



# <<Nexo de causalidade e imputação objectiva>>.

José Enrique Pierangeli

DIREITO e CIUDADANIA  
Ano V, nº 15, 2002, pp. 23 – 44  
Praia – Cabo Verde

<http://www.cienciaspenales.net>

[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]



## NEXO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI  
*Professor Universitário\**

Texto básico de aula ministrada na Escola Superior da Magistratura, em 4 de Abril de 2001.

**SUMÁRIO:** 1 — Importância do estudo da causalidade. 2 — Teorias acerca do nexos causal: 2a) — teoria da equivalência das condições; 2b) — teoria da causalidade adequada; 2c) — teoria da relevância causal. 3 — Causalidade nas omissões. 3a) — teoria do aliud agere; 3b) — teoria normativa da omissão; 3c) — teoria finalista da omissão. 4 — Causa superveniente. 5 — Teoria da imputação objetiva. 6 — Críticas à teoria da imputação objetiva.

**1 — Importância do estudo da causalidade.** Dentro do estudo do fato típico, a relação causal assume importância capital, pois ela é exatamente o vínculo entre a conduta e o resultado e que irá permitir a conclusão sobre ser a ação do agente o fator determinante do resultado, e, só após essa constatação, se poderá afirmar, ou não, a sua responsabilidade penal.

A causalidade é um problema geral da maior relevância em alguns tipos penais, principalmente nos crimes contra a vida e no de lesões corporais, mas a sua importância, à evidência, não se esgota nestes. Geralmente, a relação causal constitui uma questão prática, de fácil e imediata solução,

---

\*Brasil

mas, às vezes, é capaz de obscuridades e incertezas difíceis de remover, e isso ocorre principalmente em certos crimes de homicídio, de lesões corporais ou de estelionato.<sup>1</sup>

A partir desse momento, surge tarefa se subsumir a conduta manifestada no mundo da realidade na construção abstrata da proibição, ou seja, a tarefa de adequar, objetiva e subjetivamente, a ação ao tipo penal previamente construído. A delimitação dessas atividades tem sido, historicamente, atribuída à causalidade. Não se pense, todavia, que a causalidade é criação do tipo, ou mesmo do direito. A causalidade é algo real, uma categoria do ser e não do pensamento, uma ficção. O tipo, portanto só pode dar-lhe ou retirar-lhe relevância.

A causalidade, como categoria do ser, ou, por outras palavras, vista onticamente, é um processo cego, uma cadeia de causas e efeitos. Célebre ficou na doutrina a expressão de Welzel, de que a causalidade é cega, enquanto a finalidade é vidente, ou, nas palavras do penalista germânico, "actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante casual de los componentes causales existentes em cada caso. Por eso, la finalidad es — dicho em forma gráfica — "vidente", la causalidad, "ciega".<sup>2</sup>

O conceito de causa não é jurídico, e sim da natureza. Causar, no vernáculo, significa motivar, originar, provocar, produzir fenômeno natural que independe de definição. Causalidade, num sentido filosófico, é "condição segundo a qual uma causa produz um efeito (relação de causalidade: "todo fato tem uma causa e as mesmas causas produzem nas mesmas condições, os mesmos efeitos."<sup>3</sup>

No sentido léxico, e também no naturalístico, o conceito de causalidade não oferece grandes dificuldades, mas o conceito filosófico, — e também o fundado na lógica —, em termos de direito penal, peca por exagerada amplitude, pois, como lembra Aníbal Bruno, "as causas distantes, aquela linha causal infinita que relaciona o fato com as suas remotas raízes, escapam à consideração do penalista"<sup>4</sup>. As dificuldades estão reservadas para este.

A causalidade é algo real, é uma "categoria do ser" e não do pensamento, uma ficção. Daí que a causalidade não é criada pelo tipo e nem pelo direito. "La causalidad física, inexoravelmente, forma parte de la constelación

(1) Aníbal Bruno - Direito Penal, parte geral, Rio, ed. Forense, 1959, ps. 305-306.

(2) Hans Welzel - Derecho Penal Aleman, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, ps. 53-54, (tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez).

(3) Pequeno Dicionário enciclopédico Koogan Larousse, Rio, 1980, verbetes "causalidade" e "causar".

(4) Op. cit., ps.307-308.

situacional en que se halla imbricada la conducta humana"<sup>5</sup>. O tipo só pode dar-lhe, ou retirar-lhe, relevância. Controvertida, na doutrina, a posição que devem ocupar o resultado da conduta e o nexo-causal que a une ao resultado.

Como a causa é a energia criadora do resultado, este "sempre advém graças à conjugação de múltiplos elementos, próximos ou remotos."<sup>6</sup> Para alguns autores, entre eles Welzel, o resultado e o nexo de causalidade devem ser considerados em nível pré-típico, enquanto para outros, entre os quais Maurach, devem ser considerados na teoria do tipo. Já tivemos a oportunidade de sustentar que no nível pré-típico, a causalidade e o resultado não são um problema de direito penal, e a doutrina, mais recentemente, tem assinalado que esse problema penal passou a interessar à teoria do tipo.<sup>7</sup> De nada adianta comprovar se uma conduta é típica, quando o mais elementar é indagar se ela causou o resultado.

A resposta positiva ou negativa acerca da causa produtora do resultado, é feita mediante um processo hipotético de eliminação ou de exclusão, formulado pelo professor sueco Thyrén, fundado nos seguintes termos: se mentalmente imaginamos que se uma conduta não existisse, e em tal situação tampouco teria ocorrido o resultado, conclui-se ser a conduta causal desse resultado; inversamente, se imaginamos não existente a conduta, o resultado mesmo sem ela, teria ocorrido, claro está não ser a conduta causa do resultado. Resumindo o pensamento de Thyrén, Fernando Galvão e Rogério Greco escrevem que para se fazer a interpretação do pensamento desse autor, é necessário realizar um exercício mental que consiste no seguinte: "1º) temos de pensar no fato que estudamos como influenciador do resultado; 2º) devemos suprimir mentalmente esse fato da cadeia causal; 3º) se, como consequência dessa supressão mental, o resultado vier a se modificar, é sinal de que o fato suprimido mentalmente deve ser considerado como causa deste resultado"<sup>8</sup>. Esse juízo, nós o formulamos de conformidade com a nossa experiência humana, e com os dados fornecidos pelas ciências naturais. É o conhecimento da causalidade que está na cabeça do juiz, mas esse conhecimento não constitui a causalidade e sim aquele que lhe permite julgar acerca da causalidade. Confundir causa com conheci-

(<sup>5</sup>) Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoría del Delito*, Buenos Aires, ed. Ediar, 1973, p. 124.

(<sup>6</sup>) Basileu Garcia - *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, ed. Max Limonad, 1954, vol.1, tomo I, p. 219.

(<sup>7</sup>) Eugenio Raúl Zaffaroni - José Henrique Pierangeli - *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, São Paulo, ed. RT, 1999, ps. 418-419. Também Johannes Wessels, *Direito Penal*, parte geral, tradução brasileira de Juarez Tavares, Porto Alegre, ed. Sérgio Fabris, 1976, p. 39. Na doutrina nacional, também optando pela solução da inserção na teoria do tipo, v. Fernando de Almeida Pedroso que escreve: "o nexo causal é o elemento do tipo que se insere entre dois outros comportamentos da definição legal do crime, cuja existência pressupõe a ação e o resultado" (*Direito Penal*, (parte geral), estrutura do crime, São Paulo, ed. Leud, 1993, p. 151).

(<sup>8</sup>) Fernando A. N. Galvão da Rocha e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*, Belo Horizonte, ed. Mandamentos, 1999, p. 166.

mento, é o mesmo que confundir o doente com a medicina, o medicamento com o farmacêutico; o edifício com o engenheiro.

2 — **Teorias acerca do nexos-causal.** Para solucionar toda a problemática, diversas teorias foram intentadas objetivando precisar a noção de causa, e estas podem ser agrupadas em três: a) teoria da equivalência das condições, ou da **conditio sine qua non**; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da relevância causal. Vamos examiná-las, concedendo um exame mais aprofundado para a primeira, por ser a adotada pelo nosso Código Penal. Ressaltamos, todavia, que nenhuma dessas teorias se mostra satisfatória, ou, em outras palavras, todas remetem ao **sentido comum**, ao **normal**, etc.

2a) — **Teoria da equivalência das condições.** Esta teoria também é conhecida como teoria da **conditio sine qua non**, consubstanciada no entendimento de que **é causa toda condição negativa ou positiva que intervém na produção do resultado**. Sua origem remonta à concepção filosófica de Stuart Mill e foi criada por Glaser, em 1855, para o direito austríaco, e depois foi introduzida e desenvolvida na jurisprudência dos tribunais alemães por von Buri, em 1860, e, modernamente, é a mais aceita.<sup>9</sup> Esta teoria atribui significação causal até mesmo aos antecedentes distantes, vez que, aplicado o método que se atribui a Thyrén, sem eles não se daria o resultado. A ressalva decorre de estar sua origem desse método em Galileu Galilei, para quem “causa é aquela que uma vez introduzida se segue um efeito e suprimida, o efeito é eliminado”, daí ser conhecido como método lógico **galileuano**. Esta teoria representa um antecedente da moderna teoria da imputação objetiva, na visualização de Rodríguez Mourullo.<sup>10</sup>

Destarte, a teoria assim formulada amplia demasiadamente o alcance da causalidade, posto que estabelece que se toda condição possui um valor equivalente na produção do resultado, todas podem ser consideradas causas do mesmo, sendo impossível distinguir-se entre causa e condições.

Esse entendimento estava enraizado de conhecimentos significativos das ciências naturais, razão pela qual levou a doutrina penal a inúmeras e infrutíferas controvérsias. Binding sustentou que “parece que esta teoria leva, assim, a uma desmedida e absurda extensão do âmbito da causação

(<sup>9</sup>) Edmundo Mezger escreve que “según la teoría dominante, en Derecho Penal es causa que fundamenta la responsabilidad toda condición del resultado concreto. Todas las condiciones del resultado deben ser equivalentes, no sólo en el aspecto causal, sino también en el jurídico; toda condición debe ser considerada como causa (que fundamenta la responsabilidad) del resultado (teoría llamada de la equivalencia o de la condición)” (Tratado de Derecho Penal, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz, 1946, tomo I, p. 222).

(<sup>10</sup>) L. Rodríguez Mourullo - Derecho Penal, parte general, Madri, 1978, ps. 289-305.

humana, e igualmente, à fútil idéia conseqüencial de que todo mundo é culpável de tudo”, e, de modo sério-jocoso, valia-se do exemplo do delito de adultério, para afirmar que não somente deveriam ser castigados a mulher casada e o seu amante, mas também o carpinteiro que fabricou a cama, por encontrar-se todos dentro da cadeia causal.”<sup>11</sup>

A causalidade no sentido naturalístico, e mesmo filosófico, é coisa bem diversa da causalidade no âmbito do Direito Penal. Como observa Wessels, “a causalidade das ciências naturais é uma relação entre dois estados, dos quais um segue o outro pela lei natural. Essa lei da causalidade, — prossegue o professor germânico —, seria inadequada e insuficiente no Direito Penal como princípio (isolado) da imputação do resultado.”<sup>12</sup>

No entanto, o conceito jurídico-penal de “causalidade” é um conceito de relação jurídico-social, que conduz a conteúdos ontológicos e normativos, não sendo, portanto, idêntico nem aos conceitos causais das ciências naturais nem aos filosóficos.”<sup>13</sup> Essa confusão se processava nas teorias clássicas, que admitia a suficiência de um nexo-causal naturalístico para solucionar os problemas de Direito Penal. Assim, para Carrara, bastava uma imputação física, que se traduz num juízo acusatório objetivo: “tu fizeste isso?”<sup>14</sup>

Não obstante, “operou-se com precisão a distinção entre ser causal e ser responsável pela produção do resultado: ambas as categorias não se superpõe. No geral, pode-se afirmar que na causalidade se estabelece um limite mínimo da responsabilidade, mas nem toda causalidade implica, por si só, em responsabilidade”.<sup>15</sup> Como, com Zaffaroni, já assinalamos, “a toda ação corresponde um resultado e ambos estão unidos por um nexo de causalidade. Nexos de causalidade e resultado, embora não façam parte da conduta, acompanham-na como uma sombra”<sup>16</sup>. Isto constitui conseqüência lógica de que o direito penal não pode ignorar que toda conduta leva a um resultado naturalístico, ou seja, altera algo no mundo exterior.

No entanto, o problema jurídico-penal não se encontra nesse ponto, “e sim na forma em que o direito penal releva o resultado e a causalidade para o efeito da proibição legal da conduta. Este — e não outro — é o problema penal, e isto de modo algum pode ser tarefa que se cumpra pré-típicamen-

(<sup>11</sup>) Cfr. in Luis Cousiño Mac Iver - Derecho Penal Chileno, parte general, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, tomo I, p. 358.

(<sup>12</sup>) Johannes Wessels, Direito Penal, parte geral, tradução brasileira de Juarez Tavares, Porto Alegre, ed. Sérgio Fabris, 1976, p. 40.

(<sup>13</sup>) Johannes Wessels, op. cit., p. 40.

(<sup>14</sup>) Francesco Carrara - Programa do Curso de Direito Criminal, parte geral, tradução brasileira de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra, São Paulo, ed. Saraiva, 1956, § 8, p. 42.

(<sup>15</sup>) Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, parte general, Bogotá, ed. Temis-Ilanud, 1984, ps. 94-95.

(<sup>16</sup>) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, Manual cit., p. 418. Não se esquecer que conduta não significa um atuar livre.

te, mas é uma questão que recentemente passou a interessar à teoria do tipo".<sup>17</sup>

Com essa vinculação da causalidade à teoria do tipo, passou-se a estabelecer limites à amplitude exagerada que um conceito naturalista cria. Para o direito penal — e, obviamente, também para o nosso Código —, não basta a *imputatio facti*, com se compraz a teoria naturalista e a lógica, mas exigível é a *imputatio júris* "que tem na tipicidade o seu primeiro momento, pois uma conduta só adquire relevância jurídico-penal quando adequada a um tipo, limita a incidência do princípio da *conditio sine qua non*, ao qualificar juridicamente a ação ou omissão."<sup>18</sup>

Com o advento do finalismo, desaparece também a discussão sobre solucionar-se os problemas de um conceito de exagerada amplitude do nexocausal no campo da culpabilidade, pois, a culpabilidade que serviria de obstáculo — dolo ou culpa —, formam o tipo subjetivo. Por conseguinte, modernamente, a solução é encontrável na teoria do tipo, qualquer que seja o enfoque que se lhe dê. Esse limite, que na doutrina conhece-se por "corretivo da culpabilidade", assinala que a catalogação de determinado comportamento como causal, não significava ainda atribuir uma responsabilidade penal. Esta necessitava do dolo e da culpa, daí entrar em consideração fator da previsibilidade pessoal da pessoa".<sup>19</sup>

O nosso Código Penal vigente, como já assinalado, optou pela teoria da equivalência das condições, reprisando a legislação ab-rogada. Diz o artigo 13: **Relação de causalidade.** O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". **Superveniência de causa independente.** § 1º. 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."

(17) *Idem*, *ibidem*, p. 419: "Assim, no caso do homicídio, o que à nossa ciência interessa investigar é que o tipo, para considerar proibida uma conduta como típica de homicídio, requer que se tenha produzido o resultado morte da vítima, como termo de uma relação causal iniciada pela exteriorização da conduta homicida do autor. A causalidade e o resultado, em seu ser - como integrante do *pragma* -, não são um problema jurídico e sim físico" (acrescentamos que a palavra *pragma*, de origem grega, significa o "procurando no procurar", a ação que inclui o que por ela foi alcançado).

(18) José Frederico Marques - *Tratado de Direito Penal, - da infração penal -*, São Paulo, ed. Saraiva, 1965, ps.82-83.

(19) Elena Larrauri - *La imputación objetiva* (com Juan Bustos Ramírez), Bogotá, ed. Temis, 1989, ps. 52-53. No entanto, este entendimento tropeçava em quatro obstáculos, que a autora assim resume: a) - os delitos qualificados pelo resultado, nos quais não seriam necessários nem o dolo e nem a culpa; b) - desnaturalização das funções atribuídas à tipicidade, que deixaria de formular um juízo indiciário de antijuridicidade; c) - fracasso nos processos causais anormais, onde o agente atua com dolo, mas o resultado decorre de acontecimento causal imprevisível; d) - a classificação como injusto de determinados comportamentos que possibilita, por si só, a imposição de medidas de segurança, que exsurtem como inadequadas quando a pessoa tenha atuado sem dolo e sem culpa (ps. 53-54).

Nélson Hungria, defendendo a opção do Código anterior, escreveu: "A teoria em questão (da equivalência) é a preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema. À pergunta — **quando a ação ou omissão é causa do resultado?**, ela responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida **in mente** ("processo de eliminação hipotética", na frase de Thyrén), o resultado **in concreto** não teria ocorrido."<sup>20</sup>

Realmente, na angulação de Hungria, a adoção da teoria da equivalência das condições se justificaria pelo seu conteúdo prático, cujos excessos seriam compensados pela culpabilidade, vista esta dentro da concepção causalista da ação, porquanto, para os finalistas, a solução preconizada seria encontrada no tipo subjetivo, para onde foram trasladados o dolo e a culpa. Só dessa forma se pode impedir a exagerada amplidão que assume essa teoria, posto que "no se interrumpe ni por las deficiencias fisiológicas de la víctima, ni por la intervención de otras conductas e incluso de acaecimiento fortuitos, no previsibles, pretendiendo sus defensores, sin conseguirlo, corregir estos excesos acudiendo al elemento de la culpabilidad".<sup>21</sup>

Mesmo considerando as dificuldades que cria, a teoria da equivalência é a mais aceita e defendida pelos doutrinadores, e inserida nos corpos das várias legislações. E para sua aceitação, basta atender-se as ponderações de Assis Toledo, que se apóia na advertência de Baumann: "Se, todavia, aceitarmos a idéia de que, na esfera jurídica, trabalhamos com conceitos jurídicos, ainda quando elaborados sob influência de concepções construídas em outras áreas, não será difícil aceitar a advertência de Baumann, para evitar interpretações errôneas, de que, quando falamos em problemas da causalidade, queremos significar "somente a relação existente entre a ação e o resultado típico". Isso revela, com efeito, que o direito reconstrói a noção de causalidade que lhe é oferecida pelas outras ciências e a amplia ou limita, sem violentar, o *id quod plerumque accidit* para ajustá-la às suas próprias exigências."<sup>22</sup>

**2b) — teoria da causalidade adequada.** A formulação desta teoria é atribuída a von Kries, e exposta por von Bar, Massari, e, com algumas variações, por Antolisei e Grispigni. Esta teoria, que também é conhecida como teoria da causalidade típica, surgiu com a finalidade de eliminar os excessos próprios da teoria da equivalência no âmbito dos delitos qualificados pelo

(20) Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, ed. Revista Forense, 1955, vol.1, tomo 2º, p. 63.

(21) José María Luzon Cuesta, Compendio de Derecho Penal, parte general, Madri, ed. Dykinson, 1994, p. 81.

(22) Francisco de Assis Toledo - Princípios Fundamentais de Direito Penal, São Paulo, ed. Saraiva, 1994, p. 112.



resultado. Causa, para esta teoria, é a **condição em geral idônea ou adequada a determinar o fenômeno**. Para esta teoria, nem toda condição é causa num sentido de direito penal, mas somente aquelas que, **de acordo com a experiência geral, habitualmente produzem o resultado**. Com essa função de reduzir o âmbito do conceito de causa, — o que importa uma restrição — das condutas puníveis em um momento anterior ao da tipicidade subjetiva (culpabilidade, na doutrina tradicional). Destarte, de acordo com a teoria da causalidade adequada, das múltiplas condições intervenientes num acontecimento, só merece a consideração de causa a condição que, conforme a experiência, é adequada para produzir o resultado típico.<sup>23</sup> Em resumo, para esta teoria, causa é a condição que se apresenta como a mais adequada a produzir o resultado.

Conseqüentemente, tal como efetivamente procuram os seus formuladores e adeptos, afasta-se de plano a idéia de equivalência de condições. “Dentre as diversas forças que condicionam o resultado, destaca-se como causa a condição que, segundo a experiência comum e o julgamento normal dos homens, se mostra mais apta a determinar um resultado da natureza daquele que ocorreu. Essa é a causalidade típica ou adequada, que se opõe à causalidade não adequada ou fortuita, que só por acidente pode relacionar o ato com o resultado.”<sup>24</sup>

Então, para se entender a causalidade adequada, torna-se necessário partir do princípio de que a conduta do homem deve ser proporcional ou adequada ao resultado, o que significa que não se lhe pode atribuir os resultados decorrentes de sua conduta que não fossem previsíveis, ou excepcionais ou atípicos. “O juízo sobre a adequação da causa efetua-se mediante um procedimento que se designa como de “prognóstico póstumo”, em relação com o momento em que a causa se posicionava entre as condições e se podia valorar o previsível ou normal do resultado. Trata-se de uma valoração através de um juízo *ex ante* e não *ex post*.”<sup>25</sup>

Muito embora esta teoria, ao lado da adotada pelo nosso Código, seja das mais prestigiadas, também recebe críticas que, na realidade, algumas se justificam. A primeira dessas objeções, está em que ela ultrapassa as lindes da causalidade, penetrando no terreno da responsabilidade penal, por valer-se do critério da previsibilidade. Outra crítica é formulada por Massimo Punzo, para quem “não se compreende realmente por que não se deve ter como causado pela ação humana um resultado, que, de fato, se verificou,

(<sup>23</sup>) Nesse sentido, v. Elena Larrauri, *op.cit.*, p. 55.

(<sup>24</sup>) Aníbal Bruno, *Direito Penal cit.*, p. 310.

(<sup>25</sup>) Augusto J. Ibañez Guzman, *Apuntes Derecho Penal, parte general*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, edición Imprenta Nacional, 1991, p. 123.

somente porque aquela ação não é geralmente idônea a produzi-lo. O havê-lo produzido é mais que suficiente para dizer que a conduta é causal."<sup>26</sup>

A teoria, efetivamente, não pode superar essas críticas, principalmente a de que, a condição de causa depende de nossa experiência, da experiência geral, e com essa providência pode eliminar os nexos causais que ela estima não adequados e que, segundo a experiência geral, seus resultados também são produzidos por nexos causais inadequados. Ademais, para a determinação que afirmam existir, mas que ninguém jamais viu. Uma ficção, portanto.

2c) — Teoria da relevância causal. Esta teoria, que tem em M.L. Muller, e, principalmente em Mezger, os seus principais representantes, opõe-se terminantemente à teoria da causalidade adequada. Mezger realça que "en los casos que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal e relevante, es decir, importante jurídicamente (teoría de la relevancia)."<sup>27</sup>

A teoria da relevância admite a teoria da equivalência como a única correta ao partir de um ponto de vista causal, procurando conseguir-lhe a necessária congruência entre a causalidade natural e a causalidade jurídica, aceitando que o direito não pode elaborar um conceito próprio de causa afastado das concepções da ciências naturais, e que não se pode afirmar que todas as causas intervenientes na causação do resultado sejam juridicamente equivalentes.

A teoria, portanto, não nega o seu caráter causal, mas objeta ser este o único critério sobre o qual deva alicerçar-se a responsabilidade penal; contrariamente, deve-se ter em consideração àqueles processos causais relevantes. Daí que se pode extrair três requisitos da teoria da relevância causal: a) o nexo causal (determinado de conformidade com a teoria da equivalência) entre a ação e o resultado; b) a relevância deste nexo causal; c) culpabilidade do agente, quando necessário determiná-la.

É interessante ressaltar que, de acordo com esta teoria, para se determinar a relevância deve-se acolher a adequação assim considerada pela teoria da relevância adequada, dado que leva a crítica afirmar que se trata de uma teoria da relevância com nova roupagem.

Seria relevante aquilo que, no geral, é apropriado para a produção do

(<sup>26</sup>) Il problema della causalità materiale, 1951, p. 18, apud E. Magalhães Noronha, Direito Penal, São Paulo, ed. Saraiva, 1978, vol. 1, p. 128.

(<sup>27</sup>) Edmundo Mezger, op.cit., tomo 1, ps. 237-238. O autor assinala que a punibilidade do resultado depende, na realidade, de três pressupostos: "1. de la conexión causal del acto de voluntad con el resultado; 2. de la relevancia jurídica de dicha conexión, y 3. de la culpabilidad del sujeto. También en los casos en los que la ley no exige la culpabilidad procede siempre examinar especialmente, además de la conexión causal, la relevancia jurídica de la misma" (ps.238-239).

resultado. Acresce salientar que o caráter de adequação deve ajustar-se ao tipo penal, e este indicará quais ações são relevantes (adequadas) para afetar o bem juridicamente tutelado. Inegável a sua engenhosidade, permitindo estabelecer-se uma clara distinção entre os dois planos onde se desenvolve a discussão: no plano causal, aceita a teoria da equivalência, e, no plano jurídico, estabelece que os critérios normativos são os que permitem agregar determinadas ações causais a um tipo penal. Com isso, também se aproxima a teoria da causa típica, de Beling, mas para esta, a problemática é apenas de **subsunção**, ou seja, uma questão de adequação.

Essa engenhosidade não é suficiente para mascarar os seus defeitos, razão da pouca acolhida da teoria da relevância. Gimbernat Ordeig assinala que "Mezger se limita a decir, em definitiva, que las condiciones inadecuadas del resultado no son relevantes porque no lo son".<sup>28</sup> Não obstante as críticas recebidas, esta teoria reúne o mérito de se propor a decidir acerca da vinculação entre a ação e o resultado sobre base de critérios de imputação, que são derivados do conceito do ilícito penal, cujos critérios, de elaboração recente, dão lugar à teoria da imputação objetiva.<sup>29</sup>

**3 — Causalidade nas omissões.** A relação de causalidade nas omissões, no seu aspecto ontológico, apresenta características próprias que as diferenciam da relação de causalidade até aqui estudadas, que se relacionam com os delitos cometidos mediante comissão. Se examinarmos a omissão a partir de uma base ontológica, como fizemos no estudo da causalidade nos delitos por ação, vamos ver que a discussão fica sem sentido, Isto decorre de que, na omissão, a **evitação equivale à causação**, mas esse equivale não é o mesmo que igual, razão pela qual não se deve confundir os dois conceitos, distinção que se estabelece claramente na lógica formal. Aníbal Bruno salienta que "a omissão é causal em relação ao resultado quando, se o omitente tivesse praticado a ação omitida, o resultado não teria ocorrido, isto é, dentro do raciocínio fundamental da **conditio sine qua non**, quando não se possa conceber como realizada a ação omitida sem que desde logo desapareça o resultado".<sup>30</sup> Daí que a omissão, estruturada no plano da tipicidade e não no da ação, apresenta algumas dificuldades que impedem a aceitação da solução simples e fácil da teoria da equivalência das condições.

Uma abstenção deve ligar-se causalmente com um determinado efeito,

(28) Enrique Gimbernat Ordeig - Delitos calificados por el resultado, Madri, ed. Reus, 1966, ps. 66-68.

(29) V. Enrique Bacigalupo, Manual cit., p. 99.

(30) Op. cit., vol. I, tomo 1º, p. 320.

e esse efeito consiste, na realidade, uma mutação de um estado de coisas no mundo da natureza, ou seja, no mundo exterior. Essa omissão não significa sempre uma inamobilidade ou uma inação individual, pois, o autor pode encontrar-se em pleno dinamismo. A conduta omissiva está relacionada a uma eventual causação do efeito. Destarte, se o efeito caracteriza-se pela conservação do estado de coisas, ou seja, permanece como antes se encontrava, temos a chamada **omissão própria**.

Cousiño Mac Iver, de saudosa memória, assinalou que “los ius-penalistas del pasado siglo no se preocuparon mayormente de la relación causal en los delitos propios de omisión, puesto que en ellos, al igual que en los de mera actividad, no divisaban la producción de un resultado material. Por eso detuvieron su atención en los delitos de omisión impropia, tratando de encontrar un vínculo entre el no hacer y la modificación externa sobrevenida”... “ya que, desde un punto de vista naturalístico, no les era posible admitir que la nada pudiera engendrar algo, lo que expresaron en la máxima latina: *ex nihilo nihil fit*.”<sup>31</sup>

Os crimes omissivos classificam-se, como já observado, em próprios e impróprios, estes também chamados de comissivos por omissão. Os primeiros são crimes de mera conduta (ex. a omissão de socorro, art. 135 CP) e os segundos constituem crimes classificados como de resultado, como o homicídio praticado pela mãe que deixa de administrar alimentação ao filho, evidente que fora do estado puerperal, hipótese que seria de infanticídio.

Três são as correntes doutrinárias modernas que fornecem uma fundamentação das omissões, numa vinculação com o problema da causalidade: a) teoria do *aliud agere*; b) teoria normativa da omissão; c) teoria finalista da omissão. Ainda que de modo sucinto, vamos conceder-lhes a nossa atenção.

a) — teoria do *aliud agere*. Esta teoria foi formulada por Luden, no século passado e foi acolhida nos primeiros momentos com grande entusiasmo, posto que, assim se pensava, solucionava o insolúvel problema das omissões impróprias, vinculando causalmente uma ação inexistente com um resultado material, real e efetivo, desencadeado no mundo da realidade. Consoante esta teoria, o núcleo das omissões não está, propriamente, na inatividade e sim na ação que desenvolve, inversa daquela que lhe corresponde realizar para evitar o resultado danoso, ou seja, o *aliud agere* (no vernáculo, o outro atuar, atuar inversamente). Esse outro atuar, ou *aliud agere*, para esta teoria é esperado pelo direito, ou, em outras palavras, o direito espera do omitente uma outra conduta. Mezger, tido como o maior

<sup>(31)</sup> Derecho Pernal Chileno cit., 1/378.

defensor dessa teoria, a ponto da doutrina relacioná-la a ele, diz que "lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor há omitido realizar. Porque no ha realizado esta acción que se esperaba de él es por lo que es punible, en tanto dicha acción pueda exigirsele. Y como quiera que solo "la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta totalmente correcta la idea de que la omisión sólo puede ser fundamentada "desde fuera (externa, normativamente)" y que, por tanto "no el omitente, sino el que juzga, da realmente vida a la omisión"<sup>32</sup> E aí reside um dos defeitos fundamentais da teoria, talvez até o principal.

O direito não espera por determinadas condutas ele as ordena, sob a abstrata ameaça de uma pena. Tanto ordena que o agente se abstenha de uma conduta, como ordena que o omitente atue.

b) — **teoria normativa da omissão.** Esta teoria sustenta que as omissões só podem estruturar-se dentro do âmbito do injusto, posto que não se caracterizam pelo simples não fazer, mas sim por não fazer algo, algo que, hipoteticamente, deveria realizar-se e está inserido na norma imperativa inserida nos tipos penais. Vista, portanto, tal afirmação sem maior profundidade, é de se pensar que se trata de uma teoria vazia, ingênua até, porque esse comando de não fazer algo, também o encontramos na comissão: não fazer algo que a lei proíbe.

Bettiol encontra um dado material, um certo fisicismo, não na realidade e percepção da inação, e sim na sua relação com uma exigência, com uma norma que impõe ao indivíduo uma obrigação de atuar. Nas suas palavras textuais, "se a omissão se extravasa num comportamento diverso daquele que se devia ter, é sempre exato que a natureza da omissão não pode ser entendida apenas num plano normativo, em contato com a exigência de uma norma jurídica. E é assim que, também a propósito da causalidade, o problema da omissão deverá ser resolvido normativamente no sentido de que tanto uma omissão deve ser considerada como portadora de uma eficácia causal, quanto o omitente tinha o **dever jurídico** de atuar para impedir a causação de um evento lesivo."<sup>33</sup>

Bettiol, complementando sua fundamentação, transcreve manifestação de Antolisei, que no texto aparece assim traduzida: Antolisei, que faz referência particular a este dispositivo, adverte que a causalidade pode relacionar-se também com a omissão, já que o homem que conhece o curso dos

(<sup>32</sup>) Edmundo Mezger, op.cit., 1/ 283. O autor, conquanto reconheça a indispensabilidade da exigência do direito, e que a omissão só pode ser exigível normativamente, coerente com a doutrina moderna, peca, como assinalado em estabelecer o *aliud agere*, pois, a imperatividade do Direito Penal obriga que se coloque a problemática em outros termos: exigibilidade de outra conduta, esta comissiva.

(<sup>33</sup>) Giuseppe Bettiol - Direito Penal, tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, ed. R.T., 1966, vol. I, p. 313.

acontecimentos pode intencionalmente permanecer inerte para facilitar e permitir desta forma que um evento temido se verifique por obra de coeficientes causais a ele estranhos. Do ponto de vista da causalidade humana exclusiva, não há nada que contraste com a possibilidade de atribuir também à omissão um valor etiológico. Naturalisticamente falando, não se deve fazer nenhuma diferença a respeito do problema da causalidade entre ação e omissão.<sup>34</sup> Por conseguinte, a verdadeira essência da omissão encontra-se justamente em não ter o indivíduo atuado de uma determinada maneira, no fato de não ter ocorrido uma determinada ação.

Como se constata, o fulcro da teoria está não na consideração da omissão em si, na realidade existencial, mas na consideração da ação esperada, da ação devida, ou na ação exigida imperativamente pela norma penal, que resulta não cumprida. Como observa Cousiño, "em lugar de contemplar a cara de la omisión, se observa la cara de la acción que no se realizó, no obstante ser exigida por el orden jurídico."<sup>35</sup>

Soler, examinando o tema, escreve: "La teoría de la causalidad en la omisión se circunscribe totalmente a la dilucidación de dos aspectos: 1º, el acto esperado; 2º, el acto debido. Los actos esperados que habrían evitado la producción de un evento son infinitos y, en consecuencia, la consideración exclusiva del aspecto objetivo de este problema conduciría a una hipertrofia de la responsabilidad. El límite para la imputación está señalado por esta pregunta: cuando el orden jurídico impone a un individuo el deber de evitar un resultado, bajo la amenaza de imputarle ese resultado como se fuera obra suya? La mera abstención (causal) se transforma en omisión (causal) y punible cuando el acto que habría evitado el resultado era jurídicamente exigible."<sup>36</sup>

Da manifestação do penalista argentino se retira que qualquer teoria normativa da omissão, tem sua problemática de relação causal em sua própria sede, para desaguar numa análise da relevância na tipicidade, ou, como conclui Cousiño, a relação causal na omissão "é questão prévia e necessária para a análise do problema causal, dentro da área da teoria normativa, o estabelecimento da relação causa-efeito no sentido empírico da *conditio sine qua non*."<sup>37</sup>

c) — **teoria finalista da omissão.** Pode-se afirmar que Welzel e Armin Kaufmann não se distanciam fundamentalmente da teoria normativa da omissão, e, conseqüentemente, não levam o problema da causalidade nas omissões para um plano ontológico, posicionando-o dentro do injusto. Welzel, depois de ressaltar que ter a teoria do delito se alicerçado, exclusi-

(34) Bettiol, op. cit, vol. I, p. 313.

(35) Luis Cousiño Mac Iver, op. cit., I/ 390.

(36) Sebastián Soler - Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945, tomo I, ps. 340-341.

(37) Luis Cousiño Mac Iver, op.cit., I/ 390.

vamente, por largo período nos crimes comissivos, e ter o delito omissivo próprio só recentemente alcançado maior importância prática e ser o delito de omissão imprópria considerado como um caso especial de delito por comissão, escreve: "Sem embargo, ellos (los principios) no pueden ser transferidos sin reparos al delito de omisión, pues la omisión precisamente no es una acción. Bajo el elemento común a ambos conceptos del "poder final del hecho", acción y omisión se comportan como A y no A. A la omisión le falta la realización de la acción. Por ello, al aplicar al delito de omisión las reglas desarrolladas en relación al delito de comisión, tienen que "invertirse", por lo decirlo así, "los signos".<sup>38</sup> O que caracteriza, pois, o delito omissivo próprio é a não execução de uma ação que tenha por finalidade alcançar o fim estabelecido no mandato, ou, por outras palavras, deixar de atuar com o fim de satisfazer o dever que lhe é imposto por sua situação de garantidor.

Welzel aceita a afirmação de Radbruch no sentido de que a ação e a omissão se comportam entre si como A e A, mas sustenta que não existe uma omissão em si (*en sich*), visto ser ela constituída pela omissão de uma ação perfeitamente possível de ser realizada pelo omitente, razão pela qual fica submetida do domínio final do fato, ou seja, à finalidade potencial da pessoa.

A concepção de Welzel, portanto, leva à conclusão de que a omissão é a não realização, por um ser humano, de uma finalidade potencial, possível, de uma ação determinada, concretamente exigível.

Em resumo, Welzel busca o fundamento da omissão não no agir diversamente (*aliud agere*), e sim numa *possibilis agere*, um atuar possível, premissa que permite concluir que o autor do fato omissivo estava potencialmente em condições de realizar a ação final exigível, e que, não obstante, não a realizou. Esse entendimento foi, depois, esposado por Armin Kaufman: "O problema causal da omissão é, em verdade, um problema da causalidade potencial da ação voluntária pensada e omitida, enquanto que na ação, o problema causal concerne a ela própria. O domínio final sobre o fato refere-se ao atuar positivo, a ele mesmo, enquanto que na omissão, contrariamente, não se refere à omissão, e sim à ação ausente."<sup>39</sup>

A principal crítica que se faz a essa teoria, é de que ela nada acrescentou à teoria da equivalência, porque esta também estabelece uma causalidade potencial em relação ao autor, constituído pelo vínculo que une os dados do nosso conhecimento.

<sup>(38)</sup> Hans Welzel - Derecho Penal Alemán, parte general, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tradução espanhola de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, 1976, p. 280.

<sup>(39)</sup> Armin Kaufman - Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, p. 87. Texto extraído pelo autor, da obra de Luis Cousiño Mac Iver, Derecho Penal cit., 1/ 391.

4 — **Causa superveniente.** O parágrafo 1º, do artigo 13, cuida da superveniência causal relativamente independente, estabelecendo: “§ 1º. 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”. O Código vigente reproduziu integralmente o que dispunha a legislação ab-rogada, e permite concluir-se que se a causa for relativamente independente, excluirá a imputação, permitindo, no entanto, a punição pelo **resíduo**. Por outras palavras, verificado que o evento deveu-se a uma causa relativamente independente, o agente só será punido pelo resultado a que deu causa. Num raciocínio **in contrario**, se a causa não for relativamente independente, será responsável pelo resultado que à sua conduta está ligado.

Aníbal Bruno afirma que “por si só não quer dizer independente da concorrência de qualquer outra condição, o que seria negar a realidade das coisas, tão bem expressa no princípio da equivalência das condições. Quer dizer apenas de maneira independente do fato do primeiro agente. E essa independência mesma há de ser apenas relativa. Na realidade, a causa superveniente de que trata o citado parágrafo insere-se na linha de causalidade provocada pela ação ou omissão do sujeito; apenas dá nova direção ao curso dos acontecimentos e com isso atua como se inaugurasse outra corrente causal, que por si só conduz ao resultado.”<sup>40</sup> Trata-se, pois, na realidade de uma segunda causa, superveniente, que se apresenta inteiramente independente da primeira, “impede o fluxo do nexa causal entre a conduta (...) e o resultado”.<sup>41</sup> Em perfeita síntese, escreve Fernando de Almeida Pedroso que “na superveniência relativamente independente, dessarte, desponta causa que estampa autonomia causal, embora vinculada aos acontecimentos anteriores.”<sup>42</sup>

Muito embora tenha sido escrita numa apreciação ao malsinado Código Penal de 1969, que também previa a disposição em estudo, a manifestação de Basileu Garcia merece ser transcrita e meditada: “O advérbio “relativamente” entra em choque com “por si só”, que aparece logo adiante. A causa (ou condição) que por si só produz o resultado, se o produz por si só, não

(<sup>40</sup>) Aníbal Bruno, *op.cit.* vol.I, tomo I, p. 322. Este autor complementa a sua exposição com o conhecido exemplo do acidentado que, levado numa ambulância para o hospital, e que vem a morrer em decorrência de uma colisão entre a ambulância e o outro veículo. “A colisão encontra-se na série causal determinada pelo fato do agente, mas não coopera com este para o desenlace; inicia outra corrente de causalidade e de maneira por assim dizer autônoma, como se fosse por si só, produz o resultado” (ps.322-323).

(<sup>41</sup>) Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal, parte geral*, São Paulo, Editora Atlas, 1995, p. 111.

(<sup>42</sup>) *Op. cit.*, p. 165. Este autor, complementando a sua exposição, escreve: “Se a causa superveniente seguir, dentro do desdobramento, uma linha racional, lógica e coerente, colocando-se em uniformidade com a seqüência dos fatos, não constituirá ela uma causa relativamente independente, mantendo, por conseguinte, a causalidade anteriormente verificada” (p. 165).



pode estar associada a conduta do agente. E entretanto, está associada, porque é uma causa relativamente independente da conduta. Independência relativa é, ainda, dependência.<sup>43</sup>

A doutrina tem proporcionado caminhos para a solução dos problemas que possam surgir concretamente. Assim, se estiver a causa fora do desdobramento físico normal, necessário, o agente não pode ser responsabilizado pelo evento; se ela estiver dentro desse desdobramento necessário, o agente é responsável pelo resultado. O importante é sempre se ter em conta que cada caso é um caso, e as diretrizes apontadas pela doutrina, refletidas na jurisprudência, servem para a solução do problema emergente. O bom senso e a natureza das coisas, sempre servirão de complemento para as linhas doutrinárias.<sup>44</sup>

5 — Teoria da imputação objetiva. Esta teoria que também é conhecida como teoria da imputação objetiva do resultado da ação<sup>45</sup>, surgiu com a finalidade de solucionar problemas que as outras teorias da causalidade não resolvem. Todavia, seu desenvolvimento da levou-a caminhar em várias direções, de sorte que, atualmente, não se pode falar numa única teoria de imputação objetiva, mas de teorias de imputação objetiva, tantas são as direções em que se fundamentam. Verdade é que, não existe uma teoria de imputação objetiva voltada numa única direção, unívoca, um critério único que procure resolver todos os problemas da imputabilidade.

Zaffaroni, no seu mais recente trabalho, realça a confusão reinante em torno do alcance da expressão imputação objetiva, e mesmo dessa teoria, decorrência de que, em algum momento da discussão, os autores parecem ter se esquecido que ninguém pode negar que a as sérias dificuldades que afligem a imputação são problemas de tipicidade objetiva, e que, com esse ou outro nome, sempre se busca delimitar o âmbito da responsabilidade.

Considerando as teorias existentes insuficientes para tão árdua missão, e tendo em consideração a discussão que envolvia essas várias teorias, em especial as já apontadas, as da equivalência e da adequação, Honig,

<sup>(43)</sup> Basileu Garcia, em torno do novo código penal (artigo), in R.T. 425/257.

<sup>(44)</sup> Carlos Fontan Balestra nos fornece um magnífico exemplo de causa relativamente independente. Uma pessoa deve viajar de avião para o exterior, mas a lesão que lhe produz a imprudência de um automobilista, o impede de fazê-lo na data aprazada. Embarca no dia seguinte e o avião cai, perecendo o viajante. Não se pode negar que, afastada a lesão sofrida anteriormente, não teria ocorrido a morte no desastre aviatório, mas este resultado coloca-se fora do desenvolvimento do curso causal (El elemento subjetivo del delito, Buenos Aires, ed. Depalma, 1957, p. 51). Este mesmo autor formula um outro exemplo muito interessante: Suponha-se que A envia B para cumprir uma missão em determinado lugar, que alcança antes de ocorrer uma explosão que o mata. Sem dúvida, diz o mestre argentino, existe um nexo de causalidade material, porque se não houvesse sido B enviado, a morte não teria se produzido. "Pero, desde luego que a nadie se le ocurriría sostener que por eso A sería responsable de homicidio en perjuicio de B" (Derecho Penal, introducción y parte general, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 9ª. edición, 1976, p. 221).

<sup>(45)</sup> Johannes Wessels, op. cit., p. 44.

num trabalho denominado *Kausalität und objektive Zurechnung*, publicado em 1930, no tomo I, ps. 174-201, do Livro-homenagem a Reinhard von Frank, expôs uma série de idéias numa tentativa de fixar aquelas que deveriam ser seguidas para melhor fundamentar o sistema do direito penal. Seu ponto de partida, foi, exatamente as teorias da causalidade, muito especialmente, as da equivalência e da adequação. Impossível, nos parece, tivesse Honig deixado de examinar, até com profundidade, talvez até influenciar-se pelas concepções de von Liszt, tendo em vista a sua notória significação durante toda a metade do século passado, e que, em muitos aspectos, ainda hoje aparece em determinadas legislações.

De qualquer maneira, toda teoria do delito era construída sobre a conduta e esta estava, basicamente, alicerçada na causalidade. Contudo, tanto para o positivismo (do qual foi Liszt um de seus maiores expoentes), com a teoria naturalista da ação causal, como para o neokantismo eclético, e sua teoria valorativa da ação causal, a causalidade tem sua explicação nas ciências naturais, e, como consequência, disso decorre uma relação indispensável entre um antecedente e um conseqüente. "De ahí que con razón se ha señalado que la única fórmula correcta desde esta perspectiva, pues no incorpora elementos ajenos a las ciencias naturales, es la teoría de la equivalencia de las condiciones. Pero con ello todo pasa a ser causal y se amplía enormemente el fundamento de la teoría del delito, la acción y, por tanto, consiguientemente todo pasa a ser (delictivo o) injusto."<sup>46</sup>

Competia, pois, aos juristas buscar modos de correção da postura até então existente, e posicionar devidamente a causalidade dentro da teoria do delito. Dentro desse movimento, de se realçar os esforços de vários movimentos, principalmente o teleologismo e a teoria finalista da ação. Conseqüentemente, não pode causar qualquer estupefação ou estranheza, a aceitação e maior divulgação dada à teoria pelos autores finalistas.

O teleologismo, com Richard Honig, assinalou que o processo causal não poderia ser considerado como uma realidade natural, e sim como um processo dotado de sentido, visto participar de um sistema normativo. Assim, o resultado não poderia ser considerado simplesmente como produto necessário de um antecedente determinado, mas como consequência desse objetivo: "Imputable es por eso aquel resultado, que puede ser pensado como puesto conforme al fin".<sup>47</sup> Como se observa, o teleologismo de Honig

(46) Juan Bustos Ramírez - La imputación objetiva (com Elena Larrauri) ci., p. 4.

(47) Cfr. in Juan Bustos Ramírez, op. cit., p. 4. O professor chileno, em seguida, reproduz a lição de Larenz: "La imputación como juicio sobre el hecho no es por eso uno causal, sino um juicio teleológico. Solo que el concepto de fin no tiene que comprenderse subjetivamente, sino objetivamente..." (Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, Scientia Verlag Aalen, 1970, p. 68, apud Juan Busto Ramirez, op. cit., p. 4).

se apartava dos componentes naturalistas com os quais compraziam as várias teorias, vendo sempre a causalidade como uma relação física de causa e efeito, e introduziam elementos valorativos ou subjetivos. Como salienta Roxin, a partir de Honig, “a questão jurídica fundamental não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados. A alteração de perspectiva que aqui se leva a cabo, da causalidade para a imputação, faz com que o centro de gravidade se desloque, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa.”<sup>48</sup>

A modificação era significativa, um “vôo radical”, pois tratava-se de um critério de imputação e não de mera causalidade, e esse critério só se poderia encontrar no sistema normativo, com referência à pessoa humana na sua atividade, na sua conduta voluntária e finalista.

Posicionamento aproximado nós encontramos na teoria finalista da ação. Nesta, a causalidade também não é vista como uma soma de elementos de causa e efeito. Como o sistema jurídico refere-se a pessoas e para estas é criado, as pessoas imprimem seu sinal, sua marca, na sua atividade. Daí estar a conduta dotada da capacidade de reflexão, de ponderação da pessoa na diretriz que imprime ao seu atuar. A ação, portanto, é dirigida com esse fim objetivo e para imprimir essa direção, vale-se de sua experiência, da causalidade natural. Por conseguinte, para a teoria final da ação, existe uma integração de elementos pessoais (subjetivos), normativos e naturais.

Enquanto a convergência entre os dois entendimentos conduz a conseqüências aproximadas, esclarecemos que as diferenças entre os dois posicionamentos estão no seguinte: na teoria finalista, a ação é formada não só por um componente objetivo pessoal, mas também pelo subjetivo pessoal, com o que, na visualização normativa, dolo e culpa passam a compor necessariamente a tipicidade.

Para o teleologismo, contrariamente, a integração só se faz com o objetivo pessoal, e o dolo e a culpa exigem uma outra fundamentação normativa para a sua inclusão na tipicidade. Nessa direção, Damásio E. de Jesus fixa que a “imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo”, seja o crime doloso ou culposo”. Esse autor, realça que “a imputação objetiva distingue-se da maioria dos outros elementos normativos do tipo, que são expressos. Ela se encontra implícita nas figuras típicas, assim como o dolo, que configura elemento subjetivo implícito do tipo”. Cuida-se de uma exigência típica. De maneira que, ausente a imputação objetiva da conduta ou do resultado, a conseqüência é a atipicidade do fato.”<sup>49</sup>

(48) Claus Roxin – Problemas fundamentais do Direito Penal, Lisboa, editora Vega, 1986, p. 145.

Esclarece Santiago Mir Puig que para fazer-se a imputação e conseqüente realização do tipo nos delitos de resultado, são reclamados três elementos: 1) a relação de causalidade; 2) uma determinada relação de risco; 3) a relação de autoria. Acrescenta o professor da Universidade de Barcelona, que a doutrina e o direito positivo espanhol compartilham o critério de que não só a causalidade, e sim também o risco são insuficientes para a imputação objetiva do fato. Acrescenta ainda o autor que, conquanto o indutor e o cooperador necessário sejam causa do resultado (já que sem eles o resultado não teria ocorrido), não constituem formas de verdadeira autoria, e sim só modalidades assimiladas. Isto indica que para lei, não realiza o tipo toda pessoa que causa o resultado de forma previsível, e sim somente aquele a que se pode imputar o fato como próprio. Assenta também o autor que "também nos delitos de mera atividade a realização do tipo deve supor a imputação objetiva."<sup>50</sup>

A chamada teoria do risco, a partir da teoria da imputação objetiva, ganha um enfoque especial, posto que o risco não permitido, se juridicamente relevante, torna-se componente indispensável, para a realização do tipo.<sup>51</sup> E os exemplos abundam.<sup>52</sup> Apenas de passagem, advertimos que o risco permitido conduz à atipicidade.<sup>53</sup>

6 — Críticas à teoria da imputação objetiva. Zaffaroni diz que não existe uma única teoria da imputação objetiva, e "reconhecer a existência dos problemas de imputação objetiva não significa submeter-se a nenhuma teoria da imputação objetiva, se como tal entende-se o ensaio de criar um critério único que aspire resolvê-los todos e em todas as formas típicas (dolosas e culposas, ativas e omissivas)."<sup>54</sup> Essa falta de diretriz única, que

(49) Damásio E. de Jesus - Imputação objetiva, São Paulo, ed. Saraiva, 2.000, p. 37.

(50) Santiago Mir Puig - Derecho Penal, parte general, Barcelona, ed. PPU, 1985, p. 193.

(51) A respeito, escreve o saudoso professor peruano, Raúl Peña Cabrera; "Comprobada la causalidad material se requiere además verificar: a) si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; b) si el resultado producido es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción" (Tratado de Derecho Penal - estudio programático de la parte general. Lima, editora jurídica Griley, 1994, p. 292).

(52) Como exemplo de risco não permitido, a história relata que Davi, que mantinha uma relação adúltera com Betsabá, mandou o marido desta, que era general, para a guerra, ciente de que a batalha seria desfavorável para este, com a sua conseqüente morte, que efetivamente ocorreu. Trata-se, pois, de hipótese de risco tipicamente relevante. Diversa, porém é a situação no exemplo bastante reproduzido do sobrinho que, pretendendo a morte do tio, para ficar com sua herança, convence-o a repetidas viagens aéreas que, no seu percurso, sobrevoa o triângulo das Bermudas, na esperança de que o avião caia, o que efetivamente acontece. Em tal exemplo, não se pode reconhecer a imputação objetiva por não se poder atribuir ao instigador (sobrinho) que não cria para o bem jurídico um risco tipicamente relevante. Nosso entendimento, aqui sequer há ação tipicamente relevante.

(53) A respeito, escreve Günther Jakobs: "Posto que uma vida sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como **risco permitido**" (A imputação objetiva no direito penal, tradução de André Luís Callegari, São Paulo, ed. RT, 2.000, p. 35).

(54) Eugenio Raúl Zaffaroni - Derecho Penal cit., p. 445.

também ocorre com relação a outras teorias que ornamentam o saber do direito penal, ou, se preferirem, ciência do direito penal, não retira a importância da teoria da imputação objetiva, mas significa uma diversidade de opiniões e a necessidade de se prosseguir nos estudos, numa busca de seu acabamento.

Outra crítica, — que no nosso entender se justifica —, é formulada por Gimbernat Ordeig, e esta envolve os delitos culposos. Consoante o entendimento de Jakobs, permanência dentro do campo do risco permitido, não significaria descumprimento do dever de cuidado, pelo que ficaria fora do âmbito da imputação objetiva. Escreve Gimbernat que, “a tese de Jakobs — e dos que pensam como ele, “de que nos delitos culposos, se a ação se mantém do dentro do risco permitido, fica excluída a tipicidade porque falta a imputação objetiva, há de ser rechaçada: o tipo culposo fica excluído exclusivamente por uma razão tautológica: por não haver culpa, elemento que, por ser requisito legal exposto, não tem nada a ver com imputação objetiva.”<sup>55</sup> Isto deixa claro o professor Paulo Queiroz, complementando as observações do autor espanhol, de “em tais casos, risco permitido significa, em última análise, ausência de imprudência, imperícia ou negligência, ausência de culpa”. Realmente, a falta de cumprimento do dever de cuidado não é, em absoluto, questão de imputação objetiva.

Quanto aos delitos dolosos o professor mineiro, ainda na esteira de Gimbernat Ordeig, escreve: “Já com relação 1ª imputação nos crimes dolosos, como, por exemplo, se A, querendo matar ou lesionar B, o convence a praticar esportes violentos ou similar, conseguindo seu propósito lesivo, tampouco é necessário recorrer a critérios de imputação objetiva. É que, segundo Gimbernat, em tais casos, a se imputar o resultado lesivo ao autor, violar-se-ia, em última análise, a máxima *cogitationis poenam nemo patitur*, proibitiva da punição de simples intenções.”<sup>56</sup> Poderia o penalista espanhol invocar a velha e sábia advertência do clássico P. Simancas, de que entre o pensamento e a ação existe uma distância que vai da terra ao céu. O tempo transcorrido não apagou — e nem poderá fazê-lo — a sua imutável conclusão.

Quanto aos delitos dolosos, ensina Zaffaroni que “na tipicidade dolosa não se pode negar ser, pelo menos estranho, qualquer de ambos critérios funcionalistas: não se ajusta à realidade afirmar que quem causa diretamente um resultado que quis, se diga que introduz um risco.”<sup>57</sup>

Num juízo provisório, dependente de novas investigações, temos para

(55) Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios*, ps.213-214, *apud* Paulo Queiroz, *Crítica à teoria da imputação objetiva* (artigo), in *Boletim do Instituto de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, nº 11, dezembro de 2.000, p. 4.

(56) Paulo Queiroz, artigo cit., p. 4.

(57) Eugenio Raúl Zaffaroni - *Derecho Penal* cit., p. 446.

nós que a teoria da imputação objetiva, que melhor atende aos reclamos do funcionalismo sistêmico, procura resolver um grande número de casos, problemas já solucionados por outras teorias, inclusive e principalmente pela da tipicidade, ao qual se atrela um princípio sagrado de que não existe crime sem conduta, e que esta deve ser, indispensavelmente, voluntária e finalista. A violação vulnera os princípios assentes do direito penal, como os da legalidade e da irretroatividade da **lex gravior**, que sempre constam de uma legislação elaborada por um Estado de Direito, ao ampliar o seu poder punitivo. Mas, nem por isso estamos a negar-lhe méritos, apenas não lhe rendemos, a importância que penalistas espanhóis lhes tem dedicado, e que parece já sensibilizar parte da doutrina nacional, principalmente por profissionais que realizaram cursos de pós-graduação no país ibérico.

A última restrição, a retiramos da pena de Zaffaroni. Diz o renomado e festejado penalista argentino: "A principal contradição destas teorias (ele vislumbra mais de uma) finca em que, ao fundamentar-se em critérios preventivos, legitimam o poder punitivo, e, conseqüentemente, indo além com algumas soluções não corretas, deixam aberta a porta para uma ampliação do poder punitivo. Basta pensar na imensa projeção de fórmulas básicas, tais como o **rol do bom cidadão**, ou o **aumento do risco**. Por outro lado, se comparar-se o âmbito do proibido que parece significar o **não matarás** com o que surgiria do **respeitarás o rol de bom cidadão** ou **não aumentarás o risco de morte**, parece ao menos estranho que pretenda delimitar-se uma formulação legal mediante conceitos que possuem um significado semântico proibitivo, com todas luzes, mais amplo."<sup>58</sup>

É o que basta, por enquanto!

(<sup>58</sup>) Idem, ibidem, p. 446.