que se encontra na esquina de sua casa? Não é demais lembrar que o direito foi criado para regular a vida cotidiana, das pessoas comuns, e afastar-se demasiadamente da concepção “comum” dificulta também a justificação do próprio direito perante os cidadãos.

A jurisprudência alemã desenvolveu o critério não na ideia de inimputabilidade segundo sua concepção formal, mas numa concepção mais aberta, prescrevendo que não se pode confiar em quem não aparenta ser merecedor de confiança, seja pela imprudência em razão da inexperiência, seja por incapacidades de ordem física ou psicológica<sup>226</sup>. Em resumidas linhas, enquanto as crianças não teriam experiência suficiente para serem objeto de confiança, os idosos de idade mais avançada teriam em seu desfavor incapacidades físicas, de modo que ambas as constelações de pessoas formariam o grupo daqueles em quem não é possível confiar.

Para evitar o formalismo excessivo que levaria a decisões injustas, o terceiro só poderá ser considerado não confiável nas situações de inaptidão para a atividade em questão. Seria o caso, por exemplo, do pai que empresta o carro ao filho que não sabe dirigir. Reforço que, para evitar tal formalismo, não basta que o filho não tenha habilitação para dirigir, mas que ele de fato não saiba conduzir o veículo automotor. Suponha-se, dessa forma, que um pai permite que o filho de dezesseis anos conduza o carro no quarteirão de casa e que o filho, apesar da idade insuficiente para ter uma habilitação de motorista, sabe, de fato, dirigir. Nesse exemplo, caso o filho atropela uma pessoa, essa lesão não será imputável ao pai em razão do princípio da confiança, tendo em vista que ele poderia confiar na capacidade do filho de conduzir o carro. Dessa forma, o pai só responderia pelo delito do artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)<sup>227</sup>, em razão da entrega de veículo automotor a uma

---

<sup>225</sup> Nesse sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 21, n. 69, p. 37-76, 2000, p. 63-68.

<sup>226</sup> Sobre isso, cf. SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1a ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 141.

<sup>227</sup> *In verbis*: “Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

pessoa não habilitada. Isso decorre do princípio da isonomia, haja vista que, no citado exemplo, pessoas habilitadas também estão propícias a participar de um acidente de trânsito, de modo que uma pessoa não formalmente habilitada, mas que sabe dirigir, não oferece um risco de acidente maior que uma pessoa formalmente habilitada. Como não se pode tratar iguais de forma desigual, uma razão meramente formal não pode afastar *per se* a possibilidade de confiar. Com isso, se a única diferença entre o habilitado e o desabilitado é o requisito formal, somente se justifica a imputação que decorra da infração à formalidade (ou seja, a falta de habilitação para condução do veículo), mas não do fato naturalístico lesivo. Por outro lado, alterando-se o exemplo, se o jovem de 16 (dezesesseis) anos não estiver apto de fato à direção de um veículo automotor, afasta-se a possibilidade de confiar, incorrendo o pai também no delito resultante do fato naturalístico lesivo.

Portanto, no que tange às características pessoais do terceiro, estas serão relevantes na medida em que dois fatores estiverem preenchidos: (i) as características em questão não podem, em regra, referir-se a requisitos meramente formais, mas à capacidade pessoal do terceiro para realizar a atividade esperada e (ii) esse dado deve estar acessível ao agente. Repito, então, que aqui será fundamental aferir a possível existência de algum conhecimento especial. As características para constituir indícios subjetivos relevantes para o afastamento do princípio da confiança, conforme já dito, devem indicar que o terceiro não possui a capacidade de realizar o que seria dele esperado. Nesse sentido, consigo elencar exemplificativamente as seguintes razões: (i) de ordem física, (ii) de ordem mental ou (iii) por ausência de competência especial para realizar uma atividade que a exija. Por fim, elenco uma quarta constelação de casos, que ocorre quando o terceiro, apesar de ser naquele momento capaz, já demonstrou que fica habitualmente em estado de inimputabilidade, de modo a não ser prudente confiar. Abaixo elencarei do que se tratam as citadas constelações de casos, com a ressalva de que todos eles somente possuem relevância na medida em que os dados em questão ao menos pudessem ter chegado ao conhecimento do agente a tempo de este poder adaptar a sua conduta, de modo a ser possível evitar o evento penalmente relevante (afinal, *obligatio impossibilium nulla est*, conforme já dito *supra*, 3.2).

Por incapacidades de ordem física, refiro-me a impossibilidades físicas gerais, que deverão ser extraídas de regras da experiência, das quais não posso aqui propor um rol exaustivo, mas somente exemplificativo, a saber: (i) deficiências físicas de uma forma geral; (ii) capacidades físicas reduzidas em razão da idade (avançada ou muito jovem), bem como em razão de lesões temporárias (por exemplo, uma pessoa que esteja caminhando com o

auxílio de muletas). Nesses casos, se a atividade esperada do terceiro demandar uma capacidade física que ele não tem, está-se diante de um autêntico indício subjetivo que afasta a incidência do princípio da confiança. *Mutatis mutandi*, se o problema físico não for relevante para a atividade esperada, não há um indício subjetivo que afaste a possibilidade de confiar. Por exemplo, é razoável confiar na capacidade de conduzir veículo automotor de um cadeirante habilitado, desde que o veículo esteja equipado para esse tipo de condutor. Caso contrário, tem-se por evidente que o cadeirante não poderá dirigir um veículo comum, em razão de sua limitação física para essa atividade. O importante é, aqui, observar que é necessário comparar as capacidades físicas do terceiro em questão com a atividade que dele se espera e, utilizando-se da figura do homem prudente, questionar: um homem prudente poderia ou não confiar nas capacidades físicas do terceiro para exercer a atividade em questão? Em caso negativo, afasta-se a possibilidade de confiar.

Por incapacidades de ordem mental, refiro-me a impossibilidades psicológicas ou psicomotoras de realizar a atividade que se espera, que podem ser derivadas, por exemplo, de transtornos mentais permanentes ou temporários, congênitos ou adquiridos ao longo da vida, bem como incapacidades decorrentes da falta de maturidade inerente às crianças. Além disso, pode-se tratar também de indivíduos com a capacidade psicomotora alterada, o que pode ocorrer em razão de diversas causas, das quais destaca-se a ingestão de substâncias que causam embriaguez, torpor ou outras situações análogas. Para o caso de limitações psicomotoras temporárias, é necessário que o terceiro esteja sob esse tipo de limite no momento do evento em questão. É o caso, por exemplo, de um indivíduo que empresta veículo automotor a um terceiro que esteja embriagado. Não é razoável esperar que uma pessoa visivelmente alterada tenha condições de conduzir um veículo automotor. Aqui, novamente, é preciso o uso da figura do homem prudente para questionar: um homem prudente poderia ou não confiar nas capacidades psicológicas ou psicomotoras do terceiro para exercer a atividade em questão? Novamente, uma resposta negativa gera a impossibilidade de confiar.

Pode ser, ainda, que a atividade exercida pelo terceiro requeira uma especial competência, como é o exemplo da condução de veículo automotor ou o caso de atividades médicas. Dessa forma, caso o terceiro não tenha adquirido a competência necessária para exercer tal atividade, não pode o agente confiar. Conforme já demonstrei no exemplo do jovem de dezesseis anos com efetiva capacidade de condução de veículo automotor, mas que não possui habilitação para tanto, aqui não se trata de um requisito meramente formal,

mas sim material. Isso significa que o que importa não é a existência da formalidade, mas as capacidades específicas do terceiro. Todavia, e esse detalhe é fundamental, *a formalidade possuirá alguma relevância somente no caso de o agente não conhecer suficientemente as capacidades do terceiro*, como no hipotético exemplo em que o agente empresta um carro para uma pessoa cuja competência para dirigir o primeiro desconhece. *Nos casos de falta de conhecimento sobre os predicados do terceiro, a formalidade cumpre o requisito de indicar ao agente qual é a opção prudente*. Isso significa que, no exemplo do indivíduo que empresta o carro, este só poderá fazê-lo confiando no terceiro cujas capacidades são desconhecidas se o terceiro estiver devidamente habilitado para a condução de um veículo automotor. O mesmo ocorre no exemplo de um hipotético hospital que contrata um anestesista sem ter aferido as competências do profissional. Aqui, caso o profissional não possua a especialização necessária para exercer tal atividade, o responsável por sua contratação poderá responder pelos erros cometidos pelo profissional não qualificado, na medida em que não era prudente confiar. Repito aqui, que a figura do homem prudente será fundamental, devendo-se questionar: tratando-se de uma atividade que requeira competências especiais, um homem prudente poderia confiar nas capacidades pessoais do terceiro? Uma resposta negativa gera a impossibilidade de confiar.

Por fim, uma quarta constelação consiste naqueles casos em que o terceiro, apesar de ser plenamente capaz de realizar a conduta devida, coloca-se frequentemente em estado de inimputabilidade, de modo a não ser mais confiável que ele permanecerá no estado de capacidade. Essa constelação, por uma questão lógica, só será relevante para aquelas atividades que perdurem no tempo. Afinal, é prudente confiar na pessoa, independentemente de sua propensão em colocar-se em estado de inimputabilidade, se o que se espera dela é algo imediato e, portanto, justamente quando ela é capaz de fazer o que se espera. O fundamento, aqui, reside no fato de que, em se tratando de atividades que perdurem por uma certa quantidade de tempo, trata-se de uma pessoa que, apesar de ser capaz para realizar o que dela se espera, já repetiu tantas vezes uma situação indevida que simplesmente confiar que ela subitamente mudará o seu *modus operandi* não pode ser considerado algo prudente. Assim, o risco real (e não infundado) de essa pessoa colocar-se em estado de incapacidade para a atividade esperada não pode ser ignorado pelo homem prudente. Um exemplo desse tipo de caso é o da pessoa que deixa uma criança sob os cuidados de um terceiro que, apesar de ser plenamente capaz para a tarefa, é um ébrio contumaz, de modo que não é possível confiar que esse terceiro não se colocará em estado de embriaguez. Na hipótese de esse ébrio

protagonizar um acidente que vitimize a criança, o agente que confiou indevidamente não poderá arguir a possibilidade de confiar. A pergunta, aqui, é a seguinte: tratando-se de uma atividade que perdura no tempo, poderia o homem prudente confiar que o terceiro se manteria em estado de capacidade plena durante o curso da atividade em questão? Uma resposta negativa impossibilita a confiança.

Agora é o momento de refletir sobre os *indícios objetivos*, isto é, aqueles que não se referem às capacidades do terceiro. Aqui, novamente, deve-se usar como base a figura dimensional objetiva do homem prudente. Em outras palavras, é preciso refletir sobre quais circunstâncias objetivas levariam um homem prudente a não confiar na atitude correta do terceiro. Os exemplos abaixo citados novamente só poderão constituir um rol exemplificativo, e, portanto, é preciso investigar se, com o uso da figura do homem prudente, existem outros indícios objetivos que afastem a possibilidade de confiar na conduta correta do terceiro. O importante, aqui, é que o critério não pode exigir mais do que aquilo que é de fato praticado por pessoas prudentes. No que concerne à constelação de casos que se refere aos indícios concretos que não se relacionam com a capacidade pessoal do terceiro, posso elencar aqui quatro constelações.

A primeira delas terá especial relevância nos casos de divisão de tarefas: ocorre quando o terceiro já realizou a conduta contrária ao dever. A ideia aqui é que, se o terceiro, dentro da divisão de tarefas, já realizou o ato contrário ao dever, não há razões para que o agente espere que o terceiro realizará algum ato de compensação ao erro já consumado. Ninguém pode ancorar-se num erro de terceiro cognoscível *ex ante* para expandir a sua esfera de liberdade de modo a invadir a esfera de outras pessoas ou, no caso de omissão, para não agir conforme o dever. Ter disponível a informação de que o terceiro já errou e mesmo assim realizar a ação ou omissão (esta somente quando relevante) que contribui para a ocorrência de um resultado penalmente relevante não está abarcado pelo princípio da confiança, sobretudo porque aqui a confiança não cumpre nenhum papel, na medida em que o agente já *sabe* ou, no mínimo, tem condições de saber. Um exemplo é o hipotético caso de um funcionário que fraudas informações num livro da empresa de forma grosseira, de modo a praticar sonegação fiscal e o seu superior hierárquico, mesmo diante do relatório que contém o erro grosseiro, nada faz para impedir a sonegação.

A segunda é a existência de indícios de que o terceiro está em vias de agir contrariamente ao dever. Aqui, a ideia fundamental é que não é prudente simplesmente confiar que o terceiro, apesar de dar sinais da sua predisposição a realizar um ato contrário

ao dever, irá repentinamente desistir da ideia. Aqui, há, no mínimo, uma situação em que existe uma considerável tendência de que o terceiro agirá contrariamente ao dever. Um exemplo desse tipo de caso ocorre quando, no trânsito, um condutor observa que um terceiro conduz um carro na outra via de um cruzamento e que, apesar de o sinal estar fechado para o terceiro, ele não reduz a velocidade, dando indícios de que cometerá a infração de trânsito.

A terceira ocorre quando a atividade correta do terceiro depende da conduta adequada do próprio agente. Aqui, a atividade é meramente lógica: se o ato do agente é pressuposto da possibilidade da ação correta do terceiro, o agente só poderá confiar na medida em que agir conforme o dever. Caso contrário, não poderá simplesmente confiar, haja vista que o agente sabe que sem o seu ato, o ato correto do terceiro não ocorrerá. Casos dessa espécie serão mais frequentes (o que não significa exclusivamente) nas estruturas com divisão de trabalho, onde diferentes personagens realizam tarefas interligadas, como, por exemplo, é o caso de um engenheiro encarregado de vistoriar uma determinada construção e, no caso de necessidade de reparos, reportar ao administrador para fins de reparo. Aqui, o administrador só poderá agir para reparar o risco quando o engenheiro o informar da existência dessa situação perigosa. Caso o engenheiro não cumpra o seu dever e um acidente ocorra, estar-se-á diante de um caso de omissões sucessivas em que a ação correta do primeiro era pressuposto da possibilidade de ação do segundo, o que será abordado com mais detalhes *infra* (cf. 3.6).

Uma quarta constelação de casos ocorre quando está disponível algum dado que inviabiliza ou dificulta a atitude correta do terceiro. Aqui, a *ratio* reside no fato de que, havendo uma circunstância concreta que torne menos provável a atitude correta por parte do terceiro, simplesmente confiar deixa de ser algo prudente. Um exemplo desse tipo de caso ocorre quando o agente empresta um carro com problema de freio ao terceiro e este envolve-se num acidente de trânsito em razão de não ter conseguido frear a tempo de impedir o acidente. *In casu*, um homem prudente não confiaria que o terceiro agiria de determinada forma se estiver presente alguma circunstância que dificulte ou inviabilize a atividade conforme o dever.

Para finalizar o presente tópico, reitero que as constelações acima elencadas não possuem caráter de exaustividade, sendo decorrentes de uma reflexão sobre as circunstâncias em que não é prudente confiar na atitude correta do terceiro a partir de *regas da experiência*. Essa lista é formulada baseada no estado atual de coisas, com base em casos que já ocorreram e que, portanto, são facilmente imagináveis. Por outro lado, o mundo da vida é o mundo das

contingências, do variado, do imprevisível ou do imprevisto, de modo que ninguém pode garantir que outras situações não aparecerão. Dessa forma, o que aqui é fundamental é que todas as exceções à possibilidade de confiar devem estar fundamentadas na seguinte base: por que não é prudente confiar no terceiro? Portanto, para identificar quais casos afastam a possibilidade de confiar, parece adequado prosseguir adotando critérios conforme *regras de experiência*, com vistas a analisar o que levaria um homem prudente a não confiar no terceiro.

### 3.4 Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro?

A jurisprudência alemã, após a criação do *Bundesgerichtshof* (BGH)<sup>228</sup>, introduziu, no meio do século XX, limitações ao princípio da confiança, seguindo uma tendência importada da doutrina americana, o instituto da direção defensiva (*defensives Fahren*)<sup>229</sup>. Nesse contexto, houve o estabelecimento de uma série de limitações ao princípio da confiança e, dentre elas, a vedação à sua aplicação em favor daquele que age incorretamente. Segundo essa concepção, seria ilógico uma pessoa agir incorretamente e, ao mesmo tempo, esperar que os terceiros agirão de forma contrária, isto é, corretamente. Veja-se, ainda, que a jurisprudência brasileira tem adotado esse mesmo posicionamento.

Portanto, o primeiro passo a ser dado é refletir se, realmente, há essa falta de lógica que, caso exista, inviabiliza qualquer reflexão posterior em razão de sua natureza prejudicial. Em outras palavras, se um postulado é ilógico, este já está, no campo formal, equivocado, de modo que não é necessário fazer posteriores considerações. Entendo que essa alegada falta de lógica é, no máximo, meramente aparente, tendo em vista que *confiar* é depositar uma certa expectativa perante o *outro* e o erro próprio não indicia necessariamente que o terceiro também errará. Em outras palavras, não há uma relação necessária entre erro próprio e erro alheio, de forma que inexistente contradição naquele que erra, mas confia no acerto do outro. A questão da confiança tem natureza epistemológica, haja vista que confiar pressupõe um certo déficit de conhecimento e se assim não o fosse, conforme as belas palavras de Pimentel Albuquerque<sup>230</sup>, “o futuro se tornaria em eterno presente e o nosso conhecimento, direto e intuitivo, como o dos anjos”, desaparecendo, assim, a possibilidade e a necessidade

---

<sup>228</sup> Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, correspondente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

<sup>229</sup> Cf. SIQUEIRA, Flávia. Princípio da confiança... op. cit., p. 57-59.

<sup>230</sup> ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. Op. cit., p. 111-112.

de confiança. *Somente quem já sabe não precisa confiar*. Isso só seria diverso se a conduta de quem erra ao menos dificultasse a conduta correta do terceiro, o que só pode ser aferido casuisticamente e, portanto, não tem força vinculante universal e, além disso, deve ser tratado como um indício objetivo concreto de que o terceiro agirá contrariamente ao dever (cf. *supra*, 3.3).

No plano normativo do princípio da confiança, não se trata do *status* mental humano em si, mas da *possibilidade de confiar*. Assim, a pergunta que se põe é se quem age contrariamente ao dever está autorizado a confiar na conduta alheia. Entendo que negar quaisquer possibilidades de confiar a quem age incorretamente só seria coerente à luz da teoria do prêmio<sup>231</sup>, isto é, se a razão de ser do princípio da confiança fosse fomentar a obediência premiando aquele que obedece. Segundo a teoria aqui desenvolvida, isto é, da possibilidade de confiar como pressuposto lógico de uma sociedade organizada, inexistem razões para não permitir aquele que erra de confiar, a não ser que o erro próprio indicie que provavelmente isso desencadeará numa conduta equivocada do terceiro. Ademais, deve-se atentar para o fato de que o entendimento de que quem erra não pode confiar é uma petição de princípio. Conforme já demonstrei ao criticar a teoria do prêmio, saber se o agente realizou ou não um risco juridicamente desaprovado é justamente o que se pretende aferir com o princípio da confiança. Assim, tem-se um argumento circular na medida em que ele antecipa a conclusão para influir no que deveria ser o seu meio de verificação. Dessa forma, pode-se concluir que está equivocado o brocardo, criado pelo BGH e seguido pela jurisprudência brasileira, de que quem age contrariamente ao dever não pode confiar<sup>232</sup>.

O que ocorre, por outro lado, é que *nem sempre a possibilidade de confiar será razão suficiente para afastar o desvalor da conduta do agente*, como já pontuado *supra* (cf. 3.2). Isso porque, se a conduta errada do agente já produzir *per se* um risco juridicamente desaprovado de ocorrência do resultado previsto no tipo penal, não será possível arguir a possibilidade de confiar para afastar a imputação. Assim, será preciso, a partir de agora, diferenciar riscos juridicamente desaprovados de duas ordens: os *(i) riscos juridicamente desaprovados independentes*, que são aquelas condutas que criam um risco jurídico-

<sup>231</sup> Devidamente exposta (1.1) e criticada (1.1.1) *supra*.

<sup>232</sup> Um extenso rol de autores critica essa presunção absoluta, dos quais cito: GRECO, Luís. Um panorama... op cit., p. 66-67, que reputa essa limitação como desnecessária e capaz de gerar confusão; LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*: uma questão única de imputação objetiva. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 40, que entende que o erro do agente só pode ser imputável quando repercutir na ocorrência do resultado; SIQUEIRA, Flávia. Princípio da confiança... op. cit., p. 117 e ss., cuja proposição será abaixo avaliada e que entende que essa limitação não pode ocorrer nos casos em que o erro do agente não gera efeitos para a concretização do resultado.

penalmente desaprovado independentemente da conduta do terceiro; e os (ii) *riscos juridicamente desaprovados dependentes*, que são aqueles que têm uma relação de dependência normativa com o risco criado pelo terceiro e, portanto, somente ocorrem quando se afasta o princípio da confiança.

Os conceitos de dependência e independência nada têm a ver com as relações causais, que estão, por uma questão conceitual, sempre conectadas e, nesse sentido, são dependentes. Aqui se trata do requisito para que o risco criado<sup>233</sup> converta-se em juridicamente desaprovado. Portanto, as relações de dependência e independência aqui referidas ocorrem no plano normativo, o que significa dizer que nos primeiros, os de dependência, o risco só estará juridicamente desaprovado em razão da concorrência de um risco criado pelo terceiro e que, caso inexistisse a criação deste último, o risco criado pelo primeiro agente não seria desaprovado. Por exemplo, é o caso do agente que dirige conforme as normas de trânsito e, mesmo diante de indícios que o terceiro agirá contrariamente ao dever, prossegue dirigindo normalmente, de modo que ambos colidem. Conforme já exposto no item anterior, situações desse tipo contêm indícios concretos de que o terceiro agirá contrariamente ao dever, o que afasta a incidência do princípio da confiança. Por outro lado, se o terceiro tivesse agido de forma correta, o risco criado pelo primeiro agente seria aquele inerente à regular condução de um automóvel, o que está juridicamente permitido. Dessa forma, a conduta do agente no exemplo citado cria um risco juridicamente desaprovado dependente.

Os riscos juridicamente desaprovados independentes, por outro lado, existem, conforme o termo já indica, *independentemente* da atitude do terceiro. Voltando ao exemplo do condutor no trânsito, é o caso do agente que conduz um veículo acima da velocidade permitida. Dirigir acima da velocidade permitida já está *prima facie* juridicamente desaprovado, de modo que se trata da criação de um risco juridicamente desaprovado independente e, por isso, a incidência do princípio da confiança não é suficiente para afastar a punibilidade do agente. Dessa forma, não é que o agente não poderia confiar na conduta do terceiro, mas sim que essa possibilidade de confiar não resultará no afastamento da imputação do resultado.

Antes de prosseguir com as necessárias reflexões, convém apreciar a proposta de Siqueira<sup>234</sup>, que, ao analisar essa constelação de casos, exige algo próximo ao aqui

---

<sup>233</sup> Para simplificar o texto, utilizarei sempre os termos “risco criado” ou “criação do risco” para englobar tanto os casos de criação de risco, quanto os casos de incremento de um risco preexistente.

<sup>234</sup> SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 116-128.

sustentado: que a conduta errada do agente tenha repercussão concreta sobre a ocorrência do resultado. Contudo, defende Siqueira que isso seja avaliado por meio da análise do instituto do *comportamento alternativo conforme o direito*. Em suma, propõe a autora que se observe se a hipotética conduta correta do agente evitaria o resultado. Em caso positivo, ter-se-ia uma criação de um risco juridicamente desaprovado. Se a resposta fosse negativa, seria um imperativo aplicar o princípio da confiança e, por consequência, afastar a imputação do agente que confiou, pois, segundo a autora, nesses casos em que a conduta alternativa conforme o direito não evitaria a ocorrência do resultado, não haveria o necessário liame entre erro do agente e resultado ocorrido. Em resumo, o raciocínio é o seguinte: se nem a conduta correta evitaria o resultado, punir o agente que confiou só porque ele errou não teria sentido.

Apesar de a citada proposta partir de um núcleo intuitivo correto (não é porque o agente errou que ele não pode confiar), não é possível o emprego do comportamento alternativo conforme o direito para a análise do princípio da confiança. Isso porque, conforme exposto *supra* (cf. 3.1 e 3.2), o princípio da confiança é analisado no desvalor da conduta e, por isso, só pode considerar elementos *ex ante*. Para aferir se o comportamento hipotético alternativo evitaria ou não o resultado, seria necessário adentrar em dados somente acessíveis *ex post*, de modo que extrapolaria os limites possíveis da análise do desvalor da conduta, invadindo a seara do desvalor do resultado<sup>235</sup>. Dessa forma, não se trata de saber se uma conduta alternativa evitaria ou não o resultado, mas sim avaliar a natureza do risco criado pelo agente, de modo a definir se se trata de um risco dependente ou independente. A diferença fundamental entre as propostas é, portanto, que uma extrapola o limite do desvalor da conduta, enquanto a outra mantém-se estrita à análise de dados aferíveis *ex ante*. Caso contrário, romper-se-ia com o paradigma da *prognose póstuma objetiva*<sup>236</sup>, que é o método correto para a avaliação do desvalor da conduta.

Com o necessário apontamento feito, é possível prosseguir com o escrutínio da constelação de casos em que o próprio agente atua de forma incorreta. Veja-se que existem ilícitos independentes e que não constituem um risco de realização de um resultado típico.

---

<sup>235</sup> Que a solução de Siqueira adentra no desvalor do resultado, fica ainda mais evidente observando que a autora aduz que o seu objetivo é “identificar se houve uma criação do risco em relação ao *resultado tal qual ocorreu*, ou seja, se aquele risco criado com a conduta incorreta foi o risco que efetivamente se realizou no resultado.” (grifado no original). *Ibidem*, p. 128. Ao mencionar a necessidade de aferir se o risco criado efetivamente se realizou no resultado, é incontroverso que a proposição de Siqueira desloca o princípio da confiança para o desvalor do resultado, o que carece de boas razões e tampouco foi expressamente sustentado pela autora.

<sup>236</sup> Cf. GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 38-43.

Dessa forma, tais ilícitos não podem ser confundidos com a criação de um risco juridicamente desaprovado independente. Por exemplo, é o caso do agente que conduz o veículo observando estritamente as regras de trânsito, com a exceção de estar guiando um carro sem placas ou que, numa tarde ensolarada, está com os faróis queimados (se os faróis fossem necessários para visualização da pista, a situação seria diferente). Assim, se o terceiro, por exemplo, ultrapassa equivocadamente o sinal e ocorre a colisão entre veículos, o erro do agente que confiou não constituiu a criação de um risco para a ocorrência do resultado colisão. Assim, pelo fato de o erro do agente não constituir já *ex ante* um risco para a ocorrência do resultado, não há razões para afastar *prima facie* a possibilidade da incidência do princípio da confiança para afastar a imputação do desvalor da conduta.

É preciso, ainda, observar o especial caso de alguns delitos de perigo abstrato<sup>237</sup>, que é uma constelação heterogênea de delitos que não podem ser considerados nem de lesão, nem de perigo concreto. É o caso, por exemplo, da direção de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, delito tipificado no art. 306 do CTB. A mera condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada não cria *per se* um risco juridicamente desaprovado de acidente, pois pode o agente dirigir nesse estado e não violar nenhuma outra regra de trânsito, em especial se se considerar que o art. 306, §1º, I, CTB<sup>238</sup> estabelece uma tolerância extremamente reduzida para a direção de veículo automotor após o consumo de álcool ou outra substância de efeitos análogos.

Partindo-se do citado exemplo do acidente de trânsito, suponha-se, assim, que o agente respeitou todas as regras dispostas no CTB, exceto o citado artigo 306. A questão que se põe aqui é se o agente deverá ser imputado ou não pelo delito inerente ao resultado produzido em razão do acidente (via de regra: dano, lesões corporais ou homicídio). Veja-se, portanto, que as reflexões sobre o princípio da confiança nada têm a ver com a punibilidade do delito de perigo abstrato em si, mas do delito posterior, que se produziu com o evento lesivo. Por uma questão de coerência interna, o que foi dito acerca da diferença entre o mero erro e a criação do risco aplica-se também aos delitos de perigo abstrato. Como

---

<sup>237</sup> Cf. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004; WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011.

<sup>238</sup> *In verbis*: “§ 1º As condutas previstas no *caput* serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar”.

o delito de perigo abstrato é *per definitionem* a não criação de um risco de ocorrência de um resultado lesivo ou concretamente perigoso previsto em outro tipo penal, o princípio da confiança afastará a imputação pelo resultado posterior nos casos em que o agente não praticou o ato perigoso juridicamente desaprovado posterior ao delito de perigo abstrato. Concretamente, isso significa que o mero dirigir embriagado ainda não é suficiente para afirmar a imputação daquele que confia. Todavia, se a embriaguez faz com que o próprio agente pratique algum ato posterior que possa ser considerado um risco juridicamente desaprovado independente, a possibilidade de confiar não poderá afastar a imputação pelo resultado causado em razão do acidente.

Segundo vejo, a ideia aqui defendida já fora ao menos intuída por Puppe<sup>239</sup> na sua proposição em limitar o exame da causalidade à violação do dever de cuidado. Segundo a autora, não basta a constatação de que houve uma violação do dever de cuidado e que o comportamento do agente possui nexos causal com o resultado, é preciso mais: é exatamente aquele elemento considerado violador do dever de cuidado que deve ser causal em relação ao resultado, no sentido de ser uma parte necessária de uma condição suficiente para o referido resultado. Para ilustrar o sustentado, Puppe lista alguns exemplos e, dentre eles, o caso da seta (*der Blinkerfall*), em que o agente conduzia um automóvel com uma seta sem funcionar<sup>240</sup>. Nesse caso, um terceiro atinge a traseira do carro do agente. Aqui, assevera Puppe, está claro que há uma lesão do dever de cuidado (dirigir com uma seta sem funcionar) e há inequívoco nexos causal entre o comportamento do agente e a colisão entre automóveis. No entanto, o que falta é justamente uma relação causal entre o resultado “acidente” e o fato de o farol do carro do agente estar sem funcionar. Em outras palavras, o farol apagado, naquele caso, não era uma parte necessária de uma condição suficiente para o resultado.

Tenho as minhas reservas quanto ao método de limitar o exame de causalidade à violação do dever de cuidado, em razão de isso provavelmente constituir uma confusão entre as esferas da causalidade, que é ôntica, e da imputação, que é normativa<sup>241</sup>. Entretanto, não

---

<sup>239</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (coords.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 27 e ss.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>241</sup> Se realmente há essa confusão, não posso afirmar aqui com segurança. Porém, como a questão do dever de cuidado já é em si normativa, colocá-la no exame do nexos causal ao menos gera sérias dúvidas sobre a inserção de dados normativos na causalidade. Além disso, um dos argumentos de Puppe a favor da teoria da condição INUS em detrimento da fórmula da *conditio* é justamente a necessidade de proteção a bens jurídicos (Ibidem, p. 21), o que é uma razão evidentemente normativa. Segundo vejo, mas não posso aqui melhor elucidar, a fórmula da condição INUS é, de fato, superior à da *conditio sine qua non*, mas isso independe da necessidade

posso prosseguir refletindo sobre isso na medida em que o tema extrapola o objeto deste estudo, de modo que essa questão precisará ficar, aqui, em aberto. De todo modo, parece-me mais promissor utilizar o método aqui proposto: se, no citado caso da seta, ter um farol apagado não criou, desde uma perspectiva *ex ante*, um risco para a ocorrência da colisão entre os veículos e não há nenhum outro dado que inviabilize a possibilidade de confiar, o agente não criou um risco juridicamente desaprovado do resultado ocorrido e, portanto, inexistente desvalor da conduta, de modo que a ele não pode ser imputado esse resultado, que será imputável somente ao terceiro que provocou a colisão violando o seu dever de cuidado.

Talvez o leitor ainda possua dúvidas sobre como diferenciar quando se trata de um risco juridicamente desaprovado dependente ou independente e, por isso, passo agora a uma melhor explicação de como fazê-lo. O primeiro passo é, evidentemente, verificar se o ato violador do dever realmente cria o risco para a ocorrência do resultado. Em caso afirmativo, passa-se à análise da valoração jurídica do risco criado. Esse segundo passo deve considerar que existem basicamente três elementos que são, sem dúvida, instrumentos para a aferição do desvalor jurídico do risco criado: a existência de normas de segurança para determinada atividade, o próprio princípio da confiança e a figura dimensional objetiva (*Maßfigur*) que, aqui, deve ser a imagem do homem prudente (cf. *supra*, 3.2)<sup>242</sup>. Portanto, o segundo passo será analisar se há alguma norma de segurança específica da atividade e, caso positivo, verificar se o agente a violou. Dessa forma, haverá um risco juridicamente desaprovado independente quando for possível fazer duas afirmações: (i) quando for possível verificar por parte do agente um comportamento contrário às normas de segurança da atividade em questão e (ii) que o comportamento contrário ao dever criou efetivamente o risco para a ocorrência do resultado. Dessa forma, a possibilidade de confiar não afastará a imputação quando o comportamento do agente contrário ao dever tenha *per se* criado um risco juridicamente desaprovado. Quando essa constatação depender da possibilidade de confiar, esta será decisiva para a aferição do desvalor da conduta.

Assim, como panorama geral do que expus no presente item, o princípio da confiança não afastará a imputação nos casos em que o próprio agente atuou contrariamente ao dever *somente quando* a infração ao dever constituir a criação de um risco relevante e juridicamente desaprovado para a realização do resultado independentemente da conduta do

---

de proteção de bens jurídicos. Sobre o assunto, por todos, cf. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 127-169.

<sup>242</sup> Nesse sentido, GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 59-70.

terceiro. Destarte, não pode o agente eximir-se da responsabilidade alegando que poderia confiar no terceiro se o próprio agente criou um risco juridicamente desaprovado independentemente da conduta do terceiro. Isso porque, mesmo que ele possa confiar, ele mesmo já produziu um risco juridicamente desaprovado de realização do resultado, de modo que inexistem razões para o afastamento da imputação. O fundamento disso é que, quando se pretende afastar a imputação de alguém por meio do princípio da confiança, o que fica implícito é que a conduta do agente só é punível quando não é possível afirmar a possibilidade de confiar e, portanto, há uma certa relação de dependência entre as condutas do agente e do terceiro. Quando não há essa dependência, isso significa que o ato do agente é avaliado negativamente pelo Direito independentemente da conduta do terceiro, de modo que a possibilidade de confiar não será o decisivo para a imputação do agente.

Como resultado das reflexões feitas neste tópico, deve-se fazer o seguinte panorama: (i) se o agente que confiou também agiu contrariamente ao dever, é preciso, primeiramente, observar se o seu erro realmente criou o risco de realização do resultado; (ii) se a conduta errada do agente não cria o risco, o princípio da confiança pode afastar a imputação; (iii) se, concomitantemente com a conduta errada, é possível verificar a criação de um risco por parte do agente, deve-se observar se esse risco é dependente ou independente à ação do terceiro; (iv) se se tratar de um risco dependente, este só será juridicamente desaprovado se o agente não pudesse confiar, ou seja, na existência de circunstâncias concretas que afastassem a possibilidade de confiar; (v) se o risco criado for um risco juridicamente desaprovado independentemente da conduta do terceiro, o princípio da confiança não será suficiente para afastar a imputação do agente.

### **3.5 A existência de um dever de evitar ou compensar a conduta incorreta do terceiro**

Outra constelação de casos em que se debate o alcance do princípio da confiança está presente quando o indivíduo possui algum dever de ingerência sobre a conduta de um terceiro. Esse problema ocorre frequentemente em âmbitos como os do direito penal médico e do direito penal empresarial, ramos em que há uma organização hierárquica verticalizada. A questão que se põe, portanto, é se é possível aplicar o princípio da confiança quando existe algum dever de evitar ou compensar um eventual erro do terceiro<sup>243</sup>. Por uma questão

---

<sup>243</sup> Isso ocorre porque, normalmente, numa estrutura hierárquica com distribuição e delegação de tarefas, o agente delegante geralmente tem algum dever de controle, supervisão ou vigilância, como será exposto com

metodológica, convém fazer a seguinte divisão que está presente no debate doutrinário: aqueles casos onde há uma *relação vertical* de trabalho e aqueles onde há uma *relação horizontal*<sup>244</sup>. Nos casos da primeira constelação, há deveres que podem ser subdivididos em dois grupos: (i) os deveres de seleção, instrução e coordenação e (ii) os deveres de vigilância, controle ou supervisão. Nos casos da segunda constelação, é preciso investigar a questão dos deveres de dupla garantia.

Para a resolução do problema, primeiramente é preciso observar dois pontos já expostos nos itens anteriores: (i) o princípio da confiança, como autorização de confiar, opera nos planos normativo e epistemológico; (ii) o citado princípio não pode afastar a imputação quando o agente cria um risco juridicamente desaprovado independente. Observados esses dois elementos e em se tratando de delitos omissivos, não há uma criação de risco juridicamente desaprovada, mas uma não diminuição juridicamente desaprovada de um risco<sup>245</sup>. Em outras palavras, trata-se de casos em que o agente não agiu para diminuir o risco quando havia o dever de fazê-lo, seja por imposição expressa do tipo penal em questão, seja em razão da posição de garantidor<sup>246-247</sup>.

Enquanto um dever geral de cuidado, que fundamenta a imputação por delito imprudente, proíbe uma determinada ação ou omissão de forma descuidada, o dever de garantidor gera uma ordem de agir de determinada forma, fundamentando a imputação por omissão. É verdade que, na omissão imprópria, há uma certa confusão entre esses deveres, na medida em que a não realização do dever de garantidor quando era possível agir fundamenta a imputação, no mínimo, por delito omissivo imprudente. Todavia, não se pode confundir os dois institutos: o princípio da confiança será constitutivo do dever de cuidado

---

mais detalhes. Por ora, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de *Compliance* e atribuição da responsabilidade penal individual nos crimes empresariais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, p. 117-144, 2015, p. 140-142. Além disso, há também a questão dos deveres de seleção, instrução e coordenação, bem como o debate sobre a dupla garantia, conforme observa SIQUEIRA, Flávia. Princípio da confiança... op. cit., p. 147.

<sup>244</sup> Cf. a nota anterior.

<sup>245</sup> Conforme já exposto *supra* (3.1), adoto a teoria da evitação do risco para a imputação dos delitos omissivos, mas o núcleo essencial dos argumentos no que tange ao princípio da confiança é aplicável independentemente da teoria da imputação adotada, especialmente tendo em vista que tais teorias operam no desvalor do resultado, enquanto que o princípio da confiança deve ser observado no desvalor da ação.

<sup>246</sup> No mesmo sentido, ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 49.

<sup>247</sup> Para um panorama das fontes legais do dever de garantidor no contexto empresarial do direito brasileiro, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTIN, Adán; DINIZ, Eduardo Saad; GOMES, Rafael Mendes (coords.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 224-228.

(aqui defendido nos termos do princípio do risco), mas não do dever de garantidor. O dever de garantidor existe independentemente da possibilidade de confiar no terceiro, de modo que são dois elementos que estão vinculados, mas não se confundem. Não é razoável sustentar, por exemplo, que alguém que não detinha um dever de garantidor passe a tê-lo em razão de não poder confiar no terceiro<sup>248</sup>. O princípio da confiança, portanto, é constitutivo do dever de cuidado, mas não do dever de garantidor, de modo que ele não cria uma obrigação de agir que já não existia antes. Ademais, no campo dos delitos omissivos, a violação do dever de agir já constitui, *per se e ex ante*, uma infração independente do erro do terceiro. O núcleo do desvalor de uma conduta omissiva é justamente a inação daquilo que era preceituado pelo dever de agir para diminuir determinado risco de ocorrência de um resultado penalmente relevante. Veja-se que a violação do dever de ingerência sobre a atividade do terceiro já é suficiente para a constatação da ocorrência de uma não diminuição de um risco juridicamente desaprovada. Assim, ambos os vetores necessários para o desvalor da omissão já estão presentes: (i) a não diminuição de um risco existente e (ii) o caráter juridicamente desaprovado dessa violação do dever de agir. Por essas razões, o que foi exposto *supra* (3.4) acerca da criação de um risco juridicamente desaprovado independente aplica-se também na constelação de casos aqui tratada. Portanto, o primeiro passo não é aferir se o agente estava autorizado a confiar na conduta de um terceiro, mas se ele mesmo infringiu ou não um dever de agir que já existia independentemente da possibilidade de confiar. Em caso afirmativo, o princípio da confiança já não será suficiente para afastar a imputação do agente por omissão.

Caso o agente tenha realizado o seu dever *prima facie* de agir e, mesmo assim, o resultado tipicamente relevante tenha ocorrido, entra em cena a possibilidade de o princípio da confiança ser o fundamento decisivo para afastar a imputação. Isso será especialmente relevante nas situações em que haja uma divisão de tarefas, pois nestas não há um único personagem responsável pela evitação do resultado doloso, mas uma cadeia de agentes responsáveis para tanto. O central será observar quais eram as atribuições de cada indivíduo naquela divisão de tarefas e verificar se o agente responsável pelo controle do terceiro realizou o seu dever. Esse dever varia de acordo com cada organização do trabalho, podendo consistir num dever de vigilância, compensação, instrução etc. Pode, também, ser uma combinação de diversas atribuições.

---

<sup>248</sup> Corretamente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 85.

Nesse contexto, a *ratio* da divisão de tarefas é que ninguém é capaz de realizar todas as atividades sozinho. Isso significa que a finalidade da atribuição de tarefas para outros agentes é justamente dividir responsabilidades e deveres. Disso decorre que o agente responsável pela ingerência sobre a conduta do terceiro nunca terá uma responsabilidade de controle total, pois isso esvaziaria o sentido da divisão de tarefas em si. Por outro lado, isso também não pode desincumbir totalmente os indivíduos posicionados nos níveis mais altos da cadeia hierárquica de uma determinada organização, sob pena de gerar uma verdadeira blindagem sobre aqueles que possuem mais poderes em razão dos cargos que possuem. Isso seria contrário ao princípio de que quanto maior o poder, maior a responsabilidade de um indivíduo. Em outras palavras, uma pessoa não pode aproveitar as vantagens do maior poder de ação inerente ao seu cargo sem ter atribuições que correspondam a essa posição. Ou seja, *não há bônus sem ônus*. Por isso, a delegação de tarefas não pode exonerar completamente o delegante de quaisquer deveres de agir, mas somente transformar o seu dever de garantidor delegante<sup>249</sup>. Essa fundamentação é o argumento central para constituir os deveres de vigilância, controle ou supervisão.

Já os deveres de seleção, instrução ou coordenação possuem um fundamento a mais: só se pode transferir um dever de controle sobre uma fonte de perigo àqueles que estão suficientemente preparados para tanto. O delegante, na posição de responsável pelo controle da fonte de perigo, não está autorizado a transferir a sua competência sem aferir com segurança que se trata de uma pessoa capacitada para a tarefa. Aqui, no caso de violação desse tipo de dever por parte do delegante, que já é *per se* a falta de controle de uma fonte de risco de forma juridicamente desaprovada independentemente da conduta do delegado, ocorre também uma hipótese de afastamento da possibilidade de confiar, na medida em que o delegante, em razão de sua própria violação do dever, já não poderia confiar na competência específica do delegado para o devido controle da fonte de risco em questão<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Nesse sentido, ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 147-148; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. 1ª ed. Madri: Civitas, 2002, p. 116; SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou “impróprios para o consumo”. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 228-229; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 81; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação... op. cit., p. 220.

<sup>250</sup> Próxima ao aqui sustentado, SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade... op. cit., p. 231.

Aqui, portanto, seria o caso em que tanto o delegante viola seu dever de agir, quanto não poderia confiar numa conduta correta por parte do delegado.

Nos casos de relações horizontais na cadeia hierárquica, *prima facie* inexistente um dever de ingerência de um indivíduo sobre outro<sup>251</sup>. Isso porque, em regra, não há razões para atribuir a alguém a função de controle sobre um terceiro sobre o qual o indivíduo não possui um dever específico. Nesses casos, há diversos garantidores sobre as fontes de perigo, e não há, entre eles, um dever de ingerência, em razão de não haver uma delegação da função, tampouco subordinação. Como o ordenamento brasileiro prescreve que tal dever somente se constitui por meio de obrigação legal, contrato ou ingerência, nos termos do art. 13, §2º, CP<sup>252</sup>, não há razões para supor um dever de intervenção entre indivíduos cuja relação na cadeia hierárquica é de horizontalidade. Em razão disso, não há uma posição de garantidor sobre a fonte de perigo sob o controle do terceiro e a possibilidade de confiar será analisada de forma análoga à criação de um risco juridicamente desaprovado dependente, nos termos do exposto *supra* (cf. 3.4). Isso porque, apesar de o agente não possuir o dever sobre a fonte de perigo sob a tutela do terceiro, ele possui um dever próprio de controle sobre a fonte de perigo, de modo que, estando diante de indícios de que o terceiro agiu ou agirá contrariamente ao dever, o portador do dever terá que adaptar a sua conduta de modo a controlar os riscos inerentes a ela e que estejam *ex ante* acessíveis.

Além disso, muitas vezes o agente, na divisão de tarefas, acaba concorrendo de forma ativa para a ocorrência do resultado. Veja-se o seguinte exemplo: *A* é um médico-cirurgião e *B* é um anestesista. Entre *A* e *B*, a relação de trabalho é horizontal, de modo que nenhum deles possui o dever de ingerência sobre a atividade do outro. Num procedimento cirúrgico, *B* ministra a dose errada de uma substância anestésica, de modo que, por alguma razão de ordem biológica, o procedimento cirúrgico ocorrido com a dose de anestesia errada gerou lesões corporais no paciente (art. 129, CP). Neste caso, *A* concorreu de forma ativa para a ocorrência do resultado, de modo que, aqui, ele seria imputável por um delito na modalidade ativa, na hipótese de haver indícios concretos do erro de *B*.

---

<sup>251</sup> Similares, PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 4; SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade... op. cit., p. 235.

<sup>252</sup> Segundo a concepção tradicional, o CP teria adotado a teoria das fontes formais da posição de garantidor. Todavia, entendo que essa questão é meramente de nomenclatura. Isso porque, segundo vejo, o disposto no código não é um óbice para a adoção de determinados critérios materiais, como são aqueles propostos, por exemplo, por SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 261-430, tendo em vista que os critérios propostos acabam sendo subsumíveis em alguma das hipóteses previstas no art. 13, §2º, CP. Sobre isso, discorre resumidamente SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação... op. cit., p. 224-225. Como o assunto extrapola os limites deste trabalho, ele terá que ficar, aqui, em aberto.

Veja-se, para esclarecer o que aqui foi exposto, o mesmo caso-exemplo, só que com a inclusão de mais um personagem no evento: *C*, um médico residente que cumpre a função de auxiliar o médico *A*. Entre *A* e *B*, conforme já dito, a relação de trabalho é horizontal. Todavia, *A* e *C* possuem uma relação de trabalho verticalizada, de modo que o primeiro possui deveres de vigilância sobre a atividade do segundo. No caso exposto inicialmente, *B* ministra a dose errada de uma substância anestésica e o procedimento resulta em lesões corporais no paciente (art. 129, CP). Neste caso-base, por inexistir um dever de *A* com relação à atividade de *B*, o primeiro não pode ser imputado pelo resultado lesivo, salvo na presença de indícios concretos que *B* agira de forma errada. Se, por outro lado, o erro no procedimento em questão fosse cometido não por *B*, mas por *C* e *A* não tivesse realizado a supervisão devida, este também seria imputável pelo resultado ocorrido, na modalidade omissiva, tendo em vista que a violação ao dever de garantidor aqui é uma não diminuição de um risco juridicamente desaprovado independente (cf. *supra*, 3.4). No exemplo citado, o cirurgião *A* possui um dever de vigilância sobre o residente *C*, de modo que a não observância do dever por *A* será a ele imputável, independentemente de se ele poderia ou não confiar em *C*. Por outro lado, em razão de *A* não possuir esse tipo de dever com relação a *B*, aqui a possibilidade de confiar será um critério decisivo para a imputação, sendo *A* imputável somente na presença de indícios concretos (cf. *supra*, 3.3) de que *B* agiria contrariamente ao dever.

Portanto, nos casos de *relações hierárquicas verticais*, há, por parte do superior um dever sobre a atividade do inferior e a violação desse dever será equiparável à criação de um risco juridicamente relevante desaprovado, de modo que a possibilidade de confiar será irrelevante para a imputação. No caso de realização do dever de agir, será o caso de aferir se, no caso concreto, o superior hierárquico poderia, de fato, confiar no inferior, o que ocorrerá quando não houver indícios concretos que impossibilitem a confiança. Já nos casos de *relações hierárquicas horizontais*, os indivíduos não possuem dever de controle sobre a fonte de perigo que cabe ao outro controlar, de modo que, aqui, trata-se de situação análoga à criação de um risco juridicamente desaprovado dependente. Dessa forma, a possibilidade de confiar será fundamental para a imputação, de modo que só pode ser afastado, repito, na presença de indícios concretos de que o terceiro já agiu ou agirá contrariamente ao dever.

Por fim, veja-se que o que aqui proponho possui a vantagem da *clareza conceitual*: aqui, não há uma confusão sobre a possibilidade ou não de confiar, de modo que a solução segue os pressupostos gerais da imputação do desvalor da conduta e está de acordo com os

fundamentos da possibilidade de confiar. Ademais, não há o emprego de conceitos confusos, como seria o caso de um inexistente princípio da desconfiança<sup>253</sup>, termo mencionado por parte da doutrina para aludir aos deveres de vigilância, controle e supervisão. Além de um princípio da desconfiança não possuir fundamento numa sociedade organizada, não apresenta nenhum ganho dogmático, de modo que não só pode, mas deve ser descartado.

### 3.6 Omissões sucessivas

Por fim, é o momento de analisar os casos de omissões sucessivas. Trata-se da constelação de casos em que alguém se omite de realizar seu dever, que não era o de impedir o resultado de forma imediata, mas somente mediata, por meio da provocação da ação de um terceiro. Dessa forma, o resultado ocorre porque nem o omitente, nem o terceiro ao qual o omitente deveria reportar-se, agiram. Assim, deve-se atentar para o fato de que o termo “omissões sucessivas” é enganoso, na medida em que não se pode falar que o terceiro (ou segundo omitente) se omitiu no estrito sentido da palavra, pois ele nem ao menos teve a oportunidade concreta de agir<sup>254</sup>.

Como já asseverei *supra*, a lógica do princípio da confiança inverte-se nos casos de omissões sucessivas, em razão da especial natureza dessa constelação de casos. Aqui, o omitente tem como dever provocar a ação de um terceiro, sendo este terceiro o incumbido de evitar a consumação do risco em questão. Conforme já observei (cf. 3.3), quando a atitude correta do omitente é pressuposto da atitude correta do terceiro, o omitente não pode simplesmente deixar de agir confiando que o terceiro agirá sem ser provocado. Por outro lado, o princípio da confiança preceitua que o omitente poderia, salvo na existência de outros indícios que indicassem o contrário, confiar na atitude correta do terceiro, desde que o omitente realizasse o seu próprio dever de agir.

No caso de existir algum dado que indique com segurança que, independentemente da conduta correta do omitente, o terceiro agiria contrariamente ao dever, há o afastamento da possibilidade de confiar. Nesse caso, alegar que o omitente não poderia confiar no terceiro significa dizer que a ordem estatal, *in casu*, seria inidônea para evitar o risco, tendo em vista que a ação devida já seria *ex ante* insuficiente para o salvamento do bem jurídico. Ter-se-ia,

---

<sup>253</sup> Citam um princípio da desconfiança, exemplificativamente, GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 83-85; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 87-90.

<sup>254</sup> Similar, GRECO, Luís. Problemas... op. cit., p. 73.

dessa forma, uma proibição vedada pelo princípio constitucional da proporcionalidade<sup>255</sup>, no seu sentido da proibição do excesso, em razão do subprincípio adequação/idoneidade<sup>256</sup>. Portanto, *nas omissões sucessivas, a afirmação da possibilidade de confiar confirma o dever de agir por parte do omitente*. Um leitor mais atento provavelmente percebeu que o princípio da confiança, no sentido aqui defendido, não tem natureza consequencialista, que é própria da lógica do princípio da proporcionalidade. O mesmo leitor terá verificado, inclusive, a crítica aqui realizada da lógica consequencialista na fundamentação do princípio da confiança. Estar-se-ia, dessa forma, diante de uma contradição? A resposta só pode ser negativa. Isso porque afirmei que o consequencialismo tem seu espaço, mas somente na medida em que respeite os postulados deontológicos que visam ao respeito à dignidade humana. Dessa forma, deve-se primeiro observar se o poder estatal possui um dever de respeito perante o indivíduo para, após, permitir uma reflexão consequencialista na medida em que esta não viole um dever de respeito. Em outras palavras, onde o poder estatal respeita postulados deontológicos, é possível, sim, uma fundamentação consequencialista. Disso deriva que nada impede a aplicação de uma fundamentação consequencialista como a contida no princípio da proporcionalidade para *limitar* o alcance do poder estatal de punir.

No caso das omissões sucessivas, já há, *prima facie*, a violação de algum dever por parte do primeiro omitente. Com isso, já não poderia o primeiro omitente queixar-se de estar sendo instrumentalizado em sua dignidade em razão de uma eventual condenação, em especial porque, conforme já asseverado, o fato de o omitente não ter realizado o seu dever já inviabiliza a atitude correta do terceiro, deixando o bem jurídico tutelado sem chances de salvamento. Por outro lado, não sendo a imposição de pena um imperativo categórico<sup>257</sup>, mas um meio para um fim, isso significa que não se deve punir qualquer infração do dever, mas somente aquelas infrações cuja punição mostra-se potencialmente útil para o fim visado com a proibição. Dessa forma, a opção, aqui, por não punir com base no princípio da

---

<sup>255</sup> Cf. a tese de Souza Santos para o controle de legitimidade da norma penal incriminadora, onde o terceiro filtro proposto é que justamente entre o comportamento violador da norma e o bem jurídico haja um nexo de idoneidade para violação (SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive...* op. cit., 3.6 e 3.7). Sobre a relevância do princípio da proporcionalidade na aferição do desvalor da conduta, GRECO, Luís. *Um panorama...* op. cit., p. 37-38.

<sup>256</sup> Trata-se do primeiro filtro da proibição do excesso. Há, na doutrina nacional, traduções tanto para o termo adequação (por exemplo, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116-121.), quanto para o termo idoneidade (por exemplo, GRECO, Luís. *Cumplicidade...* op. cit., p. 135-136 e 138 e ss.).

<sup>257</sup> Cf. GRECO, Luís. *A ilha de Kant*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.

proporcionalidade não encontra nenhum óbice, nem se mostra contraditória com as reflexões aduzidas neste trabalho. Veja-se, portanto, que se o omitente estiver diante não de meros indícios concretos no sentido exposto *supra* (3.3), mas de elementos ainda mais contundentes de que o terceiro não agirá de forma correta e tais elementos não sejam aqueles referentes ao próprio dever de agir do primeiro omitente, tem-se uma proibição não permitida pelo princípio da proporcionalidade.

O leitor talvez pergunte por que exijo aqui mais do que indícios concretos de que o segundo omitente não agiria conforme o dever. A razão para tanto reside principalmente em razões político-criminais referentes à proteção de bens jurídicos e, portanto, também relacionadas ao princípio da proporcionalidade. O fundamental nessas razões reside num fator já dito aqui: a omissão do primeiro omitente já inviabiliza *per se* a conduta devida do segundo omitente e, portanto, deixa *prima facie* o bem jurídico desprotegido. Com isso, geralmente a não imputação do primeiro omitente resultará na não responsabilização de ninguém diante de um resultado previsto em um tipo penal. Por isso, para chegar à decisão pela não imputação, a razão para tanto deve ser suficientemente forte, no sentido de que realmente a exigência do ordenamento jurídico seria certamente inidônea para a proteção do bem jurídico. Isso decorre da própria lógica do vetor adequação/idoneidade da proibição do excesso: só aquilo que for indiscutivelmente inidôneo para a promoção do seu fim não passa pelo primeiro filtro da proibição do excesso<sup>258</sup>. E se é assim, parece evidente que não é suficiente um mero indício de que o terceiro agirá contrariamente ao dever. Se, por um lado, a existência de indícios concretos de que o terceiro poderá agir contrariamente ao dever fundamenta a imprudência daquele que age sem considerar esse dado, não é suficiente para dizer que gera a inidoneidade da proibição penal do primeiro omitente no caso de omissões sucessivas. Veja-se que é a própria natureza das omissões sucessivas que gera dificuldades para aferir a idoneidade da proibição penal, de modo que somente aqueles fatores que indicarem uma probabilidade próxima da certeza<sup>259</sup> podem afastar a imputação do omitente.

Portanto, nos casos em que o omitente estiver diante de elementos que indiquem numa probabilidade próxima da certeza que o terceiro não agiria de acordo com o dever, tem-se uma punição sem sentido, na medida em que, se por um lado há a violação de um

---

<sup>258</sup> Cf. SOUZA, Cosmo Lima de. Controle de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. Brasília: IDP, 2012, p. 206-208.

<sup>259</sup> Nas omissões sucessivas, a lógica da teoria da evitabilidade aparenta ser adequada ao desvalor da omissão, ao contrário do que ocorre no desvalor do resultado, justamente pelas razões já aduzidas sobre a proteção do bem jurídico e a proibição do excesso. Ademais, como não é possível fazer um juízo de certeza acerca de um cenário meramente hipotético, resta trabalhar com termos de probabilidade.

especial dever de agir, por outro, a realização desse dever provavelmente não mudaria a situação do bem jurídico tutelado. Aqui, faltaria à conduta conforme o dever o êxito para evitar aquele resultado penalmente relevante, o que fundamenta a exclusão da imputação<sup>260</sup>. A pergunta que se coloca neste momento é a seguinte: como determinar que elementos possuem tal força? Para responder a tal pergunta, um caminho aparenta ser promissor: questionar se há uma probabilidade próxima da certeza de que o segundo omitente violaria seu dever significa investigar se o indivíduo, mesmo se estivesse diante do conhecimento daquele estado de coisas perigoso, não agiria de qualquer forma. Em outras palavras: é preciso saber se é possível afirmar com segurança que o segundo omitente não agiria conforme seu dever de garantidor mesmo diante do conhecimento da situação perigosa para o bem jurídico. Aqui, não bastam meras ilações, mas somente dados que tragam efetiva segurança de que quaisquer tentativas do primeiro omitente seriam, ao fim, inúteis para gerar o salvamento do bem jurídico. Esse seria o caso, por exemplo, da hipótese de engenheiros serem informados pelo administrador de um ginásio que o resultado do laudo técnico que eles devem fazer não impedirá o ginásio de abrir para o evento do final de semana seguinte e que, por isso, eles deixam de fazer o laudo, decisão que é seguida do desabamento do teto do ginásio no dia do evento, gerando lesões e mortes. Aqui, como tudo indica a irrelevância da ação devida dos engenheiros em relação à queda do teto do ginásio, ter-se-ia uma punição desproporcional, na medida em que o próprio administrador já havia indicado que a situação perigosa seria irrelevante para a sua decisão. É curioso observar que, diante dessa hipótese, parece possível fundamentar a imprudência do segundo omitente, não pelo fato de que ele não agiria de qualquer forma, mas no caso de ele possuir um dever de vigilância, controle ou supervisão sobre a atividade dos engenheiros (cf. *supra*, 3.5), o que *prima facie* parece ser o caso, a não ser que se defenda que um administrador pode abrir um ginásio sem ter recebido o laudo que solicitara dos engenheiros.

Caso contrário, isto é, caso esse elemento decisivo não esteja presente, não pode o omitente eximir-se de agir, sobretudo porque a sua própria omissão já é um indício concreto *per se* de que o terceiro não agirá conforme o dever. Em razão justamente disso é que proponho que não pode ser qualquer outro indício uma razão suficiente para afastar aqui a

---

<sup>260</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014, p. 756-757, que cita um julgado do BGH afirmando que a mera dúvida sobre a idoneidade salvadora da ação devida não exclui a imputação da omissão, mas somente quando esse dado é seguro.

imputação do primeiro omitente. Também razões deontológicas estão a favor do aqui sustentado: se é justamente a omissão do primeiro omitente que inviabiliza ou ao menos dificulta o salvamento do bem jurídico, não há boas razões para ele queixar-se de uma imputação em seu desfavor. Ademais, observe-se que, conforme aqui já dito (cf. *supra*, 3.5), a violação do dever de agir por parte do omitente já constitui a não evitação de um risco juridicamente desaprovado independentemente da conduta do terceiro.

Entretanto, conforme bem observou Greco<sup>261</sup>, talvez os indícios listados *supra* (cf. 3.3) tenham uma boa capacidade de rendimento não na aferição do desvalor da conduta omissiva, mas sim no desvalor do resultado. Não irei dissertar longamente a respeito disso, pois é um tema que extrapola o objeto do presente estudo. Por outro lado, são úteis, aqui, algumas breves observações: os indícios concretos que o terceiro agirá contrariamente ao dever não podem afastar a imputação do desvalor da conduta do primeiro omitente pela proibição do excesso, mas, por outro lado, podem indicar a ausência de nexos normativo entre omissão e resultado. A diferença fundamental aqui é que, no desvalor da ação, esses indícios concretos são aferidos pela perspectiva *ex ante*, enquanto no desvalor do resultado é utilizado o método da perspectiva *ex post*. Assim, tais indícios poderão indicar, com a consideração do comportamento alternativo conforme o direito, que provavelmente a atitude correta não diminuiria o risco para o bem jurídico, afastando-se o desvalor do resultado. A diferença óbvia, além da diferença entre os métodos *ex ante/ex post*, é que o afastamento do desvalor da conduta afastaria a imputação do agente, enquanto o afastamento do desvalor do resultado só afasta a imputação nos delitos culposos. Isso porque nos delitos dolosos, se há desvalor da conduta sem desvalor do resultado, há um crime tentado. Assim, usar os indícios concretos no desvalor do resultado é substancialmente diferente de usá-los para afastar a imputação no desvalor da conduta nas omissões sucessivas. Por essas razões, a verificação de indícios concretos com base em dados *ex post* parece realmente promissor para identificar o nexos normativo entre o comportamento violador do dever e o resultado penalmente relevante.

---

<sup>261</sup> GRECO, Luís. Problemas... op. cit., p. 78-79.

## CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, procederei, primeiramente, com a solução dos casos apresentados na introdução. Após, exporei as conclusões finais a respeito dos temas tratados neste estudo.

*Caso 1:* a mãe *X* sai de casa para trabalhar e deixa seu filho com o pai da criança, seu marido *Y*. Ocorre que, no decorrer do dia, *Y* embriaga-se e, acidentalmente, deixa sua caneca cair na cabeça do filho do casal, que vai a óbito. *X* deve ser imputada pelo delito de homicídio culposo omissivo?

Solução: a regra geral é a da imprevisibilidade da conduta humana, de forma que a possibilidade de confiar só pode ser afastada diante de indícios concretos de que o terceiro agirá contrariamente ao dever. Neste caso, não há nada que indique que *Y* agiria negligentemente na tarefa de cuidar do filho do casal. Desse modo, vige o princípio da confiança, no sentido de que *X* poderia confiar em *Y*. Inexistindo a criação de um risco juridicamente desaprovado independente por parte de *X*, a esta não pode ser imputado o resultado, pois inexistente desvalor da conduta.

*Varição 1:* *Y* já dava sinais de embriaguez antes de *X* sair de casa.

Solução: aqui a situação é distinta, na medida em que *X* podia notar que *Y* já não possuía condições psicomotoras de agir de forma correta com relação à atividade dele esperada. Trata-se, aqui, de um indício subjetivo de que o terceiro agiria contrariamente ao dever, na medida em que uma pessoa prudente não confiaria nas capacidades psicomotoras de uma pessoa embriagada para cuidar de uma criança. Dessa forma, *X* não poderia confiar em *Y*, havendo desvalor da conduta.

*Varição 2:* *Y* já tinha um histórico com bebida alcoólica, mas não chegava a ser dependente, bem como nunca havia bebido enquanto cuidava sozinho do filho do casal.

Solução: ter o hábito de ingerir bebida alcoólica não significa que alguém irá fazê-lo a qualquer momento, sobretudo quando possui a incumbência de cuidar de uma criança. Não havia indícios de que *Y* agiria contrariamente ao dever, de modo que *X* poderia confiar numa conduta correta. Inexistente a criação de um risco juridicamente desaprovado independente, de modo que o resultado não pode ser imputado a *X*, inexistindo desvalor da conduta.

*Varição 3:* Y não dava sinais de embriaguez, mas era dependente de álcool, tendo sido, inclusive, internado anteriormente.

Solução: não é possível confiar que um dependente químico irá permanecer por um grande período sem sucumbir ao vício, sobretudo quando se espera dele a realização de dever de cuidado com relação a uma criança. Trata-se, assim como na variação 2, de um indício subjetivo, na medida em que um homem prudente não confiaria os cuidados de uma criança a um dependente alcoólico. Destarte, X não poderia confiar em Y, havendo desvalor da conduta.

*Varição 4:* Y tivera problemas com álcool no passado, mas, na data do fato, já tinha sido tratado e diagnosticado como curado da dependência.

Solução: se a pessoa está curada da dependência química, a situação deve ser tratada da mesma forma que na variação 2. Inexistindo a criação de um risco juridicamente desaprovado independente, não há desvalor da conduta, de modo que o resultado não pode ser imputado a X.

*Varição 5:* apesar de não ser diagnosticado como dependente, Y tinha o hábito de beber até embriagar-se diariamente.

Solução: apesar de não haver dependência química, trata-se de um hábito diário e que é perigoso diante de uma incumbência de cuidar de uma criança. Trata-se de um indício subjetivo de que o terceiro agiria contrariamente ao dever, na medida em que um homem prudente não confiaria os cuidados de uma criança a uma pessoa que se embriaga diariamente. Veja-se que aqui se trata de uma ação esperada que perduraria por um longo período de tempo, de modo que não era relevante somente o atual estado de Y, mas também se era possível confiar que ele permaneceria naquele estado durante o tempo que ele deveria cuidar da criança. Por isso, X não poderia confiar em Y, havendo desvalor da conduta.

*Caso 2:* X conduz seu automóvel após ingerir certa dose de bebida alcoólica. Todavia, o fato de ter álcool no organismo não influenciou na condução de X, que permaneceu dirigindo conforme as regras de trânsito. Ocorre que Y não observou o sinal fechado no cruzamento, o que gerou uma colisão entre o seu automóvel e o de X. Y lesiona-se

gravemente. Não era possível para *X* notar a tempo o erro de *Y*. *X* deve ser imputado pelo delito de lesões corporais culposas no trânsito?

Solução: os condutores sempre criam riscos no contexto do tráfego rodoviário. Ocorre que muitas vezes esse risco estará juridicamente permitido. *In casu*, *X* conduzia um automóvel após a ingestão de bebida alcoólica, o que já constitui um tipo penal autônomo (art. 306, CTB). Todavia, o delito de perigo abstrato do art. 306, CTB não cria *per se* um risco juridicamente desaprovado de resultado contido em outros tipos penais, pois a sua *ratio* é justamente evitar que o condutor cometa erros de direção sob o efeito de substância psicotrópica. Inexistindo erro de direção, não é possível afirmar, já *ex ante*, o nexó normativo entre ingerir a bebida alcoólica e o resultado acidente. Dessa forma, *X* não criou um risco juridicamente desaprovado de acidente que seja independente à conduta de *Y*. Ademais, não era sequer possível perceber que *Y* agiria contrariamente ao dever a tempo de evitar o acidente, o que possibilitava a *X* confiar na conduta correta de *Y*. Se *X*, podendo confiar, não criou um risco juridicamente desaprovado independente de um acidente, a ele não podem ser imputadas as lesões sofridas por *Y*, pois inexistente desvalor da conduta no que tange ao acidente. *X* só poderá ser imputado pelo tipo penal do art. 306, CTB.

*Varição 1*: *X*, além de embriagado, dirigia em velocidade acima da permitida.

Solução: o fato de dirigir em velocidade acima da permitida muda completamente o cenário da imputação de *X*. Dirigir acima da velocidade permitida já é *per se* a criação de um risco juridicamente desaprovado independente da conduta de terceiros. Apesar de poder confiar, a conduta de *X* deverá ser imputável pelo delito do art. 303, §2º, CTB<sup>262</sup> por haver desvalor da conduta.

*Varição 2*: *X* não havia consumido bebida alcoólica, mas estava dirigindo em velocidade acima da permitida.

Solução: assim como na variação 1, há a criação de um risco juridicamente desaprovado independente da conduta de terceiros. O fato de poder confiar, por essa razão, não afastará o desvalor da conduta de *X*. Dessa forma, a ele será imputado o delito do art. 303, *caput*, CTB.

---

<sup>262</sup> Não haverá a imputação pelo art. 306, CTB, que será absorvido em razão de o §2º do art. 303 qualificar o delito pela ingestão do álcool. Dessa forma deve-se observar o *ne bis in idem*.

*Varição 3:* X estava conduzindo em velocidade acima da permitida, mas posteriormente ficou constatado que a colisão ocorreria mesmo se X estivesse dirigindo dentro da velocidade permitida.

Solução: como a constatação de que a colisão ocorreria de qualquer forma só é possível a partir de dados *ex post*, isso não será relevante no desvalor da conduta. X criou um risco juridicamente desaprovado independente da conduta de terceiros, de modo que poder confiar não afasta o desvalor da sua conduta. *Prima facie*, a X será imputado o delito do art. 303, §2º, CTB, ficando em aberto se há ou não desvalor do resultado.

*Varição 4:* X estava dirigindo dentro da velocidade permitida, mas notou, em tempo suficiente para poder frear, que Y estava em alta velocidade e que seria improvável que este conseguiria parar no sinal.

Solução: trata-se de hipótese em que está presente um indício objetivo de que o terceiro agiria contrariamente ao dever. Um homem prudente não confiaria que Y não ultrapassaria o sinal, de modo que X não poderia confiar. Dessa forma, há a criação de um risco juridicamente desaprovado por parte de X, de modo que a ele é imputável o delito do art. 303, §2º, CTB.

*Varição 5:* X não havia consumido álcool ou substância análoga, mas o seu carro estava sem as placas obrigatórias.

Solução: a solução aqui será parecida à do caso principal, com a diferença de que não haverá punição pela direção de veículo automotor após a ingestão de álcool. A ausência de placas no carro não cria um risco de acidente. Por isso, X não criou um risco juridicamente desaprovado de acidente que seja independente à conduta de Y. Como não era sequer possível perceber que Y agiria contrariamente ao dever a tempo de evitar o acidente, X podia confiar na conduta correta de Y. Inexiste, portanto, desvalor da conduta de X no que tange ao acidente.

*Varição 6:* mesma situação da variação 5, com a diferença de que X havia, de fato, consumido um pouco de álcool.

Solução: aqui, a solução será idêntica à do caso principal. Não há desvalor da conduta no que tange ao resultado acidente, mas a X será imputado o delito do art. 306, CTB.

*Caso 3:* X é o administrador financeiro da empresa Z. Y é subordinado de X na citada empresa. O administrador orienta o seu funcionário, oferecendo-lhe treinamento e exigindo periodicamente relatórios sobre a sua atividade, bem como analisando cuidadosamente cada documento enviado pelo subordinado. Ocorre que, em certo momento, Y insere dados financeiros falsos no livro da empresa, para que ela pague um *quantum* menor a título de tributos. A fraude perpetrada por Y foi feita de tal modo que era inviável para X identificar o problema. X deve ser imputado, na condição de garantidor, pelo delito do art. 1º, II da Lei 8.137/90 por omissão?

*Solução:* *prima facie*, X realizou, de fato, todos os seus deveres de garantidor, tanto no que tange à capacitação do delegado, quanto à supervisão do seu trabalho. Dessa forma, não há a criação de um risco juridicamente desaprovado independente da conduta de Y. Por outro lado, a existência ou não de indícios de que Y agiria contrariamente ao dever dependerá dos detalhes acerca da fraude praticada por Y. Sendo a fraude feita de uma forma tal que um homem prudente não poderia identificá-la, X poderia confiar, pois, de uma perspectiva *ex ante*, inexistem indícios de que Y agiria contrariamente ao dever. Dessa forma, a X não pode ser imputável o delito do art. 1º, II da Lei 8.137/90, pois não há desvalor da omissão.

*Varição 1:* a fraude realizada por Y era grosseira.

*Solução:* aqui, novamente, X realizou os seus deveres de garantidor (capacitação e supervisão). Todavia, tratava-se de uma fraude que seria identificada por um homem prudente, de modo que existia um indício objetivo evidente de que Y agiria contrariamente ao dever, pois, na realidade Y já havia agido, de fato, fraudulentamente, de modo que a ação correta de X era o último obstáculo para a consumação da fraude e não havia razões para X supor que Y repentinamente mudaria o seu intuito original. Dessa forma, há desvalor da conduta em razão de X não poder confiar, de modo que, *prima facie*, seria possível a imputação pelo delito previsto no art. 1º, II da Lei 8.137/90, com a ressalva de que o delito em questão só prevê a modalidade dolosa, de modo que, pelo menos ao que parece *prima facie*, pode ser o caso de exclusão da tipicidade subjetiva, o que, no entanto, extrapola os limites do presente estudo.

*Varição 2:* X não chegou nem a analisar a documentação enviada por Y.

*Solução:* X não realizou o seu dever de garante, de modo que, para a imputação da omissão independerá a possibilidade de confiar na conduta de Y. Desse modo, há desvalor

da omissão por parte de X. O que deve ser observado, novamente, é que a figura típica do art. 1º, II da Lei 8.137/90 só prevê delito na modalidade dolosa.

*Caso 4:* Num determinado procedimento cirúrgico, X é o médico-cirurgião, Y é o médico-anestesiologista e Z é o médico-residente, encarregado de auxiliar X na operação. Y ministra a dose errada de substância anestésica, o que é decisivo para que o procedimento cirúrgico resulte em lesões corporais ao paciente. X deve ser imputado, na condição de garantidor, pelo delito de lesões corporais culposas por omissão?

*Solução:* X e Y possuem uma relação horizontal, de modo que X não possui o dever de garantidor de controlar os riscos que estão na esfera de competência de Y. Aqui, trata-se de hipótese de criação de um risco juridicamente desaprovado dependente, que é aquele que somente se materializa quando o agente não poderia confiar na conduta correta do terceiro. Como não há indício concreto de que Y errou, X poderia confiar, de modo que não será imputável pelo resultado.

*Varição 1:* Y encontrava-se visivelmente embriagado.

*Solução:* aqui, novamente, é caso de risco juridicamente desaprovado dependente. Todavia, aqui há um indício subjetivo de que Y agiria contrariamente ao dever: ele estava visivelmente embriagado. Nessas condições X não poderia confiar e será imputável pelo delito de lesões corporais culposas (art. 129, §6º, CP).

*Varição 2:* O erro no procedimento não é de Y, mas sim de Z.

*Solução:* X possui um dever de supervisão sobre a atividade de Z, de modo que ele tinha a obrigação de verificar se Z estava agindo de forma correta e, em caso negativo, de intervir. Aqui, ocorre a não evitação de um risco juridicamente desaprovado independente, de modo que a questão sobre se X poderia confiar não afastará a imputação. Há desvalor da omissão e X poderá responder por lesões corporais (art. 129, CP), cuja modalidade subjetiva (dolo ou imprudência) dependerá das circunstâncias do caso concreto, o que não cabe aqui valorar.

*Caso 5:* X e Y, engenheiros contratados para fazer um laudo técnico acerca das condições de segurança de um ginásio esportivo, constatam que este estava em risco de desabamento. Todavia, não informam sobre esse risco no laudo. Posteriormente, o teto do

ginásio desmorona, levando algumas pessoas a óbito e causando lesões em outros indivíduos. *X* e *Y* devem ser imputados pelos homicídios e lesões corporais na modalidade culposa?

Solução: *X* e *Y* poderiam confiar que os administradores do estádio agiriam no sentido de prevenir a tragédia, eis que ausentes indícios que indicassem o contrário. Dessa forma, não há razões para o afastamento do desvalor de suas omissões, de modo que podem responder pelo delito do art. 121, CP, na modalidade omissiva (art. 13, §2º, b, CP), a depender do restante da imputação.

*Varição 1:* havia boatos de que os administradores do ginásio nada fariam se os engenheiros agissem conforme o dever.

Solução: meros boatos não constituem indícios suficientes para fazer incidir o afastamento do desvalor da omissão em razão do princípio da confiança. É possível a imputação de *X* e *Y* pelo delito do art. 121, CP, na modalidade omissiva (art. 13, §2º, b, CP).

*Varição 2:* o ginásio estava reservado para um grande evento, de modo que os engenheiros entendiam como improvável a interdição do mesmo por parte da administração.

Solução: representar como improvável a interdição do ginásio não desincumbe os engenheiros de agirem conforme o dever que assumiram. É possível a imputação de *X* e *Y* pelo delito do art. 121, CP, na modalidade omissiva (art. 13, §2º, b, CP).

*Varição 3:* o administrador informou aos engenheiros que não interditaria o ginásio sob nenhuma hipótese.

Solução: aqui há indícios suficientes e disponíveis *ex ante* de que a conduta dos engenheiros não seria idônea para promover o fim de proteção dos bens jurídicos que foram violados. Necessidade de afastamento da imputação do desvalor das omissões dos engenheiros em razão do princípio constitucional da proporcionalidade, na sua vertente da proibição do excesso.

A título de considerações finais, elenco o seguinte panorama das reflexões empreendidas neste estudo:

1. A análise sobre a incidência do princípio da confiança deve decorrer logicamente dos seus fundamentos, o que significa questionar por que uma pessoa pode agir confiando a atitude correta do terceiro;

1.1. A teoria do prêmio não é um fundamento correto para o princípio da confiança, na medida em que é, na melhor das hipóteses uma *petitio principii* e, na pior, além de ser circular, é também um pensamento viciado pelo coletivismo normativo do nacional-socialismo.

1.2. A imprevisibilidade da conduta correta do terceiro, sendo suscetível a ataques de natureza fático-contingente, ignora que o princípio da confiança deve ter natureza universal, na medida em que a necessidade de confiar é um atributo inerente ao ser humano;

1.3. A ponderação de interesses foi afastada pois decorre de um consequencialismo que só teria lugar se respeitasse a imagem do ser humano, o que não ocorre na medida em que precisar confiar não está suscetível de ponderações, mas decorre da própria natureza humana;

1.4. O princípio da autorresponsabilidade opera no plano ontológico (o que pressupõe que o agente que confia sempre pode saber da condição pessoal do terceiro, o que é evidentemente falso), enquanto o princípio da confiança vige no plano epistemológico (ou seja, o indivíduo só confia diante de um certo déficit de conhecimento), o que impossibilita que o primeiro seja o fundamento do segundo. Além disso, a autorresponsabilidade só seria suficiente para afastar a imputação no nível do injusto se se tratasse de participação em autocolocação em perigo ou heterocolocação em perigo consentida;

2. Diante da insuficiência das propostas existentes até o momento, propus uma contraposição entre estado de natureza e sociedade organizada para facilitar a reflexão sobre o fundamento da possibilidade de confiar;

2.1. Nessa linha, o princípio da confiança é um elemento necessário de uma sociedade organizada, na medida em que poder confiar é uma *conditio sine qua non* da liberdade civil;

2.2. Ademais, se um indivíduo tem a sua liberdade limitada pela norma, a compensação necessária que daí decorre é justamente a possibilidade de ter liberdade de agir confiando que os outros respeitarão a mesma norma;

2.3. Como confiar pressupõe um déficit de conhecimento, não há espaço para falar de princípio da confiança quando ao indivíduo estão disponíveis dados que indicarão como o terceiro agirá no caso concreto;

3. O princípio da confiança deve ser interpretado, portanto, como uma *side constraint* ao poder estatal, a ser manejado nos seguintes termos:

3.1. A possibilidade de confiar é um fator a ser observado na tipicidade e, mais especificamente, no desvalor da conduta, sendo um critério positivo para a aferição jurídica do risco;

3.2. Por estar situado no desvalor da conduta, somente dados *ex ante*, inclusive aqueles referentes a eventuais *conhecimentos especiais*, são relevantes para o princípio da confiança.

3.3. O agente não pode confiar quando tem a possibilidade de conhecer dados que indiquem que o terceiro agiu ou agirá contrariamente ao dever. Esses dados devem ser obtidos primordialmente de *regras da experiência*. *Indícios subjetivos* são aqueles que não referem à falta de capacidade pessoal do terceiro para realizar a conduta que se espera, enquanto *indícios objetivos* são todos aqueles que não se referem à capacidade pessoal do terceiro, mas que ao menos indiciam a possibilidade de um erro do terceiro.

3.4. Se o próprio agente tiver agido contrariamente ao dever, o princípio da confiança não afastará o desvalor da conduta se o comportamento contrário ao dever tiver criado um risco relevante para a ocorrência do resultado, ou seja, quando se tratar da *criação de um risco juridicamente desaprovado independente* da conduta do terceiro. Haverá um risco juridicamente desaprovado independente quando dois elementos estiverem presentes: (i) a violação de uma norma de segurança da atividade em questão; (ii) que essa violação crie, de uma perspectiva *ex ante*, um risco relevante para a ocorrência do resultado. Caso contrário, haverá somente a *criação de um risco juridicamente desaprovado dependente*, de modo que o princípio da confiança será relevante para a aferição do desvalor da conduta,

3.5. Nos casos de omissão imprópria, a violação de um dever de garantidor já é, de uma perspectiva *ex ante*, a não diminuição de um risco juridicamente desaprovado independentemente da conduta do terceiro, de modo que deve ser tratada da mesma forma que o seu correspondente nos delitos comissivos. Quando há a realização do dever de garantidor, deve-se avaliar se o dever foi realizado de forma correta, ou seja, há a não diminuição de um risco que somente será juridicamente desaprovado dependendo da conduta do terceiro, e portanto, é um caso a ser tratado da mesma forma que a criação de um risco juridicamente desaprovado dependente.

3.6. Nas omissões sucessivas, a imputação do primeiro omitente somente em casos excepcionais será afastada em razão da impossibilidade de confiar, em razão do princípio

constitucional da proporcionalidade, no vetor da proibição do excesso. Aqui, a imputação somente estará excluída naqueles casos em que *ex ante* havia algum dado que indicasse que o segundo omitente agiria contrariamente ao dever independentemente da conduta correta do primeiro omitente.

## REFERÊNCIAS

- ABRALDES, Sandro. *Delito imprudente y principio de confianza*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- ACCETTA, Maria Soledad. Algunas reflexiones sobre la imprudencia inconsciente y sobre el principio de confianza. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 5, p. 861-868, 2007.
- ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AMARAL, Rodrigo. Existe um direito de legítima defesa? *JOTA*, São Paulo, 2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019). Acesso em: 16 nov. 2019.
- AMARAL, Rodrigo; ALVES, Deborah. Sobre a liberdade de ser: por uma adequada crítica às teorias da prevenção especial positiva da pena. In: FERNANDES, Fernando Augusto; MARCHIONI, Guilherme Lobo (orgs.). *Estudos em homenagem a Tristão Fernandes: 60 anos de advocacia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 177-190.
- AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149-206.
- ARISTÓTELES. *Organon*: primeiro volume. Trad. Pinharanda Gomes. 1ª ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.
- ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 45-67.
- ÁVILA, Humberto. Regra-matriz versus princípios. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 67-77.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 271-291, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BRESOLIN, Keberson. Kant e o conceito conservador de contrato social. *Veritas*, Porto Alegre, v. 62, n. 1, p. 39-64, 2017.

BRINKMANN, Bernhard. *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung: eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução em França*. Trad. Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 153-192.

CALLEGARI, André Luís. O princípio da confiança no direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 78, p. 3, 1999.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, v. 3, n. 3, p. 13-26, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 249-261.

ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 21, n. 69, p. 37-76, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIDALGO, Sónia. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.

FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado*: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Trad. Ivó Coca Vila. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2015.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.

GRECO, Luís. Contra a recente relativização da distinção entre injusto e culpabilidade. Trad. Augusto Assis. *Anatomia do crime*, Lisboa, n. 2, p. 9-25, 2015.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005.

GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís et al (orgs.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 203-214.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano VI, n. 7, p. 211-247, 2005.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, 2010.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70-94.

GÜLDE, Hermann. Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts. *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, n. 67, p. 2785-2790, 1938.

HAYEK, Friedrich August von. *The road to serfdom*. 5ª reimpressão. Londres: Routledge, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Lectures on the history of philosophy: the lectures of 1825-1826*. Vol. III. Trad. R. F. Brown e J. M. Stewart, com a assistência de H. S. Harris. Oakland: University of California Press, 1990.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Rosina D'Angina. 1ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Trad. Francisco Baldó Lavilla. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 11-29.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 31-50.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. In: *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 209-248.

JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 93-107.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma? Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207-232.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. Trad. Carlos J. Suárez González. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, v. 44, n. 2, p. 493-513, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, 2012.

KIRSCHBAUM, Klaus. *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

KONZEN, Paulo Roberto. Hegel e os conceitos hobbesianos de estado de natureza (Naturzustand) e de natureza humana (Natur des Menschen). *Clareira: Revista de Filosofia da Região Amazônica*, Porto Velho, v. 3, n. 1, p. 122-141, 2016.

KRÜMPELMANN, Justus. Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation. In: KÜPER, Wilfried; PUPPE, Ingeborg; TENCKHOFF, Jörg (orgs.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*. Berlin/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1987, p. 289-306.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. 1ª ed. Madri: Civitas, 2002.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 47-90, 2014.

LESCH, Heiko Hartmut. Injusto y culpabilidad en derecho penal. Trad. Ramon Ragués. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, v. 2, n. 6, p. 253-271, 2000.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. 1ª ed. Madri: Civitas, 2009.

MARCANTE, Marcelo; RITTER, Ruiz; LINHARES, Raul Marques. O princípio da confiança na teoria da imputação objetiva: análise de casos julgados pelos tribunais

superiores brasileiros. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, São Paulo, v. 16, n. 95, p. 67-81, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhedo. O princípio da confiança como instrumento delimitador da autoria nos crimes negligentes perpetrados pelos profissionais de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 69-86, 2012.

MOORE, George Edward. *Principia ethica*. Trad. Márcio Pugliesi e Divaldo Roque de Meira. São Paulo: Ícone, 1998.

MOREIRA, Ivone. Sociedade Política e Contrato Social – As perspectivas de Locke e Burke. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 220-233, 2006.

NOYA RIOBÓ, José Antonio. El principio de confianza en la moderna dogmática penal y su influencia en la división de trabajo. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 407-444, 2017.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

PELÁEZ MEJÍA, José María. Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, n. 37, p. 15-35, 2016.

PFORDTEN, Dietmar von Der. Individualismo normativo e o Direito. Trad. Saulo Monteiro de Matos. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 11, n. 60, p. 172-197, 2014.

PUFENDORF, Samuel. *The Political Writings of Samuel Pufendorf*. Trad. Michael J. Seidler. Oxford: Oxford University Press, 1994.

PUPPE, Ingeborg. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (coords.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 19-40.

PUPPE, Ingeborg. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, n. 4, p. 1-13, 2006.

RAMOS, Cesar Augusto. Hegel e a crítica ao estado de natureza do Jusnaturalismo moderno. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, p. 89-104, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. O contratualismo - posição de Rousseau e Kant. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 37, p. 118-150, 1942.

RENZIKOWSKI, Joachim. Deveres e direitos – relação jurídica e imputação. Trad. Adriano Teixeira. In: LEITE, Almor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 56-80.

RENZIKOWSKI, Joachim. Fundamentação da norma e imputação – fundamentos para um conceito restritivo de fato. Trad. Augusto Assis. In: LEITE, Almor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 81-113.

RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Almor Leite. In: LEITE, Almor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 21-55.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 39, p. 11-31, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. Finalidad e imputación objetiva. Trad. Enrique Casas Barquero. *Cuadernos de política criminal*, Madri, n. 40, p. 131-146, 1990.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Trad. Marina Pinhão Coelho. In: LEITE, Almor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 116-128.

ROXIN, Claus. O conceito de bem-jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 70-97.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-275.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. O contrato social em Pufendorf. *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, v. 21, n. 28, p. 143-163, 2009.

SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 167-209.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Breves considerações acerca dos elementos estruturantes do ilícito-típico nos crimes culposos: o princípio da confiança. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, São Paulo, v. 15, n. 85, p. 88-98, 2014.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos; BURGEL, Letícia. A teoria do incremento do risco e os elementos estruturantes do ilícito-típico culposo. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 21, p. 62-79, 2016.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* São Paulo: Marcial Pons, no prelo.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão*. 1ª ed. São Paulo: É Realizações, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 70-96.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madri: Tecnos, 1991, p. 31-80.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponte de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23-68.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 79-105.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou “impróprios para o consumo”. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 211-237.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de *Compliance* e atribuição da responsabilidade penal individual nos crimes empresariais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, p. 117-144, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTIN, Adán; DINIZ, Eduardo Saad; GOMES, Rafael Mendes (coords.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 219-229.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Cosmo Lima de. Controle de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. Brasília: IDP, 2012, p. 175-229.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p. 197-226, 2015.

STRATENWERTH, Günther. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht. In: BOCKELMANN, Paul; GALLAS, Wilhelm (orgs.). *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*. 1ª reimpressão. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, p. 383-400.

STRAUSS, Leo. *A filosofia política de Hobbes: suas bases e sua gênese*. Trad. Élcio de Gusmão Verçosa Filho. 1ª ed. São Paulo: É Realizações, 2016.

STRUENSEE, Ebehard. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. Trad. Fabricio Quariglia. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TURESSI, Flávio Eduardo. A conformação do princípio da confiança no direito penal das licitações: reflexões sobre a responsabilidade penal do gestor público diante dos crimes licitatórios. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 39-58, 2018.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. 2ª reimpr. Buenos Aires: B de f, 2004.

WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011.