



Copyright© 2019 by Juarez Tavares
Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA
Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

T228 Tavares, Juarez
Teoria do Injusto Penal [livro eletrônico] / Juarez
Tavares. - 4.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.
2Mb ; e-book ; PDF

ISBN: 978-85-9477-349-4

1.Direito Penal. 2. Doutrinas. 3. Teoria. I. Título.

CDU: 343.2.01

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.
Avenida Nove de Julho n° 3228, sala 404, ed. First Office Flat
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP
CEP: 01406-000
www.tirant.com/br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Juarez Tavares

TEORIA DO INJUSTO PENAL

4ª Edição



Teoria

São Paulo
2019

sistematização dos pressupostos do crime, que devem ser compreendidos unicamente dentro do próprio injusto, a solução diversa poderia conduzir, neste caso da reforma ou da nulidade da sentença de falência, à punibilidade do sujeito, porque o delito já se teria consumado, ficando a avaliação dessa consumação e de sua punibilidade, em face da ausência de regra expressa, inteiramente na dependência de uma interpretação teleológica com vistas ao chamado fim protetivo da norma.

Vigoram, igualmente, nos delitos falimentares os mesmos princípios de imputação do delito de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Isto significa que a declaração de falência deve estar relacionada aos fatos constitutivos do tipo de delito falimentar, de modo que o comerciante se vincule àquela declaração através do critério do risco assumido. Relativamente aos delitos pós-falimentares, ressalta ainda a questão de que o agente deve reconhecer que o fato que pratica é uma consequência da falência e se situa na sua zona de risco.

Das condições objetivas de punibilidade, ademais, devem ser diferenciadas as condições de procedibilidade,⁴⁹⁶ que estão ligadas aos pressupostos processuais e não se vinculam ao fato nem à pena, mas, exclusivamente, às condições que tornem possível um processo penal ou uma sentença de mérito.

Os pressupostos processuais não afetam a questão da necessidade de pena, nem a estrutura do injusto ou da culpabilidade, embora muitas vezes venham inclusive disciplinados no próprio código penal, quando então se submetem a todos os princípios constitucionais relativos às garantias do direito penal, como aos princípios da legalidade e da irretroatividade.

2. O PROCESSO DE IMPUTAÇÃO

Se a divisão entre delitos dolosos, culposos e omissivos se executa no âmbito do injusto como efeito de um processo de imputação, faz-se necessário também fixar os pontos básicos deste processo.

Normalmente, a imputação é tratada dentro do conceito de causalidade, de tal sorte que nosso código penal no art. 13, seguindo a tradição legislativa, a pressupõe como condição do resultado. Nesta linha, toda a imputação só poderia ter sentido nos delitos de resultado e não nos delitos de mera atividade, os quais devido à própria configuração externa, sem consideração às consequências que dela adviriam, poderiam simplesmente ser

496. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Bauru, 1979, vol. 1, p. 486.

atribuídos ao sujeito, mediante sua subsunção à descrição legal da conduta proibida. O problema é que, independentemente da causalidade, a imputação está inserida no contexto da formação das figuras típicas, pois é através deste processo que elas se devem verificar.

Atendendo ao sentido da recuperação do sujeito no âmbito do injusto, não sob o enfoque de um injusto pessoal nos termos ontologicistas do finalismo e nem, por outro lado, mediante um procedimento de pura subjetivação funcional sobre a base da decisão interna, o processo de imputação deve ter como ponto de gravidade a consideração de que só será possível atribuir-se o injusto a alguém, quando sua realização possa ser afirmada como obra sua e não de terceiros.

Dizer-se que a imputação se orienta sobre uma base pessoal, de só atribuir-se o injusto como obra própria do agente, não implica acolher-se a tese neo-hegeliana de que no fundo o ato deve ser visto como um desdobramento da própria vontade. Ao contrário desta tese, a vontade não deve merecer por si mesma qualquer consideração nesta fase, salvo como modalidade de medição da intensidade da agressão ao bem jurídico. O processo de imputação, por isso mesmo, deve-se desenvolver objetiva e subjetivamente, como forma de medição dessa intensidade, sobre duas bases. Na primeira, assenta-se em que, dentro da perspectiva de garantia, é indispensável a demonstração inequívoca de que o injusto tenha que ser objetivamente determinado, de modo que não reste dúvida de que a conduta incriminada fora realizada pelo sujeito. Na segunda, de que essa conduta tenha que ser individualizada, quer dizer, sobre ela se proceda a uma depuração empírica de seus elementos de modo a identificar com precisão a exata contribuição do sujeito na sua execução. Sobre estas duas bases ter-se-á de edificar o tipo de delito que lhe corresponda, doloso, culposo ou omissivo, daí dizer-se que no tipo de delito há duas ordens de imputação: uma imputação objetiva que se relaciona, no âmbito puramente objetivo, à ação proibida e ao seu objeto, bem como ao resultado; e uma imputação subjetiva, que diz respeito à configuração do dolo e seu alcance, bem como aos elementos de sua diferenciação com a culpa.

A imputação objetiva tem como pressuposto indeclinável a afirmação da causalidade entre a conduta do agente e o resultado. Sem que se demonstre em primeiro plano que, por exemplo, fora o tiro dado por A que matou B, não caberá qualquer outra indagação posterior, findando aqui mesmo a investigação. Uma vez, entretanto, demonstrada a relação de causalidade entre a

conduta do agente e o resultado, esta causalidade isoladamente não basta para fundamentar o juízo de atribuição típica, porque pode ser que no processo causal haja interferido uma causa superveniente, capaz de produzir sozinha o resultado, quebrando a causalidade anterior, como pode igualmente intervir concomitantemente nesse processo um outro sujeito que tenha contribuído de modo decisivo para reforçar a produção do resultado. Quando isto ocorre, a explicação da causalidade, segundo um critério contrafático, como o da teoria da equivalência das condições, será insuficiente para fundar a imputação. Será necessário ainda proceder-se à individualização desse processo e verificar, por fim, se o resultado pode ser ainda atribuído ao sujeito. Para chegar-se ao termo final dessa demonstração, são utilizados diversos critérios, que vão desde o apuramento das condições empíricas do processo causal, até as ponderações de ordem normativa, que delimitam a intervenção, consoante os pressupostos dos princípios de necessidade e danosidade. Só, então, se lhe poderá imputar objetivamente esse resultado.

Essa exigência de um complemento da pura causalidade natural, mediante critérios normativos, para fundamentar a imputação de um resultado a alguém, é consequência, portanto, da consideração de que o direito penal não é apenas um recepcionista do real, mas uma ordem de normas, com finalidade social específica, que é a proteção da pessoa humana diante do poder de intervenção do Estado, mediante a demonstração, primeiramente, legal e, depois, fática de lesão ou perigo de lesão a determinados bens jurídicos e para cujo preenchimento é insuficiente o enunciado de uma só ordem causal. Dentro destes princípios norteadores, deve-se dividir a análise da imputação objetiva em dois momentos: da relação de causalidade e dos demais elementos da imputação. Evidentemente, não se pretende aqui discorrer sobre todo o processo de imputação, mas apenas sobre seus elementos essenciais, que possam elucidar acerca de uma teorização do injusto, consoante um sistema de delimitação e garantias. Nesse sentido, examinaremos, respectivamente, as questões da causalidade e da imputação objetiva.

(1) A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

O Código Penal, ao disciplinar a relação de causalidade, dispôs, com apoio na teoria da condição que “causa será a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (art. 13). Antes disso, porém, enunciou que o “resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa”, exigindo, assim, para sua imputação, que tenha sido

ele causado pelo sujeito.

Do texto do Código Penal podem ser extraídas duas conclusões. A primeira, de que sem causalidade não há imputação. Essa é uma assertiva indeclinável do princípio da *responsabilidade pessoal*, em oposição à *responsabilidade solidária*, que pode existir no direito privado, mas não no direito penal. A segunda, de que admitindo a causalidade na omissão, se deve exigir que o processo de imputação também se estenda ao risco de produção do resultado em face da ação devida. Neste quadro normativo inicial é que se deve compor a teoria da imputação como elemento estrutural do conteúdo de injusto do fato.

Mas a questão da causalidade não é uma questão exclusivamente jurídica. Tanto a filosofia quanto as demais ciências sempre se ocuparam da causalidade. Na filosofia, como já ressaltado atrás, ao tratar da crítica aos paradigmas da estabilidade, a noção de *causa* seguiu tradicionalmente dois caminhos: a) como forma de uma *relação racional*, em que a *causa* é sempre deduzida de seu *efeito*, uma espécie de *força* que sempre gera esse efeito; b) como forma de uma *relação empírica*, na qual a *causa* não é deduzida do seu efeito como uma força produtora, mas segundo um *juízo de previsibilidade*, que, pela constância e uniformidade, poderá admitir uma série de sucessões.⁴⁹⁷ O primeiro caminho é seguido, basicamente, por ARISTÓTELES, que admitia quatro espécies de causa: a causa material (da qual é feita uma coisa), a causa formal (como forma ou substância de uma coisa), a causa eficiente (que produz modificações nas coisas) e a causa final (como motivo do agir).⁴⁹⁸ O segundo caminho tem apoio na obra de HUME: não existe uma relação de causalidade natural e necessária; causalidade, como relação entre dois fatos em ordem de sucessão, só pode ser afirmada através de sua repetição empiricamente observável, segundo um critério de regularidade.⁴⁹⁹ Após a formulação do *segundo princípio da termodinâmica* através de CLAUSIUS, complementado pelo *princípio da distribuição* de MAXWELL e BOLTZMANN no século XIX (o calor só passa de um corpo mais quente para um corpo mais frio e não vice-versa), baseado em uma interpretação estatística e ainda, mais tarde, com o enunciado de HEISENBERG do *princípio da indeterminação* (a impossibilidade de medidas certas só autoriza previsões prováveis acerca do comportamento de uma partícula subatômica),⁵⁰⁰ a fi-

497. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofia*, México-Buenos Aires, 1966, p.152.

498. ARISTÓTELES. *Physica*, I, 1, 184a 10.

499. HUME, David. *Investigación sobre el conocimiento humano*, tradução espanhola, 1992, IV, 1 e 2.

500. HEISENBERG, Werner. *Die physikalischen Prinzipien der Quantentheorie*, Mannheim, 1958, IV § 3°.

losofia contemporânea praticamente eliminou a noção de causa e passou a trabalhar com a noção de condição, segundo um critério de probabilidade.⁵⁰¹

Embora a noção de causa seja posta em dúvida pela ciência, que a substitui por um critério estatístico, no direito penal, no sentido da determinação da responsabilidade pessoal, é necessária e imprescindível, no primeiro plano, uma noção de causalidade baseada na relação de certeza e necessidade, embora isso só se torne possível *ex post*, depois que o fato se verificou. Antes da ocorrência do fato, a causalidade só pode ser aferida, segundo os critérios de probabilidade e indeterminação. Mais controvertida ainda se mostra a chamada causalidade na omissão, na qual são insuficientes as cláusulas tradicionais de sua determinação e por isso mesmo a questão passa a ser de mera imputação, e cuja interpretação deve ser, assim, absolutamente restritiva.

Buscando estabelecer uma noção de causalidade, foram formuladas diversas teorias, todas elas hoje, praticamente, reduzidas a três grandes grupos, conforme se tenham em vista a simples imputação material, com base no critério de certeza (sob plano lógico ou contrafático), a imputação sobre uma base de adequação e a imputação sobre uma base normativa, o que deu lugar à *teoria da condição*, à *teoria da causalidade adequada* e à *teoria da relevância jurídica*. Os autores fazem referência a outras teorias, como as da causa eficiente, da preponderância, da causa próxima, da causalidade jurídica, da causa humana e da tipicidade condicional, as quais, entretanto, se encontram absolutamente superadas e não merecem referência especial.⁵⁰²

(A) A TEORIA DA CONDIÇÃO

Segundo a *teoria da condição*, *causa* é toda condição do resultado. Isto quer dizer que não se faz, inicialmente, uma diferenciação entre *causa* e *condição*. Causa pode ser qualquer condição, indistintamente, que tenha contribuído para o resultado. É indiferente, portanto, para a noção de causa, que o resultado tenha sido produzido ocasionalmente ou que para sua verificação tenha concorrido uma *concausa*, ou seja, uma condição preexistente, concomitante ou superveniente.⁵⁰³

A teoria da condição foi formulada em 1858 pelo processualista austríaco JULIUS GLASER⁵⁰⁴ e depois introduzida na jurisprudência através de VON

501. DETEL, Wolfgang. "Wissenschaft", in Philosophie, Tomo I, 1991, p. 172 *et seq.*

502. Para uma visão dessas teorias: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1958, Tomo II, p.61 *et seq.*

503. HUNGRIA, Nelson. (Nota 502), p. 61.

504. GLASER, Julius. *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Leipzig, 1858, Tomo I, p. 298; Idem, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig, 1883, reimpressão, Frankfurt am Main, 1998.

BURI⁵⁰⁵, tendo recebido diversas críticas de seus opositores, devido ao chamado *regresso infinito*, pelo qual, na medida em que toda e qualquer condição que contribua para o resultado é considerada como sua causa, condutas anteriores, absolutamente estranhas ao fato sob julgamento, devem ser também nele incluídas. Por exemplo, em um acidente de automóvel, em face da alta velocidade imprimida pelo motorista, dele seriam causa não apenas o motorista, mas também o projetista, o engenheiro e o fabricante do automóvel, como ainda o construtor da estrada ou os pais do motorista que o haviam gerado.

Na concepção de VON BURI, não será lícito distinguir entre condições essenciais e acidentais do resultado, pois todas as forças que tenham contribuído para produzir esse resultado são, da mesma forma, essenciais à sua produção e nenhuma delas pode ser deixada de lado. Assim, se alguma pessoa imprimiu uma dessas forças para produzir o resultado, que queria realizar, deve responder por esse resultado, em toda a sua extensão.

Observe-se, porém, que a teoria da condição, ao contrário das concepções filosóficas que lhe correspondem, não considera como *causa* a totalidade das condições que influem no resultado, mas apenas uma dessas condições, qualquer delas, sem consideração às demais. É, portanto, uma teoria individualizadora no sentido de formar, com respeito a cada uma dessas condições, um processo causal independente. Dentro desta concepção, é invocada, geralmente, uma fórmula prática para determinar se uma dessas condições – conforme a escolha que se faça – pode ser considerada como causa do resultado: é a fórmula da *eliminação hipotética do resultado*. Uma condição será *causa* de um resultado se, uma vez eliminada mentalmente essa condição, tiver como efeito também a eliminação do resultado.

A fórmula da eliminação hipotética tem gerado inúmeras controvérsias, não apenas em relação aos seus efeitos, que adiante veremos, senão quanto à sua origem.⁵⁰⁶ A doutrina atribui erroneamente essa fórmula ao jurista sueco THYRÉN que, embora tenha contribuído para a solução de vários casos práticos de causalidade, através de uma crítica rigorosa aos seus postulados de certeza e incerteza, não foi seu criador.⁵⁰⁷ A fórmula foi mesmo proposta

505. BURI, Maximilian von. *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gies-sen, 1860; Idem. *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, reimpressão, Frankfurt am Main, 1968; Idem. *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch*, Leipzig, 1894, reimpressão, Frankfurt am Main, 1997.

506. Sobre a polêmica de seu uso pelos tribunais, veja-se a indicação de ROXIN, Claus. (Nota 270), § 11.

507. THYRÉN, Johan C. W. „Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien“, in *Abhandlungen aus den Strafrechte und der Rechtsphilosophie*, vol. I, 1894.

por GLASER, ao enunciar a sua teoria e reproduzida depois por VON BURI. Esta fórmula, adotada no Código Penal, como é uma fórmula contrafática, quer dizer, que prescinde de uma efetiva comprovação empírica, só é, entretanto, um elemento seguro para a determinação da causalidade, quando esta causalidade se mostre evidente e quando não concorram outros elementos que possam elidir essa evidência. Assim, se A atira em B e este morre em decorrência dos ferimentos produzidos pelo tiro, A será causa da morte de B, porque, eliminada a ação de A, será eliminada a morte de B. Isto é evidente, e sua determinação pela intuição ou pela experiência, enfim, por todos os meios de apreensão dos fenômenos se torna desnecessária no processo lógico de sua demonstração. Se a causalidade não é evidente, a fórmula da eliminação hipotética pouco ajuda, devendo ser complementada por outros critérios.

A primeira dificuldade da fórmula da eliminação hipotética se dá no caso de *dupla causalidade alternativa*, quando várias condições concorrem para o resultado, mas de modo que cada uma delas, isoladamente, seja suficiente para produzi-lo. Aqui o critério legalmente proposto é corrigido doutrinariamente através da *fórmula da eliminação global*, assim enunciada: “se concorrem para o resultado diversas condições e, uma vez eliminadas alternativa, mas não cumulativamente, cada uma delas, o resultado não é eliminado, qualquer delas é considerada como causa desse resultado”.⁵⁰⁸ Um exemplo clássico: A e B, independentemente um do outro, ministram a C, no mesmo instante, uma dose igual de veneno, de modo que cada uma dessas doses é suficiente para matá-lo. Neste caso, tanto a ação de A, quanto a ação de B, são causas da morte. Se fôssemos aplicar aqui a fórmula da eliminação hipotética, teríamos uma solução contraditória, porque, se eliminarmos a ação de A, o resultado morte permanece; se eliminarmos a ação de B, o resultado ainda permanece, o que levaria ao absurdo de um evento sem causa.

Convém, entretanto, fazer um reparo a esta formulação globalizante: caso fique comprovado que apenas uma das doses de veneno causara efetivamente a morte, antes da outra, sem que se possa determinar, contudo, se a dose letal partira de A ou de B, deve ser aplicado aqui o princípio *in dubio pro reo*, imputando-se a cada um deles apenas a tentativa de homicídio.⁵⁰⁹ Vale este raciocínio também para o exemplo em que A e B, sem saber um do

508. Nesse sentido: WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, p. 41; WESSELS/BEULKE. *Strafrecht*, AT, p. 49.

509. Esta solução é pacífica na doutrina: ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, p. 355; WESSELS/BEULKE. *Strafrecht*, AT, p. 52.

outro, atiram simultaneamente contra C, o qual vem a falecer em consequência de um dos tiros, embora não se possa comprovar de qual carabina partira o tiro mortal. Pelo princípio *in dubio pro reo*, ambos serão responsáveis apenas por tentativa de homicídio, mesmo que a vítima tenha morrido. O princípio *in dubio pro reo* não é apenas um critério que opere no âmbito processual, diante da incerteza ou dubiedade das provas que foram colhidas na instrução. É antes de tudo uma consequência do princípio da presunção de inocência e deve ser utilizado como instrumento delimitador da incidência normativa.⁵¹⁰ A solução pela tentativa, neste caso, produzida por sua aplicação no âmbito do injusto, ainda que efetivamente se tenha verificado um delito consumado, corresponde a uma condição puramente objetiva de imputação, qual seja, de atribuir a cada sujeito, exata e corretamente, o que lhe corresponde, não em termos de decisão para o fato, como pareceria a alguns funcionalistas, senão como produção de efeitos lesivos ao bem jurídico. Parece que a invocação do princípio da dúvida pode induzir a ideia de que se estão mesclando elementos processuais e penais para a obtenção de uma justa solução para o caso concreto. Esta ideia seria inferida da antiga concepção do tipo de injusto como elemento autônomo e puramente descritivo do delito ou, quando muito, como indício objetivo da antijuridicidade. Se, entretanto, passarmos a aferir o injusto sobre uma base de correlação entre a tipicidade e a antijuridicidade, esta ideia facilmente desaparece, porque de qualquer forma a imputação deve também ser avaliada segundo os princípios dos direitos fundamentais, dentre os quais se insere o da presunção de inocência.⁵¹¹

Diferente do exemplo acima citado é aquele em que A e B injetam em C uma dose igual de veneno, mas cada uma das doses é insuficiente para produzir-lhe a morte, que só se dá com a acumulação das doses. Neste caso, a aplicação pura e simples da fórmula da eliminação hipotética resolve o problema porque, eliminada a ação de A, será eliminado o resultado, ou eliminada a ação de B, também será eliminado o resultado, respondendo cada qual por delito consumado. A dificuldade reside quando se trate de doses alternativas, cada uma delas suficiente para produzir a morte e que se resolve, como vimos, pelo critério da eliminação global.

Mas o critério da eliminação global ainda não é suficiente, como

510. Sobre isso, em toda sua extensão: STUCKENBERG, Carl-Friedrich *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin-N. York, 1998, p. 98 *et seq.*

511. ROMERO ARIAS, Esteban. *La presunción de inocencia. Estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Pamplona, 1985, p. 119 *et seq.*

complemento ao da eliminação hipotética, nos casos em que a causalidade vem associada a outros e diversos fatores, de tal forma que se torne difícil sua identificação. Nestes casos, a concepção tradicional sempre esbarrou em sérias dificuldades. Para isso, tem-se enunciado recentemente o *princípio da alteração exterior*, pelo qual “haverá causalidade quando se produzir, por qualquer motivo, uma modificação no mundo exterior”, sem consideração a que, se eliminada a condição, o resultado também seria ou não excluído⁵¹². Este novo critério tem sido utilizado, como forma alternativa à teoria do incremento do risco, para afirmar a causalidade dos efeitos, por exemplo, da ingestão de medicamentos (como no caso do medicamento *contergam*) que, geralmente, se associam a outros fatores ou à constituição pessoal da vítima. Dentro do critério da alteração externa, seria possível afirmar-se a causalidade nas hipóteses de *antecipação*, *agravamento* ou *modificação* de acontecimentos. Assim, o médico que, diante de um paciente em estado terminal e para minorar-lhe o sofrimento, resolve antecipar-lhe a morte, injetando-lhe uma dose letal de morfina, é causador do homicídio, ainda que se comprove que o doente morreria de qualquer forma. Será causador de um dano quem, diante de um automóvel bastante abalroado, resolve ainda quebrar-lhe os vidros, agravando o seu estado de destruição ou aquele que, para fazer graça, resolve pintar de verde o carro vermelho de seu vizinho. Em todos esses casos, houve uma alteração no mundo exterior, que inexistiria se não ocorresse a ação do agente. Esse mesmo critério vale para os delitos ambientais, quando se incrimina não apenas o incremento da poluição, antes inexistente, senão também o agravamento das condições do meio já deterioradas.

De qualquer forma, esse complemento da fórmula originária da causalidade não pode resultar de simples argumento interpretativo, a ser usado pelo juiz, segundo seus próprios prognósticos. Aqui, a questão deve ser vista sob três aspectos. Em primeiro lugar, como o injusto retrata de qualquer forma um conflito social real, o critério de imputação tem também que levar em conta essa característica, não podendo se afastar dos princípios causais naturais, porque estes é que proporcionam elementos para afirmar se a conduta ingressou ou não na zona do ilícito e se através dela se efetivou o resultado representativo da ofensa ou do perigo ao bem jurídico. Em segundo lugar, desde que a relação de causalidade não possa ser afirmada no plano natural ou haja dúvidas sobre o processo de produção do resultado, qualquer complemento que se possa efetuar através de uma decisão – não

512. ROXIN, Claus. (NOTA 270), p. 355.

importam aqui os critérios utilizados – viola também o princípio *in dubio pro reo*, notadamente, como bem assinala ROXIN,⁵¹³ quando se trate de decisões sobre divergências científicas acerca dos efeitos de certos medicamentos, produtos alimentícios, substâncias de uso doméstico ou aparelhos eletrônicos. Em terceiro lugar, as agravações e as antecipações do resultado só podem ser imputadas se efetivamente puderem ser demonstradas como manifestamente evidentes ou materialmente sensíveis, como nos exemplos acima tratados, em que o resultado inequivocamente decorreu de uma sobrecarga de causalidade.

Dificuldades apresenta também a causalidade nas chamadas decisões corporativas, quando um determinado conselho, em votação por maioria, resolve lançar determinado produto, o qual mesmo antes de ser comercializado já comprovadamente apresentava perigo concreto de produzir efeitos danosos nos adquirentes. Neste caso, o argumento contrário se fixa na instabilidade da imputação, pois seria sempre possível que qualquer dos imputados viesse a afirmar que fora dele o voto divergente ou que, tratando-se de maioria qualificada, ainda que seu voto fosse divergente e hipoteticamente eliminado, o resultado não desapareceria. ROXIN defende aqui a ideia da causalidade cumulativa, propugnando por uma solução idêntica à do exemplo do resultado agravado.⁵¹⁴ Ocorre, porém, que esta hipótese também tem que ser submetida ao crivo do princípio *in dubio pro reo*, o qual só deixará de incidir, por exemplo, se após a decisão tomada por maioria, todos os integrantes do conselho, inclusive os que votaram pela divergência, já se tenham comprometido posteriormente no processo de execução. É que, nesta hipótese, não basta para afirmar a causalidade que os seus protagonistas estivessem presentes no ato da resolução coletiva, em face da impossibilidade material da perfeita identificação de cada uma de suas condições.

Igualmente não interferem na afirmação da causalidade os processos causais hipotéticos, isto é, aqueles desdobramentos que poderiam ocorrer, de outra forma. Por exemplo, A entrega a B um chicote para que este castigue fisicamente C. Mesmo que se comprove que o chicote seria entregue a B de qualquer forma por D, A será causador da lesão corporal em C. Aqui, a fórmula da eliminação hipotética pode não funcionar, porque mesmo sendo eliminada a ação de A, o resultado ocorreria, mas de outra forma. Esta hipótese, contudo, não elimina a causalidade posta em curso pela ação de A, porque o decisivo

513. ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 356.

514. ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 359.

é orientar-se pelo resultado concreto realmente ocorrido e não pelo resultado que iria ocorrer. Outra condição que não influi, via de regra, na relação de causalidade é a das chamadas *concausas*. Na análise das concausas o ponto de orientação deve ser o seguinte: se no momento do resultado, as concausas ainda estiverem atuando, são elas também causa desse resultado; se, entretanto, o resultado advém de outros fatores, embora as concausas tenham contribuído inicialmente para o processo causal, deve-se considerar interrompida a causalidade anterior, imputando-se o resultado apenas ao agente que tenha provocado a nova causalidade. Por exemplo, A acerta um soco em B que, sendo hemofílico, vem a morrer em consequência de uma hemorragia provocada pelo soco. Aqui se lhe deve imputar objetivamente o resultado morte porque sua ação, cumulada com a concausa da hemofilia, produziu a morte de B. A questão se A agiu com dolo ou com culpa, não é questão da causalidade, mas de outro setor do tipo. Outro exemplo: A desfere um tiro em B, que é levado ao hospital e ali adquire uma infecção grave nos ferimentos, que lhe produzem a morte. A é causa da morte de B, porque esta foi provocada pela ação de A, cumulativamente com a concausa infecção. Se, ao invés, a morte fosse provocada por outros fatores, sem a concorrência da ação de A no processo de sua execução, a este não poderia ser imputado esse resultado: por exemplo, se a hemofilia, independentemente do soco, é acelerada pela ingestão de um medicamento ou se a infecção hospitalar atinge a medula espinhal e não os ferimentos.

O Código Penal, tendo em vista a questão das *concausas supervenientes* e com o propósito de limitar o regresso infinito do processo causal, procurou dispor acerca da interrupção da causalidade através de uma fórmula que praticamente desnatura a teoria da condição por ele adotada: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou” (art. 13, § 1º).

Nesse dispositivo, deve-se inicialmente distinguir entre causas *relativa* e *absolutamente* independentes. Causas *absolutamente independentes* são aquelas que, sob qualquer consideração, se situam fora do processo causal no qual se insere a ação do agente, de modo que se pode dizer que, mesmo que o agente se esforçasse, não poderia intervir nos seus efeitos. Essas causas absolutamente independentes não necessitam do corretivo assinalado pelo art. 13, § 1º, porque fazem parte de outro processo causal, alheio ao agente. Já as causas *relativamente independentes* são as que, embora se insiram no processo causal posto em marcha pelo agente, produzem o resultado, sem contar com

a interferência de sua ação no momento em que esse resultado se verifica. Em ambos os casos, o agente responde apenas pelos fatos já praticados anteriormente. As situações padronizadas que são tomadas pela doutrina como exemplares para estabelecer essa diferenciação e fixar os limites do regresso, como os casos da ambulância, do incêndio no hospital e da infecção dos ferimentos não suscitam maiores dúvidas.

A questão está em se determinar a causalidade em face de atuação dolosa posterior. Como a relação de causalidade deve ser vista sob enfoque puramente objetivo, ela não se interrompe nas hipóteses de *atuação dolosa* ou *culposa posterior* de terceiros sobre o processo causal, sob o pressuposto de que essa interferência se *acumule* à condição anterior. O tratamento dessas hipóteses é o mesmo que se dá ao exemplo da ambulância. Vejamos agora um outro exemplo: A atira contra B, produzindo-lhe grave ferimento na cabeça; em seguida, sem qualquer acordo anterior, vem C e atinge B com uma forte pancada no mesmo lugar dos ferimentos, agravando-os e produzindo-lhe a morte. A e C respondem por homicídio consumado. Se, ao invés, a morte fosse provocada por um tiro de B no coração da vítima, A responderia apenas por tentativa de homicídio. É o que se dá com o exemplo sempre citado da causalidade incontrollável: A fere mortalmente B, antes que este tome um avião, o qual momentos depois explode matando a vítima e todos os demais passageiros, de tal modo que A não poderia controlar sua execução, porque nem ao menos sabia da existência da bomba. Neste caso, A responde apenas por tentativa de homicídio.

Por outro lado, mesmo que o agente tenha causado, anteriormente, uma lesão culposa, a causalidade não se altera se a essa lesão se somar a atuação posterior dolosa ou culposa de terceiro. O processo causal, ademais, tanto pode ser preenchido através de uma causalidade física, quanto psíquica, inserindo-se nesta última o planejamento para o fato. Por exemplo: A e B, de comum acordo, resolvem matar C; no dia determinado para o crime, A desfere na vítima um tiro na barriga, prostrando-a no solo; em seguida, B dá-lhe o tiro de misericórdia na cabeça, causando-lhe a morte. A e B respondem conjuntamente por homicídio consumado, porque, embora o tiro de A não tenha causado diretamente a morte da vítima, a sua ação se inseriu objetivamente no processo causal planejado por ambos. Neste caso especial de causalidade cumulativa, com procedimentos qualitativamente diversos (um tiro na barriga e outro na cabeça), nota-se, desde logo, que a relação de causalidade deixa de ser tratada sob condição puramente objetiva e passa

a ser integralizada segundo o plano subjetivo dos autores, o que desnatura, inteiramente, a pureza inicial da teoria da condição. Aqui, para manter uma consideração puramente objetiva da causalidade, será necessário trabalhar-se com uma modalidade especial de planificação para o fato, segundo uma perspectiva final objetiva, isto é, a análise do plano dos autores deverá ser feita com base na determinação objetiva de sua execução, conforme a dirigibilidade comum exercida sobre esse processo executivo. Sob esta perspectiva, a relação de causalidade deve ser compreendida como a execução de um processo global, no qual os autores se inserem, segundo própria divisão de trabalho, traçada segundo um objetivo comum. No exemplo citado, tanto A quanto B já haviam traçado, objetivamente, a divisão de trabalho a ser realizada na execução do fato comum, antes mesmo de se questionar acerca da causalidade de suas atividades para com o resultado ocorrido, isto é, planejaram matar C, de comum acordo, encetando, cada um, a respectiva parcela objetiva de contribuição para o fato.

A aplicação pura e simples da teoria da condição pode complicar ainda, quando o processo causal se desvia de seu conteúdo naturalístico-material e passa a ser inferido de um juízo de probabilidade. Por exemplo, diante dos acenos de C, que estava se afogando, A impede que B o socorra através do lançamento em sua direção de um salva-vidas. Neste caso, a afirmação da causalidade não pode decorrer da mera aplicação do critério da eliminação hipotética, porque o resultado é meramente provável. Normalmente, considera-se que A seja seu causador porque se não tivesse com sua ação impedido o ato de salvamento de B, C teria uma chance de não morrer. A causalidade aqui se baseia em que a ação de A é causal para a morte de C, porque diminuiu as possibilidades de que ela não ocorresse, alterando, portanto, a sequência dos fatos. Nesta hipótese, porém, a identificação da causa deve subordinar-se a um pressuposto indeclinável: à demonstração de que as chances de salvamento fossem absolutas. Caso contrário, a morte do naufrago não poderia ser atribuída à ação de A, porque isto implicaria uma alteração abusiva no âmbito da imputação, transformando a probabilidade em certeza. Aqui só resta a imputação pelo delito de omissão de socorro e não por homicídio.

Todos esses fatos sugerem, por outro lado, uma outra série de considerações que dizem respeito ao problema dos papéis que os sujeitos desempenham ou devam desempenhar na sociedade e cujos resultados, ainda que afirmados como efeito de determinada ação, por aplicação do princípio da eliminação

hipotética, se situam foram do injusto. Em face das incongruências da teoria da condição, principalmente, na hipótese da causalidade cumulativa, segundo o plano dos autores, a doutrina é levada a buscar fórmulas alternativas para determinar essa causalidade, que devem partir, de qualquer modo, da velha proposição de HUME de que o processo causal é, no fundo, um processo sobre uma sequência de regularidades.

(B) A TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

A primeira sequência de ideias alternativas acerca do tratamento desses fatos foi fruto da *teoria da causalidade adequada*, que não é propriamente uma teoria da relação causal, mas uma teoria da imputação, porque pretende limitar a causalidade natural, segundo parâmetros juridicamente aceitáveis. Para essa teoria, causa é apenas a condição *tipicamente adequada* a produzir o resultado. Causa, portanto, não será qualquer condição, como propõe a teoria da condição, mas só aquela conduta que represente uma tendência geral à produção de um resultado típico. Foi primeiramente VON BAR quem procurou restringir, no campo jurídico, a causalidade natural, tendo em conta os fins próprios do direito, dele excluindo todas as condições que não se incluíssem nas chamadas *regras gerais da vida*.⁵¹⁵ O grande teorizador foi, porém, o médico e fisiologista VON KRIES, que, analisando as condições que contribuem para a produção de resultados juridicamente proibidos, destaca que algumas delas são efetivamente *adequadas* a produzir semelhantes resultados e, segundo a experiência da vida, *tendem* a produzi-los, na forma concebida. Afora essa causação adequada, existe uma *causação não adequada* ou *fortuita*, que dá lugar a esses resultados, mas de uma forma excepcional, que só pode ser apreciada em determinados casos concretos e isolados e que, portanto, estaria fora do alcance do direito.⁵¹⁶

Causa adequada vem a ser a causa provável de um resultado, avaliada segundo um critério objetivo, denominado *prognose posterior objetiva*. De acordo com esse critério, proposto por MAX RÜMELIN, principalmente para o direito civil, a questão da probabilidade do resultado deve ser vista a partir de um observador objetivo posterior, tendo em conta, porém, todas as condições anteriores, já subsistentes à época do fato, que eram do conhecimento do agente ou que lhe eram objetivamente previsíveis.⁵¹⁷

515. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 235; BAR, Ludwig von. *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrecht*, Leipzig, 1871.

516. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, p. 235; VON KRIES, Johannes. *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Tübingen, 1886.

517. RÜMELIN, Max. "Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Civilrecht", in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1900, Tomo 90, p. 171 *et seq.*; MEZGER Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, p. 236.

Na determinação da causalidade, a teoria da adequação parte, primeiramente, da fórmula da eliminação hipotética. Se, através de seu emprego, se concluir que inexistente causalidade, esta conclusão deve ser respeitada, porque baseada em dados naturais incontestáveis. Se, porém, se afirmar a causalidade pela teoria da condição, isto não quer dizer que essa causalidade seja igualmente adequada a produzir o resultado, devendo-se, então, aplicar o critério da prognose posterior objetiva. Por exemplo, nos delitos qualificados pelo resultado, o resultado mais grave – como a morte no latrocínio – deve ser produzido pela violência empregada pelo agente e não decorrer do fato em geral ou de um infarto da vítima, salvo se o agente conhecia a circunstância de ser ela também cardíaca ou que isto pudesse ser objetivamente previsível em face de suas reações ou estado emocional.

Pela teoria da adequação, soluciona-se desde logo no setor da causalidade o conhecido exemplo do sobrinho, que interessado na herança de seu tio o convence a fazer uma viagem de trem, na qual sofre um acidente e morre. De acordo com a teoria da condição, como a contribuição psíquica é causal e continua a produzir efeitos durante toda a viagem, a morte do tio é imputada ao sobrinho, mesmo que advenha de um acidente. Na teoria da adequação, como a morte se situa fora de qualquer probabilidade, segundo a experiência da vida, não pode ela ser imputada ao sobrinho. Diferente será o caso em que o sobrinho convence o tio a realizar uma viagem de avião, sabendo que nele se encontra uma bomba, que acaba provocando a explosão do aparelho e a sua morte. Aqui, devido ao conhecimento especial do agente quanto ao desenrolar do processo causal, sua ação foi adequada ao resultado, respondendo ele por homicídio consumado.

A teoria da adequação, por não ser propriamente uma teoria da causalidade, serve apenas de critério delimitador dessa causalidade, quando o processo produtor do resultado juridicamente proibido seja anormal ou atípico. Mesmo como teoria limitadora, é ela defeituosa, porque não apresenta, com o critério da prognose posterior objetiva, instrumentos seguros a delimitar objetivamente a responsabilidade do agente, sem recorrer ao dolo e à culpa ou à culpabilidade.

(C) A TEORIA DA RELEVÂNCIA JURÍDICA

Por isso mesmo, como complemento à análise da causalidade, propôs MEZGER que, ainda quando uma ação seja causal relativamente ao resultado, quer segundo a teoria da condição, quer da adequação, o seu autor só

pode ser responsável por este resultado se a conexão causal for juridicamente relevante. A questão da causalidade, portanto, não se resume à determinação se a ação do agente era condição *sine qua non* ou causa adequada do resultado, mas em se saber se, juridicamente, essa relação causal era relevante.⁵¹⁸ Neste aspecto, faz-se uma diferenciação entre causalidade e imputação do resultado. A causalidade seria decidida pela teoria da condição. A imputação teria por base a *relevância jurídico-penal do processo causal*, que só reconheceria as condições *tipicamente adequadas* a produzir o resultado, sob o enfoque da *finalidade protetiva da norma* e as particularidades concretas do tipo legal de crime.⁵¹⁹ A teoria da relevância jurídica ocupa-se basicamente de casos limites, nos quais a justiça da atribuição de causalidade é posta em dúvida diante das finalidades do próprio direito e pode ser vista como o primeiro passo para a formulação da moderna *teoria da imputação objetiva do resultado*.

O caso mais comum tratado pela teoria da relevância jurídica seria do regresso infinito, que tantos exemplos jocosos já suscitou, mas que adquire especial importância nos delitos qualificados pelo resultado, praticados em coautoria, nos quais se corre sempre o risco de que a responsabilidade pelo resultado mais grave seja atribuída ao agente com base no princípio do *versari in re illicita*, isto é, como simples consequência de sua atuação anterior contrária ao direito. Pela teoria da relevância, será imprescindível analisar, nesse caso, se a causalidade se afastou do processo que o tipo legal previu como proibido e também do fim de proteção da norma (a norma não quer ter em conta qualquer resultado mais grave); se tal ocorrer, não será possível responsabilizar-se esse autor, mas somente quem, no caso concreto, atuou com relevância típica, isto é, aquele que produziu o resultado mais grave dentro do desdobramento da própria atividade típica.⁵²⁰ O Código Penal brasileiro, ao limitar a causalidade no que se refere às causas supervenientes, acolheu em parte os argumentos da teoria da relevância jurídica, embora tivesse deixado de lado circunstâncias importantes, principalmente, dos delitos culposos e omissivos e todas aquelas situações controvertidas dos delitos qualificados pelo resultado, ou de dupla causalidade. Mas a teoria da relevância jurídica é ainda insuficiente para resolver definitivamente esses problemas, porque trabalha com critérios puramente normativos, que ficam na dependência de uma decisão interpretativa e desconsideram elementos próprios do processo

518. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 241 *et seq.*

519. WESSELS/BEULKE. *Strafrecht AT*, p. 53

520. BLEI, Hermann. *Strafrecht*, AT, 16ª edição, 1975, p. 78 *et seq.*

causal. Vê-se, pois, que em face de qualquer dessas teorias ainda é bastante controvertida a determinação da causalidade, não se podendo superar uma indagação subjetiva, em alguns casos, o que levou a teoria científica moderna a inseri-la em um processo de crise e a repudiá-la.

(D) A CLÁUSULA *CETERIS PARIBUS*

A crise da teoria da causalidade está associada a dois aspectos de sua manifestação, nem sempre levados em conta pela doutrina: a necessária diferenciação entre a explicação causal dos fenômenos, ou leis da causalidade, por um lado e a relação causal, por outro lado. Para DAVIDSON, que trabalhou, especialmente, este tema, a explicação causal, ou as leis da causalidade, dizem respeito a uma forma de argumentação pela qual se podem vincular, entre si, diversos fenômenos. A relação causal, por sua vez, seria uma relação natural entre acontecimentos singulares, que persiste, independentemente de que sobre ela se afirme ou se negue alguma coisa. Assim, se alguém desfere contra outro um tiro e lhe produz a morte, podemos descrever a relação entre o tiro e a morte, invocando algumas formas de argumentação, que se edificam como teorias da causalidade,⁵²¹ mas não podemos criá-la, por se tratar de uma relação natural. A questão de se estruturarem, separadamente, a explicação causal (teoria) e a relação causal (fenômeno) dá lugar a uma série de conjecturas acerca da velha e conhecida discussão se a relação de causalidade tem ou não um fundamento nomológico, quer dizer, se uma determinada relação causal singular (no caso, o tiro e a morte da vítima ou, em outro exemplo, se alguém jogou uma pedra e quebrou a janela do vizinho) deve, ou não, submeter-se à mesma forma de demonstração, como decorrência de que a explicação (teoria), para ser verdadeira, tem de corresponder à relação causal, esta, sim, de qualquer modo, submetida a uma lei causal estrita.

Se acolhermos positivamente esse caráter nomológico, isto é, de que todo e qualquer vínculo causal singular entre dois acontecimentos está subordinado a única e determinada explicação, como forma de verdade, chegaremos à conclusão de que toda a questão da causalidade e, conseqüentemente, da imputação deve ser resolvida por uma teoria que tome essa relação, segundo um juízo empírico de regularidade. A teoria da regularidade, que deve seu enunciado, propriamente, a HUME e JOHN STUART MILL, constitui o cerne de um modelo bastante avançado de causalidade, porque individualiza as condições que atuam na produção do resultado e possibilita trabalhar não apenas sobre

521. DAVIDSON Donald. "Geistige Ereignisse", in *Handlung und Ereignis*, 1998, p. 302.

o dado objetivo da relação de causalidade física, mas também sobre o impulso volitivo. Apesar de ser uma teoria adequada ao campo da imputação, o direito penal não a acolheu com entusiasmo, preferindo, como vimos, a teoria da equivalência das condições, que é, na verdade, uma teoria contrafática, quer dizer, o que importa para determinar se uma condição é causa de certo evento é a assertiva de que se esta condição não existisse, o evento igualmente não existiria, independentemente se essa relação era ou não regular. O caráter contrafático da causalidade apresenta, porém, inúmeras dificuldades e necessita de algum modo de delimitação dessa forma de explicação, ou subordiná-la a corretivos. Um desses corretivos, impostos pelo legislador diante da possibilidade do regresso infinito da seqüência causal, já foi dado pela limitação da causalidade nas condições supervenientes, mas, como já acentuado, em face dos problemas inerentes a esta fórmula estrita, os corretivos apresentados não são suficientes para individualizar, com precisão, o conteúdo e a extensão da relação causal.

Como a adoção da causalidade, segundo seu caráter contrafático, segue uma forma de explicação que não precisa corresponder ao enunciado da própria relação causal natural, é perfeitamente compreensível que sua identificação se faça mediante o recurso do critério da eliminação hipotética, que bem o retrata em um quadro variável e reversível. Assim, embora este critério não possa abarcar todos os dados da causalidade, que deveriam ser tomados em sua totalidade e não em suas partes, ou variáveis dependentes (assim é, inclusive, a proposta das teorias científicas tradicionais), é ele, como critério lógico e racional, um servidor dedicado à teoria da equivalência das condições, porque prescinde, no caso concreto, de uma avaliação empírica sobre os dados reais dessas condições e do contexto no qual atuam.

Tecendo uma crítica a essa forma de retratar a causalidade, da qual não se libertaram nem mesmo as teorias da causalidade adequada, porque substituíram, simplesmente, o critério da eliminação hipotética pelo da probabilidade, sem outros corretivos, BERTRAND RUSSELL bem asseverou que de uma generalização, por exemplo, de que A é normalmente seguido de B, ou de que a eliminação hipotética de A e a conseqüente eliminação de B afirma a relação causal necessária entre A e B, não se pode chegar, com absoluta precisão, ao termo final da cadeia causal, porque só com isso não seria possível prever as circunstâncias concomitantes ou conseqüentes que poderiam decretar a falibilidade dessa cadeia.⁵²² Uma vez que a explicação da causalidade, portanto,

522. RUSSELL, Bertrand. *Psychological and Physical Causal Laws*, in *The Analysis of Mind*, London-New York, 1921, 9ª reimpressão, 1968, p. 96.

articula hipóteses e não uma cadeia de demonstrações e refutações, a adoção de qualquer de suas teorias, em especial da teoria da condição, com seu critério de eliminação hipotética, implica considerar, como critério de verdade, unicamente o uso do método da pseudofalsificação, isto é, uma relação causal não será eliminada, sem mais, quando sobre ela interferem fatores ou condições contingentes. Com isso se quer dizer que a causalidade, tal como concebida em seu sentido contrafático, ao prescindir de qualquer circunstância empírica, implica uma mera ficção lógica, daí serem irrelevantes, em face da teoria da condição, as chamadas concausas. Veja-se, por exemplo, que o Código Penal no seu art. 13 acolhe, quanto à causalidade, pelo menos, duas ficções: a primeira, de considerar que a noção, ou explicação da causalidade se deva fazer pelo critério da eliminação hipotética, sem a consideração de fatores concomitantes; a segunda, de considerar a omissão como causa. Caso se argumente com uma noção contrafática de causalidade, que se exaure no seu próprio enunciado, será perfeitamente compreensível um modelo lógico de relação causal.

No direito penal a relação de causalidade não está orientada, porém, para o descobrimento da verdade dos fatos, até mesmo porque, em um sentido contrafático, as circunstâncias que cercam esses fatos são irrelevantes. Aqui o que se cogita é de um fator de garantia, que ponha um limite à extensão dessa explicação causal, sob o pressuposto de que a questão consiste, portanto, em se decidir se a explicação da relação causal, para os efeitos do direito penal, deve ser sempre apenas lógica, ou se sobre esta explicação (teoria da causalidade) é necessário incidir um outro critério que leve em conta os contrafatos empíricos, como fatores de garantia.

Parece que toda a preocupação da ciência, em geral, desde RUSSEL, é de estabelecer uma lei causal que situe esses fatores de interferência como condições determinantes da relação entre antecedente e conseqüente. A teoria da imputação, como veremos mais adiante, desenvolve esses fatores sob a perspectiva da sociedade de risco. Antes disso, contudo, essas circunstâncias podem ser ainda trabalhadas no âmbito da causalidade, sob o crivo da cláusula *ceteris paribus*. Ainda que apenas recentemente essa cláusula tenha sido estudada mais a fundo, podemos atribuir-lhe o enunciado a JOHN STUART MILL, ao emprestar à causalidade o atributo de princípio da uniformidade, pelo qual se admite que na natureza se produzem casos paralelos, que voltarão a ocorrer, caso se verifiquem semelhanças em suas circunstâncias.⁵²³ A questão que se

523. MILL, John Stuart. *A System of Logic*, London, 1879, livro 3, capítulo 3., seção 1.

coloca com essa afirmação é de como se poderá afirmar essa semelhança. Como bem pondera ERNEST NAGEL, “obviamente não basta uma semelhança artificial entre as circunstâncias”, pois, “dois conjuntos de circunstâncias podem ser considerados iguais por observadores diversos” e, não obstante isso, “um efeito determinado pode resultar de um desses conjuntos, mas não de outro”,⁵²⁴ o que implica que a explicação causal dos fenômenos, neste caso, se orienta menos por suas condições determinantes e mais por seus efeitos.

Diante dessas características, a cláusula *ceteris paribus* comporta inúmeras acepções. Para KEIL, que se dedicou, com afinco, a elucidar a relação entre agir e causar, subsistem sob esta expressão cinco enunciados:⁵²⁵

- a. *ceteris paribus* significa “segundo iguais fatores”;
- b. *ceteris paribus* significa “segundo todos os outros iguais fatores”;
- c. *ceteris paribus* significa “sob normais circunstâncias”;
- d. *ceteris paribus* significa “em seqüência não perturbada”;
- e. *ceteris paribus* significa “se não há outros fatores” (*ceteris absentibus*).

Diante de todos esses enunciados, o que se pretende com a cláusula *ceteris paribus* é considerar que a questão da causalidade não pode ser equacionada sem os fatores concretos que atuam na cadeia causal. Nisto reside seu mérito, que corresponde, assim, à expectativa de superar o enunciado contrafático da teoria da equivalência das condições e de seu critério de eliminação hipotética, que conduz a um procedimento puramente lógico e reversível, em oposição ao que deve, efetivamente, se tratar, que é de uma teoria da causalidade que leve em conta tanto as circunstâncias antecedentes que impulsionam a seqüência causal, quanto os fatores que, concomitante ou supervenientemente, sobre ela atuam. Concluindo-se, porém, no sentido de tomar como correta a busca de uma tal teoria, será preciso, ademais, apontar qual dos significados, acima indicados, da cláusula *ceteris paribus* é o mais adequado às exigências da teoria do injusto penal.

No direito penal, a filiação antecipada à teoria da equivalência das condições, rechaça a ideia de se verificar, com especificação, o que se passa na cadeia causal, fora de sua elaboração lógica. Assim, costuma-se afirmar que as concausas não interferem na relação de causalidade, salvo quando, por força do § 1º do art. 13 do Código Penal, constituírem causas supervenientes,

524. NAGEL, Ernest. *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, tradução castelhana de Nestor Miguez, Barcelona, 1991, p. 293.

525. KEIL, Geert. *Handeln und Verursachen*, Frankfurt am Main, 2000, p. 227.

que por si só tenham produzido o resultado. Esta afirmação, porém, como veremos, deve ser colocada sob refutação.

Tem razão, por um lado, KEIL ao enfatizar a impropriedade do segundo significado da cláusula *ceteris paribus* (b), em comparação com o primeiro (a), em face da consideração de que, empiricamente, é absolutamente impossível, em uma cadeia causal, que todas as circunstâncias sejam absolutamente iguais. Do mesmo modo, é incompreensível, como forma limitativa, o terceiro enunciado (c). Além de ser difícil esclarecer o que se deva entender por “circunstâncias normais”, o índice de normalidade tende a ser aferido de acordo com um método estatístico, que é incompatível, evidentemente, com um sistema de garantias. Ainda que a aferição do índice de normalidade não seja fixado estatisticamente, a normalidade das circunstâncias depende, na verdade, do rumo seguido pelos antecedentes, que podem abarcar os fatores concomitantes e supervenientes, quer dizer, o significado de “normalidade”, ao orientar-se pelo rumo dos antecedentes, pode se satisfazer com sequências anormais, desde que contingentes. Isto retiraria da cláusula *ceteris paribus* sua força limitadora. O mesmo argumento pode ser usado para o quarto significado (d), pois nem sempre a interferência de fatores perturbadores pode excluir a relação causal. A última formulação (e) tem a vantagem de disciplinar os fatores diversos que atuam na causalidade, não em um sentido positivo, mas negativo. Aqui valem as assertivas de JOSEPH, JOHANSSON e HEMPEL de que “se outros fatores são iguais ou constantes, é irrelevante”; o que, efetivamente, confirma a causalidade é o fato de todos os outros fatores não se terem verificado, pois daí se pode dizer que “há uma certa condição inicial e uma certa condição resultante”.⁵²⁶ O problema deste último significado reside em que, uma vez abstraídos os fatores positivos, a limitação da cláusula *ceteris paribus* pode se tornar inútil, em face da utilização, neste caso, do critério da eliminação hipotética, que atua negativamente, a partir das consequências. Quer dizer, a condição antecedente será causa da consequente se, eliminados os fatores positivos, a consequente for o resultante daquela.

A subsistência, assim, da cláusula *ceteris paribus* se deve ao primeiro significado (a), isto é, sempre que se verifique a condição X, então, desde que “sob iguais fatores”, ocorrerá o resultado Y.

No fundo, a cláusula *ceteris paribus* é, igualmente, uma consequência inexorável da generalização lógica, que dá lugar à própria teoria da condição,

526. KEIL, Geert. (Nota 525), p. 229.

uma vez que, em ciências sociais, ou em ciências normativas, como o direito, a análise dos fenômenos, como ensina NAGEL, tende a estabelecer leis gerais, que são levadas a cabo pelos intérpretes, ainda que em diversas condições, sob um plano, primeiramente, de enunciados estatísticos (pense-se, por exemplo, na jurisprudência dominante e repetida dos tribunais superiores) e, depois, como leis “quase gerais”, no sentido de que, embora sejam expressas em sentido universal, são afirmadas sem a intenção deliberada de se excluir a ponderação de que suas relações dependem da igualdade de outros fatores, que possam ou devam nelas interferir.⁵²⁷

Aplicando-se aos casos práticos e enfrentando, com isso, a fórmula contrafática do Código Penal, *podemos afirmar* uma relação de causalidade, *tão só e apenas*, quando as condições atuantes no momento do resultado se encontrarem sob iguais fatores das condições desencadeadas no momento da ação. Assim, não basta para afirmar a causalidade a simples eliminação hipotética da ação e a consequente eliminação do resultado, mas a subsistência, além disso, de fatores iguais tanto no momento da ação, quanto no momento do resultado.

Afora, assim, a fórmula limitadora do § 1º do art. 13 do Código Penal, que já incorpora, em certa medida, a cláusula *ceteris paribus*, se pode, desde logo, excluir a própria causalidade, em muitos casos que só comportariam uma análise derradeira no âmbito da imputação objetiva. Tal se pode dar, principalmente, nas hipóteses de delitos culposos, em que o resultado, embora decorra da ação do agente, não se verifica sob os mesmos fatores da infração à norma de cuidado, ou nos casos de desvio do curso causal, ou de autoexposição a perigo, nos delitos dolosos, nos quais o impulso inicial toma um rumo inesperado, porque as condições atuantes no momento do resultado já não mais se veem situadas sob os mesmos fatores incidentes à época da ação. Como adiante veremos, a teoria da imputação objetiva trabalha sobre variações do risco autorizado ou proibido e pode apresentar dificuldades, quando se trate de determinar se a ação do agente de fato incrementou ou aumentou, no caso concreto, o risco da ocorrência do resultado. A vantagem da cláusula *ceteris paribus* está em se exigir, como pressuposto de qualquer imputação, que os fatores de produção do resultado sejam qualitativamente iguais àqueles existentes no momento da ação, sem a necessidade de uma medição quantitativa dos riscos daí decorrentes.

Vejamus uma aplicação desta cláusula no conhecido exemplo da posse

527. NAGEL, Ernst. (Nota 524), p. 419.

e do uso de arma: alguém guarda uma arma em sua residência, com a devida precaução. Sem que houvesse alteração, por parte do agente, nessa precaução, a arma vem a ser manuseada, indevidamente, por seu filho menor, tendo como resultado a morte de seu colega de escola. Esta morte não pode ser imputada ao dono da arma, porque os fatores que atuaram na produção do resultado não eram os mesmos que estavam a vigor na ação de guardá-la. Enfim, o resultado morte não decorreu sob o efeito dos mesmos fatores quanto à posse e guarda da arma, qual seja, o ato de acondicioná-la em local de difícil acesso, mas de uma interferência inesperada de outrem sobre aquelas condições. Tratando-se de condições submetidas a fatores diversos (por um lado, o ato de guardar com precaução; por outro, a ação interferente do menor), não se pode afirmar a causalidade.

(2) A CAUSALIDADE FUNCIONAL

Muito já se falou sobre as inconveniências dos critérios utilizados no direito penal para explicar e justificar a imputação pela causalidade. Não será preciso reproduzir novamente essa longa e exaustiva discussão. O que se pode dizer é que a questão da causalidade continua ainda a despertar interesse no direito penal e sua extensão não foi suficientemente delimitada, principalmente quando a explicação está fundada na teoria da condição, como ocorre no direito brasileiro, em face da regra expressa do Código Penal.

Ao tratar o problema no âmbito da própria causalidade e seguindo a tradição escolástica de isolar as causas primeiras das causas segundas, procurou-se disciplinar a regra de que, quando uma causa superveniente produzir o resultado por si mesma, restará excluída a causalidade anterior.⁵²⁸ Essa regra, contudo, não é suficiente para impedir que, em algumas formas de causalidade, por exemplo, nos casos de cumplicidade psíquica ou de uma suposta coautoria em crime culposo, ou de condições congênicas (hemofilia, osteoporose, etc.), se possa fazer vigorar a causa antecedente no momento do evento. A limitação só se fez viável, assim, por meio de critérios alheios à causalidade, como propugna a doutrina dominante da imputação objetiva em quase todos os países.⁵²⁹ Está claro que os critérios da imputação objetiva

528. CP, art. 13, § 1º: A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado.

529. Por influência de ROXIN, por exemplo, a teoria da imputação objetiva tem-se expandido de maneira significativa por toda a América Latina, inclusive o Brasil, principalmente depois da introdução empreendida por GRECO, Luís, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, São Paulo: RT, 2013, p. 17 e ss. No exemplo do hemofílico, RENGIER, Rudolf, (Nota 567), p. 93, propõe excluir a imputação por força do critério de imprevisibilidade do resultado.

constituem um avanço significativo para evitar as maléficas consequências dessa extensão causal. O que se objetiva, porém, é discutir ainda uma solução para essa extensão no próprio âmbito da causalidade. Para tanto, parece que, em decorrência do que a própria ciência propôs, já foram criadas as condições para essa pretensão, como ocorre, por exemplo, entre outros, nos trabalhos de PUPPE. Uma dessas condições reside em que as ciências vêm propondo que as variáveis devam ser apreciadas dentro de um processo global, no qual se torna relevante assinalar que a relação entre o antecedente A e o consequente B seja apreciada como fato histórico e não como relação linear.⁵³⁰ Como fato histórico, a variável A e o evento B devem ser vistos como acontecimentos dinâmicos. Ao concluir, assim, que a relação de causalidade se dá entre acontecimentos e não entre elementos singulares, a ciência abriu a possibilidade de dispor cerca de um outro enunciado, pelo qual a causalidade não é aferida de elementos isolados, mas de conformidade com um determinado sistema.⁵³¹

A teoria da condição, pelo seu enunciado, corresponde ao pensamento positivista do século XIX, que impregnou as ciências em geral com a ideia de encontrar uma explicação para os fenômenos dentro do próprio mundo, como forma de demonstrar que o pensamento científico era logicamente ir-retocável.⁵³² Dentro desse mesmo contexto se desenvolve também uma teoria instrumental da ação humana, a qual persiste, inclusive, até nossos dias, ora como entidade causal, ora final. HABERMAS faz bem a diferença entre as ações instrumentais, baseadas na relação meio e fim, e as ações sociais, ora estratégicas, ora comunicativas, para mostrar a necessidade de que a conduta humana seja, na verdade, conceituada a partir de sua relação com o mundo vital (*Lebenswelt*), o que lhe poderá fornecer os atributos adequados à sua identificação.⁵³³ Essa proposta de vincular a conduta ao contexto, sem retratá-la exclusivamente como entidade causal, deve produzir efeitos também na explicação científica de seu desdobramento na realidade exterior. À medida que a teoria da causalidade dependa do contexto e encare os acontecimentos como fatos históricos, não há como se desvincular a explicação da relação causal do próprio enunciado da conduta. A causalidade no direito penal só tem significado em função da ação humana. Sem ela, a explicação causal cai no vazio.

530. GODFREY-SMITH, Peter. *Theory and Reality*, p. 197.

531. BALZER, Wolfgang. *Die Wissenschaft und ihre Methode, Grundsätze der Wissenschaftstheorie*, Freiburg/München, 1997, p. 322 f.

532. GODFREY-SMITH, Peter. (Nota 530), p. 191.

533. HABERMAS, Jürgen. "Kommunikatives Handeln und Lebenswelt", in *Philosophische Texte*, Frankfurt am Main, 2009, 1, p. 157 f.

Voltando a HABERMAS, pode-se dizer que “à conduta normativamente regulada corresponde uma ordem social, que se conceitua como um sistema de normas reconhecidas ou instituições subsistentes”,⁵³⁴ de tal forma a não se poder tratar de uma conduta exclusivamente por seus efeitos lineares. É que “*ao lado do mundo fático objetivo se põe, em primeira linha, um mundo social, ao qual está submetido o autor, como sujeito funcional, assim como os outros autores que podem entabular reciprocamente relações interpessoais, reguladas legitimamente*”.⁵³⁵ Por sua vez, o “*mundo social é constituído de ordens institucionais, que estabelecem quais interações pertencem à totalidade das respectivas relações sociais autorizadas; e todos os destinatários de tal complexo de normas estão submetidos aos mesmo mundo social*”.⁵³⁶ Partindo dessa consideração, pode-se dizer que a *explicação causal*, em primeiro lugar, não pode prescindir de um *enunciado de conduta*, como seu pressuposto de validade; em segundo lugar, está subordinada a um *mundo social* que regule as relações interpessoais e, finalmente, a um *sistema de normas*. Parece, então, que a explicação causal não é mais um simples enunciado contrafático, mas a conclusão centrada na relação entre conduta humana, resultado e o respectivo mundo dos valores, tal como já havia sugerido HASSEMER.

A discussão que deve surgir agora é em torno de como se poderia equacionar essa forma de explicação causal. Um primeiro obstáculo é representado ainda pela teoria da condição, entronizada fortemente no direito penal desde o século XIX; um segundo obstáculo será definir a natureza dessa explicação causal e sua relação com uma noção de sistema. Quanto ao primeiro obstáculo, parece hoje que poderá ser transposto facilmente, porque a doutrina penal já percebeu há muito sua impropriedade como critério exclusivo de imputação. Inclusive, tanto os adeptos de uma teoria de imputação objetiva, quanto os antigos defensores do finalismo, interpuseram recortes nesse enunciado, no âmbito da teoria do risco ou no âmbito do dolo. Mais problemático é enfrentar o segundo obstáculo.

Inicialmente, podemos discutir se efetivamente a explicação do mundo se dá diretamente por meio de uma operação que se poderia chamar de plástica, pela qual a realidade é registrada no intelecto como uma figura em um molde de cera, ou se a realidade só é apreendida sob a forma de uma argumentação que a retrate conforme a imagem que dela pode fazer o observador.

534. HABERMAS, Jürgen. (Nota 533), p. 168.

535. HABERMAS, Jürgen. (Nota 533), p. 173.

536. HABERMAS, Jürgen. (Nota 533), p. 173.

Essas questões, por sua vez, conduzem à discussão se a *realidade do processo causal* é apenas uma realidade física, ou se compõe, como na proposta de WELMER, também de decisões, de proposições e de argumentos.⁵³⁷ Se a causalidade, por sua vez, for também constituída de argumentos, se poderia discutir se sua afirmação não implicaria uma reafirmação redundante, como nas fórmulas de RAMSEY e AYER.⁵³⁸ Igualmente, pode-se colocar aqui também o tema da vinculação entre explicação causal determinista e as proposições ou argumentos, ou seja, é também importante verificar se uma forma de explicação causal, expressa por meio de uma teoria, como a teoria da condição, é a única explicação possível para todos os fenômenos.

Como pressuposto à contestação àquelas questões, parece necessário esclarecer em que medida a relação de causalidade se vincula a um critério de verdade. Parece que essa vinculação se torna necessária quando se constata que o enunciado da relação causal se dá em torno de fatos semeados de elementos que devam ser comprovados empiricamente por meio da perícia. Uma vez que os fatos, portanto, estão na base da afirmação da causalidade, surge também a necessidade de se discutir se essa relação pode também ser tematizada em torno do critério de verdade. Não vamos discutir aqui os inúmeros critérios de verdade que a ciência propôs no transcurso de seu desenvolvimento. Em se tratando de determinar a natureza da relação causal, o importante será indicar a forma como essa relação se apresenta. Como, segundo a proposição inicial, no direito penal a causalidade não se resume à observação de que o acontecimento A produziu o acontecimento B, mas sim que ambos se encontram submetidos a uma norma e que, em consequência disso, a afirmação dessa relação representa, de certa forma, um recurso de justificação do que se quer caracterizar como verdadeiro, isto conduz a que o critério de verdade não deva estar relacionado aos elementos materiais do fato, mas sim à decisão a ser tomada quanto à validade daquela afirmação.

A questão, então, se a causalidade pode ser diretamente apreendida pelo observador, tanto faz se por meio da *perícia* ou pelo *juiz*, parece que pode ser respondida de forma negativa, ou seja, a apreensão da realidade da causalidade não é uma operação de simples identificação, de simples registro

537. WELMER, Albrecht. *Gibt es eine Wahrheit jenseits der Aussagenwahrheit? In Wie Worte Sinn machen*, Frankfurt am Main, 2007, S. 226.

538. RAMSEY, F. P. “Tatsachen und Propositionen”, in Gunnar Skirbekk (org.) *Wahrheitstheorie*, Frankfurt am Main, 1977, S. 224 f.; AYER, A. J. “Wahrheit”, in Gunnar Skirbekk (org.) *Wahrheitstheorie*, Frankfurt am Main, 1977, S. 276 f.; AUSTIN, J. L. “Truth”, in G. Pitscher (org.), *Truth, Contemporary Perceptions in Philosophy*, New Jersey, 1964, S. 162 f.

ou modelagem, mas de justificação dos critérios postos em execução para demonstrá-la. Portanto, a *decisão judicial* que afirma a causalidade entre a ação do agente e o resultado *não é uma afirmação redundante*, de simples reafirmação do que os peritos disseram, porque o juiz deve apreciar a relação causal segundo as delimitações impostas pelo direito, ou seja, a indicação pericial não é apenas um indício que seria ou não reafirmado, mas o próprio conteúdo do fato posto à prova e sobre o qual deve o juiz decidir.⁵³⁹

Podemos seguir, aqui, então a proposta de HABERMAS de que “*a verdade é uma pretensão de validade, que associamos a uma proposição, na qual a afirmamos*”.⁵⁴⁰ Se estamos tratando, assim, da relação causal, a afirmação sobre essa relação, como forma de explicação científica, não pode estar constituída exclusivamente de informações sobre coisas, mas de proposições, ou melhor, de decisões acerca do fato posto à prova. Portanto, a explicação causal está amparada em um discurso, no qual se devam também discutir não apenas os elementos que compõem o fato, mas principalmente o sentido da decisão sobre a verdade da afirmação.

Assim, a explicação causal também não pode ser uma explicação transcendental, de modo a ser justificada em termos metafísicos, porque deve estar relacionada ao fato concreto que se quer verificar e de conformidade com o próprio segmento científico no qual é tematizada. Parece, portanto, correta a afirmação de WELMER de que assinalar como verdadeira ou falsa uma determinada explicação depende também da fixação dos limites que lhe são próprios.⁵⁴¹ A explicação causal, portanto, está centrada em um contexto; no direito penal, no contexto normativo que estabelece a relevância da condição como fator do qual depende, ou pelo qual foi produzido, o resultado.⁵⁴² Portanto, se a explicação causal está subordinada a um sistema de normas, que disciplinam a atividade, será também necessário verificar como essa explicação se comporta em termos funcionais.

Normalmente quando se fala em termos funcionais quer-se proceder à vinculação desses termos a um determinado sistema, no sentido de uma circularidade. Se a relação de causalidade, por seu turno, for tratada como uma relação física, poder-se-á entender que um acontecimento será funcional

539. Assim, similarmemente, PUPPE, Ingeborg. *StGB Nomos Kommentar*, 4ª edição, p. 499 e ss.

540. HABERMAS, Jürgen. “Diskurstheorie der Wahrheit”, in *Philosophische Texte*, 2009, Band 2, p. 210.

541. WELMER, Albrecht. *Wie Worte Sinn machen*, p. 202.

542. HALL, Ned. “Two Concepts of Causation”, in John Collis, Ned Hall, L. A. Paul (org.), *Causation and Counterfactuals*, Cambridge- London, 2004, p. 225 f.

em relação a outro “*quando depender deste outro, na medida em que o valor que lhe corresponder for calculável sob o parâmetro deste outro, segundo a forma de uma lei física*”.⁵⁴³ Mas, como a relação de causalidade não pode ser separável de sua explicação e esta se expressa por meio de uma decisão, com pretensão de validade, o conceito físico de função não pode ser aqui aplicado. Poder-se-á, então, entender neste caso por *função* o *sentido ou o significado que uma atividade desempenha em face de um sistema*, à medida que possa corresponder às expectativas que esse mesmo sistema espera daquela atividade. O problema está, porém, em se vincular a explicação da causalidade às perspectivas de manutenção do sistema, o que não seria recomendável, pois, então, implicaria dar à decisão sobre a causalidade uma finalidade que ela não persegue, e nem se poderia compreender uma explicação causal em termos de autopoiése, porque ela nada tem a ver com o sentido de uma autorreprodução.

Por outro lado, ao direito penal não cabe sedimentar um sistema normativo, mas traçar elementos que possam discutir sua legitimidade, inclusive quanto à explicação acerca da responsabilidade. A decisão sobre a causalidade, portanto, como expressão da verdade acerca do seu enunciado em relação aos fatos, tem uma pretensão de validade, mas isso não implica associar essa expressão à *estabilidade da norma*. A *pretensão de validade* serve para verificar se o enunciado pode ser deslegitimado em face do conjunto normativo ao qual está subordinada a atividade. Assim, a verificação da verdade ou falsidade da explicação causal, por não se tratar diretamente dos elementos do fato, mas de proposições ou decisões, não pode ser obtida, aqui, pelo critério da correspondência, pois implicaria redundância, e nem pelo critério da coerência, pelo qual se poderia aceitar uma decisão que contrariasse o sistema normativo. Nem é relevante trabalhar-se aqui com a teoria do consenso, que pressupõe que a pretensão de validade conduza a uma universalização da conclusão acerca da explicação causal, o que pode ser discutível em face da variedade como se constitui a relação concreta entre causa e efeito. Importante é apenas verificar *como se comporta uma explicação empírica diante do conjunto normativo no qual ela é executada*. Conforme o desenvolvimento da explicação empírica se poderá negar sua validade em face do sentido imprimido à ação. Sob este fundamento, parece não haver necessidade de se proceder à diferenciação entre ação comunicativa e ação estratégica, embora nessa última ainda se reconheça um processo de comunicação orientado às

543. MITTELSTRAß, Jürgen (org.). *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart- Weimar, 2004, p. 691.

consequências.⁵⁴⁴ A diferenciação teria significado caso se pretendesse fixar, desde logo, a ação comunicativa como fiel ao sistema, em um sentido universal, o que foge ao contexto da causalidade, pois implicaria, de certo modo, o reconhecimento de um conceito metafísico de verdade quanto aos pressupostos de validade daquela ação. Em qualquer caso, a explicação causal deve funcionar como limitador do reconhecimento de uma atividade deficitária quanto ao processo de comunicação.

Na medida em que a explicação causal seja negativa, não há que se falar de ação estratégica, na qual os atos ilocucionários desapareceriam. Caso se possa dizer, assim, que a conduta não fora causal para o resultado, se confrontada com o sistema sob o qual teria sido executada, o sujeito atuaria, assim, de conformidade com um *procedimento racional*. Está claro que o reconhecimento de conformidade com um procedimento racional poderia ser obtido em outros estágios da teoria do delito, mas é possível, também, antecipar esse reconhecimento na própria causalidade, uma vez que se compreenda a explicação causal também no âmbito de um procedimento racional, orientado conforme os parâmetros normativos que disciplinam a conduta.

Posta a questão nestes termos, parece necessário trabalhar-se ainda com o *conceito de função*, visto na relação entre sistema e mundo vital (*Lebenswelt*), embora essa relação tenha sido hoje intensamente criticada.⁵⁴⁵ Com a chamada ao mundo vital se possibilitará verificar se a explicação causal vincula a conduta ao mundo objetivo e ao conjunto de elementos que possibilitem ao sujeito orientar sua conduta; com a chamada ao sistema, se poderá reduzir a complexidade dos elementos do mundo vital ao conjunto normativo que retrate especificamente a conduta posta em discussão.

Ainda que se possa criticar a redução da problemática da explicação causal a um princípio funcional, porquanto isto poderia conduzir a uma indeterminação quando se trate da relação entre objetos singulares e não acontecimentos, a teoria funcional tem contribuído para esclarecer melhor o sentido das relações entre os objetos, em face do contexto no qual estas relações ocorrem.

A consideração funcional da causalidade não é estranha ao direito penal,⁵⁴⁶ mas parece que a explicação funcional da relação de causalidade

544. HABERMAS Jürgen. (Nota 533), S. 191.

545. JOAS, Hans. "Die unglückliche Ehe von Hermeneutik und Funktionalismus", in *Kommunikatives Handeln*, 2002, p. 144 e ss.

546. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 1993, p. 189; LAMPE, E. J. "Die Kausalität und ihre strafrechtliche

entre fenômenos ou acontecimentos se deveu, primeiramente, a ERNST MACH, nos últimos terços do século XIX. Segundo MACH, a causalidade não pode ser aferida segundo um critério puramente empírico baseado na necessidade, mas sim de conformidade com o sistema no qual os processos se verificam. Diz ele: "*Em geral, depende menos se vemos a equação da física como expressão de substâncias, leis ou, em casos especiais, de forças; de qualquer modo, elas expressam uma dependência funcional*".⁵⁴⁷

Na verdade, a indagação acerca da causalidade só passa a ser interessante quando um acontecimento ocorre em *condições de anormalidade*, quer dizer, só se passa a prestar atenção à causalidade quando se depara com um resultado inesperado e se quer atribuir sua produção a qualquer ato ou acontecimento que lhe tenha precedido. Assim se dá, por exemplo, na vida diária, quando um aparelho deixa de funcionar, quando se produz um acidente automobilístico, quando um avião cai e assim por diante. Justamente em face dessa acidentalidade do acontecimento, é que se põe em dúvida a causalidade naturalística, com base na relação de necessidade entre os atos ou acontecimentos anteriores e o que sucedeu. É que todos já se acostumaram a observar as coisas dentro de certo sentido de estabilidade, que estará abalada caso um acontecimento dessa ordem se apresente. Assim sucede, por exemplo, com o tráfego de veículos. Todos se acostumaram a chegar a seus destinos sem qualquer interrupção, com o trem, com o automóvel ou com o avião. Ainda que acidentes sempre se produzam, são tomados como acontecimentos excepcionais, a quebrar aquela estabilidade do sistema. Uma vez posta em dúvida a determinabilidade objetiva dos fenômenos, que gera a estabilidade, a causalidade só poderá ser enfocada segundo um critério funcional que confronte o resultado ou acontecimento inesperado com o sistema no qual ocorra, quer dizer, a questão inicial não será a de imediatamente atribuir a produção do fenômeno a um determinado fator causal, senão a de indagar o que falhou dentro do sistema, de modo que aquele evento veio a se produzir.⁵⁴⁸

Outro não é, por seu turno, o procedimento que passou a ser adotado nas ciências jurídicas, especialmente, no direito penal. Ao exigir que a afirmação da causalidade se fizesse dentro da tipicidade como expressão da relação empírica entre ação instrumental e resultado – nos delitos culposos, principalmente em confronto com a norma de cuidado, é bastante discutível

Funktion", in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 189 f.

547. MACH, Ernst. *Erkenntnis und Irrtum*, Jena, 1926, p. 277.

548. SCHEIBE, Erhard. *Die Philosophie der Physiker*, p. 221, 222.

falar-se de uma relação empírica – , o direito encampou, praticamente, o enunciado das ciências naturais. O problema é que não o fez de modo satisfatório, ao usar, na sua determinação, ou um critério lógico-hipotético, ou assumir, em alguns casos, um critério probabilístico⁵⁴⁹ ou até mesmo estatístico.⁵⁵⁰ Embora esses critérios possam valer com relação a alguns fenômenos, são insuficientes para retratar a explicação causal em termos de pretensão de validade, como ocorre no direito penal, porque ainda estão estruturados sobre uma relação linear de dois ou mais acontecimentos.

O conceito probabilístico de causa suficiente sugere, por sua vez, uma recuperação da explicação contrafática, tal como na teoria da condição. Como expõe PEARL, na hipótese de que A e B disparem, em igualdade de condições, sobre C, a afirmação da causalidade de ambos quanto ao resultado se baseará mais em nossa intuição do que propriamente em um cálculo matemático de determinação,⁵⁵¹ o que poderá levar à conclusão de que qualquer deles não tenha, efetivamente, causado o evento. Essa deficiência em determinação tem conduzido a só utilizar o critério probabilístico quando se tratar de limitar a expansão da explicação causal contrafática, como o faz NIETHEN. A fim de evitar a indeterminação deste critério, convém propor outro enunciado, que possa retratar a causalidade sob o parâmetro de sua delimitação pelos lindes das normas legais. Isto significa que a explicação causal só pode assumir um índice de legitimidade se for tomada em sentido negativo, ou seja, como um conceito reduzido em relação à amplitude de outros processos explicativos.

Acolhendo-se essa postulação no sentido de elaborar um critério explicativo limitador da causalidade, pode-se partir, na identificação de seu desdobramento, de dois dados essenciais: a) a necessidade de uma explicação causal que vincule ação e resultado, segundo as limitações de legitimidade que a norma impõe; b) a função da ação para com o resultado, em face da proibição ou determinação normativa.

Àqueles que defendem um fundamento material do injusto é imperioso que se exija, até mesmo como seu pressuposto indeclinável, que esse só estará preenchido se ficar assentado que o resultado proibido esteja vinculado à

549. PUPPE, Ingeborg. "Zurechnung und Wahrscheinlichkeit", ZStW 95 (1983), p. 287; idem, *StGB Nomos-Kommentar*, 4ª edição, p. 524 e ss; com outra fundamentação, no sentido de limitar a causalidade, ZIETHEN, Jörg, *Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 2004, p. 148 e ss.

550. PÉREZ-BARBERA, Gabriel. "Kausalität und Determiertheit", ZStW 114 (2002), S. 611 f.

551. PEARL, Judea. *Causality*, Cambridge, 2000, p. 316.

ação do agente. Esta exigência é que provoca a discussão se este resultado está ou não associado, concretamente, a uma conduta que viola as condições de comunicação de uma sociedade normativamente organizada.⁵⁵²

Especificamente, por exemplo, aos delitos culposos, pelos critérios apresentados, no que toca à limitação do dever de cuidado e à identificação da causalidade com base na teoria da condição, ou à configuração do comportamento alternativo com base na teoria da probabilidade, não se tem segurança para proceder à vinculação entre conduta do agente, descuidada ou excedente dos limites do risco autorizado, e o resultado efetivamente realizado. *A decisão sobre se o resultado está associado, concretamente, a uma ação descuidada do agente, só poderá ser obtida se considerarmos que a ação descuidada constitui a função desse resultado.*⁵⁵³ Com isso se quer significar que tanto a ação quanto o resultado devem ser tratados como acontecimentos históricos temporais, submetidos a um processo de interação.

Para ilustrar essas considerações, podemos tomar como paradigmáticos dois casos hipotéticos: um de delito culposo e outro de delito doloso. Em ambos, em face da teoria da condição se poderia, perfeitamente, afirmar a causalidade. Em ambos também se poderá verificar que a relação entre a ação do agente e o resultado não se opera de forma linear, ficando condicionada ao tratamento que a norma confere ao modo como a ação fora executada.

Assim, no exemplo do motorista que dirige em excesso de velocidade e atropela um suicida que se lança sobre o veículo de uma passarela, cada um dos elementos da cadeia causal – a ação e o resultado – não pode ser visto como fato isolado, mas como acontecimento em uma relação funcional. A relação funcional tem, aqui, como protagonista não apenas a produção do resultado, mas também outras duas variáveis: o fato de se haver a vítima lançado sobre o veículo em movimento, a velocidade imprimida pelo agente, acima do limite permitido, e a norma que disciplina a condução de veículos. Para que se possa equacionar a relação funcional também será importante proceder a uma explicação qualitativa sobre o sentido da atividade executada pelo agente. O sentido da atividade constitui um elemento que possibilita vincular a atuação particular do agente ao complexo global

552. Sobre um nomológico critério da causalidade, que subordina sua explicação a uma relação necessária entre ação e resultado, ver MEIXNER, Uwe. *Theorie der Kausalität. Ein Leitfadens zum Kausalbegriff in zwei Teilen*, Paderborn, 2001, p. 445 ff.

553. Para uma crítica da posição funcional: STEGMÜLLER, Wolfgang. *Erklärung, Begründung, Kausalität*, p. 676 ss.

do acontecimento, de modo que se possa analisar sua função em face do preceito normativo. Analisar a interferência da vítima e também a regulação da atividade possibilita fazer uma apreciação funcional do processo causal, de modo que um acontecimento só tenha sentido em função da existência do outro. A questão, então, que se coloca deve ser: *que função desempenhou, afinal, a ação descuidada para o resultado, em face do comportamento da vítima?*

Utilizando-se a expressão de HALL,⁵⁵⁴ pode-se dizer que o resultado não dependeria, aqui, da conduta do agente, tendo em vista a forma como ela se desempenhou em face das proibições ou determinações da ordem jurídica. Embora a morte da vítima fosse fisicamente provocada pelo choque com o automóvel do autor, a explicação causal não poderia ficar reduzida ao aspecto hipotético da teoria da condição, ou a uma afirmação redundante. Normalmente, a teoria da imputação objetiva resolveria essa hipótese com base na ausência de concretização do risco no resultado, mas isso não impediria de se reconhecer que também, aqui, a explicação causal poderá conduzir a uma negação da causalidade funcional. É que neste caso, como a ação descuidada e a ação cuidadosa estão no mesmo plano, pode-se dizer que ambas não constituem função do acontecimento, porque, para a ação do suicida, qualquer dessas formas de ação não faria o menor sentido, isto é, se o veículo estivesse sendo dirigido em velocidade excessiva ou dentro dos padrões fixados pelas regras de trânsito o sentido seria o mesmo, tanto para o autor quanto para a vítima, em relação ao resultado concreto. Submetida essa análise ao sistema normativo, se poderia dizer que a ação descuidada não implicou quanto ao resultado concretamente ocorrido qualquer ruptura comunicativa, ou seja, a norma que proíbe a velocidade excessiva não pôde reconhecer uma relação funcional entre essa proibição e o acontecimento.

Diferente será o caso, por exemplo, da pessoa que está atravessando a rua e vem a ser atropelada por um veículo em alta velocidade. Nesta hipótese, a condução cuidadosa constituiria a função de possibilitar que o pedestre atravessasse a rua, quer dizer, o fato de atravessar a rua teria sentido se o carro não estivesse em alta velocidade. Há, portanto, uma relação funcional aqui, neste último caso, entre a conduta e a proibição do excesso de velocidade, que fundamenta a explicação causal do resultado.

Esse mesmo raciocínio pode ser também usado nas ações praticadas em colegiados, como para aquela em que o conselho de uma empresa resolvera,

554. HALL, Ned. *Two Concepts of Causation*, p. 205.

por maioria, lançar, na rede pluvial, dejetos tóxicos. Aqui se está a discutir um fato doloso, executado de conformidade com uma decisão do conselho da empresa. Como a decisão foi por maioria, a questão estará em determinar se a ação do conselheiro que votou contrariamente à proposta do conselho também pode ser considerada como causa da poluição. Neste exemplo, não se pode tomar em consideração apenas a relação de causalidade entre a resolução do conselho e o resultado danoso ao meio ambiente, ou às vítimas individuais, mas ainda a relação de causalidade que se processou entre as ações dos conselheiros e essa resolução.

A situação pode se tornar delicada, à medida que a presença do conselheiro divergente contribua para a constituição do quórum necessário a legitimar a resolução. Aqui, se apresentam três variáveis: a) a resolução do conselho contrária à proibição legal; b) a ação divergente do conselheiro; c) a contribuição deste conselheiro divergente para o quórum da reunião.

A resolução do conselho, efetuada, formalmente, de conformidade com os Estatutos da Empresa, mas contrária à norma legal que proíbe o lançamento de dejetos tóxicos no rio, constitui uma condição causal para o resultado: se não houvesse essa resolução, o fato não teria ocorrido. Nesse aspecto, pela teoria da condição, não há dúvida quanto a essa causalidade, até porque o funcionário executor da ordem, ao lançar os dejetos tóxicos no rio, não alterou, com sua conduta, o que lhe fora anteriormente determinado. Não se pode, então, invocar uma correção causal do regresso infinito, tendo por base uma causa secundária. Por outro lado, essa resolução só se tornou possível porque contava com a presença de todos os conselheiros. Imagine-se que nos Estatutos conste uma regra de que para o quórum de decisões importantes, como aquelas que afetam o meio ambiente, se exija a presença de todos os conselheiros. O comparecimento de todos, portanto, constitui também uma condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. O que se deve discutir, então, é se para a afirmar a causalidade basta o comparecimento de todos os conselheiros, ou seja, de que todos os conselheiro tenham tomado parte na decisão ou se é indispensável verificar a efetiva participação de cada um dos conselheiros em sua atuação, como votante da resolução. Ao votar a favor, a atuação de um conselheiro poderá influir ou não na resolução. Se, por exemplo, o conselho se compõe de 7 membros, e a resolução for tomada pelo voto de 4, contra 3, a participação de qualquer dos que votaram a favor da resolução é decisiva para sua aprovação. Se a resolução for tomada por

maioria esmagadora, por exemplo, 6 a favor e 1 contra, pode-se dizer que o voto de dois deles não foi decisivo para a aprovação da resolução. Ainda que tivessem votado contra, a resolução teria sido aprovada por 4 a 3.

Ademais, há ainda que se considerar que um dos conselheiros votou contra a proposta. Aplicando-se um critério da imputação objetiva, pode-se tornar duvidosa a responsabilidade de cada um, porque ainda que um dos conselheiros tivesse votado contra, a resolução teria sido tomada de qualquer modo (comportamento alternativo conforme o direito). ROXIN quer tratar essa questão no âmbito da coautoria, afirmando a responsabilidade dos que votaram a favor da resolução, com base em uma apreciação *ex ante*. Segundo seu entendimento, assume uma função relevante para o fato aquele que lhe empresta contribuição, ainda que essa contribuição não seja necessária.⁵⁵⁵

Parece, porém, que o problema não é de coautoria, mas sim de causalidade: aquele que contribui para o fato, agrega-lhe uma condição para o resultado e, portanto, sua atuação pode ser considerada causa do resultado, por aplicação pura e simples da teoria da condição. Contudo, a simples aplicação desta teoria se torna delicada quando envolve a posição do conselheiro que votara contra a resolução. Nesse caso, não se pode proceder a uma apreciação *ex ante*, porque sua presença no conselho validava, desde logo, a decisão final da empresa, independentemente de seu voto, porque para a decisão era imprescindível a presença de todos. Antes, portanto, de comparecer para a reunião, já se poderia atribuir a esse conselheiro uma condição para a tomada de decisão, porque sua presença era imprescindível. Porém, seu voto foi divergente, o que implica verificar sua posição *ex post*.

Tomando-se em consideração a ação do conselheiro divergente, podemos dizer que ela não constituiu uma função da resolução ilícita tomada pela maioria, ainda que esta resolução constitua a função dos resultados danosos. É que, votando contra a proposta, a ação do conselheiro divergente não teve sentido para essa resolução, uma vez que atendeu à proibição legal. Portanto, em termos funcionais, a ação do conselheiro divergente não fora causal para o resultado. A causalidade não será aqui aferida segundo a teoria da condição, e sim de acordo com uma modalidade de causalidade funcional, na qual importante para o resultado é verificar até que ponto a condição se insere no contexto da norma, que delimita sua extensão no caso concreto.

Não será diferente a solução na hipótese de a ação de votar constituir

555. ROXIN Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, 2003, p. 87/88.

já uma condição necessária à validade da resolução. Neste caso, não se deve observar apenas a relação entre o voto e a validade da resolução, mas o voto e o sentido da resolução contra a norma proibitiva. O voto, sendo contrário ao sentido da resolução, ainda que a validasse quanto ao quórum, não teria a função de conformar-se com a sua emissão. Uma vez que o voto divergente não constituiu uma função do resultado, igualmente, não é de se exigir desse conselheiro que atue, posteriormente, para inibir a execução da decisão colegiada.⁵⁵⁶ Só se poderá exigir uma atuação eficaz posterior de quem tenha votado a favor da decisão.

(3) A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Ainda que se adote a limitação da causalidade pela cláusula *ceteris paribus*, ou por aplicação da fórmula da causalidade funcional, é possível que a causalidade se veja afirmada consoante o critério da eliminação hipotética ou os princípios da teoria da condição, uma vez que não se possa afastar, no caso concreto, a identidade dos fatores interferentes na ação e no resultado. Apesar disso, não basta que se afirme essa causalidade para que esse resultado seja imputável a alguém. Será preciso fazer com que esse resultado seja atribuído objetivamente ao agente como *obra sua*, isto é, como base para uma responsabilidade pessoal a partir de considerações de sua própria capacidade de domínio sobre essa causalidade.

Se a questão da causalidade já está solucionada, positivamente, e como o que agora se discute é acerca de critérios objetivos limitadores da imputação, não haverá necessidade de se projetarem critérios positivos, mas apenas negativos de atribuição. A teoria da imputação objetiva, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito. Simplesmente, por não acentuarem esse aspecto, é que falham no exame do injusto inúmeras concepções que buscam fundamentá-lo.⁵⁵⁷

A teoria da imputação objetiva do resultado, como teoria de atribuição, parece remontar, filosoficamente, a PLATÃO, quando se refere à eleição que cada um faz acerca de seu próprio destino,⁵⁵⁸ embora se possa atribuir sua

556. Sem razão, portanto, o Tribunal de Stuttgart que, em decisão de 1981, afirmou a responsabilidade do conselheiro divergente, pelo simples fato de não haver impedido o resultado. Em sentido contrário a essa decisão, e negando, agora, a causalidade, ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*, II, 2003, p. 650.

557. Vendo a imputação objetiva como limitador da tipicidade: PESSOA, Nelson. "Imputación objetiva y el concepto de acción", in *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1998, p. 199 *et seq.*

558. PLATÃO. *República*, X 617 e.

origem à noção de *virtude* de ARISTÓTELES, como a disposição racional que conduz o homem a fazer bem a sua tarefa.⁵⁵⁹ No campo da teoria do direito moderno, entende FRISCH que a teoria da imputação tem seu ponto de partida com um artigo de HONIG, relativo ao controle do curso causal, como pressuposto para atribuir-se a alguém a responsabilidade pelo resultado produzido.⁵⁶⁰ De qualquer modo, em geral, como teoria normativa, inicia-se com a obra de LARENZ, que busca discutir acerca da teoria da imputação em HEGEL⁵⁶¹ e no direito penal, em particular, com um livro de HARDWIG,⁵⁶² no qual visara a distinguir entre a imputação no injusto e a imputação na culpabilidade. Logo, tomou corpo em toda a doutrina moderna, levando autores a proporem uma remodelação na teoria do delito, como teoria da imputação,⁵⁶³ ou chegando ao extremo de substituir a conceituação tripartida do delito por uma nova conceituação a partir apenas da imputação objetiva no âmbito da antijuridicidade e da imputação subjetiva na culpabilidade,⁵⁶⁴ caminho este último que tem seu antecedente em HARDWIG, mas sem acolhida pela maioria.⁵⁶⁵ Não obstante haver a teoria da imputação assumido um lugar de destaque em todos os manuais de direito penal, se deve, contudo, a ROXIN o grande mérito de sua sistematização e enquadramento correto na teoria do delito da atualidade.⁵⁶⁶

Tendo em vista essa finalidade de lançar objetivamente as bases de uma responsabilidade pessoal e não apenas causal, a doutrina busca estabelecer os critérios normativos que possam fundamentar a imputação objetiva em relação a um resultado típico, conforme os fins de proteção da norma e o alcance do tipo de injusto. Situando-se desse modo frente à sociedade pós-moderna, propõe ROXIN que esses critérios normativos tenham que se referir necessariamente aos pressupostos da própria incriminação, quer

559. ARISTÓTELES. *A Ética*, II, 6, 1106 a 22; MENDES, Paulo de Sousa. “Contributo à teoria da imputação objetiva do resultado”, Comunicação ofertada no Juristisches Seminar, Universidade de Frankfurt, 1995.

560. FRISCH, Wolfgang. “La imputación objetiva: el estado de la cuestión”, tradução espanhola da Ricardo Robles Planas, in *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, p. 22 et seq.

561. LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.

562. HARDWIG, Werner. *Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957; com exaustiva informação: REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*, Bogotá, 1992, p. 7 et seq.; sobre os traços gerais dessa evolução: SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones sobre la imputación objetiva”, in *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1998, p. 119 et seq.

563. Assim, por exemplo, JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 2ª edição, p. 123 et seq.

564. Assim, por exemplo, REYES ALVARADO, Yesid. “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1992, p. 934 et seq.

565. Criticamente: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)”, in *Estudios Penales y Criminológicos XII*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

566. ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, p. 375 et seq.

dizer, pressupõe que o agente, com sua conduta, tenha *incrementado um risco* para o bem jurídico, risco esse *indevido e materializado* como resultado no âmbito da *extensão do tipo de delito*.

Neste esquema, portanto, a base da imputação se fixa em que a conduta do agente, além de causal para com determinado resultado, ou para com a lesão ou o perigo de lesão de bem jurídico, deve haver produzido um risco para a ocorrência daquele resultado ou daquela lesão ou perigo de lesão. Contudo, não vale para a imputação qualquer risco, mas apenas o risco indevido e materializado na conduta e no resultado típicos. Note-se que, neste particular, se promove, aqui, muitas vezes já no âmbito da tipicidade uma verdadeira antecipação de um juízo de antijuridicidade. Da mesma forma como ocorre, normalmente, com o juízo de antijuridicidade, que é determinado por meio de critério negativo, dadas as características do sentido que se imprime ao processo de imputação, esta não deve ser avaliada positiva, mas negativamente. Não se devem, assim, coligir critérios para afirmar a imputação, mas para negá-la.

O fundamento da adoção de critérios negativos de avaliação do processo de imputação é enunciado pela doutrina, inclusive ROXIN, sobre a base da finalidade protetiva da norma, isto é, não haverá imputação, genericamente, quando a ação do agente e o respectivo resultado não se incluírem no âmbito de proteção fixado pela norma penal. Evidentemente, embora se postule, em sentido contrário, que a norma penal não deve ser compreendida em seu momento protetivo, que é, empiricamente, indemonstrável e, ademais, tão só legitimante da incriminação, mas apenas em seu sentido delimitativo do poder incriminador, pode-se concordar que não haverá imputação quando o fato se situar além dos limites do que é proibido. Está claro, então, que todo o processo de imputação não é matéria exclusiva da tipicidade, mas de toda a ordem jurídica. Isto não obsta, entretanto, a que sejam analisados, desde logo, na própria tipicidade os critérios negativos da imputação.

Pode-se dizer, assim, que não haverá, alternativamente, imputação se:

a) o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) o agente não tiver aumentado o risco para o bem jurídico; c) o risco era permitido; c) esse risco não se materializar no resultado típico; d) o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no âmbito de alcance do tipo.

Embora a base funcional de fundamentação desses critérios possa ser contestada, porque tem em vista que o injusto decorre, na verdade, da violação

a deveres de organização e não da realização de uma conduta que ultrapasse os lindes da intervenção estatal, podem eles merecer acolhida, na falta de outros indicadores, desde que subordinados às condições pessoais do sujeito e sua liberdade contextual. Isto significa que o processo de imputação objetiva deve ser visto como um recurso adicional a recuperar a função do sujeito na realização do injusto, eliminando de seu âmbito aqueles acessórios absolutamente contingentes, pelos quais esse mesmo sujeito se veria situado como mero objeto das propostas incriminadoras. À medida que esses critérios possam acentuar essa sua função central delimitadora, segundo o princípio da integridade racional da ordem jurídica, serão válidos como critérios normativos.

Atendendo a que o injusto não pode prescindir de uma referência danosa, ainda quando se trate de delitos de perigo, porque deve pressupor uma lesão ou um perigo concreto de lesão a um bem jurídico, não deverá haver injusto quando a conduta que se pretende incriminar se tenha orientado no sentido da proteção desse bem jurídico. Portanto, o risco que o agente desencadeou com sua conduta para o bem jurídico deixa de subsistir, primeiramente, pelo critério da *diminuição do risco*.⁵⁶⁷ Quer dizer, embora o agente tenha provocado uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico, não lhe será imputado tal resultado de dano ou de perigo, se a sua conduta consistiu em uma alteração do processo causal em marcha, de modo a tornar menor essa lesão ou menor a possibilidade da ocorrência do perigo.

Por exemplo, A afasta com um forte empurrão o revólver de B, fazendo com que atinja o ombro, mas impedindo que alcançasse a cabeça de C. Embora o empurrão de A seja causal para a lesão no ombro de C, não lhe será imputada tal lesão, porque, com sua conduta, A, na verdade, *diminuiu o risco* de uma lesão maior do bem jurídico, que seria a morte de C. Outro exemplo: A afasta com a mão uma pedra que atingiria a cabeça de B, de modo que apenas lese seu braço. Igualmente, a lesão no braço, ainda que causal em relação a A, não lhe será imputada porque implicou diminuição do risco de uma lesão mais grave.

Diferente é a situação, quando o agente, interferindo no processo causal em marcha, não atua no sentido da diminuição do risco, mas na realização

567. JESCHECK/WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 286; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, p. 245; OTTO, Harro. "Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten", in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, p. 422; ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 375; WESSELS/BEULKE. *Strafrecht, AT*, p. 59; para a crítica do critério da diminuição do risco, MENDES, Paulo de Sousa. "Crítica à Ideia de 'Diminuição do Risco' de Roxin", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 14, 1996, p. 102 *et seq.*; no sentido de caracterizar, aqui, um consentimento tácito ou presumido, ou mesmo um estado de necessidade: KINDERHÄUSER, Urs. "Risikoerhöhung und Risikoverringerung", in *ZStW*, 2008, p. 481 e ss; idem. *Strafrecht, AT*, 2015, p. 95; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10ª edição, München: Beck, 2018, p. 89.

de outro resultado que, ocasionalmente, pode ser mais vantajoso ou menos lesivo para a vítima. Neste caso, não há exclusão da imputação.

Por exemplo, A convence B a atirar contra a barriga de C, em vez de atingi-lo na cabeça. Embora o tiro na barriga fosse menos lesivo, porque C pôde até salvar-se, é de se imputar esse resultado a A, porque com sua atuação inaugurou um outro processo causal, direcionado para a produção de uma distinta lesão do bem jurídico. Neste caso, tanto A quanto B devem responder por tentativa de homicídio contra C. Outro exemplo (de WESSELS): A, sabendo que B iria ser atacado por C, que planejava matá-lo, agride B, antes que ele alcance o local da emboscada e subtrai-lhe ainda um dos sapatos, fazendo com que ele regresse à sua casa; com isso, evita, assim, a sua morte. Neste último caso, embora a lesão produzida fosse menor e, portanto, o risco da morte tivesse sido reduzido, as lesões e o furto do sapato serão imputados a A. Está claro que se pode justificar o fato, conforme as circunstâncias, pelo estado de necessidade. A mesma situação se dá, ainda, quando A, por exemplo, em face de um incêndio irrompido em um apartamento que põe a vida de uma criança em perigo atual, e não havendo outro meio de atuar para debelar este perigo, resolve lançar a criança pela janela, produzindo-lhe, com isso, lesões graves, mas evitando-lhe a morte. Aqui, há imputação do resultado, porque as lesões na criança correspondem a uma seqüência de risco distinta daquela que fora incrementada pelo incêndio, podendo, porém, justificar-se o fato, também, pelo estado de necessidade.⁵⁶⁸

Segundo ROXIN, a justificativa para a adoção do critério da diminuição do risco para excluir-se a imputação reside em que, ao agir para minorar as consequências de um ato em si lesivo, o agente atuou no sentido da finalidade de proteção da norma e não contra ela.⁵⁶⁹ A questão nestas hipóteses está relacionada, porém, não à finalidade protetiva da norma, que é difícil de ser determinada em cada caso concreto e, afinal, é irrelevante e estranha à constituição do injusto. Como a regra da constituição do injusto, conforme dissemos acima, está baseada na prática de uma conduta dentro da zona do ilícito que tenha lesado ou posto em perigo o bem jurídico, será perfeitamente admissível que se exclua do injusto uma conduta que se dirija objetivamente em sentido oposto àquele pressuposto pela norma. Em vez de raciocinar neste caso no sentido da proteção, pode-se perfeitamente

568. Assim, por exemplo, WESSELS/BEULKE. *Strafrecht, AT*, 30ª edição, Heidelberg, 2000, p. 64.

569. ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 376.

raciocinar no sentido da não-proibição, que mais se ajusta a uma concepção delimitativa do injusto.

Inexiste imputação, ademais, quando o agente, ainda que não tenha diminuído o risco para o bem jurídico, não o tenha aumentado.⁵⁷⁰ Isto se dá, quando, em face do grau de contribuição do agente para com o fato, não se possa demonstrar que tenha ele excedido o risco geral da vida diária, ao qual o fato está, normalmente, subordinado.⁵⁷¹ Portanto, em princípio, não haverá aumento do risco, quando a atuação do agente se situar dentro de uma situação de risco que não possa comportar uma avaliação quanto à sua extensão. Esta questão requer, porém, alguma especialização, quer dizer, para se identificar, desde logo, se a conduta do agente pode ou não sujeitar-se a uma avaliação dentro do risco normal, deve-se trabalhar, aqui, com dois critérios que, embora alternativos, se justapõem: a) o critério da *capacidade de domínio* do processo causal⁵⁷² ou b) o critério da *intangibilidade do risco*.⁵⁷³

Tomemos o exemplo do sobrinho que manda seu tio para uma viagem de trem, na qual sofre um acidente e morre. Embora a conduta do sobrinho, no plano da causalidade psíquica, tenha sido causal para o resultado, segundo o critério da eliminação hipotética, esse resultado não lhe deve ser imputado, porque estava absolutamente fora de seu domínio. O mesmo caso se dá, quando A verte uma bacia d'água em uma represa que apresenta um forte vazamento, vindo a acontecer uma inundação. Esta inundação não pode ser atribuída a A, porque com sua conduta não poderia determiná-la, em face da absoluta insignificância da sua contribuição. Aqui vigora o critério da *intangibilidade*, quer dizer, a imputação não subsiste quando for de tal forma diminuta a participação no processo causal, que não se possa demonstrar sua relevância. A indemonstrabilidade da relevância dessa contribuição causal conduz a considerá-la como incluída no âmbito daquele risco normal da vida diária.

Não haverá igualmente imputação quando o agente tenha atuado dentro dos limites do *risco permitido*.⁵⁷⁴ Devem ser entendidos por *risco permitido* aqueles perigos que resultem de condutas que, por sua importância social e em

570. ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 377.

571. Assumem posição semelhante a esta, ainda que sob a ideia de um risco permitido, igualmente, WESSELS/BEULKE. *Strafrecht, AT*, 30ª edição, Heidelberg, 2000, p. 59.

572. WESSELS/BEULKE. *Strafrecht, AT*, p. 60.

573. ROXIN, Claus. "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", in *Festschrift für Honig*, 19170, Tomo I, p. 174 *et seq.*

574. JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT*, p. 200 *et seq.*; KÜHL, Thomas. *Strafrecht, AT*, p. 46; ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 382 *et seq.*

decorrência de sua costumeira aceitação por todos como inerentes à vida moderna, sejam social e juridicamente tolerados. Tal se dá com os riscos resultantes do tráfego rodoviário, ferroviário e aéreo, com as atividades desempenhadas em usinas, minas, metalurgias, indústrias, em hospitais, institutos de pesquisas e outros que possam gerar perigo ao bem jurídico. Desde que observadas as regras atinentes a essas atividades, compreende-se que não podem ser imputados aos seus agentes os resultados danosos ou perigosos daí advindos.

Por exemplo, se A, obedecendo rigorosamente às regras de condução de veículos, vem a causar a morte de B, não responderá por ela. Outro exemplo: uma vez atendidas as normas de segurança, não pode ser imputada ao diretor do hospital, a título de lesão corporal, a infecção adquirida por um médico ou por uma enfermeira, no decorrer do tratamento de um paciente. Um terceiro exemplo, já tratado sob a égide da cláusula *ceteris paribus*, mas que é sempre lembrado no âmbito da teoria da imputação objetiva: A, devidamente autorizado, guarda em sua casa, dentro de uma gaveta bem trancada, um revólver, destinado exclusivamente à sua defesa pessoal; seu filho adolescente, porém, sem que o pai soubesse, arromba a gaveta e com a arma dispara contra seu colega, matando-o. A morte da vítima não pode ser imputada ao pai, porque, independentemente da previsão ou não do resultado, sua conduta se situava dentro do risco permitido. Diferente será a solução, se o pai deixar a arma sobre a mesa, sem qualquer cuidado, pois, então, atuando com violação do risco permitido, incrementa o perigo de que, com essa arma, alguém venha a ferir outra pessoa, sendo-lhe assim imputado o resultado morte, como homicídio culposo.

O risco incrementado pelo agente precisa ainda encontrar a sua realização final no resultado típico. Geralmente, a materialização do risco no resultado típico se dá, sem maiores problemas, quando a conduta do agente representa um *aumento do risco* para o bem jurídico ou quando o agente provoca um *risco indevido*. No entanto, pode acontecer que, em certos casos, apesar do aumento do risco ou do risco indevido, o resultado típico se dê por outros fatores, em virtude de um *desvio causal* que conduza a um evento objetivamente inesperado, produzido de forma anômala, de modo a não se poder afirmar seja esse evento a materialização natural do risco incrementado com a conduta inicial do agente. Este desvio, às vezes, é tratado no setor do dolo, mas excluirá desde logo a imputação objetiva, quando puder ser objetivamente observado, sem a necessidade de se perquirir acerca da postura subjetiva do agente.

Exemplo significativo é o do ladrão que, juntamente com seu colega,

resolve realizar furto em uma residência; lá chegando, enquanto o ladrão fica de vigia, seu colega entra na casa e começa a subtrair objetos, quando se depara, inesperadamente, com a proprietária; impressionado com a mulher, resolve estuprá-la. Esse estupro não é imputado ao ladrão que ficara de vigia, porque se diz que está fora do desdobramento objetivo da sua cooperação causal. Mas, aqui, ao contrário do que se afirma, é inaplicável a limitação do § 1º do art. 13, porque a contribuição causal do vigia, quer o quisesse ou não, continuava a produzir efeitos, favorecendo a prática do estupro. Por outro lado, esta hipótese não precisa chegar ao exame do dolo, porque é objetivamente evidente que o estupro é derivado de um desvio causal inesperado e não pode ser imputado ao vigia como obra sua, já que o risco por este incrementado por meio de sua contribuição para o fato não se materializou no resultado concretamente verificado. Um outro exemplo: o motorista A dirige em excesso de velocidade por uma rodovia bastante movimentada; ao ultrapassar o veículo dirigido por B, fá-lo com muita proximidade, mas dentro de sua faixa de condução, de modo que este vem a morrer de infarto, provocado pelo susto da ultrapassagem. Esta morte não pode ser imputada a A, porque se situa fora de qualquer expectativa, de modo que o risco indevidamente incrementado pelo excesso de velocidade não se materializa no resultado típico.

Incluem-se também na hipótese de ausência de materialização típica do risco os resultados que, embora advindos de condutas irregulares do agente, ocorreriam da mesma forma, caso o agente tivesse tido conduta regular.⁵⁷⁵

Um conhecido exemplo de ROXIN: A, na qualidade de farmacêutico, avia uma receita médica vencida, fornecendo um medicamento ao paciente que, sendo confeccionado à base de fósforo, tem efeitos cumulativos no organismo; em consequência da ingestão do medicamento, o paciente morre. Consultado o médico sobre a receita, afirma ele que, caso fosse solicitado, emitiria outra requisição igual à primeira que se achava vencida, porque o paciente necessitava do tratamento e não havia sinais de acumulação perigosa. No caso, embora o farmacêutico tivesse atuado de maneira irregular, porque aviara uma receita vencida em relação a um medicamento perigoso, não lhe será imputada a morte do paciente, porque caso agisse ele corretamente, mediante a exigência de outra receita válida, o resultado se produziria da mesma forma. A mesma solução será dada a outro exemplo semelhante: A dirige em excesso de velocidade e vem a atropelar B, causando-lhe a morte, justamente porque

575. JESCHECK/WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, p. 288; ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 386 e ss.; WESSELS/BEULKE. *STRAFRECHT*, AT, p. 60.

a vítima se atira contra o veículo em movimento. Mesmo que A dirigisse com velocidade moderada, seria impossível evitar o acidente, porque este se daria da mesma forma. Não será imputada, neste caso, a A a morte de B.

De outro modo deve ser apreciado o fato, caso o agente tivesse realizado uma conduta irregular e não se pudesse afirmar com certeza, mas apenas provavelmente que o resultado não ocorreria. Neste caso, como há sempre uma possibilidade de que o bem jurídico não fosse lesado, caso a conduta do agente obedecesse ao cuidado necessário ou se mantivesse dentro dos limites do risco permitido, a imputação do resultado ao agente fica na dependência da afirmação de que sua conduta concreta aumentou as chances da lesão do bem jurídico, fazendo com que o risco, de alguma forma, se materializasse no resultado típico. Por exemplo, o motorista A, ao ultrapassar o ciclista B, não guarda uma distância adequada em relação à bicicleta e acaba passando por cima de B, matando-o. Mais tarde, constata-se que B estava embriagado e que também não respeitou a sua linha de condução; contudo, diante de como se procedeu à ultrapassagem, não haveria certeza, mas apenas probabilidade de que se o ciclista estivesse sóbrio poderia ter evitado o acidente. Indiferentemente à embriaguez de B, deve ser aqui imputado o resultado morte a A, porque com sua condução irregular não só acarretou o acidente, como aumentou as chances de que ele ocorresse em quaisquer outras circunstâncias. Aqui não se está discutindo a questão da causalidade, que já estaria afirmada pelo critério da eliminação hipotética. O que se discute é se é possível, apesar da causalidade presente, excluir a imputação do resultado ao seu causador. Evidentemente, a questão da culpa é matéria a rever-se em outra fase e não agora.

Não haverá, finalmente, imputação se o resultado concretamente verificado não se incluir no alcance do tipo. O fundamento desta afirmação não deve ser fixado em que o tipo legal de crime vise a uma determinada e específica forma de proteção, conforme a finalidade da norma jurídica nele encerrada, senão que, nesses casos, a conduta incriminada está subordinada a específicas modalidades de atuação com vistas a lesar o bem jurídico.

Se o ato incrementa um risco indevido ao bem jurídico protegido, tal risco é alcançado de modo geral pela norma, sujeitando o seu autor às medidas penais coercitivas, porque a norma, nesse caso, está orientada no sentido de também incluir na zona do injusto aquelas ações que produzam esses riscos para a verificação dos resultados. Em casos excepcionais, porém, principalmente nos crimes culposos e também nos delitos dolosos, pode

acontecer que o resultado, devido à forma e ao modo anormal como fora causado, se situe fora do âmbito de incriminação da norma.⁵⁷⁶ A doutrina, em geral, quando se refere aos limites do alcance do tipo, trata dos casos de desvio causal relevante ou inesperado. Parece, contudo, que estes desvios ficam melhor resolvidos na relação entre risco e resultado, como se fez acima.

Especificamente no âmbito do alcance do tipo devem ser resolvidos os casos de autoexposição a perigo, ou aqueles subordinados ao princípio da autorresponsabilidade. Isto se dá em duas séries de casos: a) na atuação frente a perigos assumidos voluntariamente pela própria vítima; b) na intervenção, dolosa ou culposa, de terceiros no processo de produção do fato .

No primeiro grupo de casos, o agente contribui para que a vítima realize conscientemente uma conduta perigosa para si mesma, quer dizer, apesar da atuação do agente ter sido causal, pelo critério da eliminação hipotética, para o perigo ou o dano, a vítima os aceita ou, pessoalmente, os realiza. Aqui a questão da imputação não pode ser vista unicamente sob o âmbito da teoria do risco, mas em consideração à estrutura geral da ordem jurídica. Como foi dito antes, a questão da incriminação deve ser tratada sob o aspecto da delimitação da intervenção estatal, vigorando, em sentido geral, o princípio de que cada qual tem a maior extensão possível de liberdade, como decorrência de sua condição de pessoa e como membro de uma comunidade democraticamente organizada, só lhe estando vedadas certas zonas de atuação, perfeitamente traçadas através da norma jurídica. Nesta consideração, é indiferente pensar-se no sujeito como entidade ou subsistema organizativo, como o faz JAKOBS, para daí construir uma teoria das funções e sobre ela edificar a teoria da imputação objetiva.⁵⁷⁷ O que deve valer, neste caso, é o princípio da *autorresponsabilidade*, pelo qual o resultado decorrente da ação livre e inteiramente responsável de alguém, só pode ser imputado a este e não àquele que o tenha anteriormente motivado.⁵⁷⁸ Como se trata de avaliação de liberdade pessoal, a imputação depende, porém, do resultado concreto em referência ao tipo de delito que se quer examinar, sendo incabível uma solução geral, porque a regra será sempre de permissibilidade e não de proibição.

De qualquer modo, há de se proceder a uma delimitação dos critérios para a medida da autorresponsabilidade. Neste setor, a doutrina ora se orienta

576. KÜHL, Thomas. *Strafrecht*, AT, p. 58 *et seq.*; ROXIN Claus. (Nota 270), p. 390.

577. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*, tradução de Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, 1996, p. 71 *et seq.*

578. HAFT, Fritjof. *Strafrecht*, AT, München, 1994, p. 65.

pelas regras de exculpação, ora pelas regras do consentimento⁵⁷⁹. De acordo com as primeiras, **regras de exculpação**, deve-se negar validade ao princípio da autorresponsabilidade em relação às pessoas que não possam atuar culpavelmente, isto é, aos inimputáveis em geral ou àqueles que se vejam diante de um estado de coação, ou de subordinação hierárquica, que lhes tolha a capacidade normal de motivação.

Pelas **regras do consentimento**, a autorresponsabilidade se fixa sobre a renúncia do bem jurídico e pressupõe, para tanto, as seguintes condições: a) que os bens jurídicos sejam disponíveis; b) que o agente seja seu único titular; c) que o agente tenha a capacidade de consentir, quer dizer, que possa avaliar, em face de suas condições pessoais, o significado e o alcance de sua renúncia; d) que o ato de disposição não tenha sido obtido por coação, fraude ou com violação de dever pessoal; e) que o consentimento tenha sido manifestado antes do fato, expressa ou concludentemente; f) que o consentimento não viole princípios fundamentais da ordem jurídica.

Ainda que se trate de imputação no setor do injusto, nada obsta a que se tomem, aqui, condições do próprio injusto ou da culpabilidade. Na verdade, todas as etapas da realização do processo de imputação congregam elementos, que não se limitam, exclusivamente, ao injusto, mas também à culpabilidade, em face de que a sua validade está sempre na dependência de uma avaliação global da ordem jurídica. A orientação a ser seguida deve ser aquela que tenha por base, portanto, o que for mais benéfico ao imputado. Daí a medida da autorresponsabilidade dever ser delimitada pelas regras que melhor se ajustem ao caso concreto, que tanto podem ser as da capacidade de culpabilidade, quanto as do consentimento.

Como a matéria deve ser decidida nos casos concretos, vejamos alguns exemplos como pontos de partida para as respectivas soluções.

Exemplo n.º 1: A aconselha B a dedicar-se ao alpinismo e a escalar a Cordilheira dos Andes, embora não participe da aventura. Por ser B ainda inexperiente neste esporte, não consegue fixar corretamente um dos grampos de sustentação, cai e morre no meio da tentativa de escalada.

Exemplo n.º 2: A convida B a participar de uma corrida noturna (pega) de automóveis. B, durante a disputa pelas ruas da cidade, abalroa de frente um caminhão, encontrando a morte no acidente.

579. Assim, WESSELS/BEULKE. *Strafrecht*, AT, 30ª edição, Heidelberg, 2000, p. 61 *et seq.*

Exemplo n.º 3: A convida B a participar, juntamente com outros, de uma sessão de consumo de drogas. Como B havia tomado, anteriormente, algumas doses de uísque, sem o conhecimento de A, tão logo absorve por aspiração os primeiros miligramas de cocaína, sofre uma parada cardíaca e morre.

No exemplo n.º 1, apesar de a conduta de A haver contribuído de modo causal para a morte de B, estará excluída a imputação, porque se situara dentro dos limites do risco permitido. Se o Estado permite o alpinismo como esporte, não poderia proibir as ações que, simplesmente, aconselhassem a sua prática. A questão que se pode colocar é a respeito da inexperiência de B. Se B jamais tivesse recebido instruções de alpinismo e fosse convencido por A a proceder a uma escalada perigosa, a conduta de A representaria um aumento do risco para a vida de B. Entretanto, como B assumiu voluntária e conscientemente esta situação de perigo, A não pode responder pela morte de B. Ademais, o tipo de homicídio traça as linhas divisórias da proibição de que o sujeito produza a morte de alguém, das mais variadas e possíveis maneiras, mas não de uma forma absurdamente extensa, senão dentro de certos limites, não podendo alcançar também aquelas condutas de autorrisco, normalmente aceitas pela sociedade porque, se não houvesse esse limite, seria inviável qualquer vida social. É evidente que se B, sem o saber, fosse usar na escalada uma corda defeituosa e A tivesse conhecimento disso, mas assim mesmo o aconselhasse a continuar na empreitada, seria ele responsável por sua morte, em face de seu especial conhecimento do processo causal, que lhe ficaria subordinado. Nesta hipótese, se fôssemos aplicar as regras do consentimento, se poderia dizer que, diante do caso concreto, B não era capaz de conhecer o alcance da assunção do risco, que pressupunha a capacidade de avaliar as próprias condições da corda que iria usar.

No exemplo n.º 2, A instigou B a praticar uma ação, em si mesma perigosa e proibida, incrementando, portanto, o risco de acidente. B assumiu voluntária e conscientemente esse risco, que se materializou no resultado típico. É evidente que a instigação a uma corrida noturna de rua é reprovável, em face da ordem jurídica em geral, devido aos riscos e perigos que acarreta não apenas aos participantes, mas também aos demais transeuntes. Apesar disso, porém, o importante será aqui investigar se a ação de A, em face especificamente do tipo de homicídio, é por ele alcançada, sabendo-se que a morte não é provocada dolosamente nem por ele nem por B. Veja-se, primeiramente, que a legislação penal brasileira não prevê como crime nem o suicídio, nem o autoperigo. Em

relação ao suicídio, o Código Penal pune as ações de instigar, induzir e prestar auxílio; ações estas, porém, que devem se materializar na ação de autodestruição dolosa da própria vida. No que toca ao autoperigo, o código não prevê qualquer forma de incriminação quanto aos partícipes. Se a lei não incrimina a participação dolosa no autoperigo, isto é, na ação de pôr em perigo a própria vida, não poderá incriminar a participação nos resultados eventualmente decorrentes dessa ação de autoperigo. Assim, pode-se concluir que, por mais reprovável, sob o ponto de vista moral e até jurídico, a ação de A não se inclui no alcance do tipo de homicídio, quer doloso quer culposos.⁵⁸⁰

No exemplo n.º 3, a instigação de B ao consumo de drogas é proibida, constituindo crime previsto no art. 33, § 2º da Lei 11.343/2006. Em face disso, A está, portanto, em princípio, praticando um delito. A questão que se coloca é como devem ser tratadas as consequências dessa conduta proibida, provocadas por ato do agente instigado. Poder-se-ia partir, aqui, para a solução do dolo, no sentido de que, se a morte de B foi causada porque ele havia misturado álcool e droga, sem que A soubesse disso, A não agira com dolo em relação a essa morte. Mas a solução do dolo não interfere na imputação por culpa. Assim, será importante ainda analisar se a conduta de A se situa no âmbito do alcance do tipo de homicídio. O fundamento neste caso deve ser dado ainda pelo princípio da *autorresponsabilidade*, isto é, se as consequências mais graves são assumidas volitiva e integralmente pelo próprio agente que as padece, mediante sua própria conduta descuidada, não se podem imputar essas consequências àquele que apenas incrementou o risco de sua ocorrência. Portanto, não será igualmente imputada a A a morte de B. Esta é a solução que a jurisprudência do Supremo Tribunal da Alemanha tem dado a casos semelhantes, sob influência do pensamento de SCHÜNEMANN.⁵⁸¹ É igualmente a posição adotada pela maioria da doutrina⁵⁸² e está de acordo com os princípios do Estado democrático, limitado no seu poder de intervenção, embora chocante para uma comunidade que vê na droga, por influência da mídia, um símbolo de demonização do comportamento humano.

Ainda neste primeiro grupo de casos, nos quais a vítima assume o perigo, devem ser incluídos aqueles nos quais a vítima provoca a ação do agente de modo que este incremente o risco por ela assumido. O fundamento deve ser,

580. Com essa solução, ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 403.

581. SCHÜNEMANN, Bernd. "Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln", in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1982, p. 60.

582. KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, p. 66; JESCHECK/WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 288; ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 405 *et seq.*; WESSELS/BEULKE. *Strafrecht*, AT, p. 58.

também, aqui, lançado sobre a decisão autorresponsável da vítima, com a particularidade de que a conduta danosa não é praticada por ela, mas pelo instigado.

Tomemos alguns exemplos.

Exemplo n.º 4: querendo chegar de qualquer modo a um determinado lugar, A insiste com B para que este dirija mais depressa, apesar de estar chovendo e a pista escorregadia. Embora relute a princípio, B acaba cedendo aos insistentes apelos de A, vindo a derrapar e produzir lesões no passageiro.

Exemplo n.º 5: A, como passageiro de um veículo, não aceita colocar o cinto de segurança; em consequência disso, em uma freada normal do veículo, mas um pouco mais intensa, golpeia a cabeça no para-brisa, sofrendo uma grave lesão na cabeça.

Embora a regra seja a da plena autorresponsabilidade da vítima, a sua decisão autorresponsável, provocando e consentindo no perigo de lesão, só exclui, porém, a imputação se o resultado advier exclusivamente do risco por ela assumido e não de outras falhas do instigado. Isto porque, há de certo modo um processo causal anterior, produtor do perigo e que deve ser analisado em conjunto com os critérios de imputação.

Assim, no exemplo n.º 4, se a derrapagem foi causada por uma distração do motorista, responde ele pela lesão causada, já que a vítima não a assumira nestes termos.

No exemplo n.º 5, a questão é um pouco mais complexa. Se, por um lado, o Código de Trânsito classifica como infração o fato de dirigir o veículo sem que qualquer de seus ocupantes use o cinto de segurança, por outro, esta violação à norma de trânsito constitui unicamente uma indicação de que, assim agindo, o motorista estaria ultrapassando os limites do risco permitido. O que se deve discutir é se a exigência do uso de cinto de segurança pode sobrepor-se à liberdade de agir, quando se trate de regulamentação do autorrisco. Analisando-se a ordem jurídica sob o princípio da integridade racional, chega-se à conclusão de que a norma que impõe o uso do cinto de segurança deve ser tomada nos seus devidos limites, quer dizer, só deve ser levada em conta no âmbito da regulação administrativa, não podendo vedar em outros setores a realização de conduta diversa. Isto deriva justamente do fato de que o uso do cinto de segurança se baseia no princípio empírico da probabilidade e não da certeza de que o seu desatendimento conduzirá a resultados perigosos ou danosos. Estes resultados estão mais na dependência da forma de direção imprime-

ao veículo do que propriamente do uso de cinto de segurança. Desde que o motorista se tenha mantido nos limites aceitáveis das regras normais de condução de veículos, a ele não poderá ser imputada a lesão sofrida pelo passageiro, porque este, por ele mesmo, assumiu a responsabilidade de tal evento. Está claro que idêntica solução poderia ser obtida através de outros critérios, por exemplo, dos princípios do consentimento do ofendido, mas isso já escaparia do âmbito da imputação objetiva e se situaria sob outras condições.

No segundo grupo de casos, o agente realiza uma conduta arriscada, mas sobre ela interfere outra conduta de um agente que estava obrigado a enfrentar o perigo. Os resultados que se situem dentro do âmbito dessa responsabilidade de evitá-los não são alcançados pela incriminação típica. O fundamento de se excluir a imputação, nestas hipóteses, reside em que a competência conferida a certos agentes de, em face de sua profissão (como soldados, bombeiros, policiais, etc.), assumirem a obrigação de evitar ou impedir a manifestação de perigos para os bens jurídicos, afasta do âmbito do injusto, com relação a esses perigos, todas as demais pessoas, que não estejam submetidas a essa atribuição.⁵⁸³

Exemplo n.º 6: o motorista A dirige à noite um caminhão, por uma estrada movimentada, com as lanternas traseiras apagadas, sendo por isso retido em um posto da polícia rodoviária. Como A se dispôs a reparar imediatamente o defeito, para seguir viagem, o policial B resolve acompanhá-lo com o carro-patrolha até a oficina mais próxima, seguindo atrás do caminhão, com as luzes de advertência acesas. Durante o percurso, recebe B um chamado do posto policial e abandona A à sua própria sorte. Em consequência da falta de visibilidade acarretada pelo fato de o caminhão trafegar sem as luzes, e sem estar sob a proteção do carro de polícia, C choca-se contra a sua carroceria, vindo a morrer no local.

Exemplo n.º 7: A, inadvertidamente, esquece o ferro de passar roupas ligado, ocasionando um incêndio em seu apartamento. Durante os trabalhos de apagar as chamas, um dos bombeiros é gravemente ferido pela queda de um lustre no local.

Exemplo n.º 8: A fere B na perna, sendo este transportado ao hospital; lá, o médico C, erroneamente, entende que lhe deve amputar a perna, porque seria o único meio de evitar uma septicemia.

583. ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 417 e ss.; idem. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 134 et seq.

No exemplo n.º 6, uma vez que o policial assumiu a responsabilidade de tornar inócua a fonte de perigo (o tráfego com as lanternas apagadas), as consequências que dela poderiam advir não devem ser imputadas ao motorista, salvo se este, tendo conhecimento de que não mais recebia a sua assistência, continuou assim mesmo a viagem.⁵⁸⁴ Aqui, a exclusão da imputação dessas consequências ao motorista tem como fundamento o fato de que, havendo intervenção significativa de terceiro (no caso, o policial) no processo de desdobramento causal, pelo princípio da autorresponsabilidade o processo inicial de imputação se vê desconstituído, uma vez que a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico está subordinado, agora, a outro procedimento, vinculado quanto à forma e o modo de sua execução ao policial. No exemplo n.º 7, como as lesões produzidas no bombeiro se inserem no âmbito de enfrentamento dos riscos de sua própria profissão, não devem ser imputadas à dona de casa. Se o bombeiro tem a obrigação de apagar as chamas, sem se importar com os riscos que isto representa, está claro que assume também os demais resultados que normalmente defluem desse ato.⁵⁸⁵ No exemplo n.º 8, o erro grosseiro do médico, devido à sua gravidade, atinge tal importância que não se pode mais imputar ao agressor essa lesão mais grave (perda de membro – art. 129, § 2º, III, CP), porque fora do alcance do tipo por ele praticado. Ao médico cabe agora a inteira responsabilidade pelo resultado mais grave, respondendo A apenas pelo crime de lesão leve (art. 129). Observe-se que, nesta hipótese, é inaplicável a limitação do art. 13, § 1º, porque a lesão anterior continuou a produzir efeitos inclusive sobre a intervenção cirúrgica, que é realizada por decorrência direta dos ferimentos. Ademais, não será adequado apelar-se para a solução do dolo, porque poderia levar a uma complicação ainda maior de responsabilidade, com a previsão absurda de se imputar a um mesmo agente um crime de lesão leve dolosa em concurso com outro crime de lesão culposa, incidentes sobre o mesmo fato. O importante para dirimir questões desta ordem é determinar-se, previamente, se a intervenção do médico, independentemente de sua ação ter sido ou não tecnicamente errônea, representou uma consequência normal das complicações da lesão anterior ou se, ao invés, desencadeou, a partir dela, um outro risco, não assumido objetivamente pelo primeiro causador. Para dirimir essa questão, pode-se utilizar aqui, independentemente de seus fundamentos, o critério do modelo de risco proposto por JAKOBS. Desde que a intervenção do médico se afaste do *modelo de risco* posto em prática pelo primeiro causador

584. MAURACH/ZIPF. *Strafrecht*, AT, I, p. 262; ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 417 e ss.

585. BURGSTALLER, Manfred. *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974, p. 112 *et seq.*; ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 418.

e passe a constituir um outro modelo de risco, é de se excluir a imputação quanto ao primeiro causador, no que toca a esse segundo modelo, porque situado fora do alcance do tipo correspondente àquele primeiro modelo de risco.⁵⁸⁶ É que com relação à atuação do médico, como parte inerente de sua profissão, subsiste socialmente uma devida expectativa de segurança quanto a seus métodos, através da qual se pode confiar em que não cometerá erros grosseiros no exercício de suas atividades. Por isso, devem ser excluídos do primeiro causador os excessos cometidos pelo médico.⁵⁸⁷

O processo de imputação comporta cada vez mais indagações e é produto não da ampliação do conteúdo do injusto, mas de sua compreensão dentro de um sistema de liberdade e de limitações. Normalmente, entretanto, trata da relação entre a conduta do sujeito e os resultados dela advindos, cujos parâmetros essenciais já esquematizamos acima, em síntese apertada. Por outro lado, como já se disse, a imputação objetiva assinala também as características da ação típica dentro de um primeiro degrau de separação dos delitos dolosos, culposos e omissivos, principalmente pela relação entre os riscos assumidos pelo sujeito e os riscos autorizados pelo direito, de um lado, que representam a oposição proibição/permissão e as condições de sua inevitabilidade; de outro lado, que se inserem na oposição imposição/desobrigação. É nesse conjunto de binômios que se deve tratar igualmente a questão se ao injusto basta unicamente a realização da ação ou da omissão, ou se ele se compõe obrigatoriamente também do resultado. Aqui aflora, portanto, a discussão acerca da relação das funções do injusto e de seu conteúdo.

(4) O DESVALOR DO ATO E O DESVALOR DO RESULTADO

Ao estabelecer as características da conduta proibida, inserindo-as no tipo de injusto, o legislador procede a uma avaliação negativa sobre essa conduta mesma e sobre o resultado por ela produzido. Esta dupla avaliação toma o nome de *desvalor do ato* e *desvalor do resultado*. O *desvalor do ato* e o *desvalor do resultado*, que são levados em conta principalmente na distinção entre os delitos dolosos e culposos, se integram em unidade recíproca, de sorte que um se manifesta através do outro. Em face do ditames da teoria do discurso democrático, a criminalização de uma conduta deve estar submetida a alguns pressupostos, entre os quais se destacam a ação, que podemos caracterizar como atividade performática, e uma alteração sensível da realidade,

586. JAKOBS, Günther. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 92 *et seq.*

587. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, p. 211.

traduzida em termos de lesão ou de perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Sob este enfoque, perde interesse a distinção entre crimes de mera atividade e crimes de resultado, nos quais teria prevalência ou o desvalor do ato ou desvalor do resultado. A partir da consideração de que, nesse processo de criminalização, preferente não é o desdobramento causal do acontecimento, mas sim a alteração que se processa no bem jurídico, pode-se dizer que não basta para a completa infração à norma tão só o desvalor do ato, mas sim, principalmente, o desvalor do resultado. Neste último caso, o bem jurídico só passa a ser efetivamente atingido se o desvalor do resultado se materializar, como consequência do desvalor do ato em lesão ou perigo concreto de lesão.

Está claro, por outro lado, que todo delito possui um desvalor do ato, porque é constituído não apenas de uma infração a um dever, mas de uma conduta penalmente relevante, que se desenvolve no mundo da vida. Ademais, se o bem jurídico só se torna afetado por força de uma alteração em sua estrutura ou estabilidade, ou seja, por lesão ou perigo concreto de lesão, entre desvalor do ato e desvalor do resultado opera-se uma relação dialética. Desse modo, o desvalor do ato só se manifesta à medida que se ponha em vinculação com o desvalor do resultado. Exemplo claro desta dialética se mostra no crime de homicídio, em que a incriminação da conduta tem por base não apenas o desvalor do resultado – a morte da vítima – mas também as condutas que se orientem no sentido da produção desse resultado morte.

A questão do desvalor do ato e do resultado sempre esteve implicitamente presente em toda a dogmática, desde a teoria causal, mas começou a vir à tona com a teoria finalista, através de sua concepção do injusto pessoal: o injusto não é produzido pela simples causalidade, mas somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista os seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos.

Ademais, a discussão acerca da relação entre injusto e culpabilidade passa por diversas fases. Primeiramente, com MERKEL e, depois, com HOLD-FERNECK, é o injusto concebido como lesão de bem jurídico, mas também como uma oposição à força espiritual do direito. Precisamente, em face de ser uma oposição à força espiritual do direito, o injusto só poderia estar referido às pessoas imputáveis, de modo que injusto e culpa seriam inseparáveis.⁵⁸⁸ Mais tarde, após a contribuição de VON JHERING, propondo

588. MERKEL, Adolf. *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, Tomo I; HOLD-FERNECK, Alexander. *Die Rechtswidrigkeit*, Leipzig, Tomos I e II, 1903 e 1905.

uma separação, no direito civil, entre injusto e responsabilidade, foi possível a elaboração da *teoria dos imperativos* de THON, pela qual o direito nada mais seria do que um complexo de determinações, o qual, entretanto, ao contrário da doutrina anterior, poderia comportar um injusto sem culpabilidade, o que fazia com que este sistema também pudesse ser estendido aos inimputáveis.⁵⁸⁹ Portanto, injusto e culpa seriam diversos e o injusto poderia ser realizado por qualquer pessoa, adulto ou criança, capaz ou incapaz. Estava criada a primeira formulação puramente objetiva do injusto.

Entretanto, como bem pondera ROXIN, esta concepção objetiva só foi verdadeiramente desenvolvida mais tarde, com as obras de NAGLER, GOLDSCHMIDT e, principalmente, MEZGER, os quais criaram as condições para o seu moderno entendimento.⁵⁹⁰ NAGLER sustentava que teria o direito uma função ordenadora social objetiva no sentido de regular a vida humana comunitária e cuja infração caracterizaria o injusto.⁵⁹¹ GOLDSCHMIDT procurava estabelecer a distinção entre injusto e culpabilidade, com base na diferença entre *norma jurídica* e *norma de dever*: enquanto a norma jurídica proíbe ou determina uma certa conduta e assim, caso seja infringida, fundamenta o injusto, a norma de dever impõe uma motivação legalmente estabelecida e fundamenta a culpabilidade.⁵⁹² Para MEZGER, o injusto é caracterizado na base da violação a uma *norma valorativa*, enquanto a culpabilidade implicaria a lesão a uma *norma determinativa*.⁵⁹³ Uma orientação puramente baseada no desvalor do ato é seguida nas últimas décadas por ZIELINSKI, para quem somente a ação, e não o resultado, constitui objeto da proibição, sob dois argumentos: primeiramente de que só é possível proibir ações e não resultados, seja quando o autor dirige sua atividade diretamente à realização do injusto – por exemplo, no homicídio, a direção no sentido da morte de uma pessoa – seja quando põe em perigo o bem jurídico, através de atividade descuidada; em segundo lugar, porque o resultado pode decorrer sempre do acaso, não sendo certa sua verificação.⁵⁹⁴ Modernamente, se reconhece que o injusto está vinculado não só a uma *norma proibitiva* ou

589. THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878.

590. ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 323.

591. NAGLER, Johannes. “Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit”, in *Festschrift für Binding*, Leipzig, Tomo II, 1911, p. 273.

592. GOLDSCHMIDT, James. “Der Notstand, ein Schuldproblem”, in *ÖstZStr* 1913, p. 129 *et seq.*

593. MEZGER, Edmund. “Die subjektiven Unrechtsamente”, in *Der Gerichtssaal*, 1924, n. 89, p. 207.

594. ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor del resultado en el concepto de ilícito*, tradução de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 1990; para uma visão geral, SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.

determinativa, que indica o que não deve ou deve ser feito e se estende tanto aos imputáveis quanto aos imputáveis, como também a uma *norma valorativa*, que o toma como lesão ou perigo de lesão de bem jurídico. Enquanto a violação das normas proibitivas ou determinativas fundamenta o *desvalor do ato*, a norma valorativa fundamenta o *desvalor do resultado*, tendo em vista a real ocorrência de lesão ou de perigo ao bem jurídico, o que possibilita a diversidade de punições para o crime consumado e para a tentativa, atenuando-se a pena em relação a esta.⁵⁹⁵

Diversamente do modo pelo qual a doutrina tradicional trata da matéria, parece que os fundamentos do desvalor do ato e do desvalor do resultado devem situar-se em outro plano. Todo o complexo dos argumentos utilizados em torno da relevância do desvalor do ato ou do desvalor do resultado gira em torno, é verdade, do sentido que se imprime à concepção da norma penal. Aqui é irrelevante o argumento esgrimido por WELZEL de que a norma deve ser assim concebida porque, se só proibisse o resultado e não, desde logo, a conduta a ele orientada, de nada valeria a proteção por ela perseguida.⁵⁹⁶ Esta afirmação é produzida em face de uma concepção extrajurídica da conduta proibida sobre a base de sua ontologicidade, da qual se originam os chamados valores ético-sociais que impregnariam a norma penal. Para se compreender realmente o conteúdo do injusto sob o enfoque do desvalor do ato e do desvalor do resultado não se deve partir desta concepção, mas de outros critérios. Como bem recorda KÖHLER, a lei penal toma a ação humana dentro de uma estrutura própria, resultante das relações que quer disciplinar e que nada têm a ver com a ética da boa vontade.⁵⁹⁷

O importante na caracterização do conteúdo de injusto de um determinado fato é verificar três séries de fundamentos referentes ao caráter da incriminação. A primeira diz respeito à questão acerca do que disciplinar, a segunda deve referir-se ao modo desta incriminação e a terceira à sua extensão.

A primeira série está condicionada aos aspectos políticos da incriminação, em que se acentua a necessidade de uma delimitação do poder de intervenção do Estado delineada sobre o fundamento de que essa intervenção só pode efetivar-se na medida de sua necessidade, quer dizer, quando haja lesão ou perigo concreto ao bem jurídico. A incriminação não corresponde, então,

595. JESCHECK/WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 238 et seq.; ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 324 et seq.

596. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, p. 12 et seq.

597. KÖHLER, Michael. *Strafrecht*, AT, Berlin-Heidelberg-N. York, 1997, p. 12.

primariamente, a uma função finalística de assegurar uma determinada ordem ou a consecução de ideais políticos, ou a realização de uma vida moral, virtuosa ou intimamente correta. Deve-se recordar aqui o sentido conferido por MACKIE ao direito, em geral, de que as normas não existem para garantir o estabelecimento de um objetivo moral determinado, como a vigência dos valores ético-sociais, mas, ao inverso, a disciplina jurídico-democrática do exercício da liberdade individual é que pode proporcionar a sua construção, não, porém, transformando o Estado em órgão protetor do que entenda ser correto, senão delimitando-se-lhe o poder de intervenção. Assim, a questão do que incriminar está condicionada pelo sentido da necessidade de assegurar este exercício da liberdade, primeiramente, com vistas ao próprio Estado, mediante a restrição de seu poder e depois, em relação aos sujeitos individuais. Os bens jurídicos, portanto, funcionam nesta fase como pontos de referência, que estabelecem concretamente os marcos da intervenção. Uma vez estabelecidos democraticamente estes marcos de referência, não por um partido político ou por grupos de qualquer natureza ou origem, mas por um processo de escolha no qual se possa assegurar a participação de todos, aos moldes traçados pela teoria do discurso democrático, será possível identificar o que efetivamente se incrimina.

A segunda série de fundamentos diz respeito ao modo dessa incriminação. Aqui são obedecidos aqueles parâmetros de garantia já indicados na construção dos tipos de delito, isto é, a descrição estrita da conduta incriminada e sua confrontação com os direitos fundamentais. Neste estágio tem lugar a apreciação dialética, conjunta e separada, da tipicidade e da antijuridicidade e sua aferição.

Finalmente, na última série de fundamentos deve-se decidir acerca da extensão da incriminação. Neste ponto é que emerge a questão da imputação objetiva e do desvalor do ato e do desvalor do resultado.

Assim, constituem, no fundo, uma desfiguração da teoria da imputação todas as formulações que se fazem acerca de que, em face da norma determinativa ou proibitiva, se configura um desvalor do ato e, em face da norma valorativa, um desvalor do resultado, com vistas a estabelecer que o conteúdo do injusto está condicionado à *forma* e ao *modo* de execução da ação. Simplesmente, é incabível uma articulação dogmática desses dois aspectos do injusto sem relacioná-los à teoria da imputação. Poder-se-ia perguntar: para que serve afinal o desvalor do ato ou o desvalor do resultado? A doutrina tem sempre a mesma resposta: para poder incriminar tanto a tentativa quanto

o delito consumado, ou para fundamentar o tipo dos delitos culposos. Isto passa necessariamente por uma decisão acerca de se efetivamente o resultado pode ser atribuído ao sujeito ou se a ação se situava dentro ou fora do âmbito do risco permitido ou do alcance do tipo. Veja-se, por exemplo, que os fatos que invariavelmente suscitam essa distinção e que ressaltam a qualidade da execução do injusto, como os casos de erro na execução ou de tentativa inidônea, são efetivamente pontos referenciais da imputação objetiva, normalmente resolvidos pela doutrina no setor do dolo, mas que dizem respeito a soluções que independem de uma indagação subjetiva. Daí ser correto, sob este aspecto, o sistema de JAKOBS ao compor sua teoria do delito como uma teoria da imputação, na qual se situam também as formas do injusto.⁵⁹⁸

Por conseguinte, havendo relação direta entre os princípios da imputação objetiva e a forma de execução do injusto, toda a matéria referente ao desvalor do ato e ao desvalor do resultado perde significado como elemento autônomo de sua configuração, quer dizer, a questão da norma determinativa ou proibitiva, de um lado, e da norma valorativa, de outro, perde a importância que a doutrina tradicional lhe dispensa.

De qualquer modo, tratando-se da matéria dentro do processo de imputação, é preciso estabelecer os paradigmas pelos quais se deve orientar o conteúdo de injusto. Normalmente, como já vimos acima, o que se discute, em primeiro lugar, é acerca da ponderação entre ação e resultado no injusto. Aqui se situam basicamente três posições.

A primeira posição, vinda do finalismo e de seus seguidores mais diretos, como ARMIN KAUFMANN e ZIELINSKI, quer fundar o injusto exclusivamente na formação da vontade do sujeito, de modo que a norma penal extraísse a matéria da proibição da sua decisão antijurídica. Neste caso, a proibição não seria traçada previamente pelo legislador, mas sim, pelo próprio autor do delito. Desde que o agente se imaginasse desde logo no âmbito do injusto, este já se teria iniciado e estaria completamente preenchido. Evidentemente que esta postura, como já afirmamos, é incompatível com um sistema jurídico de caráter democrático, porque o injusto não pode ficar na dependência exclusiva de um ato mágico de esclarecimento, por parte do juiz, acerca do momento em que o sujeito decidiu, segundo suas próprias perspectivas, a se opor à determinação da norma. Uma tal

598. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. AT, p. 167; entendendo também que o desvalor do ato se relaciona diretamente à imputação: MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, p. 67.

postura é basicamente ética e toma a norma de conduta como uma norma de dever. Para essa concepção é absolutamente sem significação a questão da imputação objetiva, porque o resultado é aqui representado como mera condição objetiva de punibilidade.

A outra posição é seguida pelos partidários da teoria causal, que veem o resultado como parte integrante da ação e conseqüentemente como único fundamento do injusto. Se o resultado é elemento da ação, a proibição só pode ser executada sobre uma relação de causalidade precisa, segundo a teoria da condição. Causalidade e resultado constituem, assim, o conteúdo do injusto.

Finalmente, uma posição intermediária, hoje dominante, trata o injusto tanto sob o aspecto da ação quanto do resultado. Esta última variante não está de todo desacertada, apenas carece de uma precisão dogmática.

No momento em que, desvinculando-se da teoria causal, se pretende que o injusto se situe sob uma avaliação incidente sobre a ação e sobre o resultado, descarta-se a ideia de que a incriminação possa resumir-se unicamente à verificação da relação de causalidade entre ação e resultado. Ao condicionar a incriminação à *forma* e ao *modo* da realização do tipo, seus partidários o fazem, porém, exclusivamente, sob o enfoque do juízo de valor normativo, sem se importar acerca do conteúdo desse próprio juízo de valor. Nas duas posturas anteriores, há de certa forma um comprometimento com este conteúdo, por um lado, sobre uma base puramente subjetivista, da decisão individual, de outro, sobre uma base puramente objetiva, de estreitamento causal. Representam elas duas posturas ideológicas bem determinadas, ambas radicais e punitivas: a primeira, fazendo do direito um instrumento de conscientização moral, expresso em um processo de interpretação e decisão judicial; a segunda, calcada na responsabilidade objetiva. Para contornar essas posturas, não basta a consideração de que no conteúdo do injusto desempenham papéis relevantes tanto a ação quanto o resultado, mas demonstrar que a *forma* e o *modo* de incriminação devem corresponder a juízos de adequação e idoneidade, que determinem se eles se situam ou não no âmbito de alcance do tipo e das permissões, bem como se são aptos a produzirem uma lesão ou um perigo concreto de lesão do bem jurídico. Neste contexto, tanto o desvalor do ato quanto o desvalor do resultado devem sua existência ao valor incidente sobre a conduta e sobre o resultado decorrente do juízo de imputação, com vistas à afetação do bem jurídico.

Diversamente do que entende, por exemplo, MARTINEZ

ESCAMILLA,⁵⁹⁹ não se deve fazer derivar a imputação objetiva do sentido que se dê ao injusto, mas exatamente em sentido dialético: o conteúdo do injusto está na dependência de como se trata a questão da imputação e a imputação está vinculada à estrutura da norma criminalizadora, que tem como pressuposto uma conduta performativa, realizada no mundo da vida e capaz de produzir uma alteração sensível no bem jurídico.

Se a questão da imputação é prescindível, porque o que vale é somente a decisão do sujeito, significa que a norma penal está sendo considerada não como uma norma jurídica de conduta, que projete as linhas divisórias entre o lícito e o ilícito, mas sim como uma norma moral de determinação. Por outro lado, se a imputação só se baseia na afirmação da causalidade – a causalidade é de qualquer modo um critério de imputação – o injusto acentua o caráter do desvalor do resultado. Neste caso, a norma está orientada pela produção de efeitos, sendo o injusto consequência de mero juízo de constatação. Contudo, o injusto não pode ser visto apenas como consequência de mero juízo de constatação, porque, então, não seria necessária uma avaliação da incriminação em face dos direitos fundamentais. Bastava que se afirmasse a existência de uma relação de causalidade para convalidá-la. Aqui está o grande defeito de uma concepção puramente causal e mecanicista da realidade jurídica: a constatação da causalidade dá validade, por sua vez, à norma incriminadora. Diante da constante abstração produzida hoje pela doutrina no âmbito da norma penal, deve-se ressaltar que na teoria causal, pelo menos, o processo de validação é perceptível e concreto. Nos seguidores modernos do finalismo, o processo de validação é incerto, porque fica dependente da decisão judicial acerca de uma circunstância que só o sujeito detém, que é o momento exato e a extensão de uma postura absolutamente subjetiva frente ao sistema de valores que se quer preservar. Do mesmo defeito não escapam as teorias funcionalistas, que trabalham o injusto, exclusivamente, sob o aspecto da estabilidade da norma.

A interpretação dos elementos da imputação, sob o pressuposto do alcance do tipo, de um lado e da permissão do risco, de outro, ajusta a incriminação, primeiramente, a um sistema de valores que pode ser questionado e, portanto, não é absoluto; em segundo lugar, ajusta-a às condições reais e objetivas do sujeito, independentemente de sua decisão subjetiva ou de sua intencionalidade. Por sua vez, a vinculação da norma criminalizadora

599. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. (Nota 598), p. 62.

ao modelo de conduta performática, atribuída a uma pessoa deliberativa, no mundo da vida, impede as espiritualizações provocadas pelo legislador em torno de suas concepções morais. As condições reais do sujeito, tomado como pessoa deliberativa, devem ser postas em ligação com a *forma* e o *modo* de execução da ação, bem como com a *forma* e o *modo* como se produziu o resultado. Se a ação concretamente verificada não estiver situada nas condições de execução pressupostas pelo tipo de injusto, este não se constituirá; da mesma forma, quando o resultado se afastar dos limites do risco permitido. Esta mesma necessidade de delimitação da incriminação foi também percebida por MIR PUIG, que a vincula ao critério da previsibilidade, enfatizando que, se “nos delitos de resultado, a efetiva causação deste não basta se não for previsível, seria incoerente admitir que nos delitos de mera atividade bastasse a efetiva realização material da conduta quando não fora previsível que os atos praticados pudessem constituir tal conduta”.⁶⁰⁰ Vê-se, então, que mesmo para aqueles que insistem na diferenciação causal entre delitos de mera atividade e delitos de resultado, é necessário construir os paradigmas da delimitação do injusto, com o fim de diminuir a extensão de seu conteúdo, que não será alcançado simplesmente através da mera objetivação da causalidade e muito menos da finalidade, traduzida na postura ou decisão subjetiva.

Concebida a constituição do injusto sob estes pressupostos, pode-se então diferenciá-lo nas categorias dolosas, culposas e omissivas. Entretanto, diversamente do que propõe o finalismo, a introdução do dolo no tipo não é uma consequência necessária, por força do conceito final de ação, mas como forma de antecipar no injusto todo o momento normativo da total delimitação do poder de punir, ainda que sob a perspectiva de uma conduta performática.

Sob esta maneira de ver o injusto, o tratamento do dolo no tipo e a constituição de tipos culposos e omissivos, em moldes diversos daqueles dos delitos comissivos dolosos, é uma decorrência também de sua função de garantia. Da mesma forma que tipo e antijuridicidade devem estar em uma relação alternativa, de unidade e autonomia, conforme seja necessário reforçar a segurança jurídica, os elementos do dolo podem circular entre o injusto e a culpabilidade, de modo a tornar acessível a ponderação que se deve realizar entre suas espécies – dolo direto e dolo eventual – e seus efeitos em um e em outro setor. Isto também proporcionará como consequência uma humanização da própria culpabilidade, que deixará de ser um juízo

600. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1990, p. 250.

puramente normativo sobre critérios intangíveis para se adequar ao sujeito, subordinando-se aos mesmos limites de garantia do injusto.

Mais adiante, veremos essas consequências, ao tratarmos dos efeitos da estrutura do injusto. Aqui basta-nos a edificação do conteúdo do injusto sob a perspectiva de garantia. Talvez só desta maneira é que será viável a construção de um conteúdo de injusto realmente correspondente ao fim político de proteção do sujeito.

Como a imputação que constrói o injusto não é uma questão pura de tipicidade, mas se estende também a temas de permissão, os mesmos elementos que disciplinam a teoria do alcance do tipo e do risco devem ser avaliados em ambos os setores, igualmente através do método dialético de associação e dissociação. Sobre estas bases será agora possível a elaboração de uma estrutura para a antijuridicidade.

3. A ANTIJURIDICIDADE

Uma conduta só pode ser qualificada de ilícita, não apenas quando se ajustar aos elementos do tipo e aos pressupostos de imputação, mas também quando confrontada com as normas permissivas. Geralmente, fala-se aqui de uma relação de regra e exceção, mas isto corresponde a uma concepção causal e neutra do injusto. A relação que se processa entre as normas de proibição e determinação, de um lado, e as normas permissivas, de outro, compõe a ordem jurídica sob paradigmas de garantia individual e decisões democráticas. Não comporta a ordem jurídica uma relação de regra e exceção, porque simplesmente ambas se encontram subordinadas a preceitos fundamentais de proteção dos direitos do sujeito, inseridos na Constituição e nos acordos e pactos internacionais. A ordem jurídica, portanto, não é um amontoado de normas estáticas, cuja dinâmica se desenvolve dentro do próprio sistema, nem uma ordem moral, que se oriente por valores naturais ou extrajurídicos, mas normas que têm no sujeito sua razão de ser e que estão positivadas para serem concretamente perceptíveis e possam assim desempenhar uma determinada função. Especificamente no âmbito do direito penal, como se trata de normas de conduta pública, implicam, de certa forma, uma disciplina na relação entre sujeito e Estado, de tal modo que este, mediante acordos democraticamente realizados no plano temporal, legisla-as delineando seu campo de atuação.

Nesse processo de interação entre Estado e sujeito, a regra não é a conduta incriminada, mas a liberdade de atuação. Assim, quando se trate de especificar o

conteúdo da antijuridicidade, há que se desdobrar a sua análise em dois planos. Em um primeiro plano, sob a dimensão de uma norma geral de permissão, quer dizer, a norma geral de permissão não é uma norma só, mas engloba todos os preceitos que assegurem os direitos individuais, a partir da estrutura do Estado democrático sobre a base da proteção à pessoa humana. A partir desta dimensão se desenvolvem os objetos não apenas do direito penal, como também, principalmente, do direito constitucional. Por esta dimensão, é possível declarar a invalidade da norma incriminadora, bem como lhe restringir o alcance antes, durante ou depois de sua aplicação. Em um segundo plano, trata-se de decidir concretamente se a conduta que tenha preenchido os elementos do tipo e seus pressupostos no tocante à imputação está, de qualquer modo, autorizada por uma norma expressa ou pelo sistema jurídico. Para retratar com fidelidade este segundo plano, deve-se reparti-lo em três segmentos. O primeiro segmento diz respeito ao método de sua análise. O segundo segmento engloba seus elementos constitutivos. O terceiro segmento, os princípios gerais que informam suas normas particulares e seus efeitos.

(1) OS MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO

Normalmente, as normas que autorizam uma determinada conduta, como aquelas da legítima defesa e do estado de necessidade, por exemplo, são tratadas através de um método negativo de identificação, quer dizer, uma vez não verificada qualquer circunstância que se inclua em seus pressupostos – por exemplo, não reconhecida a legítima defesa ou o estado de necessidade – se afirma a ocorrência do injusto penal.

Esse método negativo de identificação, entretanto, deve ser revisto. O fundamento principal desta revisão reside em duas circunstâncias.

A primeira: se a constituição do tipo de injusto está subordinada a um processo de imputação, em que sua afirmação depende da negativa da aferição relativa à inclusão ou não da ação no alcance do tipo ou no âmbito do risco permitido, a análise das hipóteses configuradoras das causas de justificação, da mesma forma, deve partir de que, em tese, a conduta está autorizada e só deixará de sê-lo, se demonstrada a sua não incidência, isto é, que esta conduta não se inclui nos pressupostos da autorização concedida. Esta primeira circunstância está, assim, deduzida da configuração dos elementos do processo de imputação, que é o mesmo, tanto no tipo quanto na antijuridicidade.

A segunda circunstância deriva do princípio constitucional da presunção