

EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA CAUSALIDADE E DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA, NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Resumo: O presente trabalho discorre sobre a origem da teoria da imputação objetiva de um determinado resultado produzido no mundo externo ao autor da respectiva conduta, no campo da Filosofia e do Direito Penal (teoria de Hegel, datada da primeira metade do século XIX); depois, detém-se na introdução do conceito de causalidade, no âmbito do Direito Repressivo, a partir do positivismo naturalista de Augusto Comte (na segunda metade do século XIX), e nas teorias sobre o nexos causal que se seguiram, com a adoção da teoria da condição ou da equivalência, pelo direito alemão e pelo nosso direito; o artigo concentra-se ainda em examinar as diversas questões que restaram insuficientemente respondidas pelas teorias da causalidade e os problemas daí decorrentes; por fim, o trabalho demonstra o retorno gradual, ou seja, o ressurgimento da teoria da imputação objetiva, com seus contornos e critérios atuais, não como uma tentativa de abolir o conceito de causalidade, mas sim evidenciando que, ao lado da causalidade meramente mecânica ou ontológica, é imprescindível que se faça juízo de imputação, por meio de critérios jurídicos (normativos), pois a causalidade é necessária, mas insuficiente, sem os critérios da imputação, para que se efetue a atribuição de um determinado resultado ao autor da respectiva conduta.

Abstract: The present study is concerned with the origin of the objective imputation theory, meaning the objective imputation of a determinate result produced in the external world to the perpetrator of the respective conduct, in the fields of the Philosophy and of the Criminal Doctrine (Hegel's theory, dated of the first half of the 19th century); after that, this essay explains the introduction of the causality concept into the criminal law and doctrine, by influence of the naturalistic positivism of Auguste Comte (in the second half of the 19th century), and elucidates the theories which deal with the causal connection, according to their occurrence in time, and culminating with the adoption of the condition-equivalence theory by the German and the Brazilian criminal doctrines; then the study concentrates itself in examining the several questions which were not sufficiently responded by the theories of causality and the problems deriving from that issue; finally, the essay demonstrates the gradual return to the objective imputation theory, in other words: the resurgence of the objective imputation doctrine, with its current shape and criteria, not meaning a search of abolishing the causality concept, but making it clear that, next to the causality which is merely mechanical or ontological, it is imperative that the jurist makes an imputation judgement, based on juridical (normative) criteria, because the causality is necessary, but insufficient, without the imputation doctrine, to attribute a determinate result in the external world to the perpetrator of the respective conduct.

Palavras-Chave: Teoria geral do delito – Teorias da causalidade – Teoria da imputação objetiva – Tipo Objetivo – Direito Penal.

Keywords: Theory of criminal offense – theories of causality – Objective Imputation Theory – Objective Elements of the Legal Concept of Crime (*Typus Delicti Objectivus*) – Criminal Law and Doctrine.

1) **Introdução ao Tema:**

Uma interessante indagação a ser feita, no tema acima delineado, é se a teoria da imputação surgiu primeiro ou se primeiro surgiram as teorias da causalidade. A resposta é que a teoria da imputação (não em seus contornos atuais) foi a primeira a surgir.

Segundo KARL LARENZ, a origem mais remota da chamada imputação objetiva (**Objektive Zurechnung**) está na teoria da imputação de HEGEL (1770-1831), nos escritos do Filósofo do início do século XIX. Em seus *Princípios da Filosofia do Direito* (1821), HEGEL forneceu o primeiro conceito de conduta (parágrafo 117) e os primeiros critérios para a imputação de um resultado produzido pela conduta de um ser humano, na existência exterior, a ele, autor da conduta (parágrafo 118):

Parágrafo 117:

“O direito da vontade é o de reconhecer em sua obra, como conduta sua, somente isto e o de ter culpabilidade apenas nisto: o que a vontade sabe a partir de seus pressupostos na sua finalidade, o que disto residu em seu propósito; o fato somente pode ser imputado como culpabilidade da vontade”;¹ e

Parágrafo 118:

“Além disso, quando transplantada para a existência exterior, a conduta possui diversas conseqüências, uma vez que ela se desenvolve para todos os lados, segundo sua relação com a necessidade externa. As conseqüências, como uma forma que o propósito da conduta tem n'alma, são aquilo que é seu (o que pertence à conduta), mas ao mesmo tempo é ela, como intenção colocada na exterioridade, entregue a forças externas, que a ligam a fatores totalmente outros daquilo que ela é para si e a impelem a conseqüências longínquas e estranhas. Por isso mesmo, o direito da vontade é o de imputar a si somente as primeiras conseqüências (as mais próximas), porque somente elas estão situadas em seu propósito”².

¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts (id est: Princípios da Filosofia do Direito)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986, p. 217-219, parágrafo 117.

² *Idem, ibidem*, parágrafo 118.

Exemplo desta linha de raciocínio de HEGEL: se, naquela época, o juiz iníquo **J**, sabedor da inocência de **K**, ordenasse o seu encarceramento em uma prisão e, depois de alguns meses, o prisioneiro **K** viesse a morrer de tuberculose, no referido presídio, o juiz **J** responderia somente pelas primeiras conseqüências (as mais próximas) de sua conduta, ou seja, pela prisão ilegal (hoje, pelo abuso de autoridade); **não** pela morte em razão da tuberculose, por ser uma conseqüência mais longínqua e remota de seu ato ³.

Depois, a teoria de HEGEL entrou em franca decadência, a partir da segunda metade do século XIX, devido à fascinação que surgiu em torno do pensamento causal, orientado pelas Ciências Naturais, conforme lembra CLAUS ROXIN ⁴. É de se lembrar, aqui, que, na segunda metade do séc. XIX, surgiram os escritos de ISIDORE AUGUSTE-MARIE COMTE (no Brasil, AUGUSTO COMTE, 1798-1857) e que este pensador procurou, com seu Positivismo Naturalista, pôr um fim à Teologia, bem como à Metafísica de KANT e de HEGEL, e inaugurar um novo método chamado *positivo*, segundo o qual dever-se-ia adotar nas ciências humanas (Direito, Sociologia, etc.) o mesmo procedimento experimental utilizado nas ciências naturais (isto é: o mesmo método da Física, da Química e da Biologia); assim, o mundo vivenciou um grande avanço nas ciências da Natureza e os penalistas

³ Exemplo não de Hegel, mas do autor deste artigo, na esteira do pensamento hegeliano.

⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil (id est: Direito Penal; Parte Geral)*. 3ª ed. Munique/Alemanha, Editora Beck, 1997, tomo I, p. 311.

não tardaram em substituir o conceito de imputação (que é puramente jurídico) por um conceito extraído da Física: o de causalidade, elaborando as respectivas teorias de que trataremos a seguir.

Somente no século XX, reiniciaram-se os estudos sobre o tema *imputação*, com o neo-hegeliano LARENZ (1927) e neokantiano HONIG (1930); porém, foi da década de 60 em diante, que os penalistas começaram a dedicar especial atenção à teoria da imputação objetiva, a partir do escrito de HARDWIG (*Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrechts*, isto é, *A Imputação: um problema central do Direito Penal*, de 1957); desde então, escreveram sobre ela BOCKELMANN, SCHAFFSTEIN, MAURACH, SCHMIDHÄUSER, WESSELS, JESCHECK, STRATENWERTH, ROXIN e JAKOBS (a maioria deles, nas décadas de 70 e 80). Mas, isto sem procurar abolir o conceito de causalidade e sim com o escopo de adequá-lo ou limitá-lo aos graves propósitos do Direito Penal.

2) Retrospecto Histórico das Teorias da Causalidade, que se sucederam no tempo:

Para que haja um melhor entendimento do assunto sob exame, é necessário que façamos um retrospecto histórico das teorias da causalidade que se sucederam, até chegarmos ao ressurgimento da teoria da imputação objetiva, com seus contornos e critérios atuais, que norteiam hoje, de modo mais preciso, o aplicador do Direito em seu trabalho de averiguar

se um determinado resultado – de dano ou de perigo – deve ou não ser imputado ao autor da conduta (e, aqui, é necessário que fique bem claro que toda esta discussão só se justifica, em função dos delitos de resultado, que correspondem no Brasil aos crimes materiais [ou de dano] e aos crimes de perigo concreto):

2.1) Teoria da Condição ou da Equivalência:

A primeira teoria da causalidade, que surgiu por inspiração das Ciências Naturais, foi a **teoria da condição ou da equivalência (Bedingungstheorie ou Äquivalenztheorie)**, chamada no Brasil de *teoria da equivalência dos antecedentes causais* e adotada pelo nosso Código Penal (art. 13). Seus fundadores são o austríaco JULIUS GLASER (1858) e o alemão MAXIMILIAN VON BURI (1860). Na Alemanha, é ela a mais aceita pela doutrina e jurisprudência, **como teoria da causalidade**, ou seja, **para efeito de constatação do nexa causal**, segundo lembram HANS-HEINRICH JESCHECK e CLAUD ROXIN ⁵. A formulação doutrinária ora estudada considera *causa tudo* o que tenha contribuído, em maior ou menor escala, para a produção de um resultado. Excluindo-se mentalmente *algo*, se se concluir que o resultado – sem isto – não poderia ocorrer, tal fator é *causa* do evento; se se excluir *in mente* a pretensa *causa* e se chegar à conclusão de que, mesmo assim, o resultado sucederia, então o que foi excluído é uma *não-causa*; por esta razão, a presente linha de pensamento é também denominada de teoria da “**conditio sine qua**

⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil (id est: Tratado de Direito Penal; Parte Geral)*. 4ª ed. Berlim/Alemanha, Editora Duncker & Humblot GmbH, 1988, p. 250; e ROXIN, Claus, cit. obra, p. 293.

non” (condição sem a qual, não), pois, consoante os seus postulados, **causa é toda a condição sem a qual o evento não teria ocorrido, do modo como ocorreu**. Para a constatação do nexu causal, a corrente doutrinária ora examinada utiliza-se de uma fórmula ou procedimento, denominado *procedimento de eliminação hipotética*, através do qual uma suposta causa é mentalmente suprimida de uma cadeia causal, para se saber se tal fator é *causa* ou *não-causa* do evento (exemplo: imaginemos que o aplicador do Direito esteja estudando uma situação, em que as supostas causas sejam **A**, **B**, **C** e **D**, em relação ao resultado **X**; se o intérprete suprimir mentalmente a pretensa causa **A** e o resultado, sem tal fator, não tiver como ocorrer, será então forçosa a conclusão de que **A** é **causa** do evento **X**; se, por outro lado, o exegeta eliminar *in mente* a suposta causa **B** da cadeia causal e, ainda assim, o resultado **X** continuar ocorrendo, será imperiosa a dedução de que **B** é **não-causa** do evento **X**). No Brasil, alguns autores atribuem a invenção desta fórmula de eliminação hipotética ao jurista sueco THYRÉN, que, no entanto, não é o seu inventor, embora tenha escrito sobre o tema (como já se disse acima, a criação da teoria da condição, inclusive do procedimento de eliminação hipotética, deve-se ao jurista austríaco JULIUS GLASER e ao penalista alemão VON BURI).

A ideologia ora exposta, tendo sofrido forte inspiração das Ciências Naturais, vê apenas uma relação de **causa e efeito** entre a conduta do agente e o resultado naturalístico. Em sua formulação original, a teoria da equivalência não estabelece qualquer diferença entre causa e condição ou entre causa e concausa: todos os antecedentes que contribuíram, de algum modo, para a eclosão do evento subsequente, devem ser considerados

causas do mesmo; em outras palavras: se, junto ao comportamento do sujeito ativo, atuarem outras condições, estas também devem ser levadas em conta como causas do resultado, não se excluindo o nexo causal no tocante ao agente (aqui, há que se observar que as hipóteses de **interrupção da causalidade** foram desenvolvidas por construções doutrinárias posteriores; apenas a título de anotação, a **causalidade “interrompida” por adiantamento** dá-se com a ocorrência de uma causa pré-existente, concomitante ou superveniente, absolutamente independente da conduta do sujeito ativo, e a **causalidade interrompida na correta aceção do termo** dá-se com uma causa superveniente, relativamente independente da conduta do agente, que **por si só** desencadeie o resultado) ⁶. Tais reformulações tiveram como escopo limitar a enorme abrangência da teoria original. Assim, a rigor, **tudo** o que houver contribuído para o surgimento de um determinado resultado, é dele causa: seja um fator humano ou não humano. Exemplos: a) uma pedra cai de uma montanha, por força da Natureza, e o sujeito ativo **X** dá um empurrão em seu acompanhante **Y**, fazendo com que a pedra caia sobre sua cabeça, ferindo-o: aqui, são causas do evento-lesão corporal, tanto a força da Natureza que fez a pedra cair, quanto o empurrão dado pelo ser humano **X**; b) **R** desfere uma facada no ventre de **S**, sendo certo que este possui uma doença pré-existente, de modo que ambos os fatores – o golpe com a faca e a doença pré-existente –

⁶ O nosso Código Penal adotou o critério da interrupção da causalidade em seu art. 13, **§ 1º**, sob a rubrica de *superveniência de causa independente*; se bem que com um lapso de redação: “Art. 13, § 1º, do C.P.: A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação (aqui, deveria ser *o nexo causal*), quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, **imputam-se** (aqui, sim, trata-se de imputação) a quem os praticou”.

são causas do evento-morte de **S**; o mesmo pensamento se aplicaria se **S** sofresse de um mal súbito – um infarto, concomitante à ação de **R** – ou viesse a contrair uma infecção hospitalar, ao ser tratado do ferimento causado pelo golpe desferido por **R**; justamente em razão destes exemplos agrupados sob o item “b” acima é que a Doutrina posterior desenvolveu o estudo sobre a “interrupção” da causalidade).

2.1.1) **Críticas Formuladas à Teoria da Condição:**

Ao longo do tempo, várias críticas foram formuladas contra a teoria da equivalência:

2.1.1.a) Um problema freqüentemente apontado é o da **causalidade hipotética**. O exemplo mais citado quanto a este aspecto é o seguinte: **H** escorrega às margens de um rio caudaloso e cai na vigorosa correnteza das águas, ocasião em que começa a afogar-se; **M**, que é um exímio nadador, presencia o fato e resolve entrar no rio, ainda que turbulento, para tentar salvar **H**; no entanto, **L** impede **M**, mediante coação física irresistível, de entrar nas águas e possivelmente salvar **H**, que se afoga e morre. A rigor, **L**, que impediu **M** de efetuar o possível salvamento, não é causador físico da morte de **H**: este último faleceu por afogamento nas águas, após uma queda acidental; **L**, na verdade, diminuiu as chances de salvamento de **H** (mas isto, como veremos mais tarde, é um problema de imputação, pois **L**, ao diminuir as chances de salvamento de **H**, na verdade aumentou o risco de sua morte). O raciocínio da causalidade hipotética é o seguinte: pode-se inferir que **L** contribuiu para a morte

do afogado, mediante esta série de deduções: se **L** não houvesse impedido **M** de efetuar o possível salvamento, **M** teria entrado nas águas e nadado de modo eficaz para si e para salvar o terceiro, e **H** *provavelmente* teria sobrevivido (não há como se dizer, com certeza, que a ação de salvamento teria pleno êxito, mas um provável êxito). Pois bem: em termos de causalidade física, tal linha de argumentação é uma construção que deixa muito a desejar. Destarte, só mesmo através das deduções feitas através da causalidade hipotética, com o auxílio da teoria da imputação objetiva, ou seja, com o conceito de incremento do risco, conforme já se disse antes, a Doutrina consegue atribuir a morte de **H** a **L** (aqui, no Brasil, pensamos, a princípio, que tal morte só possa ser atribuída a **L** a título de omissão de socorro seguida de morte, por meio da coação física irresistível exercida por ele sobre o virtual socorrente **M** – art. 135, § único, do Cód.Penal –, havendo ainda o delito de constrangimento ilegal perpetrado pelo coator sobre o virtual socorrente, ou seja, o art. 146 “**caput**” do mesmo “**Codex**”, em concurso material com o primeiro crime. Poder-se-ia indagar: por que o art. 135, § único, do Cód. Penal? Por razões bem simples: 1ª) Tanto o coacto (se não estivesse coagido) teria, como o coator **L** tem apenas um dever genérico de assistência em relação à vítima e não um dever específico, como nos casos do art. 13, § 2º, do Estatuto Repressivo: 2ª) Não se pode atribuir ao coator **L** um crime maior que aquele que caberia ao coacto **M**, caso este estivesse livre e sem qualquer coação e, na condição de exímio nadador, resolvesse não dar socorro a **H**, advindo disso o resultado-morte da vítima).

2.1.1.b) Falemos agora dos casos referentes à **causalidade cumulativa** (em que o resultado ocorre como produto de várias

condições simultâneas e independentes umas das outras) ⁷.”**Verbi gratia**”: a moça **F** é provadora de champanhe em uma grande vinícola; três empregados da mesma empresa, **X**, **Y** e **Z** querem matá-la, sem que um saiba dos outros; cada qual coloca uma taça de champanhe (ou seja: 3 champanhes diferentes) diante dela sobre uma mesa, para teste; cada taça contém uma dose de veneno diferente das demais e suficiente por si só para matar **F**; assim, **F** bebe as três taças, uma atrás da outra, e morre envenenada; a perícia comprova que todos os três venenos contribuíram para o evento-morte; destarte, mesmo não havendo concurso de agentes entre **X**, **Y** e **Z**, os três respondem por homicídio consumado e qualificado pelo emprego de veneno (cada qual responde por seu homicídio). Na mesma linha de exemplo, pode ocorrer a chamada **causalidade por ultrapassagem ou adiantamento** (na concorrência de duas causas, uma se adianta à outra, produzindo o efeito primeiro; entretanto, se a primeira causa falhasse, a segunda provocaria o mesmo resultado, pouco tempo depois – tal raciocínio deve ser também aplicado, quando houver mais de duas causas e uma delas se adiantar às outras): suponhamos que o veneno da taça de **Y** tenha ultrapassado os demais venenos ministrados por **X** e **Z**, produzindo o efeito primeiro, de modo a não propiciar tempo para que as toxinas dos outros dois empregados “fizessem o seu efeito”; neste caso, **Y** responde por homicídio

⁷ Observe-se que a **causalidade cumulativa** ocorre quando o resultado emerge como produto de **várias condições simultâneas** e independentes umas das outras; mas JUAREZ TAVARES discorre, também, sobre a **dupla causalidade alternativa**, isto é: quando duas condições concorrem, independentemente uma da outra e no mesmo instante, para a produção de um resultado, e cada uma delas, isoladamente, é suficiente para produzir o evento (é o exemplo dos dois atiradores, que, sem saber um do outro, atiram na mesma vítima, causando-lhe lesões ou a morte). Vide TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 211/212.

consumado e **X** e **Z**, cada qual por homicídio tentado. A crítica que se faz à **causalidade cumulativa** ou à **dupla causalidade alternativa** (que é uma espécie da primeira – vide nota de rodapé nº 7), é quando ela conduz à seguinte situação: no exemplo acima, imaginemos que os venenos sejam iguais e a perícia não consiga detectar qual das três doses causou a morte de **F**, pois aí temos um paradoxo: existe uma morte certa (a de **F**) por um veneno, mas não se sabe se tal veneno é o oriundo da taça colocada por **X**, **Y** ou **Z**; nesta hipótese, a causalidade é insuficiente para dar uma solução jurídica impecável ao ocorrido dentro do mundo do ser, uma vez que temos um resultado certo (morte de **F**) e uma causa incerta (permanece a pergunta: qual teria sido a “**conditio sine qua non**” do evento-morte: o veneno ministrado por **X**, **Y** ou **Z**? – já que aqui ocorreu a chamada **autoria colateral** e não a coautoria, gerando uma situação de **autoria incerta**); de tal modo que outra solução não é possível, senão a aplicação do adágio “**in dubio pro reo**” (ou “**in dubio pro reos**”, no caso); já que, embora a teoria da imputação objetiva afirme, com razão, que os três, **X**, **Y** e **Z**, produziram um risco intolerável à vida de **F**, não há como se saber qual dos três riscos se materializou no resultado típico (morte); por conseguinte, o único desfecho plausível para o caso é o de atribuir-se, na dúvida, aos três agentes a prática de homicídio tentado, embora **F** esteja morta, pois somente esta é a solução consentânea com o Estado Democrático de Direito (uma vez que, do contrário, atribuir-se a morte da vítima e, assim, o homicídio consumado aos três agentes, **X**, **Y** e **Z**, seria uma iniquidade, pois dois deles não são responsáveis pelo “**eventus mortis**”); de tal modo que o imperativo da justiça “**in casu**”

compele o aplicador do Direito a atribuir o menos – homicídio tentado – a todos os envolvidos, a fim de se evitar uma injustiça contra dois dos três agentes).

Ainda sobre o tema **causalidade cumulativa**, TARNOWSKI fez a seguinte proposta, a fim de adaptar a fórmula da “**conditio sine qua non**” para hipóteses como a de um pelotão de fuzilamento: “quando várias condições não podem ser eliminadas cumulativamente, mas tão-só alternativamente, pois, do contrário, o resultado desapareceria, então cada uma delas deve ser considerada como causa do evento”⁸. Tal proposição tem um caráter um tanto tautológico, com a devida vênia, pois, em primeiro lugar, não consegue vencer a dificuldade da autoria incerta no caso da chamada autoria colateral (questão acima aventada). Por outro lado, imaginemos os possíveis casos envolvendo um pelotão de fuzilamento: há seis soldados atiradores (**M, N, O, P, Q e R**), sendo certo que os fuzis dos três primeiros contêm apenas balas de festim, ao passo que as armas dos três últimos contêm projéteis verdadeiros; lógica é a dedução: **P, Q e R** são causas da morte do fuzilado. No entanto, se eliminarmos todos os projéteis verdadeiros de todos os fuzis, não haverá morte e daí dizer-se que “quando várias condições (balas verdadeiras) não podem ser eliminadas cumulativamente (num pelotão de fuzilamento), mas tão-só **alternativamente**, se não o resultado desapareceria, então cada uma delas (balas eficazes) devem ser consideradas como causas do evento” (observações e grifos nossos). Esta é uma questão de pura lógica formal e, de certa maneira,

⁸ TARNOWSKI, *Die Systematische Bedeutung*, p. 47, **apud** JESCHECK, Hans-Heinrich, cit. obra, p. 254.

uma tautologia, pois só faz repetir de outro modo o que a teoria original já propunha.

2.1.1.c) Mas a maior crítica que se faz a esta teoria é o chamado “**regressus ad infinitum**”: se tudo o que contribuiu para um evento, é dele causa –, no exemplo de um atropelamento efetuado com veículo automotor, dirigido por um indivíduo ébrio, que cause a morte da vítima, deve-se concluir que a ação culposa (imprudente) do motorista é causa, mas também são causas da ocorrência: o automóvel, quem fabricou as autopeças e montou o veículo, quem vendeu o veículo ao perpetrador do atropelamento, quem extraiu os minérios da Natureza para a confecção das autopeças; a bebida alcoólica, bem como quem industrializou e vendeu a citada bebida ao motorista; os pais do motorista, que o geraram, etc. Entretanto, a doutrina procurou excluir tais situações remotas do nexu causal, afastando-se a **culpabilidade** (para a Sistemática Clássica, o dolo e a culpa localizavam-se neste setor) ou derrubando-se o **tipo subjetivo** (WELZEL dizia faltar dolo ou culpa [previsibilidade] na conduta do fabricante do veículo e da bebida, etc.) – e, como veremos mais tarde, a sistemática funcionalista, com sua teoria da imputação objetiva, excluirá da abrangência do tipo objetivo todas as condutas que precederam à do motorista ébrio (a do fabricante do automóvel e da bebida alcoólica, etc.), pois elas estão fora do alcance do tipo penal, não havendo, pois, nexu de imputação contra esse rol de pessoas; o respectivo tipo penal (homicídio culposo na direção de veículo automotor – art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro) foi construído com o propósito de alcançar somente a ação

imprudente do motorista embriagado e não as pessoas que contribuíram para que o automóvel e a bebida, etc., chegassem até ele.

Também, no caso da superveniência de certos fatores anormais na cadeia causal, os doutrinadores ligados ao Causalismo e ao Finalismo, embora afirmassem o nexos de causalidade, tendiam a afastar a responsabilização penal do agente, nos setores da tipicidade (tipo subjetivo) ou da culpabilidade. Porém, não sendo tais construções totalmente convincentes, os estudiosos do Direito Penal passaram a buscar, ao lado da causalidade mecânica ou ontológica, um modo de se imputar o resultado ao autor da conduta, a partir de um conceito jurídico, e não meramente físico (como é o conceito de causalidade); esta busca foi a válvula propulsora das teorias da causalidade que vieram a seguir, mas também o embrião do retorno gradual à teoria da imputação objetiva de HEGEL.

2.2) Teoria da Adequação:

Nesta seqüência de idéias, surgiu uma segunda teoria da causalidade: **a da adequação (Adäquanztheorie)**. São seus adeptos SAUER, VON HIPPEL, ENGISCH e MAURACH, entre outros. Segundo esta proposição, causa – no sentido jurídico – não é tudo, mas tão-somente a condição adequada ao tipo e ao resultado concreto, no dizer de WESSELS⁹. Esta linha expositiva é também chamada de teoria da *prognose objetiva póstuma* ou *posterior*, pois, para aferir a adequação ou não de uma causa, baseia-se no

⁹ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1.976, p. 43.

princípio do “**id quod plerumque accidit**” (isto é: aquilo que normalmente acontece, segundo a experiência comum das pessoas e as ocorrências da vida cotidiana); em outras palavras: o Juiz penal, para saber se *algo* é causa ou não de um determinado evento, deve proceder a uma análise objetiva do fato, numa prognose posterior (depois do acontecimento), com base na experiência comum; se o acontecimento estudado *normalmente* desencadeia certo resultado, dentro de uma estatística, então deve ser considerado como causa. Portanto, para esta doutrina, **causa é aquilo que a normalidade do cotidiano e a experiência média indiquem como tal, com base em estatísticas**. Como uma consequência lógica, a teoria sob comentário contenta-se com uma **causa provável**, deduzida a partir de dados estatísticos e da experiência da vida cotidiana, o que vem a trazer insegurança para a constatação do nexos causal. Explicaremos melhor este ponto: embora a **teoria da condição**, adotada pelo nosso Código Penal em seu artigo 13, seja criticável em diversos aspectos, segundo ela, o órgão da Acusação terá que comprovar, de maneira inequívoca, que uma determinada conduta foi condição “**sine qua non**” do resultado analisado em dado processo, isto é, que a atuação do acusado foi **causa sem a qual o resultado não teria ocorrido**, para que se chegue à imposição da sanção penal; já a **teoria da adequação** satisfaz-se com uma causa extraída de raciocínios abstratos, efetuados com base na experiência acumulada em determinado assunto e em informes estatísticos (causa provável); exemplificando: o médico **W** receita o medicamento **K** ao seu paciente **Z**, que é diabético; há uma forte suspeita, entre os pesquisadores da Medicina, de que o referido medicamento pode provocar efeitos colaterais e até a morte em

diabéticos, porém não há ainda uma prova científica (cabal) de que tal conjectura seja verdadeira; **Z** vem a falecer, após a ingestão da droga prescrita. **Para a teoria da condição** (adotada pelo nosso C.P.), o acusador deverá comprovar, através de laudo médico-legal, que o medicamento ingerido foi a causa efetiva da morte de **Z** (causa sem a qual o resultado não teria ocorrido); **segundo a teoria da adequação**, basta que a experiência mediana (dos médicos) e que estudos estatísticos demonstrem que a ministração da sobredita droga *costuma* matar diabéticos (em um percentual razoável), para se estabelecer o nexu causal entre a *provável* causa (a receita emanada de **W** e a subsequente ingestão do medicamento **K** pelo diabético **Z**) e o resultado (morte de **Z**). Bem se vê que esta linha de pensamento pode servir aos propósitos do Direito Civil (em que se aceita uma causa provável, para os efeitos de uma indenização), mas não para os graves propósitos do Direito Penal.

2.3) Teoria da Relevância Jurídica:

A seguir, sobreveio uma terceira teoria da causalidade: **a teoria da relevância jurídica (Relevanztheorie)**. Foi MEZGER o seu criador, compartilhando de seu pensamento BOCKELMANN e WESSELS. Para esta corrente doutrinária, a determinação do nexu de causalidade deve ser feita através da teoria da “**conditio sine qua non**”, mas a imputação do resultado deve-se efetivar com base na relevância jurídica da respectiva cadeia causal, observando-se a finalidade da norma e os caracteres de cada tipo penal. Faz-se, assim, uma distinção entre causalidade física (medida pela teoria da condição) e causalidade *jurídica*. Destarte, em um dado acontecimento, muitas

vezes, o nexa causal é afirmado entre a conduta do agente e o resultado, porém tal evento não pode ser *juridicamente* imputado ao autor do fato, porque sua atuação não se reveste de relevância, frente às finalidades da norma ou às elementares do tipo penal. Exemplo: O indivíduo **F** tem consciência de que seu conhecido **J** sofre de uma grave enfermidade cardíaca e, portanto, não pode experimentar emoções fortes; mas querendo matá-lo, **F** conta uma piada extremamente engraçada a **J**, sendo certo que este último é tomado de uma crise incontrolável de riso, devido à piada, e sofre um ataque cardíaco fulminante, que o leva a óbito; pois bem: no tocante à causalidade física (analisada segundo os postulados da teoria da condição), obviamente a piada contada por **F** foi causa da crise de riso irrefreável em **J**, decorrendo daí seu ataque cardíaco e morte; entretanto, analisando-se a conduta de “contar uma piada” e observando-se a finalidade da norma jurídica e os caracteres do tipo penal correspondente (homicídio – “matar alguém”), há que se negar a relevância jurídica da respectiva *causa* (piada). Mas o grande problema desta teoria é tentar amenizar os efeitos da causalidade, dentro do próprio campo da causalidade, o que não é possível, pois a causalidade é medida pelas leis da Física, não tendo, a rigor, como ser barrada, interrompida ou atenuada.

3) O Ressurgimento da Teoria da Imputação

Objetiva:

Assim, ressurgiu a teoria da imputação objetiva (**Objektive Zurechnung**), preconizando que o juízo feito com base na teoria da causalidade há que ser mantido, para a atribuição ou não de um resultado ao

autor de uma dada conduta; e isto sem que se recorra à tentativa de contornar as leis causais, que são naturais, físico-matemáticas; **porém, ao lado da causalidade meramente mecânica ou ontológica, é imprescindível que se faça um juízo de imputação, por meio de critérios jurídicos (normativos); em outras palavras: a causalidade medida pelas leis da Física é necessária, mas insuficiente, sem os critérios da imputação objetiva, para que se atribua um determinado resultado no mundo externo ao autor da respectiva conduta.** Como já se disse em ocasião anterior, vários tratadistas escreveram sobre o tema em apreço, dando-lhe grandes contributos, mas o arcabouço teórico da imputação ao tipo objetivo, em seus contornos atuais, deve-se principalmente ao Funcionalismo Racional-Teleológico de CLAUD ROXIN. A doutrina ora estudada toma por base, para imputar o resultado ao agente (além da causação física de determinado evento), se ele criou, com sua conduta, um risco acima do permitido ou do tolerável para a sociedade e para o bem jurídico (ou se aumentou significativamente a incidência desse risco). Mas, por que a escolha deste parâmetro do “risco permitido ou tolerável” ou, ao contrário, do “risco não permitido ou intolerável”, para se formular as bases da moderna teoria da imputação objetiva? Simples a resposta: no mundo atual da *pós-modernidade* ou da **segunda modernidade**, como diz ULRICH BECK (a expressão *segunda modernidade* já deixa claro que ela é uma conseqüência daquela primeira modernidade simples, linear e industrial, baseada no estado nacional, do século XIX), hoje vivemos em uma sociedade do risco global ¹⁰. Quem poderá negar

¹⁰ BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. 2ª ed. Madri/Espanha: Siglo XXI de España Editores, 2006, p. 01-28.

que, na sociedade hodierna, vivemos cercados e nos beneficiamos de uma série de atividades arriscadas, mas permitidas: a aviação, o paraquedismo, a navegação por meio de navios e submarinos em águas extremamente profundas, a navegação no espaço sideral, a construção de arranha-céus, a industrialização e produção de bens através de maquinários complexos e pesados, etc. Ou a sociedade escolhe ser uma sociedade de riscos e tolera, pois, os efeitos colaterais desses riscos, até certo nível, progredindo, desta maneira; ou ela prefere (o que seria hoje quase impossível) banir de si todos os riscos, tornando-se uma sociedade estagnada e sem progresso. Quando se trata da produção de um risco até o nível tolerável, o Estado não pode imputar aos seus cidadãos os resultados provenientes de suas condutas praticadas justamente no âmbito desse risco permitido, ainda que tais resultados se traduzam em danos ou perigos a outras pessoas – nesse sentido, URS KINDHÄUSER ¹¹ e YESID REYES ALVARADO ¹².

Mesmo com toda esta engenhosa e sofisticada elaboração desenvolvida com base na teoria do risco, a imputação objetiva não pretende acabar com a teoria da “**conditio sine qua non**”, mas criar, ao lado do nexa causal, um critério normativo de imputação (o nexa de imputação); quanto a este último aspecto, nas palavras de JUAREZ TAVARES: “Do texto do código penal (art. 13), podem ser extraídas duas premissas: a primeira, de que sem causalidade não há imputação” ¹³. Já no dizer de CLAUS ROXIN: “A causalidade

¹¹ KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la Culpabilidad y Conducta Peligrosa*. 1ª ed. e 1ª reimp. Bogotá/Colômbia, Universidad Externado de Colômbia, 1998, p. 125-137.

¹² ALVARADO, Yesid Reyes. *Imputación Objetiva*. Bogotá/Colômbia: Editorial Temis, 1996, p. 90-99.

¹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 207.

é reconhecidamente um tema muito debatido nas Ciências Naturais e na Filosofia”; e, depois de fazer diversas digressões sobre a Física Quântica e as teorias de Heisenberg e de Einstein (pois em tais exposições teóricas, predomina a lei da probabilidade e não a lei da causalidade, quer no microcosmo do átomo, quer no macrocosmo do universo), prossegue com a seguinte assertiva: “Mas tudo isto não muda nada, no sentido de que o jurista pode prosseguir trabalhando com o conceito tradicional de causalidade [...], pois nós, no mundo da vida cotidiana, podemos confiar com certeza praticamente absoluta nas leis causais, uma vez que é com a vida cotidiana que o jurista tem que lidar” ¹⁴. E, por fim, JESCHECK: “Para a causalidade, no sentido da teoria da condição, importa saber somente se as subseqüentes modificações no mundo exterior estão associadas temporalmente a uma conduta, se essas modificações devem considerar-se ligadas à conduta em conformidade com uma **lei** e se representam um resultado típico” ¹⁵ (grifo nosso); aqui, a palavra “lei” em Jescheck tem o significado de lei da Física, da Matemática, da Lógica, etc., razão pela qual se fala hoje em “teoria da condição em conformidade com uma lei” (foi realmente o **projétil** disparado por **X** [e não uma outra coisa qualquer], que atingiu **Y** e causou sua morte, dentro de nossa realidade fenomênica?).

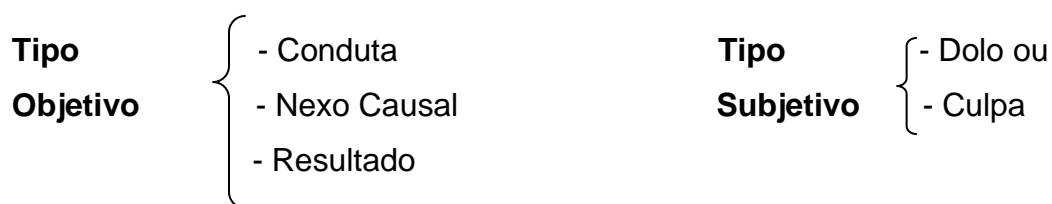
Voltando ao tema central deste trabalho, que é a teoria da imputação objetiva, JUAREZ TAVARES preconiza que cinco critérios afastam o nexa de imputação, ou seja, a imputação objetiva: a) o risco, no caso,

¹⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil (id est: Direito Penal; Parte Geral)*. 3ª ed. Munique/Alemanha, Editora Beck, 1997, tomo I, p. 292.

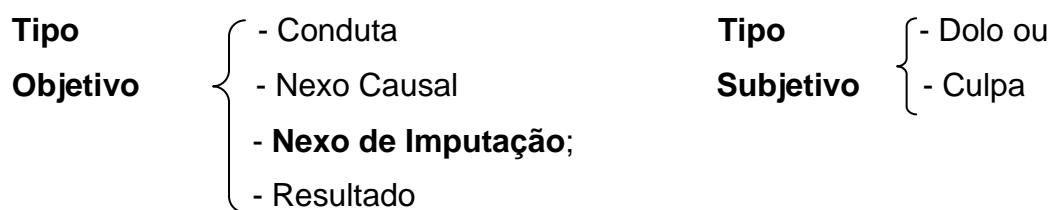
¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil (id est: Tratado de Direito Penal; Parte Geral)*. 4ª ed. Berlim/Alemanha, Editora Duncker & Humblot GmbH, 1988, p. 254.

era tolerável ou permitido; b) o agente diminuiu o risco para o bem jurídico; c) o agente não aumentou o risco para o bem jurídico; d) o risco não se materializou no resultado típico; e) o fato, como ocorreu, está fora do alcance do tipo penal ¹⁶. Num determinado caso concreto, poderá haver o nexu causal, mas não o nexu de imputação, caindo, assim, o tipo objetivo por terra. Para melhor compreensão do assunto, vejamos os gráficos abaixo:

- Na Sistemática Finalista, o tipo objetivo e o tipo subjetivo (este último, criação dos finalistas) tinham a seguinte configuração:



- Na Sistemática Funcionalista, o tipo objetivo passou a ter a seguinte estrutura (criação e acréscimo do **nexu de imputação** em seu âmbito), ao lado do tipo subjetivo, que permaneceu o mesmo:



Obsevação: o nexu de imputação, conforme já se disse, configurar-se-á, se o agente criar, com sua conduta, um risco acima do permitido ou do tolerável para a sociedade e para o bem jurídico (ou se aumentar

¹⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 224.

significativamente a incidência desse risco); e não se terá por configurado, quando ocorrerem os cinco critérios acima elencados.

4) Exemplo de um Caso Hipotético:

Agora, para fins puramente didáticos, tomaremos um caso prático e procuraremos solucioná-lo de acordo com os postulados de cada uma das teorias expostas. Tomemos o seguinte caso hipotético: em certo país asiático, é costume local que os turistas atirem uma moeda no mar e os meninos nativos, exímios nadadores, mergulhem nas referidas águas, recuperem a moeda atirada e fiquem com ela, como prêmio de sua proeza. O turista **X** vai a tal país e, maliciosamente, atira uma moeda de ouro no mar, na esperança de que as águas fiquem agitadas e o menino mergulhador não volte de seu mergulho. O menino **Y**, de 14 anos, exímio nadador, mergulha atrás da moeda e não volta à superfície, uma vez que o mar realmente fica agitado e o menino nadador vem a óbito por afogamento. Assim, teremos as seguintes soluções, conforme a teoria adotada e as respectivas visões dos causalistas, finalistas e funcionalistas:

4.1) Soluções Formuladas com Base na Teoria da Condição ou da Equivalência:

4.1.1) Alguns causalistas tenderão a afirmar a relação de causalidade entre o induzimento de **X**, o mergulho de **Y** e seu afogamento, que desencadeou sua morte; alguns afirmarão a culpabilidade de **X**, por dolo eventual ou culpa consciente (elementos componentes da culpabilidade, segundo a Sistemática Clássica);

4.1.2) Outros causalistas, porém, embora afirmem o nexó de causalidade, propugnarão contudo por afastar a responsabilidade penal de **X** no setor da culpabilidade, dizendo o fato da maneira como ocorreu (afogamento de um menino exímio nadador e muito acostumado com a prática de mergulhos naquela faixa de mar) está fora da linha de calculabilidade efetiva do agente (afetando, pois, o processo de formação do dolo ou da culpa, elementos psicológicos componentes da culpabilidade, para os clássicos);

4.1.3) No entanto, segundo o pensamento de BAUMANN, em casos como este, o nexó causal deverá ser negado *excepcionalmente*, por entender ele que houve uma ruptura da relação de causalidade, uma vez que o indivíduo não tem controle sobre as forças da Natureza, para fazer com que o mar fique agitado em determinado local e hora;

4.1.4) Os finalistas, por seu turno, tenderão a afirmar o nexó de causalidade entre o induzimento, o mergulho e a morte do ofendido (dizendo estar configurado o tipo objetivo – conduta, nexó causal e resultado); no entanto, proclamarão que o tipo subjetivo não se perfez (o agente “não agiu com dolo, nem com culpa”, pois, na visão finalista, o desejo maligno não se confunde com o dolo, nem pode embasar a culpa).

4.2) Solução da Teoria da Adequação:

A **teoria da adequação** afirmará que o comportamento de **X** de induzir **Y** ao mergulho e à busca da moeda não é causa adequada ao tipo penal, pois, segundo a experiência da vida cotidiana e as

estatísticas existentes, a maioria dos meninos nadadores naquela região são bem sucedidos em mergulhar no mar e voltar à superfície, trazendo consigo o seu prêmio (a moeda); além do mais, segundo a experiência comum, nenhuma pessoa tem poderes *mágicos* sobre as forças da Natureza, para fazer com que o mar fique agitado em certa hora e local.

4.3) Solução da Teoria da Relevância:

A teoria da relevância argumentará que o fato como ocorreu não é relevante no plano jurídico, perante o tipo penal em questão (homicídio – “matar alguém”), pelo seguinte raciocínio: embora o nexu causal (físico) deva ser afirmado entre a conduta de **X** e o evento, não há como se imputar *juridicamente* o resultado-morte a **X**, pois não há relevância jurídica na conduta do agente de atirar uma moeda ao mar e, depois, *torcer* para que as águas fiquem agitadas naquele local e horário, e o menino, exímio nadador, sucumba após seu mergulho em busca da moeda atirada (fato que, por uma inexplicável coincidência vem a ocorrer), uma vez que não há nenhuma comprovação científica de que aquela *torcida* do agente tenha influenciado o fenômeno natural.

4.4) Solução Dada Pela Teoria da Imputação

Objetiva:

Já a teoria da imputação objetiva traz a solução mais apropriada para o caso: quando **X** induziu **Y** a mergulhar no mar, naquele local e horário, praticou uma conduta de induzimento do menino e desencadeou

um nexu causal (nos exatos moldes da teoria da “**conditio sine qua non**”); entretanto, no plano da imputação jurídico-penal, criou em relação ao ofendido um risco tolerável, segundo as normas do país em questão, já que tais meninos mergulhadores exímios exercem a sobredita prática diariamente e muitas vezes por dia. Assim, para o Funcionalismo Penal, o tipo objetivo não se completou, pela falta do nexu de imputação: hoje, conforme já se disse alhures, o tipo objetivo é composto por conduta, nexu causal, **nexu de imputação** e resultado; e, como o risco criado pelo agente foi permitido ou tolerável, ocorreu a falta de nexu de imputação e o tipo objetivo não se configurou, pois não basta o preenchimento dos três elementos tradicionais, ou seja, conduta, nexu causal e resultado, sendo ainda necessária a produção de um risco acima do tolerável em relação à vítima e ao bem jurídico protegido (nexu de imputação).

Porém, na mesma linha de raciocínio e de exemplo, se **X** empurrasse o menino nadador **Y**, fazendo-o mergulhar no mar com um peso de ferro amarrado aos seus pés (de tal modo que **Y** só pudesse livrar-se da amarra e do respectivo peso de ferro, caso fosse um *verdadeiro Houdini*) – e a morte por afogamento viesse a acontecer –, **X** responderia por homicídio doloso, pois, no tipo objetivo, teria empurrado o menino e o constrangido a mergulhar numa circunstância muito diferente, causando com isso sua morte e criando um risco não permitido ou acima do tolerável em relação ao ofendido **Y**; assim, o tipo objetivo estaria completo em todos os seus requisitos. No tocante ao tipo subjetivo, a atuação de **X** seria dolosa (com dolo eventual).

5) Outro Exemplo de Caso Hipotético:

Outro exemplo muito citado pela Doutrina (mas um pouco modificado em relação aos seus detalhes originais): em certa cadeia de montanhas, num determinado período do ano, já foi constatada a ocorrência de tufões; o sobrinho **W**, que deseja a morte de seu tio **Z**, para ficar com sua herança, desafia seu tio, que é excelente piloto de helicópteros, a fazer um voo, com sua aeronave particular, àquela cadeia de montanhas, sabendo que agora é a época do ano em que os tufões podem ocorrer; o tio aceita o desafio de seu sobrinho e voa sozinho para o sobredito local, sendo certo que **W** fica em casa *torcendo* pela morte de **Z**; chegando àquelas montanhas, realmente ocorre uma tempestade e um tufão derruba o helicóptero de **Z**, matando-o. Nestas circunstâncias, haverá nexos de causalidade entre o induzimento do sobrinho em relação ao tio, o voo às montanhas e o subsequente óbito; porém, **não** haverá nexos de imputação contra **W**, pois este desafiou (induziu) seu tio a enfrentar um risco comum e tolerável no âmbito da aviação (uma vez que todo o piloto sabe que, embora iniciando o seu voo em condições normais de tempo, poderão sobrevir alterações climatéricas desfavoráveis, a qualquer momento); além do que, conforme já se disse no caso anterior, o sobrinho não tem controle sobre as forças da natureza, no sentido de fazer ocorrer um fenômeno natural ou não, em determinado local e hora.

Contudo, na mesma linha de exemplo, se o sobrinho **W** resolver **sabotar** o helicóptero de seu tio (por impaciência de esperar por um desastre natural), então estará criando um risco acima do tolerável e do permitido no âmbito da aviação e aumentando o risco de queda do helicóptero

de modo significativo; ocorrendo a queda da aeronave, em razão da sabotagem, então **W** responderá por homicídio doloso de seu tio **Z**, pois, neste caso, haverá contra ele nexos de imputação e o tipo objetivo estará completo em todos os seus requisitos; no tocante ao tipo subjetivo, a atuação de **W** foi dolosa.

6) Mais Alguns Casos Práticos fornecidos para a ilustrar os cinco critérios que afastam a Imputação Objetiva:

Conforme já se disse acima, cinco critérios afastam o nexo de imputação, ou seja, a imputação objetiva: a) o risco, no caso, era tolerável ou permitido; b) o agente diminuiu o risco para o bem jurídico; c) o agente não aumentou o risco para o bem jurídico; d) o risco não se materializou no resultado típico; e) o fato, como ocorreu, está fora do alcance do tipo penal. Passemos, agora, a fornecer alguns exemplos (casos práticos) de cada um desses critérios:

6.1) O risco, no caso, era tolerável ou permitido – Caso Prático: **L** é prima do menino **J**, de 10 (dez) anos de idade, e este é portador de uma alergia rara a picadas de abelhas. Sabendo do fato e querendo livrar-se do menino, **L** resolve levar **J** a um passeio num bosque, na esperança de que uma abelha o ferre e ele morra, em razão disto. No local, como em todo o bosque, existem insetos, inclusive abelhas. No início do passeio, **L** deixa a janela do carro, por eles ocupado, propositadamente aberta; uma abelha voa para o interior do veículo e ferroa a criança, que morre de alergia ao veneno do inseto, máxime porque não há um hospital por perto. **L** finge estar triste pela morte do garoto, mas, interiormente, alegra-se, porque seu

plano deu certo. **Solução segundo a teoria da imputação objetiva:** embora **L** tenha agido com dolo no que tange ao tipo subjetivo, sua atuação não preenche o tipo objetivo; isto, porque passear com alguém – alérgico ou não a picadas de abelhas – em um bosque encontra-se dentro do risco permitido das relações sociais; o fato de **L** deixar a janela do carro aberta – embora seja causa do evento –, nada altera em termos de imputação, pois poderia ela passear com o menino inclusive a pé. Destarte, para o Funcionalismo Racional-Teleológico, o tipo objetivo não se completou, pela falta do nexos de imputação, uma vez que o risco era permitido ou tolerável, pois hoje não basta o preenchimento dos três elementos tradicionais, ou seja: conduta, nexos causal e resultado, sendo também necessária a produção de um risco acima do tolerável em relação à vítima e ao bem jurídico protegido (nexos de imputação). **Porém, na mesma linha de raciocínio** e de exemplo, se **L** empurrasse o menino **J** para dentro de um quarto onde houvesse um enxame de abelhas ferozes (por estarem confinadas) e fechasse a porta do recinto, deixando o garoto sozinho lá dentro e exposto a centenas e milhares de abelhas em alvoroço; neste caso, haveria nexos de imputação e o resultado-morte; assim, o tipo objetivo estaria completo em todos os seus requisitos. No tocante ao tipo subjetivo, a atuação de **L** seria dolosa (com dolo direto de 1º grau).

6.2) **O agente diminuiu o risco para o bem jurídico – Caso Prático:** **A** percebe que **B** vai atirar no peito de **C**. Assim, **A** dá um forte empurrão no braço do atirador **B**, que dispara o revólver, mas o projétil atinge o ombro de **C**. **C** é socorrido, levado ao hospital e salvo pela cirurgia, ficando, porém, com uma lesão grave em seu ombro. **Solução segundo a teoria**

da imputação objetiva: embora o empurrão desferido por **A** tenha sido causa de o disparo efetuado por **B** atingir o ombro de **C** e não o seu peito, tal resultado não pode ser atribuído a ele (**A**), no plano da imputação, já no âmbito do tipo objetivo, pois **A**, com seu empurrão, diminuiu o risco para o bem jurídico (a vida da vítima). Por óbvio, o atirador **B** responderá por homicídio doloso tentado.

6.3) O agente não aumentou o risco para o bem jurídico – Caso Prático: um casal de idosos, **R** e **S**, estão tendo uma ferrenha discussão, em seu apartamento localizado no quinto andar de um prédio. **R** está no centro da sala, voltado para a janela, e **S** está posicionada perto da janela do recinto, de costas para ela. De repente, **R** saca de um revólver e atira contra sua esposa, **S**, que, espertamente, se agacha e desvia-se do projétil disparado. O projétil disparado, assim, transfixa o vidro da janela e vai atingir **T**, suicida potencial, que havia pulado do décimo andar do prédio e estava *passando*, naquele momento, defronte à janela do casal. A bala do revólver atinge a cabeça de **T**, matando-o na hora. A perícia conclui que a morte de **T** teve como única causa o projétil atirado por **R**, pois, quando **T** caiu sobre a calçada embaixo do prédio, já estava morto pela sobredita bala de revólver (lemos sobre este caso, que ocorreu em país de língua inglesa, em um periódico jurídico, já há algum tempo, não nos recordando bem qual seja o periódico ou o país da ocorrência). Pois bem: pela doutrina tradicional (finalista), seria a hipótese de se usar, aqui, a teoria da “**aberratio ictus**” (art. 73 do C.P.: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversas, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atentando-se ao disposto no § 3º do art.

20 deste Código”); assim, o idoso **R** responderia pelo homicídio doloso consumado do suicida potencial **T**, considerando-se não as condições da vítima efetiva, mas as da vítima virtual, **S**, sua esposa (por exemplo, com a qualificadora de motivo torpe-vingança ou ódio, etc.). **Solução segundo a teoria da imputação objetiva:** numa situação como esta, de nexos causal anormal e desviante, não se pode utilizar a teoria da “**aberratio ictus**”, sob pena de se cometer uma grande injustiça. Quanto ao suicida potencial **T**, que já vinha caindo exoravelmente do décimo andar (em razão de seu próprio pulo no vazio) e, em poucos segundos, cairia no chão e morreria em decorrência de politraumatismo, não há imputação objetiva contra o idoso **R**, apesar do tiro por ele disparado, pois ele (**R**) não aumentou o risco para o bem jurídico (a vida do suicida potencial **T**, já sob uma ameaça incontornável e fatal provocada por ato do próprio **T**); destarte, **R** deverá responder pela tentativa de homicídio doloso, perpetrada contra sua esposa **S**, até, se for o caso, com a qualificadora de motivo torpe.

6.4) O risco não se materializou no resultado típico – Caso Prático: **L** está dando um *show* musical em um palanque, em certo bairro da cidade. **J** e **K**, que detestam a cantora, mas um não sabe do outro, estão assistindo ao espetáculo ao vivo, ao lado de milhares de pessoas. De repente, **J** e **K** afastam-se da multidão e ambos escondem-se atrás de muros próximos, um do outro e do local do evento, sem que se avistem; ambos estão portando pistolas automáticas idênticas, com mira lunetada e do mesmo calibre. Assim, ambos atiraram contra a cantora **L**, no mesmo instante, sendo certo que ela caiu morta em cima do palanque, atingida por um dos projéteis. O médico

legista faz a autópsia, mas não consegue descobrir qual das balas matou a cantora, pois uma a acerta e a outra passa a rente a ela, mas se perde. **Solução segundo a teoria da imputação objetiva:** conforme já se disse alhures, num caso como este, em que há um resultado certo (morte de **L**) e uma causa incerta (qual projétil teria sido a “**conditio sine qua non**” do evento-morte: o tiro disparado por **J** ou **K**? – já que aqui ocorreu a chamada **autoria colateral** e não a coautoria, gerando uma situação de **autoria incerta**), embora a teoria da imputação objetiva afirme, com razão, que ambos os atiradores, **J** e **K**, tenham produzido um risco intolerável à vida de **L**, não há como se saber **qual dos dois riscos** se materializou no resultado típico (morte); por conseguinte, o único desfecho plausível para o caso é o de atribuir-se, na dúvida, aos dois agentes a prática de homicídio tentado, embora **L** esteja morta, pois somente esta é a solução consentânea com o Estado Democrático de Direito (uma vez que, do contrário, atribuir-se a morte da vítima e, assim, o homicídio consumado aos dois atiradores, **J** e **K**, seria uma iniquidade, pois um deles não é responsável pelo “**eventus mortis**”; de tal modo que o imperativo da justiça “**in casu**” compele o aplicador do Direito a atribuir o menos – homicídio tentado – a ambos envolvidos, a fim de se evitar uma injustiça contra um deles, prevalecendo, pois, o velho adágio do “**in dubio pro reo**”).

6.5) **O fato, como ocorreu, está fora do alcance do tipo penal – Caso Prático:** conforme exemplo anteriormente fornecido, o motorista **X**, embrigado, atropela o pedestre **Y**, com veículo automotor e mata-o em decorrência disto; a rigor das leis da Física, além da ação culposa (imprudente) do motorista, são causas do evento: o automóvel,

quem fabricou as autopeças e montou o veículo, quem vendeu o veículo ao perpetrador do atropelamento, quem extraiu os minérios da Natureza para a confecção das autopeças; a bebida alcoólica, bem como quem industrializou e vendeu a citada bebida ao motorista; os pais do motorista, que o geraram, etc. A doutrina tradicional procurou excluir tais situações remotas do nexó causal, afastando-se a **culpabilidade** (ou seja, a Sistemática Clássica, pois, para ela, o dolo e a culpa localizavam-se neste setor) ou derrubando-se o **tipo subjetivo** (os finalistas diziam faltar dolo ou culpa [previsibilidade] na conduta do fabricante do veículo e da bebida, etc.); mas, não sendo tais soluções convincentes, a sistemática funcionalista elaborou uma outra construção teórica a seguir exposta.

Solução segundo a teoria da imputação objetiva: o tipo penal em questão (homicídio culposo na direção de veículo automotor – art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro) foi construído, pelo legislador, com o propósito de alcançar somente a ação imprudente do motorista embriagado e não as pessoas que contribuíram, no plano físico, para que o automóvel e a bebida chegassem até ele; de modo que o criador de um risco intolerável para a sociedade e para o bem jurídico (vida do pedestre atropelado) foi unicamente o motorista ébrio; as demais pessoas (o fabricante e o vendedor do veículo, o fabricante e o vendedor da bebida alcoólica) agiram dentro do risco social tolerável, estando fora do alcance do tipo penal sob exame.

7) O Subjetivo na Imputação Objetiva:

Nas palavras de CLAUS ROXIN: “A contribuição do pensamento sistemático teleológico-racional (funcional) para a teoria do tipo

dirige-se, principalmente, ao tipo objetivo, que recebe uma dimensão completamente nova através da teoria da imputação objetiva”¹⁷. Isto, porque, até o advento do Finalismo, só existia o tipo objetivo, criado pela sistemática clássica, sendo este acrescido, mais tarde, dos elementos subjetivos do injusto, adicionados pelos neokantianos. Após a sistemática finalista, surgida em 1930 com HANS WELZEL, foi criado o tipo subjetivo ao lado do tipo objetivo; e os finalistas acabaram por deslocar o eixo gravitacional, no Direito Penal, do tipo objetivo para o tipo subjetivo, no âmbito da teoria do tipo (a primeira pergunta que o exegeta fazia, para si, após o Finalismo, era a seguinte: o agente agiu com dolo? Que finalidade perseguiu com sua conduta: matar, subtrair, etc.?). A teoria da imputação objetiva reconduziu o tipo objetivo para o foco principal, ou seja, recolocou-o no eixo gravitacional da teoria do tipo. Isto é: na moderna teoria do delito, só se chegará à análise do tipo subjetivo e à indagação sobre se o agente atuou com dolo ou com culpa consciente, por exemplo, **depois de preenchidos todos os requisitivos do tipo objetivo** (conduta, nexos causal, nexos de imputação e resultado); do contrário, o fato restará atípico já no tipo objetivo, ante o não preenchimento de qualquer dos quatro elementos acima apontados, não havendo, neste caso, sequer que se indagar acerca do dolo ou da imprudência com que o agente teria atuado.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Finalität und objektive Zurechnung (id est: Finalidade e Imputação Objetiva)*, em *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift (ou seja: Escrito em Homenagem a Armin Kaufmann)*, 1989, p. 237, **apud** GRECO, Luís. Em seu *Esclarecimento ao leitor* na obra *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal* de Claus Roxin, trad. do próprio Prof. Luís Greco, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002 (páginas iniciais sem numeração).

Entretanto, a teoria da imputação objetiva não é desprovida de toda e qualquer subjetividade, no âmbito do tipo objetivo. No preciso dizer de CLAUS ROXIN: “A imputação objetiva – e isto é mais um capítulo na ‘confusão entre o objetivo e o subjetivo’ – depende não só de fatores objetivos, como também de subjetivos. No exame da pergunta quanto a se existe uma criação não permitida de um risco, é decisivo o ponto de vista que teria tomado um observador prudente (*einsichtig* ¹⁸) antes da prática do ato; mas a este observador devem-se acrescentar os conhecimentos especiais do autor concreto” ¹⁹. Na mesma linha de raciocínio, o alentado e precioso *Prefácio* de LUÍS GRECO, à obra *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal* de ROXIN: “Por fim [...], o fato de se considerarem elementos subjetivos no plano da imputação objetiva em nada altera na *preponderância do objetivo sobre o subjetivo*, propugnada pela teoria da imputação objetiva. Esta preponderância é funcional às exigências de um Estado Social e Democrático de Direito, que primeiro pergunta se algo ocorreu no mundo exterior, para depois interessar-se pelo foro interno do agente. É este, aliás, o segundo ponto-chave da desarmonia entre o finalismo e a imputação objetiva, anteriormente apontado: para os finalistas, o essencial é o subjetivo, mesmo a tentativa supersticiosa, como rogar pragas para que alguém morra, é um ato ilícito, uma tentativa de homicídio; para quem siga a imputação objetiva, a tônica do injusto está no objetivo, e só se levam em conta dados subjetivos, na medida em que isso se mostre necessário

¹⁸ O adjetivo “**einsichtig**”, em alemão, quer dizer alguém portador de “**Einsicht**”, isto é, de conhecimento, de entendimento ou de inteligência.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, trad. Luís Greco, 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120-121.

para determinar o caráter objetivo do perigo”²⁰; “primeiramente, porque, ao contrário do que pensam os finalistas, o sistema não deve ser construído de modo classificatório, como se cada elemento tivesse de ser trancado em uma determinada gaveta, da qual ele não pode sair. Na verdade, um *sistema construído teleologicamente* tem sempre diante de si o fato delituoso como um todo; este todo, porém, é analisado, a cada momento, de uma perspectiva diversa. Assim, nada existe de problemático em que um mesmo elemento tenha relevância para mais de uma categoria: por ex., muitos autores defendem uma dupla função do dolo, no tipo (a forma mais socialmente lesiva de conduta) e na culpabilidade (a forma mais reprovável de conduta). Da mesma forma, nada pode impedir que um elemento subjetivo seja significativo já no plano do tipo objetivo: basta que ele seja importante sob o aspecto da *ratio* do tipo objetivo, que é a fixação de riscos proibidos, do que seja a conduta objetivamente típica”²¹.

Para exemplificarmos a questão do subjetivo na imputação objetiva, ou seja, dos especiais conhecimentos do autor concreto já na criação do risco não permitido (no âmbito do tipo objetivo), imaginemos o indivíduo **P**, que é leigo e praticamente sem qualquer conhecimento em anatomia humana e, de outro lado, o indivíduo **Q**, o qual é médico ou enfermeiro e que possui, destarte, amplos conhecimentos em anatomia humana. Se **P** der um golpe com um canivete na coxa de **S**, atingindo ocasionalmente a artéria

²⁰ GRECO, Luís. *Prefácio à obra Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal* de Claus Roxin, trad. do próprio prefaciador, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108-109.

²¹ *Idem*, p. 106-107.

femoral da vítima e causando-lhe, assim, a morte, por seu limitado conhecimento de anatomia, deve ele ser enquadrado no tipo objetivo da lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal), ante o nível de risco por ele criado; entretanto, se **Q**, médico ou enfermeiro e com grandes conhecimentos em anatomia, desferir um golpe com um bisturi na coxa de **S**, sabendo a exata localização da artéria femoral do ofendido e provocando-lhe, destarte, a morte, em razão do elevado grau de risco por ele perpetrado, deve sua conduta – na aparência externa semelhante à do agente **P** – subsumir-se ao tipo objetivo do homicídio doloso (art. 121 do mesmo Estatuto Penal, em sua forma simples ou qualificada, conforme o caso concreto).

8) A Teoria da Imputação Objetiva foi adotada por nosso Código Penal?

Quando o legislador na Reforma de 1984 deu ao art. 13 da Nova Parte Geral do Código Penal a seguinte redação: “Art. 13: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é **imputável** a quem lhe deu causa; considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” e, mais, no § 1º do mesmo artigo: “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” (grifos nossos), admitiu ele, ainda que, de forma subconsciente, um processo jurídico de imputação, que se inicia com base na lei física da causalidade, mas não precisa terminar nela. E bem se sabe que, para a hermenêutica moderna, não importa a “**voluntas legislatoris**”, porém sim a “**voluntas legis**” (a vontade

da lei, como texto pronto, produzido por um processo legislativo constitucional e fruto de um consenso a que chegou o Parlamento, recebendo, depois, a sanção do Poder Executivo). Destarte, com base no texto acima transcrito, não se pode negar que a lei tenha deixado para a doutrina uma margem para a elaboração e aplicação de uma teoria da imputação, que viesse a superar os problemas ocasionados pela lei da causalidade.

9) Os Principais Postulados do Funcionalismo Racional-Teleológico:

9.1) Ao contrário do que preconizava FRANZ VON LISZT, no sentido de que “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal”²² (seu pensamento, baseado no positivismo jurídico, via uma oposição constante entre direito penal e política criminal)²³, CLAUS ROXIN apregoa que a política criminal deve ser inserida dentro da dogmática do direito penal, pois os problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio da teoria geral do delito²⁴; assim, a política criminal deve operar como uma verdadeira alma dentro da dogmática do direito penal, animando-a e iluminando-a na afirmação, reafirmação ou revisão de seus conceitos; o intérprete do direito penal deve ter em vista não os fins do indivíduo quebrantador da lei penal, mas sim os fins do direito penal em seu todo; tal visão teleológica da ciência jurídico-

²² VON LISZT, Franz. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (id est: Estudos e palestras jurídico-penais)*, vol. II, 1905, p. 80, **apud** ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*, trad. Luís Greco, 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-2.

²³ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*, trad. Luís Greco, 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12.

²⁴ *Idem*, p. 14.

penal conduziu à elaboração da teoria da imputação objetiva e à conclusão de que a culpabilidade deve ser vista como responsabilidade político-criminal (dentro da responsabilidade, encontram-se princípios de política criminal, segundo os quais não se justifica a propositura de uma ação penal contra o infrator da lei, como no caso da bagatela ou insignificância jurídico-penal, por exemplo);

9.2) A norma penal protege sempre um bem jurídico (por trás de cada tipo penal há um bem jurídico relevante para a sociedade); o bem jurídico serve como um limitador ao Poder Legislativo, na confecção de tipos penais, em um Estado Democrático de Direito;

9.3) O Funcionalismo de ROXIN só é passível de ser aplicado e, portanto, apenas se sustenta em uma Social-Democracia (em qualquer regime democrático europeu ou de inspiração europeia, como é o caso do nosso).

10) Funcionalismo Racional-Teleológico, Teoria da Imputação Objetiva e Sua Repercussão na Doutrina e Jurisprudência do Brasil:

Muitos doutrinadores brasileiros aderiram ao pensamento funcionalista racional-teleológico e à teoria da imputação objetiva; dentre muitos, podemos citar, só à guisa de exemplo, os professores Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos, Álvaro Mayrink da Costa, Luís Greco (que foi orientando de Claus Roxin em seu mestrado e, hoje, reside na Alemanha e lá leciona), André Luís Callegari, Miguel Reale Júnior (este com uma posição um

tanto crítica), o juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais Fernando Galvão e o procurador de justiça no Estado de São Paulo José Carlos Gobbi Pagliuca. Muitos promotores de justiça e juizes de Direito fazem menção, os primeiros em seus pareceres e os segundos em suas sentenças, de doutrinas funcionalistas; diversos acórdãos de Tribunais Brasileiros (dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e outros) referem-se e buscam lastro, cada vez mais, na teoria da imputação objetiva, para decidirem os casos concretos, colocados em julgamento.

11) **Conclusão:**

À guisa de conclusão deste trabalho, podemos seguramente afirmar que os postulados do Funcionalismo Racional-Teleológico e a teoria da imputação objetiva ganham cada vez mais corpo e adesão espiritual no meio acadêmico brasileiro, entre os estudiosos e operadores do Direito Penal.

Carlos Ernani Constantino

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo; Professor de Direito Penal no curso de graduação da Faculdade de Direito de Franca-SP; Professor de Direito Penal no Curso de Especialização de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público; Mestre em Direito Público, pela Unifran-SP; tradutor-intérprete em inglês e alemão (com curso de Germanística em Salzburg, na Áustria).