UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

RONAN DE OLIVEIRA ROCHA

A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

BELO HORIZONTE

2013

RONAN DE OLIVEIRA ROCHA

A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito. Área de concentração: Direito Penal. Orientadora: Professora Doutora Daniela de Freitas Marques

BELO HORIZONTE

2013

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Rocha, Ronan de Oliveira
A relação de causalidade no Direito Penal / Ronan de Oliveira Rocha – 2013
213 f.
Orientadora: Professora Doutora Daniela de Freitas Marques
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Belo Horizonte, 03/02/2014
Área de concentração: Direito Penal
1. Direito Penal. 2. Teoria do crime. 3. Tipo objetivo. 4. Relação de causalidade. 5. Imputação objetiva.
CDU – 343.2

RONAN DE OLIVEIRA ROCHA

A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, dezembro de 2013.

Componentes da banca examinadora:

_____
Professora Doutora Daniela de Freitas Marques

_____
Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

_____
Professor Doutor Luiz Augusto Sanzo Brodt

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2014.

RESUMO

O presente estudo examina criticamente a relação de causalidade no âmbito do Direito Penal. Depois de conceituá-la e de explicitar sua função na teoria do fato punível, é abordada a suposta crise em que ela estaria imersa e investigado se há, de fato, razão para colocar em xeque o paradigma causal como categoria ôntica e epistêmica. Em seguida, o estudo envereda pela análise da interação entre causalidade e imputação objetiva, a fim de saber se a proposição de critérios normativos no setor do tipo penal torna desnecessária a consideração do nexo causal entre conduta e resultado. Delimitados os confins da causalidade, são abordadas as principais teorias sobre o tema no Direito Penal, com ênfase na teoria da *conditio sine qua non*, adotada no Código Penal brasileiro. São apontadas suas deficiências, as respostas de seus defensores e o estado atual da discussão sobre a matéria. Na sequência, é abordada a controvérsia da causalidade nos crimes omissivos impróprios e são analisadas diferentes propostas de conformação do tipo objetivo dos referidos crimes, com o escopo de elucidar quais critérios devem ser examinados pelo juiz no momento da aplicação da lei penal. Ao final, são resolvidos os casos inicialmente propostos com a aplicação da teoria adotada.

ABSTRACT

The present study critically examines the causality relationship in the ambit of Criminal Law. After define it and explicit its function in the theory of punishable act, it is broached the supposed crisis in which it would be immersed and investigated if there is, indeed, reason to put in check the causal paradigm as ontic and epistemic category. Then, the study conducts to the analysis of the interaction between causality and objective imputation, in order to know if the proposition of normative criterions in the sector of penal type makes it unnecessary to consider the causal nexus between conduct and result. Once delimited the boundaries of causality, the main theories of causation in criminal law are broached, with emphasis on the *conditio sine qua non*'s theory, adopted in the Brazilian Penal Code. Its deficiencies are pointed out as well the answers of its defenders and the current state of discussion about the topic. Afterwards, the controversy of causality in the improper omissive crimes is broached and different proposals of constitution of the objective type of those crimes are analyzed, in order to clarify which criterions must be examined by the judge at the time of application of criminal law. Finally, the cases initially proposed are solved with the application of the adopted theory.

Agradeço, inicialmente, a Deus por todas as bênçãos com que tenho sido aquinhoado.

Agradeço, também, aos meus pais Vilmar e Vera e à minha esposa Patrícia, pelo amor, companheirismo, apoio, incentivo, compreensão e paciência.

Agradeço, igualmente, à Professora Doutora Daniela Marques, pela orientação tranquila e segura e aos Professores Doutores Cláudio Brandão e Luiz Augusto Brodt por terem aceitado gentilmente o convite para integrarem a banca examinadora deste trabalho.

Agradeço, ainda, aos amigos Felipe Coimbra, Professor Cânedo, Luís Greco e Maria Luiza de Marilac, todos penalistas de escol, pelos valiosos conselhos, pelas sugestões pertinentes e pelo proveitoso intercâmbio de ideias ao longo dos anos.

Agradeço, por fim, à minha assessora Nayara Fernandes, pela ajuda na revisão do texto.

Felix qui potuit rerum cognoscere causas.

Virgílio, Geórgicas, livro 2, verso 490.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AT - Allgemeiner Teil (Parte Geral)

BGH - Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão, equivalente ao Superior Tribunal de Justiça).

BGHSt - decisões do Bundesgerichtshof em matéria penal.

FS - Festschrift (Estudos em homenagem).

GA - Goltdammer's Archiv für Strafrecht (periódico alemão).

JR – Juristische Rundschau (periódico alemão).

JZ – Juristenzeitung (periódico alemão).

LG – Landgericht (Tribunal do Land).

NJW - Neue Juristische Wochenschrift (periódico alemão).

RG – Reichsgericht (Tribunal do Reich).

StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal alemão).

ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (periódico alemão).

ZStW - Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft (periódico alemão).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

1.1 Considerações iniciais 12

1.2 Justificativa 13

1.3 Questões especialmente problemáticas atinentes à constatação da relação de causalidade segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais 17

1.4 Plano da investigação 19

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS 21

2.1 Conceito e função da relação de causalidade 21

2.2 Crise da causalidade? 23

3 CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO 33

3.1 A relação de causalidade como pressuposto ou requisito para a imputação objetiva do resultado 34

3.1.1 Antecedentes da moderna teoria da imputação objetiva do resultado 34

3.1.2 A imputação objetiva segundo Claus Roxin 39

3.1.3 A proposta de Günther Jakobs 44

3.1.4 O modelo teórico de Wolfgang Frisch 48

3.2 Absorção do nexo causal pela imputação objetiva do resultado? 54

3.3 Análise crítica da controvérsia 57

3.4 Proposta de tratamento sistemático da causalidade e da imputação objetiva do resultado no conceito analítico de crime 63

4 PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE 66

4.1 Teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais 67

4.1.1 A polêmica sobre sua concepção 67

4.1.2 Desenvolvimento da teoria 71

4.1.3 Objeções 74

4.1.4 Resposta de seus defensores 80

4.1.5 Avaliação crítica.....82
4.2 Teoria da adequação 86
4.3 Teoria da relevância 92
4.4 Teorias da causalidade funcional: o estudo da causalidade sob perspectivas normativistas.....94
4.4.1 A proposta de Ernst-Joachim Lampe.....94
4.4.2 O modelo teórico de Juarez Tavares.....98
4.4.3 Crítica à concepção normativista do nexo causal.....104
4.5 Teoria da condição conforme às leis 110
4.6 Teoria da condição INUS.....115
4.6.1 A concepção de John Leslie Mackie.....115
4.6.2 Objeções.....124
4.6.3 Avaliação crítica.....126
4.7 A proposta de Ingeborg Puppe 131
4.7.1 Considerações iniciais.....131
4.7.2 A revisão de uma categoria fundamental para a causalidade e para a imputação: o conceito de resultado penalmente relevante.....132
4.7.3 A determinação lógica da relação de causalidade: lineamentos gerais....135
4.7.4 Principais objeções.....138
4.7.5 Resposta dos defensores 140
4.7.6 Avaliação crítica.....145
5 CAUSALIDADE E OMISSÃO 156
5.1 Considerações iniciais.....156
5.2 Causalidade em crimes omissivos? 159
5.2.1. A negativa da relação de causalidade em crimes omissivos impróprios ..159
5.2.2 A admissão da causalidade nos crimes omissivos impróprios 162
5.2.3 Avaliação crítica.....166
5.3 A estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios.....170
6 RESOLUÇÃO DOS CASOS INICIAIS 185
7 CONCLUSÕES 191
BIBLIOGRAFIA 196

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações iniciais

A causalidade é daqueles temas sobre os quais pairam inúmeras controvérsias, o que é compreensível não apenas pela polissemia do vocábulo, mas também pela considerável amplitude dos problemas causais nos diversos setores do conhecimento humano. Podem ser observadas profundas divergências relativas à causalidade, dentre outros ramos, na Filosofia, na Psicologia, na Física, na Biologia e nas Ciências Sociais.[1] No Direito, o cenário não é diferente. Sobretudo no Direito Penal e no Direito Civil, em que a causalidade é requisito para que ocorra a responsabilização – resposta da ordem jurídica, de natureza punitiva ou reparatória-compensatória, que decorre do cometimento de ato ilícito causador de um dano juridicamente relevante –, existe um sem-número de teorias concebidas para explicar quando uma conduta pode ser considerada causa de um evento.

Embora muito já tenha sido escrito sobre a causalidade no âmbito do Direito Penal, especialmente pela doutrina estrangeira, urge que o tema seja revisitado. Não se trata de retomar o estudo sobre o nexo causal por um puro sentimento de nostalgia, com o escopo de rememorar a evolução dos debates para simples registro histórico. A eleição do tema a ser investigado no presente trabalho partiu de dificuldades práticas e teóricas relacionadas a essa relevante categoria dogmática, as quais serão detalhadas a seguir. Paralelamente e como forma de potencializar essas dificuldades que precisam ser enfrentadas, observam-se casos cada vez mais frequentes de lesões em massa a consumidores, de desastres ambientais, de erros médicos, dentre outros, todos eles com demandas intrincadas em relação à análise causal. Paradoxalmente, a doutrina brasileira, salvo raras exceções, não se tem dedicado ao tema. Apesar da relevância do estudo do nexo causal, nota-se a existência de grave lacuna na literatura jurídica brasileira sobre o assunto.

---

[1] Interessante visão panorâmica sobre os problemas da causalidade em diversos ramos do conhecimento é oferecida pela coletânea organizada por BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher e MENZIES, Peter. **The Oxford handbook of causation.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

O objetivo geral do presente estudo, portanto, é suprir essa lacuna. Especificamente, pretendemos contribuir para que sejam resolvidas algumas questões controvertidas e relevantes para a correta aplicação da lei penal. Para tanto, será necessário analisar criticamente as principais teorias concernentes à relação de causalidade no campo do Direito Penal, apresentar suas falhas e indicar critérios para o tratamento sistemático e para a constatação da relação de causalidade, o que deverá abranger, naturalmente, os crimes comissivos e os omissivos.

1.2 Justificativa

Antes de avançarmos na abordagem dos problemas concernentes à relação de causalidade no Direito Penal, deve ser indicado, de forma mais detalhada, o que justifica a retomada da discussão desse tema.

Inicialmente, não se pode perder de vista que o objeto de nossa investigação é tema que se reveste de relevância teórica e prática para a dogmática penal.

No âmbito teórico, a relação de causalidade é categoria fundamental, imprescindível à configuração do juízo de tipicidade dos crimes materiais. Sem que ela esteja caracterizada, não é possível atribuir ao agente, como sua obra, o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. [2]

Nesse contexto e no plano do tipo objetivo, surgem as primeiras questões teóricas a serem arrostadas. A causalidade subsiste na teoria do delito ou deve ser absorvida pela teoria da imputação objetiva? Em que consiste cada uma dessas categorias? É possível separar a análise da causalidade do raciocínio da imputação objetiva?

---

[2] A relevância do tema é enfatizada por Helmut Frister: “a questão de que relação deve haver entre uma conduta e o resultado típico de uma lei penal, a fim de que esse resultado seja causado de modo tipicamente objetivo, integra, nas últimas décadas, um dos problemas mais veementemente discutidos da teoria geral do fato punível”. FRISTER, Helmut. **Strafrecht:** allgemeiner Teil. 4. ed., München: C. H. Beck, 2009, p. 92. No original: *„Die Frage, in welchem Zusammenhang eine Handlung zu dem tatbestandlichen Erfolg eines Strafgesetzes stehen muss, um diesen Erfolg in objektiv tatbestandsmäßiger Weise zu verursachen, gehört zu den in den letzten Jahrzehnten am heftigsten diskutierten Problemen der allgemeiner Straftatlehre.“*

Contudo, sob o prisma teórico, estabelecer os confins entre causalidade e imputação objetiva é apenas o começo da discussão que precisa ser travada. O foco central do presente estudo reside em investigar se a teoria da equivalência consegue resolver, de forma coerente e satisfatória, as questões atinentes à relação de causalidade ou se o seu procedimento para constatação de conexões causais é falho. Como será visto oportunamente, há quem acuse o procedimento hipotético de eliminação, de que se vale a teoria da equivalência, de ser incoerente do ponto de vista lógico e de ser inútil, por pressupor justamente o conhecimento daquilo que se quer descobrir.

Do ponto de vista prático, também é possível perceber a relevância do tema. A causalidade, longe de ser um academicismo, uma discussão teórica estéril, desprovida de contato com a realidade, é, pelo contrário, categoria das mais fundamentais para a teoria do delito e permeia a análise jurídico-penal da conduta quando é atribuído a alguém o cometimento de crime material. Um rápido contato com a legislação penal permite entrever quão numerosos são os crimes materiais, o que conduz à conclusão de que a causalidade está presente em grande número de demandas criminais.[3]

Além de relevante, o tema permanece atual. Não são raros os exemplos de julgamentos que ensejaram e têm ensejado grande debate doutrinário acerca dos critérios que devem ser utilizados para constatar a existência de conexão entre conduta e resultado.[4]

Outro dado que justifica que o tema da causalidade seja revisitado é, como dito, a existência de grave lacuna teórica sobre a causalidade no cenário brasileiro. Apesar da relevância da causalidade no âmbito da teoria do delito, a doutrina pátria, salvo raras exceções, não tem dedicado atenção a ela. Há poucas obras específicas sobre o tema e os manuais de Direito Penal, via de regra, limitam-se a expor algumas

---

[3] Não por outro motivo afirmava Karl Engisch (**La causalidad como elemento de los tipos penales**. Trad. de Marcelo Sancinetti da edição alemã de 1931, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 37) que “os tipos da lei penal se baseiam em causações”.

[4] Apenas a título ilustrativo, podem ser mencionados os seguintes casos: Contergan (*JZ* 1971, p. 507 e ss.), do spray para couro (*BGHSt* 37, p. 106 e ss.), do protetor de madeira (*BGHSt* 41, p. 206 e ss.), do azeite de colza (CASTAÑÓN, José Manuel Paredes; MONTAÑÉS, Teresa Rodrigues. **El caso de la colza**: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; SARRABAYROUSE, Eugenio. **Responsabilidad penal por el producto**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007, p. 78 e ss.), dentre outros vários. As hipóteses especialmente problemáticas de constatação do nexo causal serão abordadas no item 1.3.

teorias sem problematizá-las e sem apresentar as inconsistências detectadas pela doutrina estrangeira, o que pode acarretar a falsa impressão de que o exame da relação de causalidade é tema simples e que sua discussão está superada com a adoção pelo legislador brasileiro da teoria da equivalência dos antecedentes causais. O cenário pátrio é diametralmente oposto ao que se observa em outros ordenamentos, sobretudo na Alemanha, onde o tema é debatido há décadas com o mesmo interesse.[5]

Além disso, é possível perceber que a análise das conexões causais tem sido alvo de algumas imprecisões conceituais. Tomemos como exemplos dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. O primeiro deles teve a seguinte ementa:

> RECURSO ESPECIAL. NEXO DE CAUSALIDADE. VALORAÇÃO ADEQUADA DA PROVA. POSSIBILIDADE.
> Configurada a alegada contrariedade ao art. 13, do Código Penal, cabível, *[sic]* o apelo especial com base na alínea "a", do permissivo constitucional.
> A hipótese dos autos cuida não de reexame de provas, mas sim de *valorar* a existência de nexo de causalidade entre a conduta do acusado e o evento delituoso (art. 13, do CP).
> Sendo incerta a relação de causalidade entre a conduta do recorrente e o furto do qual foi condenado, não pode ele ser responsabilizado por crime, porque inadmissível no direito penal a culpa presumida ou a *responsabilidade objetiva*." [...].[6]

Na ocasião em análise, o Superior Tribunal de Justiça, como se pode perceber, entendeu que o nexo causal deve ser objeto de *valoração*, o que é questionável. A doutrina, via de regra, fala em *constatação* ou *verificação* da relação de causalidade.[7] Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que o

---

5 Ingeborg Puppe [Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.*).* **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. 4. ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, vol. 1, p. 510] afirma: „*Was eine einzelne Ursache für einen Erfolg ist und wie man sie feststellt, ist heute umstrittener denn je. Das gilt für die Diskussion in der Philosophie wie in der Jurisprudenz, in Deutschland ebenso wie international.“* Tradução livre: “tanto na Filosofia como no Direito, na Alemanha assim como em outros países, hoje é mais discutido do que nunca o que é uma causa individual para um resultado e como deve ela ser constatada.”

6 BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 224.709 – 5ª Turma – Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – data do julgamento: 18 de dezembro de 2003. Votação unânime. Destaque nosso.

7 Nesse sentido: HONIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung. **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag.** Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 175; VON HIPPEL, Robert. **Deutsches Strafrecht.** Aalen: Scientia, 1971 (reimp. da ed. de 1930), vol. II, p. 134; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 10. ed., Bielefeld: Gieseking, 1995, p. 218; ROXIN, Claus. **Strafrecht***:* allgemeiner Teil, 4. ed., München: C.H. Beck, 2006, tomo I, p. 351; KÜHL, Kristian. **Strafrecht:** allgemeiner Teil. 6. ed., München: Franz Vahlen, 2008, p. 21; HASSEMER, Winfried. **Produktverantwortung im modernen Strafrecht.** 2. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1996, p. 44; KÖHLER, Michael. **Strafrecht**:

nexo causal deve ter sua existência constatada e não valorada.[8] A distinção entre *constatar* e *valorar* o nexo causal pressupõe tomada de posição quanto à natureza dessa categoria e será detalhada no item 4.4, quando da análise da teoria da causalidade funcional. Entretanto, o que mais chama a atenção no aresto supra diz respeito à aproximação entre causalidade e vedação da responsabilidade penal objetiva, institutos que não guardam relação. Como será abordado a seguir, a exigência de causalidade tem como consequência afastar a responsabilidade penal *por fato de terceiro*, mas não impede, como se deu no passado, a responsabilidade penal objetiva. Em verdade, o que afasta a responsabilidade penal objetiva é a exigência de dolo ou culpa e não do nexo causal.

Em outra oportunidade, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS* - PENAL - HOMICÍDIO CULPOSO - RELAÇÃO DE CAUSALIDADE - RESULTADO DELITUOSO - ELEMENTO SUBJETIVO - EXISTÊNCIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE.
> - O Código Penal, ao adotar a *conditio sine qua non* (Teoria dos antecedentes causais) para a aferição entre o comportamento do agente e o resultado, o fez limitando sua amplitude pelo exame do elemento subjetivo (somente assume relevo a causalidade dirigida pela manifestação da vontade do agente - culposa ou dolosamente).
> - *Dentro da ação*, a relação causal estabelece o vínculo entre o comportamento em sentido estrito e o resultado. Ela permite concluir se o fazer ou não fazer do agente foi ou não o que ocasionou a ocorrência típica, e este é o problema inicial de toda investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível e fixar a sua responsabilidade penal.
> - Observando-se sob esse prisma, decorre a relação, ainda que tênue, de causalidade entre o comportamento da empresa, através de seu responsável e o resultado morte da vítima. [...].[9]

Além de a teoria da *conditio sine qua non* não ser conhecida como teoria dos antecedentes causais, não foi esclarecido como a causalidade pode ser dirigida por uma manifestação de vontade culposamente *[sic].* Ademais disso, foi citada lição de Aníbal Bruno sobre a causalidade, para quem o nexo causal integrava o conceito

---

allgemeiner Teil. Berlin: Springer, 1997, p. 142; MAIWALD, Manfred. **Causalità e Diritto Penale.** Trad. Francesca Brunetta d'Usseaux. Milano: Giuffrè: 1999, p. 84.

8 Cf.: BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 86.914 – 2ª Turma – Relatora Ministra Ellen Gracie – data do julgamento: 17 de junho de 2008. Votação unânime; BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 91.110 – 2ª Turma – Relatora Ministra Ellen Gracie – data do julgamento: 05 de agosto de 2008. Votação unânime.

9 BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – *Habeas Corpus* nº 29.894 – 5ª Turma - Relator Ministro Jorge Scartezzini – data do julgamento: 1º de abril de 2004. Destaque nosso.

de ação. Contudo, não foi demonstrada a compatibilidade desse entendimento com a reforma de 1984 da parte geral do Código Penal, de nítida inspiração finalista,[10] nem é possível entrever a necessidade de se conceber a causalidade como requisito do conceito de ação. Essa orientação fazia sentido quando considerado o conceito de ação para as doutrinas causais (naturalista e neokantista). Entretanto, superado o conceito de ação como movimento ou comportamento humano que causa uma modificação no mundo exterior, não vemos nem necessidade nem ganho sistêmico de manter a causalidade dentro do conceito de ação. Pelo contrário, vemos apenas desvantagens em trazer a causalidade para dentro do conceito de ação, pois a categoria da conduta já tem os seus problemas imanentes e, com a orientação ora criticada, sofreria uma hipertrofia desnecessária.

Logo, é conveniente assentar o exame da causalidade em pressupostos conceituais sólidos para que haja previsibilidade e, via de consequência, segurança quanto à aplicação do Direito.

1.3 Questões especialmente problemáticas atinentes à constatação da relação de causalidade segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais

Tratar ou não a causalidade nos Códigos Penais é um dilema que tem encontrado diferentes respostas. O Código Penal alemão, por exemplo, não disciplinou a causalidade e a imputação do resultado; deixou-as a cargo da doutrina e da jurisprudência.[11] O legislador brasileiro, por sua vez, achou melhor seguir o exemplo do Código Penal italiano e adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, também chamada de teoria da *conditio sine qua non* ou simplesmente teoria

---

[10] Vide, por exemplo, os itens 17 e 19 da exposição de motivos da Lei nº 7.209, de 1984 e o artigo 20, *caput*, do Código Penal. O tratamento dispensado pelo legislador ao erro que recai sobre pressuposto fático de uma causa de justificação (artigo 20, §1º, do Código Penal) não infirma a assertiva de que a reforma da parte geral de 1984 foi inspirada no finalismo, até mesmo porque inspiração não significa adoção integral.

[11] WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 41. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2011, p. 57.

da condição. Dispôs, na segunda parte do artigo 13 do Código Penal, que deve ser considerada causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Ante a opção do legislador brasileiro, a solução dos problemas concernentes à conexão causal entre conduta e resultado deve partir dos postulados da teoria da equivalência.

Nessa linha de raciocínio, para que se tenha ideia de alguns dos problemas de que nos ocuparemos nos capítulos seguintes, suponhamos os seguintes casos:

Caso 1:

A padece de uma enfermidade grave e, segundo os médicos que o assistem, morrerá em pouco tempo. B, herdeiro impaciente, subministra-lhe uma dose de um medicamento mortal para um ser humano. A morre pouco tempo depois.[12] De acordo com a teoria da equivalência, a conduta de B é causa da morte de A?

Caso 2: 1ª Variação:

A e B, integrantes de quadrilha que se dedica à venda de drogas, são incumbidos pelo líder do bando de matarem uma pessoa e o fazem. Caso não tivessem acatado a ordem, outros membros do grupo certamente o teriam. Como afirmar, tendo em vista a teoria da equivalência, a existência de relação de causalidade entre a conduta de A e B e a morte da vítima?

Caso 2: 2ª Variação:

A vítima é executada mediante disparos de armas de fogo realizados por quatro membros da quadrilha, dos quais apenas um é identificado.[13] Em sua defesa, ele alega, com fundamento no artigo 13 do Código Penal, que mesmo que não tivesse agido, a vítima teria morrido da mesma forma. Como deve o juiz decidir?

Caso 3:

O conselho de administração de uma sociedade é composto por cinco acionistas e o estatuto social exige, para as deliberações, votação por maioria. Mesmo diante da notícia de que um dos produtos produzidos pela sociedade e colocados no mercado de consumo tem produzido nocivos efeitos colaterais nos usuários, o conselho delibera, à unanimidade, não retirar o produto do mercado. A conduta dos

---

[12] Adaptado de PUPPE, Ingeborg. Causalidad. Trad. Jesus-María Silva Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales***.* n. 2, vol. 45, Madrid, 1992, p. 684.

[13] Adaptado de PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org*.).* **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 502.

acionistas pode ser considerada causa das lesões aos consumidores à luz da teoria da equivalência?

Caso 4:

A atira contra B com intenção de matá-lo. B é levado a um hospital, onde é submetido a uma cirurgia, em que o médico cirurgião comete uma falha grave e B vem a morrer.[14] A conduta de A é causa da morte de B?

Várias outras situações poderiam ser aqui apresentadas. Pensamos, contudo, que essas são suficientes para ilustrar alguns dos questionamentos que precisam ser respondidos pelas teorias que se propõem a resolver os problemas causais no âmbito do Direito Penal. Esses casos nortearão a análise da teoria da equivalência dos antecedentes causais e serão retomados ao final do trabalho, depois de examinadas as demais propostas, a fim de que possamos concluir qual delas é mais vantajosa e se revela, por conseguinte, digna de adoção.

1.4 Plano da investigação

O presente trabalho começará por abordar, no capítulo 2, algumas noções basilares relacionadas ao conceito e à função da causalidade. Nesse primeiro momento, não será feita mais do que uma aproximação inicial que tem como desiderato situar o campo da análise a ser desenvolvida e preparar o terreno para a discussão que será travada nos capítulos subsequentes.

Em seguida, no capítulo 3, será examinada a controvérsia sobre o tratamento sistemático do nexo causal diante da teoria da imputação objetiva. Serão abordadas três das principais propostas que consideram a causalidade como pressuposto e como requisito da imputação objetiva do resultado. Na sequência, serão analisadas algumas das propostas de absorção da causalidade pela imputação objetiva do resultado, para que, ao final, seja apresentada a posição adotada.

---

[14] Adaptado de KORIATH, Heinz. **Kausalität und objektive Zurechnung**. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 11.

No capítulo 4, serão estudadas as principais teorias sobre a relação de causalidade. Serão realizadas considerações críticas sobre os seus postulados teóricos, as falhas detectadas pela doutrina e algumas respostas de seus defensores. Ao final, depois de expostas as principais teorias com seus prós e contras, será tomada posição em meio à controvérsia quanto à forma de constatar a existência de conexão causal entre conduta e resultado no âmbito do Direito Penal.

A causalidade nos crimes omissivos é o tema de que se ocupa o capítulo 5. Será discutida a polêmica sobre a admissibilidade da causalidade nos crimes omissivos, oportunidade em que serão analisados criticamente os principais argumentos favoráveis e contrários a essa tese. Em seguida, serão enfrentados os principais aspectos problemáticos relativos à conformação do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, com especial enfoque nos requisitos que devem ser analisados pelo juiz para que possa atribuir objetivamente o resultado típico ao omitente.

Ao final, serão apresentadas propostas de soluções para os casos iniciais em consonância com a teoria adotada.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

2.1 Conceito e função da relação de causalidade

Segundo a lição de Mario Bunge, o vocábulo causalidade tem pelo menos três significados principais. De acordo com o primeiro deles, a causalidade é empregada para designar uma *categoria*, correspondente ao vínculo causal, que diz respeito a uma conexão entre eventos. Causalidade expressa também um *princípio*, que enuncia a lei da causalidade, segundo a qual a mesma causa produz o mesmo efeito. Além disso, a causalidade designa uma *doutrina*, que sustenta a validade universal do princípio causal com exclusão dos demais princípios de determinação.[15]

No presente estudo, que trata da causalidade no contexto da teoria do delito, apresenta relevância a primeira acepção, ou seja, compreender o fenômeno causal do ponto de vista da relação entre dois eventos. A abordagem da relação de causalidade sob o prisma jurídico não demanda o ingresso no debate sobre a existência de uma lei geral de causalidade nem na polêmica sobre a validade universal do princípio causal. Essa discussão apresenta interesse para a Filosofia, mas não para a dogmática penal. Não quer isso dizer, evidentemente, que as contribuições da Filosofia para a compreensão da causalidade são irrelevantes. A Filosofia exerceu e continua a exercer profunda influência na forma de compreender a relação de causalidade. Contudo, as abordagens filosóficas e jurídico-penal da causalidade não são necessariamente coincidentes. A análise filosófica é, inegavelmente, mais abrangente, pois compreende as investigações metafísica (aquela que busca

---

[15] BUNGE, Mario. **La causalidad**: el principio de causalidad en la ciencia moderna. Trad. Hernán Rodríguez. Buenos Aires: Sudamericana, 1997, p. 17. Uma pequena incursão no pensamento de Bunge é necessária para que se compreenda a diferença entre determinação e causalidade. Para ele, a causalidade não é uma relação entre ideias, mas uma categoria de conexão e determinação que corresponde a um aspecto real do mundo fático (interno e externo), de modo que tem índole ontológica (p. 21). Concorda Bunge com a lição de Hartmann (**Neue Wege der Ontologie***,* 1949, p. 56), para quem "causa e efeito constituem somente uma dentre muitas formas de determinação" (apud Bunge, op. cit.*,* p. 22, nota de rodapé nº 10). Assim, para Bunge, determinação é gênero; causalidade, espécie. Além da causalidade, existem várias outras espécies de determinação: autodeterminação quantitativa; interação ou causação recíproca ou interdependência funcional; determinação mecânica; determinação estatística; determinação estrutural ou total; determinação teleológica e determinação dialética (Op. cit.*,* p. 37-39).

compreender a sua natureza ou essência) e epistemológica da causalidade (aquela que pretende desvendar a forma de detectar as conexões causais).[16] No Direito Penal, a preocupação preponderante é com o aspecto epistemológico da causalidade.

Salvo raras exceções de propostas teóricas relativas à estruturação do conceito analítico de crime,[17] a causalidade é exigida, nos crimes materiais, ao lado da conduta e do resultado. Nem sempre foi assim. Segundo Ferrando Mantovani, vigia, em tempos remotos, a responsabilidade pelo fato de terceiros, em virtude da qual uma pessoa respondia pelo fato de outra sem que houvesse contribuído causalmente para o evento danoso. Ulteriormente, passou-se à responsabilidade objetiva, que se dá quando o sujeito responde por um fato próprio, materialmente causado por ele, mas com fundamento, tão somente, na relação de causalidade entre a conduta e o evento, independentemente de dolo e culpa. Apenas a causação do dano legitimava a reação punitiva. Da responsabilidade objetiva evoluiu-se para a subjetiva, de modo que o agente passou a responder apenas pelos fatos por ele causados de forma dolosa ou culposa.[18] Como se pode perceber, a causalidade assumiu inequívoco papel de garantia do cidadão contra o exercício do poder punitivo. Em vez de responder por dano causado por terceiro, o cidadão passou a ter a garantia de somente ser punido criminalmente em decorrência do fato por ele mesmo causado. Para usar uma expressão difundida por Eugenio Raul Zaffaroni,[19] a causalidade passou a exercer o papel de dique para a contenção do poder punitivo. Essa função da causalidade de fundamentar a imputação do resultado (e, com isso, limitar o poder punitivo estatal) permanece até o presente momento, pois somente é possível cogitar de responsabilidade penal nos crimes materiais caso o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma penal tenha sido causado pelo agente ou caso ele tenha concorrido para o dano de forma causalmente relevante.[20]

---

16 AGUIAR, Tulio. **Causalidade e direção do tempo**: Hume e o debate contemporâneo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 19-20.

17 A serem abordadas no item 3.1.2.

18 MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Parte generale. 6. ed., Padova: Cedam, 2009, p. 278-279.

19 ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Parte general. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 388.

20 Esse raciocínio aplica-se tanto ao sistema *civil law* quanto ao *common law.* Cf. HART, H. L. A.; HONORE, Tony. **Causation in the law**. 2. ed., Oxford: Claredon, 1985 (reimp. 2002); ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. **La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"**. Granada: Comares, 2002; DENCKER, Friedrich. **Kausalität und Gesamttat**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996; BON, Pierre-André. **La causalité en droit penal**. Poitiers:

Se voltarmos nossa atenção para a teoria do delito, mais especificamente a partir do momento em que foi concebido um sistema propriamente dito de fato punível, veremos que, no final do século XIX e início do século XX, com a concepção causal naturalista de Franz von Liszt e Ernst von Beling, a exigência da constatação de relação de causalidade foi incorporada pelo conceito de ação. Entendia-se a ação como um movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior.[21] Com a teoria finalista da ação de Hans Welzel, a causalidade foi extraída do conceito de ação e passou a integrar a dimensão objetiva do tipo penal, ao lado da ação e do resultado. Esse tratamento da relação de causalidade foi mantido pela teoria social da ação e pelas principais propostas funcionalistas, como será visto adiante.

O juízo de tipicidade, como se sabe, é o primeiro nível do raciocínio analítico que deve ser realizado para que se conclua se determinada conduta configura crime. Aferir a existência de nexo causal, nesse âmbito, significa investigar a existência de relação ou conexão entre uma determinada conduta e um evento que lhe é posterior. Logo, para que se apresente o problema de constatar a existência de relação de causalidade, deve o tipo penal em questão proscrever, em seu preceito primário, a ocorrência de um resultado naturalístico. Disso resulta que apenas os crimes materiais demandam a análise da causalidade.

2.2 Crise da causalidade?

Pelo menos desde a Grécia antiga, a causalidade tem sido objeto de reflexão. Para Aristóteles, por exemplo, o papel da causalidade era tão relevante que ele afirmava que conhecimento e ciência consistem em dar-se conta das causas e

---

Université de Poitiers, 2006; STELLA, Federico. **Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto Penale**: il nesso di condizionamento fra azione ed evento. Milano: Giuffrè: 1975.

[21] Franz von Lizst, por exemplo, afirmava: *„Das Verbrechen ist stets menschliche Handlung, also willkürliches Verhalten des Verbrechers zur Außenwelt, u. zw. entweder Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Außenwelt.“* (**Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 21. ed., Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1919, p. 110). Tradução livre: o crime é sempre uma conduta humana, portanto comportamento arbitrário do criminoso no mundo exterior; precisamente, ou uma causação ou um não-impedimento de uma modificação no mundo exterior.

nada mais são além disso.[22] O interesse pela causalidade perpassou os anos e chegou à época contemporânea. Rudolf Carnap afirma que o conceito de causalidade é um dos temas centrais da filosofia da ciência contemporânea, [23] o que é compreensível, já que, conforme ensina Ernest Nagel, o fim específico da ciência é a descoberta e a formulação, em termos gerais, das condições sob as quais ocorrem os diversos tipos de acontecimentos, de modo que os enunciados generalizados dessas condições determinantes servem como explicações dos fatos correspondentes.[24] O mesmo entendimento é perfilhado por Tulio Aguiar, para quem "a noção de causalidade ocupa posição central no cenário filosófico da época moderna. O debate em torno da causação engajou Descartes, Malebranche, Spinoza, Leibniz, Locke, Berkeley, Hume, para citar apenas alguns nomes."[25]

Contudo, a partir do início do século XX, começaram a surgir algumas críticas veementes, que pretendiam trasladar a causalidade para uma posição cada vez mais periférica no debate filosófico e científico, a ponto de alguns estudiosos falarem em verdadeira crise da causalidade.[26]

Bertrand Russell afirmava que a lei da causalidade, assim como a monarquia, era uma relíquia do passado, que sobrevive somente porque, suposta e erroneamente, não faz mal algum.[27] Para ele, os conceitos de causação e de lei causal, aos quais se tem dado tanta atenção, são ultrapassados do ponto de vista da

---

22 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 125.

23 CARNAP, Rudolf. **Einführung in der Philosophie der Naturwissenschaft**. 3. ed., München: Nymphenburger Verlagshandlung, 1976, p. 187.

24 NAGEL, Ernest. Ciência: natureza e objetivo. In: NAGEL, Ernest et al. **Filosofia da ciência**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 23

25 AGUIAR, Tulio. Op. cit., p. 19.

26 Falam em crise da causalidade: LUNA, Everardo da Cunha. A causalidade na omissão, no anteprojeto de Código Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.** n. 6, v. 2, 1964, p. 46; TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 360 (para quem "o *conceito* de causa passa por um processo de crise") e FIERRO, Guillermo Julio. **Causalidad e imputación**. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 74 (que fala em crise do *conceito* de causalidade). No nosso modo de ver, o que passou a ser questionado foi o *princípio* da causalidade (item 1.2, *supra*), isto é, o raciocínio de que "a mesma causa produz sempre o mesmo efeito" (Bunge, op. cit., p. 18) ou de que "todo evento tem uma causa" ("*Jede Wirkung hat eine Ursache"* – KORIATH, Heinz. **Grundlagen strafrechtlichen Zurechnung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 435). Fierro, mais adiante (p. 93), percebe a distinção e sustenta que "o que caiu estrepitosamente é o *princípio da causalidade* concebido com o alcance absoluto que lhe atribuiu o positivismo comtiano, mas não o *conceito de causalidade"* (destaques no original; tradução nossa).

27 RUSSELL, Bertrand. On the notion of cause. In: RUSSELL, Bertrand. **Mysticism and logic and other essays**. London: Unwin Books, 1963, p. 132.

ciência e talvez até incoerentes e deveriam ser substituídos pelas noções de relação funcional ou de equações diferenciais.[28]

Com o advento da física quântica, as críticas tornaram-se mais frequentes. Louis de Broglie assevera que aqueles que estudaram o desenvolvimento da física moderna sabem que o progresso do nosso conhecimento sobre fenômenos microfísicos levou à adoção, na interpretação teórica deles, de uma atitude inteiramente diferente daquela da física clássica. Enquanto para esta era possível descrever o curso natural de eventos de acordo com a causalidade no contexto do espaço e tempo e, assim, apresentar modelos claros e precisos para a imaginação dos físicos, a física quântica, até o presente, evita representações desse tipo e as torna praticamente impossíveis. Ela permite não mais que teorias baseadas em fórmulas puramente abstratas, desacreditando a ideia de uma evolução causal dos fenômenos atômicos e corpusculares; ela fornece não mais do que leis de probabilidade.[29]

É imprescindível para a devida compreensão do conteúdo e alcance das críticas dirigidas à causalidade a partir do início do século XX um rápido panorama dos principais postulados teóricos da mecânica clássica e da física quântica. Seria despropositado, ante os fins da presente investigação, fazer um retrospecto histórico extremamente analítico e com referência detida a todas as controvérsias que permearam a evolução da física até os dias atuais. Nossa preocupação, no presente tópico, consiste tão somente em apresentar, de forma geral, os principais fundamentos dessas duas fases da Física e fazer um contraponto para mostrar como surgiram as críticas endereçadas à validade do princípio da causalidade como postulado heurístico e epistêmico, o que permitirá, ao final, a análise quanto à procedência ou não das objeções comumente levantadas e da aplicabilidade das críticas no âmbito do Direito.

Comecemos, então, pela mecânica clássica. Ensina David Bohm que os mais importantes desenvolvimentos na física entre os séculos XVI e XIX tiveram como fundamento certo grupo de teorias gerais, abrangentes e precisas, comumente referidas como mecânica clássica, as quais dizem respeito, primordialmente, às leis

---

[28] MACKIE, John Leslie. **The Cement of the Universe***:* a study of causation. Oxford: Claredon, 1980, p. 143.

[29] DE BROGLIE, Louis. *Foreword,* p. xiii. In: BOHM, David. **Causality and chance in modern Physics***.* 2. ed., London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

que governam os movimentos dos corpos através do espaço.[30] O ápice da mecânica clássica foi atingido com os trabalhos de Isaac Newton, cujas leis formam, na visão de Maiwald, um protótipo de sistema determinístico, pois, conhecidas grandezas de pontos materiais (posição e velocidade) em um determinado instante, é possível calcular as grandezas em qualquer outro momento, passado ou futuro.[31]

A obra de Newton teve significativa repercussão filosófica. Segundo David Bohm, como as leis de Newton eram aplicáveis a campos cada vez mais amplos, a ideia de que elas tinham validade universal tendeu a crescer. Laplace, durante o século XVIII, foi um dos primeiros cientistas a extrair consequências lógicas integrais dessa hipótese ao supor que o universo inteiro consistia em nada mais do que corpos movimentando no espaço com a observância das leis de Newton.[32] Essa ampliação do âmbito de aplicação das leis de Newton deu origem ao determinismo, definido por Carnap como uma tese especial sobre a estrutura causal do mundo, a qual afirma que essa estrutura causal é tão intensa que, de uma descrição completa de um estado global do mundo em um determinado momento, é possível calcular, com a ajuda de leis da natureza, cada evento no passado ou no futuro.[33]

O determinismo mecanicista, seja como concepção filosófica seja como diretiva metódica de pesquisa científica, norteou, sem dúvida alguma, a cosmovisão do século XVIII ao início do século XX nas diversas áreas do conhecimento humano. Todavia, descobertas científicas ulteriores (sobretudo a teoria da relatividade e a teoria quântica) abalaram profundamente a estrutura do edifício teórico que os físicos haviam construído até então.

Seguiremos, aqui, a proposta de David Bohm de concentrar nossa análise nas implicações da teoria quântica sobre a causalidade, na medida em que a teoria da relatividade, conquanto tenha trazido importantes modificações em formas

---

30 BOHM, David. Op. cit., p. 34-35.

31 MAIWALD, Manfred. **Causalità e diritto penale**. Op. cit., p.23. Esclarece Maiwald que, em tal sistema, o ponto material existe apenas como entidade ideal, o que é pensado sem extensão, assim como um ponto geométrico e, portanto, não é, obviamente, a representação de um fragmento do nosso mundo empírico.

32 BOHM, David. Op. cit., p. 36; HAWKING, Stephen. **A brief history of time**: from the big bang to black holes. New York: Bantam, 1988, p. 57.

33 CARNAP, Rudolf. Op. cit., p. 216. No original: *„Meiner Meinung nach ist der Determinismus eine spezielle These über die Kausalstruktur der Welt. Er ist eine These, die behauptet, daß diese Kausalstruktur so stark ist, daß man aus einer vollständiger Beschreibung des gesamten Zustandes der Welt zu einem Zeitpunkt mit Hilfe der Naturgesetze jedes Ereignis in der Vergangenheit oder Zukunft ausrechnen kann.“*

específicas nas quais as leis causais são expressas na física, não saiu do esquema teórico previamente existente, segundo o qual os valores de parâmetros adequados em um dado instante de tempo poderiam, em princípio, determinar o futuro comportamento do universo permanentemente. Para Bohm, a teoria da relatividade não levantou nenhuma questão que foi até a origem do problema da causalidade.[34]

A teoria quântica teve – prossegue Bohm –, do ponto de vista da discussão da causalidade, um efeito muito mais revolucionário do que o da relatividade. A teoria quântica foi o primeiro exemplo na física de uma teoria essencialmente estatística, na medida em que ela não partia do tratamento de leis de micro-objetos individuais e, então, aplicava considerações estatísticas a essas leis, como feito na mecânica clássica. Desde o início, ela tomou a forma de um conjunto de leis que forneciam, em geral, somente previsões estatísticas.[35]

Ensina Manfred Maiwald que a física quântica é comumente identificada como a descrição teórica e sistemática de fenômenos relativos a partículas e ondas no campo atômico.[36] As duas primeiras evidências em favor da teoria quântica, segundo Bohm, vieram dos trabalhos de Planck e Einstein. Para a física clássica, os corpos que compunham a matéria se moviam e trocavam energia continuamente com ondas eletromagnéticas tais como a luz. Planck e Einstein, ao estudarem certos experimentos nos quais a matéria trocava energia com luz, chegaram à conclusão de que a luz transmite energia à matéria em forma de *quanta* ou pacotes (*bundles*) do tamanho E=hv, em que *v* é a frequência da onda de luz e *h* é uma constante universal, designada posteriormente de constante de Planck.[37]

Nessa fase do conhecimento científico, havia experimentos que demonstravam o caráter ondulatório da luz, como a incidência de um raio de luz sobre dois minúsculos orifícios paralelos. Se apenas o primeiro é aberto, forma-se um padrão uniforme, ao passo que se o segundo orifício é simultaneamente aberto, há a formação de faixas alternadas de luz e escuridão. Segundo Bohm, isso é explicado pela consideração de que os movimentos das ondas provenientes do segundo orifício

---

34 BOHM, David. Op. cit., p. 68-69. De outra opinião: MAIWALD, Manfred. Op. cit., p. 31 e ss., para quem a teoria da relatividade pode ser vista como a segunda descoberta revolucionária que influenciou decisivamente o modo de considerar o problema da causalidade na física teórica.

35 BOHM, David. Op. cit., p. 69.

36 MAIWALD, Manfred. Op. cit., p. 26.

37 BOHM, David. Op. cit., p. 70. Bohm explica, de forma detalhada e didática, como essa teoria foi comprovada por experimento relativo ao efeito fotoelétrico.

poderiam, em certos pontos, cancelar aqueles que vêm do primeiro orifício, produzindo a escuridão. Contudo, prossegue o físico estadunidense, se a luz consistisse em um feixe de partículas, então a abertura do segundo orifício deveria, de modo geral, ensejar a expectativa de aumentar a quantidade de luz que atinge cada ponto na tela e não diminuí-la.[38]

O próximo passo para resolver esse paradoxo foi dado por Niels Bohr, para quem as contínuas séries de órbitas admitidas pela teoria clássica não eram possíveis, de modo que os elétrons somente poderiam seguir certas órbitas descontínuas (isto é, quantizadas), dentre as quais havia a menor órbita possível com a menor energia possível, o que explicava a estabilidade dos átomos. Uma vez que o elétron ingressava nessa órbita, ele não tinha potencial para perder mais energia, de modo que ele nela permanecia até que houvesse uma perturbação externa. Se o elétron estava, por exemplo, em uma órbita C, com uma energia E_c, sustentava Bohr que ele poderia saltar para uma órbita menor, por exemplo B, liberando integralmente a diferença de energia E_c-E_b, em um único *quantum* de luz, com a frequência dada pela relação de Einstein E_c-E_b=hv.[39]

De acordo com a lição de Paulo Vicente Moreira dos Santos, os trabalhos de Planck despertaram a atenção de Louis de Broglie que, em 1923, tentou fazer uma síntese entre as teorias ondulatória e corpuscular da luz. De Broglie propôs estender para as partículas materiais a dualidade onda-partícula que Einstein havia proposto para a luz em 1905. A hipótese de Louis de Broglie, de associar cada partícula com uma onda, influenciou Erwin Schrödinger a escrever a equação de propagação das ondas de matéria.[40]

Embora a função de onda de Schrödinger permita, em geral, somente a predição de uma probabilidade de que um certo resultado pode ser obtido na

---

38 BOHM, David. Op. cit., p. 72.

39 BOHM, David. Op. cit., p. 74-75. Nessa mesma ordem de ideias, explica Maiwald (op. cit., p. 27) que “o elétron se move em sua órbita com um mínimo de energia, isto é, com um número quântico simples. Se lhe é fornecida energia, o elétron muda sua órbita não de modo contínuo, mas ‘saltando’ de uma órbita a outra, sem que seja possível determinar a passagem, porque o elétron não emite um espectro contínuo.”

40 SANTOS, Paulo Vicente Moreira dos. O itinerário científico de Louis de Broglie em busca de uma interpretação causal para a mecânica ondulatória. In: FREIRE JR., Olival; PESSOA JR., Osvaldo; BROMBERG, Joan Lisa. **Teoria quântica***:* estudos históricos e implicações culturais. Campina Grande-São Paulo: EDUEPB-Livraria da Física, 2011, p. 82-83.

observação de um sistema atômico,[41] o caráter "essencialmente não-determinístico" da mecânica quântica tem como base o princípio da indeterminação proposto por Werner Heisenberg em 1927.[42] Para explicar o aludido princípio, vale-se David Bohm da observação de um elétron através de um microscópio, em lição que, pela clareza, merece transcrição literal:

> Em decorrência de a luz utilizada no microscópio sempre vir na forma de pacotes descontínuos ou *quanta*, nós não conseguimos evitar a perturbação no elétron quando olhamos para ele, já que precisamos de pelo menos um *quantum* de luz para vê-lo. E quando esse *quantum* colide com o elétron, há uma interferência mínima no último movimento, que vem da luz que nós usamos no processo de observação.
> A energia de um *quantum* é E=hv. Isso sugere que, para reduzir a interferência, nós devemos usar ondas eletromagnéticas de baixa frequência, a fim de obtermos um menor *quantum*. Contudo, aqui nós encontramos outra dificuldade. A luz não age apenas como partícula, mas também como onda. Pode ser demonstrado com o uso da teoria ondulatória da luz que uma onda-luz (*wave-light*) emitida (*scattered*) de um ponto definido, P, em direção a uma lente, não forma um ponto definido de imagem, P^1, mas, em vez disso, forma uma pequena e mal definida região de imagem, cujo tamanho é proporcional ao comprimento da onda (*wave-lenght*). Porém, o comprimento da onda é inversamente proporcional à frequência, v. Assim, se a frequência é baixa, o comprimento da onda será grande e a imagem no microscópio será tão pobre que nós não saberemos exatamente onde o elétron está.
> Estamos perante dificuldades de duas ordens. Por causa do caráter corpuscular da luz, nós não conseguimos evitar de interferir no *momentum* da partícula, o que cria uma indizível e incontrolável interferência Δp. Por causa do caráter ondulatório da luz, nós não conseguimos evitar uma incerteza, Δx, na posição do elétron, que decorre da falta de nitidez da imagem. Um simples cálculo, que não iremos, contudo, fornecer aqui, leva às relações de indeterminação de Heisenberg, $\Delta p \Delta x \cong h$, em que h é a constante de Planck.
> Esse resultado mostra que há uma relação recíproca entre a possível precisão da definição do *momentum* e da sua posição. Quando mais precisamente é determinada a posição, menor é a possibilidade de definição do *momentum*, e vice-versa.[43]

Em outros termos, segundo o princípio da indeterminação de Heisenberg, não é possível determinar, ao mesmo tempo e com precisão, a posição e a velocidade de uma partícula atômica.

---

41 BOHM, David. Op. cit., p. 79.

42 CARNAP, Rudolf. Op. cit., p. 279.

43 BOHM, David. Op. cit., p. 82-83. Cf. também HAWKING, Stephen. Op. cit., p. 58-59.

Com inteira razão, afirma Stephen Hawking que o princípio da indeterminação teve profundas implicações no modo como vemos o mundo e, mesmo depois de mais de cinquenta anos, elas não foram inteiramente apreciadas por muitos filósofos, de sorte que ainda são objeto de muita controvérsia. Ensina Hawking que o princípio da indeterminação acarretou o fim do sonho de Laplace de uma teoria da ciência, de um modelo de universo que poderia ser completamente determinístico: certamente não se pode predizer com exatidão eventos futuros se não se pode sequer mensurar com precisão o presente estado do universo.[44]

É difícil estimar o alcance da revolução proporcionada pela física quântica. No que interessa de forma mais direta ao estudo da causalidade, é possível perceber o surgimento de uma corrente de pensamento que, com base nas descobertas da microfísica, passou a postular o declínio da causalidade. Como acentua Michel Paty, "foi a causalidade clássica a primeira a mostrar suas insuficiências no domínio dos fenômenos quânticos".[45] Vários físicos passaram a recusar a aplicabilidade do princípio da causalidade no âmbito atômico.

Feito esse breve panorama, alguns pontos podem ser registrados.

Ao contrário do que poderia parecer em um primeiro contato com o tema, a física quântica não aplicou um golpe mortal na causalidade. Não é possível desconsiderar, nesse tocante, a existência de significativa controvérsia entre os próprios físicos quanto à possibilidade de se aplicar o raciocínio causal no domínio quântico. Se há, de um lado, quem sustente que a lógica quântica é probabilista (visão majoritária), há, por outro lado, respeitados cientistas que afirmam a possibilidade de ser elaborado raciocínio causal ou determinista no âmbito da microfísica. Albert Einstein, por exemplo, sempre recusou a perspectiva de que os eventos no mundo subatômico ocorrem de forma aleatória ou probabilística. Sua visão era bem resumida em frase que ficou famosa. Para ele, "Deus não joga dados".[46] Ainda no campo da ciência, ensina Mario Bunge que David Bohm publicou, em 1952, sua célebre reinterpretação da mecânica quântica elementar, baseada na velha ideia da onda piloto de Louis de Broglie. De acordo com Bunge, a proposta de Bohm consistiu em afirmar que o objeto existe autonomamente ainda que em forte interação com o seu

---

44 HAWKING, Stephen. Op. cit., p. 59.

45 PATY, Michel. A noção de determinismo na Física e seus limites. Trad. Pablo Rubén Mariconda. **Scientiæ Studia**, São Paulo, v. 2, n. 4, 2004, p. 481.

46 HAWKING, Stephen. Op. cit., p. 60; MAIWALD, Manfred. Op. cit., p. 29.

ambiente macroscópico. As variáveis usuais da mecânica quântica (os “observáveis”) são assinaladas a uma zona de superposição do objeto e o aparato. Porém, o comportamento do objeto em si é descrito em termos de novas variáveis, os chamados parâmetros ocultos, que não estão submetidos a nenhuma relação de incerteza. Em última análise, a interpretação de De Broglie-Bohm brinda uma explicação causal das flutuações quânticas das trajetórias das “partículas” em escala atômica, variações que antes se consideravam inerentemente fortuitas e por isso individualmente imprevisíveis em princípio.[47]

Além de Einstein e Bohm, Moritz Schlick também não nega validade ao enunciado causal. Procura, segundo a lição de Patrícia Kauark Leite, enquadrá-lo em uma concepção compatível, ao mesmo tempo, com o critério empirista de significado e com as consequências epistêmicas da teoria quântica. Para Schlick, somente o caos, que nada mais é do que a ausência de lei e regularidade, pode ser descrito como uma ocorrência não causal. Em sua ótica, a grande contribuição da teoria quântica para o problema da causalidade não foi ter tornado inválido o princípio causal, mas ter estabelecido um limite para a exatidão das previsões causais.[48] Ainda de acordo com Patrícia Kauark Leite, Max Planck também se posiciona contra a eliminação da causalidade do âmbito da física moderna. Para ele, a causalidade é perfeitamente compatível com a física moderna, embora sua necessidade não possa ser demonstrada nem *a priori* nem *a posteriori*.[49] Afirmava o físico alemão que não é o princípio da causalidade que padece ante a aparição de novas teorias, mas a sua formulação e intelecção tradicionais.[50]

Não se pode perder de vista, portanto, que a suposta inaplicabilidade do raciocínio causal no domínio quântico é matéria controvertida que não se coaduna, via de consequência, com afirmações axiomáticas do declínio da causalidade.

Concordamos com Mario Bunge em sua percuciente análise sobre a causalidade na ciência moderna. Para ele, o problema da causalidade continua tendo tanta atualidade como quando Aristóteles o tratou sistematicamente pela primeira

---

47 BUNGE, Mario. Op. cit., p. 485.

48 LEITE, Patrícia Kauark. Causalidade e teoria quântica. **Scientiæ Studia**. São Paulo, v. 10, n. 1, 2012, p. 167.

49 Ibidem, p. 170.

50 BRUERA, José Juan. **El concepto filosoficojuridico de causalidad**. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 144.

vez.[51] Contudo, é necessário ter em mente o papel da causalidade na epistemologia contemporânea. Assim como as demais categorias de determinação, a causalidade tem uma "jurisdição" limitada, pois está situada no contexto mais amplo do determinismo geral, segundo o qual a realidade não é um agregado caótico de eventos isolados, incondicionados, arbitrários, que ocorrem aqui e ali sem nenhuma conexão com outra coisa. O princípio do determinismo afirma que os eventos se produzem e condicionam de formas definidas, ainda que não necessariamente de maneira causal. Desse modo, o princípio causal não deve ser visto nem como uma panaceia nem como um mito: é uma hipótese geral subsumida em um princípio universal de determinação e que tem uma validade aproximada em seu próprio domínio.[52]

José Juan Bruera apresenta visão semelhante. Para ele, o princípio da indeterminação de Heisenberg não acarretou a bancarrota de nenhum postulado causal, mas apenas de certas concepções rígidas do determinismo físico.[53]

Se na Física e na Filosofia é possível observar um cenário mais comedido em relação aos primeiros vaticínios sobre o destino do princípio da causalidade, no Direito não há fundamento para que se adote postura diversa. Como ensina Claus Roxin, a física quântica e a teoria da relatividade não mudam o fato de que o jurista pode continuar trabalhando com o conceito tradicional de causalidade, pois a vigência unicamente de leis estatísticas no âmbito subatômico não obsta a que, no mundo da vida cotidiana, que é o que tem a ver com o jurista, possamos confiar em leis causais com certeza praticamente absoluta.[54]

Compreendida a causalidade como uma das possíveis formas de determinação e considerada a existência de limites quanto à sua aplicabilidade, não subsiste razão para afirmar-se a existência de uma crise da causalidade. A física quântica não conduz ao abandono do princípio da causalidade, como propunha, isoladamente, Bertrand Russell, mas à sua reformulação (a exemplo da sistematização de Mario Bunge) e a uma limitação do determinismo concebido na época do positivismo científico.

---

51 BUNGE, Mario. Op. cit., p. 7.

52 BUNGE, Mario. Op. cit., p. 488-490.

53 BRUERA, José Juan. Op. cit., p. 149.

54 ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit., p. 350. Nesse mesmo sentido: MAIWALD, Manfred. Op. cit., p. 93 e ss.

3 CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

Feita essa primeira aproximação em direção ao nosso tema no capítulo anterior, torna-se imprescindível delimitá-lo adequadamente, o que é salutar não apenas para a sua devida compreensão, mas também para evitar equívocos.

Foi dito que a causalidade é categoria que integra o tipo penal desde a sua concepção por Ernst von Beling, em 1906. Contudo, se, por um lado, a posição sistemática da causalidade permaneceu inalterada com o passar dos anos, o âmbito do tipo objetivo, por outro lado, sofreu significativa transformação. Como será visto adiante, foram desenvolvidos estudos, a partir de 1970, no sentido de retomar a proposta feita por Richard Honig de estabelecer critérios normativos para limitar o alcance da causalidade, o que ficou conhecido como imputação objetiva do resultado. Via de regra, passou-se a exigir nos crimes materiais, além da existência de conduta, resultado e nexo causal, que o comportamento do agente tenha criado um risco não permitido de produção do resultado e que o resultado seja a concretização desse risco criado pelo agente. Em outras palavras, conforme ensina Luís Greco, do ponto de vista material, a imputação objetiva alterou o esquema do finalismo, que entendia que o desvalor da ação residia no dolo e o desvalor do resultado na causação de uma lesão a um bem jurídico. A imputação objetiva acrescentou ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado) e uma nova dimensão ao desvalor do resultado (realização do risco juridicamente desaprovado).[55]

Embora existam diversas propostas teóricas relativas à imputação objetiva, há consenso quanto à sua posição sistemática: os critérios normativos propostos pela imputação objetiva situam-se no âmbito do tipo objetivo e devem ser examinados após a constatação do nexo causal. Todavia, até a que ponto vai a causalidade e quando começa a imputação objetiva parece não estar muito claro para alguns autores, que não percebem a distinção existente entre essas duas categorias do tipo objetivo. Aliás, há até mesmo quem proponha que a causalidade deva ser absorvida pela teoria da imputação objetiva do resultado.

---

[55] GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12-13.

Nesse cenário de diversidade de propostas teóricas, é conveniente retornar um pouco na história para que se tenha claro o contexto de surgimento da teoria da imputação objetiva, especialmente para que se tenha em mente que tipos de problemas os autores procuraram resolver ao conceber a imputação objetiva. Compreender o sentido e a finalidade da teoria da imputação objetiva é de suma relevância para que possam ser adequadamente analisados os problemas da causalidade no Direito Penal. É a interação dessas teorias que se reveste de elevado potencial para a solução de problemas dogmáticos de forma coerente e justa.

Assim, analisaremos duas correntes de propostas teóricas: a primeira delas, no item 3.1, que sustenta que a relação de causalidade é pressuposto ou requisito para a imputação objetiva do resultado. Veremos os principais modelos teóricos dessa corrente e faremos algumas observações críticas. Na sequência (item 3.2), serão analisadas algumas propostas de absorção da causalidade pela teoria da imputação objetiva do resultado. Abordaremos os principais argumentos aduzidos em prol da eliminação da conexão causal no âmbito da teoria do delito e, ao final, tomaremos posição em meio a essa polêmica.

3.1 A relação de causalidade como pressuposto ou requisito para a imputação objetiva do resultado

3.1.1 Antecedentes da moderna teoria da imputação objetiva do resultado

São indicados, como precursores da moderna concepção de imputação objetiva, Platão e Aristóteles,[56] de um lado, e Samuel Pufendorf,[57] de outro. Todavia,

---

[56] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 279; PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

[57] SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher de Köster. In: OUVIÑA, Guillermo et al. **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad

é induvidoso que a influência mais próxima do que atualmente se concebe como imputação objetiva é o pensamento de Hegel. Como anota Claus Roxin, “as raízes histórico-espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel. Dela é que Larenz, no ano de 1927, extraiu uma concepção de imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig especialmente na dogmática jurídico-penal.”[58]

Ensina Luís Greco que Karl Larenz desejou corrigir a estreiteza do conceito hegeliano de ação, que desconhecia a responsabilidade fora dos casos de dolo. Enquanto Hegel fala de imputação a um sujeito, Larenz trabalha com a ideia de pessoa, noção que se desvincula do indivíduo específico e se coloca em um nível genérico, objetivo, de sorte que também a finalidade deixa de ser aquilo que o indivíduo efetivamente previu e quis, para abranger tudo aquilo que objetivamente a ação tendia a atingir. Dessa forma, torna-se possível imputar como obra da pessoa aquelas consequências compreendidas na finalidade objetiva da ação, isto é: tudo aquilo que for objetivamente previsível.[59]

Três anos depois da publicação do trabalho de Larenz, veio a lume estudo de Richard Honig, intitulado *Causalidade e imputação objetiva,*[60] de fundamental importância para o ulterior desenvolvimento da imputação objetiva. O ponto de partida de Honig é a crise da relação de causalidade no Direito Penal. Não se refere Honig à chamada crise da causalidade no âmbito da filosofia da ciência, mas à crise que decorre do debate entre as teorias da equivalência e da adequação. Observa Honig que o antagonismo entre a teoria da condição e teoria da adequação já não é mais uma discussão *dentro* do problema causal, mas diz respeito aos *limites* do domínio do

---

Hoc, 1998, p. 221 e HRUSCHKA, Joachim. **Imputación e Derecho Penal***:* estudios sobre la teoría de la imputación*.* Coord. Pablo Sánchez-Ostiz. 2. ed., Buenos Aires: BdeF, 2009, p. 51 e seguintes.

58 ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 38, ano 9, abr.-jun./2002. p. 26.

59 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. e introd. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002*,* p. 17-18.

60 Kausalität und objektive Zurechnung*.* **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag***,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930. O artigo foi traduzido para o espanhol por Marcelo Sancinetti e publicado na coletânea por ele mesmo organizada: **Causalidad, riesgo e imputación***:* 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. As citações seguintes referem-se ao texto original.

conceito causal. Para ele, a solução da disputa tradicional em torno da causalidade deve dar-se mediante uma fundamentação científica mais ampla.[61]

Argumenta Honig que se a teoria da condição não mais é dominante – também segundo a opinião de Frank – e, em seu lugar, ganha cada vez mais terreno a teoria da adequação, então se deve reconhecer que, para a discussão na ciência jurídica, importa não apenas a constatação da relação causal em si, mas também o esclarecimento de determinadas exigências da ordem jurídica que correspondem a particularidades da relação entre ação e resultado. A isso se vincula o fato de que, em casos-limites, em que a teoria deveria primeiro dar o apoio necessário e, com isso, provar seu valor, os partidários da teoria da condição veem necessidade de fazerem amplas restrições ao princípio da equivalência de todas as condições. Especialmente nos casos de crimes qualificados pelo resultado, praticamente sem exceção, eles recorrem aos critérios da teoria da adequação.[62] Na hipótese de um caçador que, por imprudência, acerta um tiro em um auxiliar de caça, que vem a falecer em um incêndio no hospital, sustenta o professor da Universidade de Göttingen que, como a imprudência, segundo a literalidade do texto legal, deve referir-se à causação (§§ 222 e 230 do StGB), o elemento da culpabilidade não garante uma avaliação correta do acontecimento, se a causação como tal não é submetida a outra apreciação.[63]

Para Honig, a teoria da adequação, ao trabalhar com a experiência como critério de seleção, alcançou um progresso essencial em relação a outras teorias seletivas (como a da condição mais eficiente, a da condição preponderante, a da condição que suscita a existência do resultado). Todavia, ainda que os partidários da

---

61 HONIG, Richard. Op. cit. p. 174-175.

62 Ibidem, p. 175-176.

63 Ibidem, p. 177. O § 222 do Código Penal alemão tem a seguinte redação: *„§222 Fahrlässige Tötung. Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“* Tradução livre: “Homicídio culposo. Quem, mediante culpa, causar a morte de outrem, será punido com até cinco anos de pena privativa de liberdade ou com pena de multa.” O §230 do StGB diz respeito à natureza da ação penal relativa a crimes de lesão corporal e não apresenta, por conseguinte, relevância para a compreensão do argumento de Honig. Quanto à referência à culpabilidade, deve-se ter em vista que, à época, os elementos subjetivos situavam-se no âmbito da culpabilidade, por força das concepções naturalista de Liszt e Beling e do neokantismo, o que veio a ser alterado com a teoria finalista de Hans Welzel, cujos primeiros escritos a esse respeito datam da década de 30. Essa passagem é de suma relevância para que se compreenda o sentido do surgimento da teoria da imputação objetiva. Confiar apenas na culpabilidade (segundo a concepção analítica de fato punível vigente à época), ou seja, apenas no dolo e na culpa como limites à amplitude do nexo causal pode não ser suficiente para uma solução correta e justa dos casos jurídico-penais, como o exemplo do caçador mencionado por Honig.

teoria da adequação não tenham passado completamente ao largo deste ponto, foi por eles profundamente desconsiderado que qualquer valoração dentro das condições que produzem o resultado se situa fora da significação exclusivamente ontológica do conceito causal.[64]

O problema da causalidade está resolvido, segundo Honig, quando se constata que a ação foi o pressuposto necessário da produção do resultado. Porém, com esse juízo sobre a relação fática entre ação e resultado não se resolve, ainda, a questão de saber se essa relação também é significativa para a ordem jurídica, o que posiciona o problema no âmbito valorativo. Desse modo, sentencia Honig que ao juízo causal se deve acrescentar, como juízo ulterior autônomo, o da imputação objetiva, que examina a questão axiológica, a saber, a significação da relação causal para a ordem jurídica, medida segundo parâmetros dados pelo próprio ordenamento.[65]

Apenas com a constatação da relação causal – prossegue Honig – não se faz justiça com a essência da conduta humana, no sentido de uma exteriorização de vontade. Se a relação com um resultado, segundo o ponto de que parte o professor da Universidade de Göttingen, deve estar caracterizada pelo conceito de imputação objetiva exclusivamente em atuações de vontade, então o conteúdo do juízo de imputação dependerá da originalidade teleológica das atuações da vontade humana, isto é, da vontade que leva o homem a realizar seus fins mediante a intervenção nos processos da natureza. Disso resulta que a conduta humana pode ser vista como manifestação de vontade orientada a fins. Desse modo, é imputável aquele resultado que pode ser concebido como dirigido a um fim. Salienta Honig que, com isso, não se trata, ainda, de um juízo sobre a responsabilidade pela conduta do autor, mas somente se expressa um juízo sobre a possibilidade – analisada de um prisma objetivo – de uma relação teleológica da conduta com o resultado, sobre o aspecto alcançável ou evitável do resultado.[66] Com o auxílio do elemento finalidade objetiva, argumenta Roxin que Honig conseguiu mostrar que os processos causais irregulares não são imputáveis, ainda que se produzam conforme o desejo do agente, do mesmo modo

---

64 HONIG, Richard. Op. cit. p. 178.

65 Ibidem, p. 178-180. Cita Honig (*op. cit*., p. 184, nota de rodapé nº 2) lição de Karl Larenz, para quem "*Die Zurechnung als das Urteil über die Tat ist demnach nicht ein kausales, sondern ein teleologisches Urteil*" (a imputação como juízo sobre o fato não é, portanto, um juízo causal, mas teleológico). Essa delimitação segura e precisa que Larenz e Honig fazem da causalidade e da imputação é de fundamental relevância e será retomada ao final do capítulo.

66 Ibidem, p. 184-185.

que não se pode avaliar como omissão a inatividade humana se faltar a possibilidade de atuar.[67]

Os méritos de Honig não são poucos. Ao perceber que o debate em torno da questão causal, por mais acentuado que fosse, não conseguia oferecer resposta satisfatória para determinados problemas (como o exemplo do caçador, acima referido), propôs o ilustre penalista polonês radicado na Alemanha uma mudança de enfoque que se mostrou decisiva: a inserção de critérios axiológicos no âmbito do tipo penal complementares da análise ôntica da causalidade. Nas palavras de Kindhäuser, estabeleceu Honig um juízo normativo de imputação ao lado do juízo causal como seu corretivo, de modo que a análise causal não mais necessita de uma limitação imanente, como nas teorias da adequação e da relevância.[68] Honig, como visto, salientou que, uma vez constatado o nexo causal (plano ôntico), torna-se imprescindível valorar essa relação (plano normativo) para, somente então, concluir se o resultado pode ser imputado ao agente, o que levou Roxin a afirmar que a alteração de perspectiva levada a cabo por Honig, da causalidade para a imputação, fez com que o centro de gravidade se deslocasse, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa.[69]

O trabalho de Honig merece destaque, também, por ter realizado análise lúcida sobre o papel da causalidade e o da imputação, ponto a que retornaremos na sequência.

---

67 ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 2. ed., Lisboa: Vega, 1993, p. 146.

68 KINDHÄUSER, Urs. Kausalanalyse und Handlungszuschreibung. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**. Hamburg-Heidelberg: R.v. Decker, G. Schenck, 1982, p. 477. Na mesma linha, Ernst-Joachim Lampe afirma que Honig propôs questões axiológicas complementares ao exame ontológico da questão causal, a fim de estabelecer quando uma relação causal é relevante para a ordem jurídica. Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion. In: DORNSEIFER, Gerhard et al. (org.). **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann.** Köln: Carl Heymanns, 1989, p. 195.

69 ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. Op. cit., p. 145. Parece-nos haver um certo exagero de Roxin nessa passagem, pois dá a entender que a imputação objetiva passou a ser mais importante do que a causalidade, com o que não se pode concordar, pois além de Honig não ter proposto a abolição do exame do nexo causal, que continua indispensável para a configuração do tipo objetivo, a imputação objetiva foi concebida, como acentua Kindhäuser, como um corretivo da causalidade. Houve, em nossa ótica, uma significativa mudança de perspectiva, não um deslocamento do centro de gravidade.

3.1.2 A imputação objetiva segundo Claus Roxin

Conquanto Honig tenha apresentado ao público artigo com inovador enfoque na análise de problemas atinentes à relação entre conduta e resultado, sua proposta encontrou apenas poucas adesões.[70] Em 1970, quarenta anos depois da publicação do trabalho de Honig, Claus Roxin publicou artigo na revista organizada para homenageá-lo intitulado *Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal*, em que avançou na sistematização de critérios de imputação.

A partir do discutido caso do sobrinho que convence o tio a passear em um bosque quando se aproxima uma tempestade, na esperança de receber sua herança, Roxin pondera que a ordem jurídica poderia proibir uma experiência em relação a forças da natureza, mas não o faz unicamente porque tal conduta não cria um risco considerável de lesão a um bem jurídico. A conduta não é, nesse caso, perigosa e, portanto, é indiferente ao legislador. Em outros termos, a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico.[71] Em seguida, Roxin apresenta indicações para uma teoria geral da imputação, completamente desligada do dogma causal, com base em quatro critérios: a) diminuição do risco; b) criação ou não criação de um risco juridicamente relevante; c) o aumento ou falta de aumento do risco permitido; d) a esfera de proteção da norma. De acordo com o primeiro critério, não devem ser imputadas como típicas ações que diminuem o risco em relação ao bem jurídico protegido. O segundo critério engloba, para o professor da Universidade de Munique, o caso da tempestade e toda a chamada teoria da adequação, que não consiste em uma teoria causal, mas em uma teoria da imputação. Quando não há criação de risco juridicamente relevante, o resultado não deve ser imputado ao agente. Em virtude do terceiro critério, somente deve haver a imputação do resultado caso a conduta do agente implique aumento do risco permitido. Em relação ao último critério, esclarece Roxin que a ideia da esfera

---

70 ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit., p. 372; FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. Trad. Ricardo Robles Planas. In: FRISCH, Wolfgang; PLANAS, Ricardo Robles. **Desvalorar e imputar**: sobre la imputación objetiva en Derecho Penal. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 2, nota 3; GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução, *cit.,* p. 23, 47-48.

71 ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. Op. cit., p. 148.

de proteção da norma surge apenas com uma função específica se for reservada para casos não abarcados pelos critérios antes mencionados, isto é, para situações em que o resultado se produz como consequência de uma criação de risco não permitido e, não obstante, não é imputado porque o legislador não deseja fazer responsável a pessoa que atua, como nas hipóteses de consequências secundárias de infrações de uma proibição (morte por ataque nervoso da mãe de vítima de atropelamento ao saber a notícia da morte de seu filho).[72] Na sequência, Roxin trata de outros assuntos (como conceito de ação, distinção entre imputação do comportamento e imputação do resultado), que não interessam especificamente ao presente estudo. Em linhas gerais, esses são os principais aspectos do esboço inicial de Roxin sobre a imputação objetiva do resultado.

Como bem observou Luís Greco, esse trabalho inicial de Roxin apresenta, como era de se esperar, algumas insuficiências. A primeira delas consiste na falta de uma fundamentação adequada do princípio do incremento do risco, que é exposto, nas palavras de Greco, de modo quase axiomático. Em segundo lugar, Roxin não distingue com clareza os dois planos da imputação (criação do risco proibido e sua realização no resultado).[73] Nem por isso deve ser subestimada a relevância da contribuição de Roxin para a dogmática penal com esse artigo, pois, ainda de acordo com Luís Greco, Roxin conseguiu reabilitar a ideia da imputação e reacender a discussão em torno desse conceito. Além disso, conferiu à teoria novas bases (como o princípio do incremento do risco), o que guiou todo o desenvolvimento dogmático que sucedeu ao seu trabalho.[74]

A concepção de Claus Roxin sobre a imputação objetiva, como é natural, foi-se aperfeiçoando com o passar do tempo, tanto do ponto de vista de sua fundamentação como no tocante aos critérios valorativos a serem considerados, que foram reorganizados de forma coerente com a consecução do fim a que se destinam.

Ensina Roxin que a imputação ao tipo objetivo somente é um problema da parte geral quando o tipo penal exige um resultado no mundo exterior separado no tempo e no espaço da ação do autor. Nos delitos de resultado, deve ser decidido, de acordo com regras gerais, se a lesão ao objeto da ação pode ser imputada ao acusado

---

72 ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. Op. cit., p. 148-156.

73 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 60.

74 Ibidem, p. 61.

como obra dele. Tal imputação objetiva é de antemão impossível se o autor não causou o resultado. Via de consequência, a doutrina do nexo causal (pelo menos nos delitos de resultado) é o fundamento para cada imputação ao tipo objetivo. O primeiro pressuposto do preenchimento do tipo penal é, sempre, a causação do resultado pelo autor. Todavia, com a causalidade de um comportamento em relação ao resultado típico, não está preenchido, como antes se acreditava, o tipo penal, ainda que existam os demais elementos típicos escritos. Pode deixar de existir a imputação se, por exemplo, o autor causar o resultado por pura casualidade.[75]

Os pontos centrais da proposta de Roxin foram por ele resumidos da seguinte forma: "pode-se, portanto, dizer, resumidamente, que a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo penal."[76] Como se pode perceber, Roxin trabalha, no âmbito da imputação objetiva do resultado, em três planos: criação de um risco não permitido, realização do risco não permitido e alcance do tipo.

De tal sorte, o tipo objetivo concebido por Claus Roxin para os crimes de resultado compreende ação, resultado, nexo causal e imputação objetiva do resultado (criação de um risco não permitido, realização do risco no resultado e alcance do tipo penal). Como é intuitivo, caso falte qualquer um desses requisitos, a conduta não poderá ser considerada típica.

O primeiro critério – criação de um risco não permitido – falta nos casos de diminuição do risco, quando não há a criação de perigo e nos casos de risco permitido. O fundamento da exclusão da imputação em caso de diminuição do risco reside em que seria absurdo proibir ações que não piorem, mas melhorem o estado do bem jurídico protegido.[77] Além disso, deve ser descartada a imputação objetiva quando o autor não diminuiu o risco de lesão a um bem jurídico, mas também não o elevou de modo juridicamente considerável, como no caso de atividades normais e juridicamente irrelevantes (passear na cidade grande, subir escadas, caminhar em montanhas etc.).[78]

---

[75] ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit., p. 349-350.

[76] Ibidem, p. 373: *„Man kann also zusammenfassend sagen, dass die Zurechnung zum objektiven Tatbestand die Verwirklichung einer vom Täter geschaffenen, nicht durch ein erlaubtes Risiko gedeckten Gefahr innerhalb der Reichweite des Tatbestandes voraussetzt."*

[77] Ibidem, p. 376.

[78] Ibidem, p. 377.

A realização do risco não permitido, por sua vez, falha quando falta a realização do perigo, o que se dá, por exemplo, na hipótese de delito doloso que fica na fase da tentativa, mas depois acaba provocando o resultado como consequência de um curso causal imprevisível (como no caso de vítima de homicídio tentado que morre em virtude de incêndio no hospital onde é socorrida).[79] Não há a imputação, da mesma forma, se falta a realização do risco não permitido. Esclarece Roxin que, em casos de risco permitido, a imputação ao tipo objetivo pressupõe a infração do limite autorizado e, com isso, a criação de um perigo não permitido. No entanto, assim como na criação usual de perigo a consumação exige a realização do perigo, em caso de risco não permitido a possibilidade de imputação do resultado depende, também, de que no resultado se realize exatamente o risco não permitido. O caso relativamente mais fácil é aquele em que a infração do risco permitido não tem efeito no resultado em sua forma concreta. A fim de ilustrar seu ponto de vista, Roxin modifica caso julgado pelo *Reichsgericht* (Tribunal imperial alemão) e o apresenta da seguinte forma: o diretor de uma fábrica de pincéis entrega a suas trabalhadoras pelos de cabras chinesas para fabricação, sem providenciar sua prévia desinfecção, consoante prescrito. Quatro trabalhadoras são infectadas por bacilos antraz e morrem. Uma investigação ulterior revela que o desinfetante prescrito teria sido ineficaz contra o bacilo, desconhecido até então na Europa. Se o resultado fosse imputado ao agente, ele seria punido pela infração de um dever, cuja observância teria sido inútil, o que é proibido pelo princípio da igualdade.[80]

Por fim, a imputação é excluída (ainda no segundo plano trabalhado por Roxin) em casos de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma. A hipótese analisada por Roxin, extraída de julgado do Tribunal imperial alemão, é a seguinte: dois ciclistas andam na escuridão, um atrás do outro, em bicicletas não iluminadas. Por causa da falta de iluminação, o ciclista que anda à frente colide contra um ciclista que vinha em sentido contrário. O acidente também teria sido evitado se apenas o ciclista de trás tivesse sua bicicleta iluminada. Argumenta o professor da Universidade de Munique que a condução proibida de bicicleta sem iluminação pelo segundo ciclista elevou consideravelmente o perigo de que o primeiro ciclista causasse um acidente. Todavia, a imputação do resultado não tem sentido, pois o fim

---

79 ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit., p. 384.

80 Ibidem, p. 386-387.

do mandamento de iluminação reside na evitação de acidentes que provenham diretamente da própria bicicleta e não iluminar outras bicicletas e evitar suas colisões com terceiros. Por isso, não se realizou o perigo que o mandamento de cuidado queria prevenir e fracassa a imputação do resultado.[81]

Em regra, dá-se a imputação objetiva com a realização de um perigo não coberto por um risco permitido. Todavia, ganha terreno, cada vez mais, a compreensão de que, em casos isolados, pode fracassar a imputação quando o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (da proibição de matar, lesionar, danificar etc.), não abranja resultados, cuja produção o tipo não se destina a evitar. A esse respeito, são importantes três grupos de casos.

O primeiro deles é a cooperação em autocolocação dolosa em perigo**.** O argumento central de Roxin para afastar a imputação nessa hipótese consiste em que, no Direito alemão, é impunível a participação em suicídio,[82] de sorte que, se é impune a conduta de provocar o mais (a autolesão), com maior razão deve poder-se impunemente provocar o menos (a autocolocação em perigo).[83]

O segundo grupo de casos é semelhante ao primeiro e consiste na colocação em perigo de terceiro consentida por ele. Como exemplo, cita Roxin o caso de um passageiro que solicita a um barqueiro a realização da travessia de um rio durante uma tempestade. Apesar de ter sido advertido quanto aos riscos da travessia, o passageiro insiste em seu desejo e o barqueiro empreende a travessia, mas o barco vira e o passageiro se afoga. Nesse caso, sustenta Roxin que não deve haver a imputação objetiva do resultado ao agente.[84]

Por derradeiro, o fim de proteção do tipo penal não abrange resultados cujo impedimento esteja na esfera de responsabilidade alheia.

Claus Roxin teve o grande mérito de retomar a discussão da imputação objetiva no Direito Penal, que estava praticamente esquecida antes de seu trabalho

---

81 ROXIN, Claus. **Strafrecht***.* Op. cit., p. 390-391.

82 Raciocínio que não se aplica ao ordenamento brasileiro em virtude do artigo 122 do Código Penal em vigor, que incrimina as condutas de “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 276.

83 ROXIN, Claus. **Strafrecht***.* Op. cit., p. 401-402. Obviamente, quando o agente perceber que a vítima não tem condições de compreender claramente o alcance de sua decisão, deve haver a imputação do resultado, o que é enfatizado por Roxin (Op. cit., p. 406).

84 Ibidem, p. 410.

publicado em 1970. Além disso, é digna de encômios a clareza estrutural de seu modelo teórico, o que o torna facilmente manejável (talvez seja a teoria da imputação objetiva de Roxin a de mais fácil emprego prático). Há, no entanto, um aspecto problemático, que reside no critério do alcance do tipo, que a doutrina, com razão, reputa obscuro e desnecessário, pois os problemas resolvidos por Roxin nesse terceiro plano de imputação podem, sem prejuízo, ser trabalhados nos planos anteriores, de modo que não se justifica o seu emprego. Isso evitaria, ademais, a necessidade de Roxin distinguir entre resultados não cobertos pelo fim de proteção da norma (2° nível de imputação) e não compreendidos pelo alcance do tipo (3° nível de imputação).

3.1.3 A proposta de Günther Jakobs

Importante destacar, também, a contribuição de Günther Jakobs para o tema. Diga-se, de passagem, que a teoria da imputação ocupa papel proeminente na obra de Jakobs, a ponto de abarcar toda a teoria do delito em sua obra *Direito Penal: parte geral*.

Dada a singularidade do modelo teórico de Jakobs sobre a imputação objetiva, torna-se necessária, para uma melhor compreensão do tema, uma pequena incursão em seu sistema de fato punível.

O ponto de partida de Jakobs é a recusa à teoria de que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade. Para ele, a missão do Direito Penal é assegurar a eficácia das normas. A esse respeito, Luís Greco, em feliz síntese, esclarece:

> Quem viola a norma, antes de destruir um bem jurídico, antes de eliminar uma vida ou destruir o patrimônio alheio, exterioriza “um esboço de um mundo”, de um mundo no qual a norma não vige. Esta visão de mundo do delinquente desafia a visão dos demais membros da sociedade, que se vêem inseguros, desorientados quanto a qual das visões realmente prevalece. [...] O Direito Penal, através da explicação do comportamento violador da norma, através da imputação desta violação a determinado autor, e, por fim, através do sancionamento deste autor, reafirmará a prevalência do Direito e da norma aos olhos dos demais membros da sociedade.[85]

---

[85] GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 121-122.

A fim de fundamentar seu sistema, recorre Jakobs à teoria sociológica de Niklas Luhmann. Em termos gerais, sustenta Luhmann que o homem vive em um mundo constituído sensorialmente, que lhe apresenta uma multiplicidade de possíveis experiências e ações. No complexo e contingente universo de possibilidades que compõem o convívio social, o intercâmbio de expectativas entre os seres humanos faz surgir um elemento de perturbação, que pode ser compreendido como o desconhecimento de uma pessoa em relação à expectativa ou ao comportamento de outra pessoa.[86] Em torno da noção de expectativa, Luhmann edifica seu pensamento de modo a asseverar que os sistemas sociais, dentre os quais se insere o Direito, têm como função estabilizar as expectativas, que podem ser divididas em dois tipos: as cognitivas e as normativas. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride. [87] Para Luhmann, normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente. Seu sentido implica a incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma.[88]

Conforme anota Luís Greco, um feixe de expectativas, ligadas a determinada pessoa, constitui aquilo que se chama de papel – conceito central para a teoria da imputação de Jakobs.[89] Nas palavras de Jakobs, “os serem humanos encontram-se num mundo social na condição de portadores de um papel, isto é, como pessoas que devem administrar um determinado segmento do acontecer social conforme um determinado padrão.”[90]

---

86 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. 1, p. 45-47.

87 Ibidem, p. 56.

88 Ibidem, p. 57.

89 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 124. Idem. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 32, out./dez.-2000, p. 140.

90 JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari a partir da versão em espanhol. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24. A noção de papel é a base da distinção feita por Jakobs entre *crimes de domínio ou de responsabilidade por organização* e *crimes de infração de dever ou de responsabilidade institucional*. Nas palavras de Jakobs: “Por um lado, é necessária uma expectativa de que todos mantenham em ordem seu círculo de organização, para que não se produzam efeitos exteriores, em decorrência dos quais outros

Da função da pena, deduz Jakobs a função da imputação: estabelecer qual pessoa deve ser punida para estabilização da norma. Deve-se punir o sujeito que se comportou de forma contrária à norma e culpavelmente.[91] A partir dessas premissas, constrói Jakobs uma teoria da imputação objetiva em dois planos: imputação do comportamento e imputação do resultado.[92]

No plano da imputação do comportamento, que corresponde à criação de risco juridicamente desaprovado, a ideia central é a de violação do papel. Imputam-se, nesse nível, os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel.[93] O fundamento desse nível de imputação é o seguinte: como a finalidade do Direito Penal é garantir a segurança das expectativas, resulta que o comportamento adequado socialmente não se pode imputar como injusto. A realização da conduta socialmente adequada está permitida. Desse modo, sustenta Jakobs que os critérios do risco permitido, do princípio da confiança, da comissão referida ao garante e da proibição de regresso não são outra coisa senão desenvolvimento da adequação social.[94] De tal sorte, configurado qualquer desses critérios, não será possível falar em imputação do comportamento.

---

poderiam resultar lesionados. A estabilidade desta expectativa não é imprescindível somente porque ninguém pode dominar todos os círculos de organização em conjunto, senão também porque, devido ao direito à própria organização respectiva, a ninguém está permitido juridicamente dominar de um modo tão amplo. Esta expectativa tem um conteúdo exclusivamente negativo: os círculos de organização devem permanecer separados. A decepção da expectativa conduz a delitos que se denominam de domínio ou delitos em virtude da responsabilidade por organização. [...] Por outra parte, é necessária uma expectativa de que as instituições elementares funcionem de forma ordenada. Esta expectativa tem um conteúdo positivo, isto é, que as instituições estejam em harmonia com as esferas de organização dos indivíduos singulares. A decepção desta expectativa conduz a delitos que se denominam delitos de infração de um dever ou delitos em virtude de responsabilidade institucional". (**Derecho Penal***:* parte general. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo, 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997*,* p. 11).

91 JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 156.

92 JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 225, nota 2a; CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva***.* 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 74 e ss.; RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do Direito Penal:** considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 85.

93 JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. Op. cit., p. 22.

94 JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 225. O critério relativo à comissão referida ao garante é tratado por Zaffaroni, Alagia e Slokar como autocolocação em perigo (**Derecho Penal***:* parte general. Op. cit., p. 473) e por Luís Greco como competência da vítima (Imputação objetiva: uma introdução, *cit.,* p. 126-127).

Sucintamente, o critério do risco permitido afasta a imputação objetiva porque não há violação de expectativa, já que a conduta daquele que se comporta dentro do risco permitido é precisamente a que se espera dele.[95] O princípio da confiança significa a autorização para confiar no comportamento de outras pessoas, apesar da experiência de que elas cometem erros.[96] Por sua vez, conforme a teoria da proibição de regresso, "devem ser renunciados os resultados obtidos com a teoria da equivalência no que diz respeito àquelas condições nas quais para a produção do resultado tenha intermédio a atuação dolosa e culpável e um terceiro".[97] Por fim, assevera Luís Greco que a imputação é excluída num quarto grupo de casos, em que o risco não se encontrava no âmbito de competência do agente, mas no da vítima, o que abrange desde hipóteses de consentimento excludente de tipicidade até os casos de ações a próprio risco da vítima.[98]

Caracterizada a imputação do comportamento, tem lugar a imputação do resultado, que diz respeito à realização do risco desaprovado criado pelo agente e é norteada pela ideia de explicação do resultado. Esclarece Jakobs que quando se produz a lesão a um bem, resulta necessário explicar o ocorrido para poder voltar a encontrar acomodação num ambiente perturbado pelo curso lesivo. A explicação pode ser de índole cognitiva (calculou-se mal e no futuro deverá calcular-se melhor) ou normativa (alguém cometeu um erro e seu comportamento inadequado constitui a razão do dano).[99] Nesse plano, trabalha Jakobs com a relação de causalidade, que não é por ele descartada. Pelo contrário, entende Jakobs que a causalidade é condição mínima para a imputação objetiva.[100] Para ele, somente importa saber, no plano da causalidade, se um comportamento condicionou um resultado (conforme a uma lei causal), o que deve ser aferido com ajuda da experiência geral ou de peritos.[101]

---

95 Nesse sentido: GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 126.

96 JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 253.

97 JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

98 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 127.

99 JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Op. cit., p. 77.

100 Idem. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 237.

101 Ibidem, p. 229.

Embora a proposta de Jakobs seja inovadora e construída sobre sólida base teórica, alguns pontos merecem reflexão mais detida. O primeiro deles reside no tratamento dispensado por Jakobs à relação de causalidade. Ele adota a teoria da condição conforme às leis, mas não enfrenta as críticas que são dirigidas a essa teoria. Ademais, o nexo causal é por ele tratado dentro da imputação objetiva, o que não é adequado por dar margem à confusão indevida entre o ontológico e o normativo. Outro ponto que a doutrina questiona é a necessidade do traslado do conceito de garantidor dos crimes omissivos para os crimes comissivos.[102]

3.1.4 O modelo teórico de Wolfgang Frisch

Quando em pauta o estudo das modernas concepções sobre imputação objetiva do resultado, é imprescindível a referência ao pensamento de Wolfgang Frisch. Não obstante Frisch tenha vários livros e artigos publicados sobre o tema, a obra em que o aborda com maior profundidade e sistematicidade é, sem dúvida, o livro *Comportamento típico e imputação do resultado*.[103]

Frisch inicia sua exposição com a abordagem histórica dos esforços para delimitar o tipo penal. Argumenta que o impulso decisivo para o desenvolvimento de uma teoria específica da chamada imputação objetiva do resultado foi dado pela consciência da excessiva amplitude dos tipos nos crimes de resultado sobre a base do conceito naturalístico de causação ou da teoria da equivalência, que dominou a jurisprudência penal do *Reichsgericht*. Havia quem – como Beling – sustentasse que a restrição do alcance do tipo não residia no problema da causalidade – para o qual a teoria da equivalência (e muitas outras) apresentava solução –, mas na captação do conteúdo dos tipos legais.[104]

Foram realizadas tentativas de limitação do tipo penal pelas teorias da adequação e da relevância, sem que tenham conseguido sucesso. Nesse contexto,

---

102 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 130.

103 **Tatbestandsmäβiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs**. Heidelberg: C. F. Müller, 1988. Há tradução para o espanhol de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo: **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

104 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 24-26.

ganhou terreno a imputação objetiva do resultado, que se expandiu de forma indesejada, a ponto de converter-se em uma “supercategoria”, o que acarreta o risco de decisões equivocadas e soluções aparentes.[105] Torna-se urgente, portanto, uma reflexão sobre o papel da imputação objetiva, pois determinadas hipóteses por ela tratadas dizem respeito a um círculo de problemas que lhe são anteriores.[106]

Para Frisch, a doutrina da imputação objetiva do resultado tem suas raízes em uma época em que, para a dogmática penal, o resultado se encontrava ainda em primeiro plano e o injusto se identificava amplamente com o desvalor do resultado.[107] Com o passar do tempo e sob a influência da teoria final da ação, de um lado, e de investigações da teoria das normas, de outro, a ênfase se trasladou do resultado para o comportamento. Ainda quando o ordenamento jurídico se esforça para evitar determinadas situações, somente é capaz de consegui-lo caso se dirija a pessoas, mediante prescrição ou proibição de comportamentos. De tal sorte, a categoria dogmática que consubstancia essa mudança de orientação é a do comportamento típico, que, em sentido estrito, significa a conduta típica, com exclusão de tudo aquilo que se atribui ao desvalor do resultado.[108]

A diferença entre os âmbitos do comportamento típico e da imputação objetiva do resultado desempenha papel central na construção teórica de Wolfgang Frisch, de modo que é fundamental saber o que compõe cada uma dessas categorias.[109]

---

105 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 37.

106 Idem. La teoría de la imputación objetiva del resultado: estado de la cuestión. In: SANCHEZ, Jesús-Maria Silva (org.). **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000, p. 49; Idem. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 37

107 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 38; Idem. **Tipo penal e imputación objetiva**. Trad. Manuel Cancio Meliá et al. Madrid: Colex, 1995, p. 92-93.

108 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Op. cit., p. 38-40. Esclarece Frisch que, frequentemente, se emprega o conceito também como sinônimo do conjunto do desvalor de ação e de resultado típicos.

109 No tocante à distinção em tela, há uma nítida influência da teoria das normas no pensamento de Frisch, para quem deve ser considerada a distinção entre norma de comportamento (que trata da conduta) e de sanção (que cuida do resultado). Disso resulta que a exigência de um resultado imputável a um comportamento permanece evidentemente fora da norma de comportamento. (KORIATH, Heinz. **Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung**. Op. cit., p. 494). No mesmo sentido: GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit. p. 133, que acrescenta a diferença de perspectivas de análise: *ex ante* em relação ao comportamento típico e *ex post,* quanto à imputação objetiva.

Argumenta Frisch que o requisito da criação do perigo desaprovado unido à ação não é um pressuposto da imputação. Se não há criação de um perigo desaprovado unido à conduta, então o que em realidade falta é uma conduta proibida (com relação à sua periculosidade para bens). A vinculação da conduta com um perigo desaprovado é aquilo que converte determinadas formas de conduta em condutas típicas.[110] Como se pode perceber, Frisch diverge da concepção majoritária sobre imputação objetiva do resultado e trabalha com o critério da criação desaprovada do risco já no plano do comportamento típico, que antecede o exame da imputação do resultado.

À imputação objetiva cabe o papel de saber se entre o injusto da conduta definido pelo risco desaprovado e o resultado produzido existe determinada relação,[111] denominada por Frisch de *relação de realização*, que requer, além da causalidade entre conduta e resultado, algo a mais: que no resultado se tenha materializado precisamente o risco em virtude do qual está proibido o comportamento. A produção do resultado deve apresentar-se, nesse sentido, como realização do risco desaprovado. Por conseguinte, falta a imputação objetiva do resultado quando o resultado não é a realização do risco desaprovado, mas de um risco tolerado; ou quando hipoteticamente teria também ocorrido o resultado ainda que o comportamento tivesse sido cuidadoso.[112] No domínio da relação de realização, Frisch situa, com clareza, o problema da causalidade no aspecto real (ou ôntico) e o problema da imputação objetiva do resultado no plano normativo e posiciona o nexo causal não como um requisito independente dela, mas como sub-requisito da relação de realização.[113]

---

110 FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. Trad. Ricardo Robles Planas. In: FRISCH, Wolfgang; PLANAS, Ricardo Robles. **Desvalorar e imputar**: sobre la imputación objetiva en Derecho Penal. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 49; Idem. La teoría de la imputación objetiva del resultado: estado de la cuestión, *cit.,* p. 59. Na obra **Comportamiento típico e imputación del resultado***,* citada, Frisch fundamenta o deslocamento da *criação desaprovada do perigo* do âmbito da imputação para o do comportamento típico tanto nos crimes culposos (p. 48-51) quanto nos dolosos (p. 51-57) e apresenta argumentos em prol de vantagens sistemáticas e pragmáticas de sua concepção (p. 59-65).

111 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 65.

112 Ibidem, p. 70.

113 Ibidem*,* p. 66-67 e 73, nota 235. Note-se que Larenz, Honig e Roxin também situam a causalidade no plano ôntico e a imputação no plano normativo.

Em suma, o comportamento típico é regido pela ideia de criação desaprovada de risco e a imputação objetiva do resultado contempla a relação de realização, que, por sua vez, se desdobra em relação de causalidade e realização do risco criado pelo agente no resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.

Importante ressaltar que Frisch rejeita o âmbito de proteção da norma como critério a ser considerado para a imputação objetiva do resultado por reputá-lo supérfluo. Em abono à sua posição, cita Schünemann, para quem, quando se realiza um risco desaprovado pela norma, existe sempre a relação de fim de proteção entre conduta proibida e resultado: a realização de um perigo não tolerado pela norma de conduta do respectivo tipo, frente a cujos efeitos as normas de conduta – naturalmente – pretendem proteger, implica precisamente a existência da relação de fim de proteção.[114]

Assentadas essas noções, aprofunda Frisch sua investigação sobre o comportamento típico. Busca o professor de Freiburg descobrir critérios básicos determinantes para a desaprovação da conduta do ponto de vista jurídico-penal. Assim, pondera que a liberdade de ação é um direito assegurado constitucionalmente, de modo que a desaprovação de determinados comportamentos em virtude do risco inerente para determinados bens somente se apresenta legítima quando é adequada e necessária para garantir esses bens, para o que há de observar-se o postulado da proporcionalidade. [115] Na sequência, busca Frisch concretizar os critérios apresentados através de três grupos fundamentais de condutas que ameaçam lesionar bem jurídicos: diretamente, mediante atuação da vítima e mediante atuação

---

[114] FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 80-81.

[115] Ibidem, p. 89. Ensina Humberto Ávila (**Teoria dos princípios***:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149) que "o postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da *adequação* (o meio promove o fim?); o da *necessidade* (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da *proporcionalidade em sentido estrito* (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)." Não há uniformidade terminológica sobre os critérios decorrentes do postulado da proporcionalidade. Wolfgang Frisch, por exemplo, fala em *idoneidade*, *necessidade* e *adequação*; Luís Greco, em *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* (**Cumplicidade através de ações neutras:** a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 136*).* O importante, em todo caso, é saber que o raciocínio acerca do juízo de proporcionalidade deve dar-se em três etapas e procurar responder as indagações propostas por Humberto Ávila, consoante lição supra.

de terceiros.[116] É inviável, ante os limites deste estudo, expor a forma como Frisch trabalha com cada um desses grupos de casos. Todavia, consoante anota Luís Greco, basta ressaltar dois pontos nesse tocante. O primeiro deles consiste em que a aparente indeterminação do postulado da proporcionalidade é consideravelmente reduzida no processo de concretização, especialmente em virtude da importância que Frisch confere a normas que, no plano jurídico ou extrajurídico (normas técnicas), regulam o comportamento. Em geral, mas não sempre, a violação de uma dessas normas significa que o comportamento é típico.[117] Além disso, inúmeros problemas que a doutrina, tradicionalmente, resolve no plano da realização do risco ou, como Roxin, no alcance do tipo, passam a ser tratados já no âmbito do comportamento típico. Ainda de acordo com Luís Greco, "talvez um dos maiores méritos de Frisch esteja justamente nesta revalorização do comportamento típico, que permite uma solução aparentemente mais adequada e precisa de inúmeros problemas."[118]

Na última parte de seu livro, Frisch trata dos problemas básicos e questões periféricas da autêntica imputação objetiva do resultado. Salienta que a missão da imputação objetiva do resultado é limitar a intervenção penal a um estreito círculo de condutas típicas, entendida a conduta típica como a criação de risco desaprovado, cujo enfrentamento é feito pela pena, que deve ser um meio adequado, necessário e proporcional.[119] Para Frisch, a análise da imputação objetiva deve dar-se sob a perspectiva *ex post*: os resultados que, sobre essa base, não possam ser vistos como realização do risco típico desaprovado criado pelo autor, ficam excluídos como resultado típico imputável à conduta do autor.[120]

Salienta Frisch, na sequência, que, se não se configurar o nexo causal, não haverá relação de realização. Para ele, é equivocada a polarização entre a chamada fórmula da condição conforme às leis[121] e a fórmula da *conditio sine qua non*, assim como a aparência às vezes suscitada de que há necessidade de preferir uma a outra fórmula. Ambas apresentam vantagens e inconvenientes, o que torna aconselhável empregar ambas de modo combinado. Assim, devem ser assumidos os pontos fracos

---

116 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 101 e ss.

117 GRECO, Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 136-137.

118 Ibidem, p. 139.

119 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 542.

120 Ibidem, p. 550-551.

121 A teoria da condição conforme às leis será abordada no item 4.5.

da fórmula da *conditio*, tirar partido da teoria da condição conforme a lei e formular simplesmente que a conduta do autor sempre está na relação causal requerida com o resultado quando está vinculada (junto com outras circunstâncias) a este mediante certas leis causais demonstráveis ou cuja existência é admitida em geral.[122] Apesar do esforço de Frisch, não conseguimos vislumbrar como a simples justaposição das teorias é capaz de afastar as críticas que lhes são dirigidas, especialmente à teoria da equivalência dos antecedentes causais.[123]

Digno de registro, ainda, o posicionamento do professor da Universidade de Freiburg acerca da discussão sobre o tratamento das dúvidas relativas à produção do resultado em caso de comportamento alternativo conforme ao dever. De um lado, a jurisprudência do *Bundesgerichtshof* e uma parte da doutrina requerem para imputar o resultado praticamente a certeza de que ele não se teria produzido se tivesse sido observado o risco permitido (isto é, em caso de comportamento alternativo conforme ao Direito). Se, a esse respeito, surgem dúvidas, falha a imputação do resultado, sobretudo por força do princípio *in dubio pro reo*. De outro lado, anota Frisch que os defensores da chamada teoria do incremento do risco (dentre os quais Stratenwerth, Schünemann, Rudolphi, Küper e Roxin) consideram adequada a imputação do resultado em certos casos de dúvida: sempre que *ex post* se comprove que o autor, com sua conduta desaprovada, incrementa mais ou menos claramente o risco para o objeto do bem jurídico lesionado, em comparação com o comportamento alternativo permitido, piorou nesse sentido as probabilidades do bem jurídico. Ademais, não caberia defender uma concepção que requeira praticamente a certeza de não produção do resultado em caso de comportamento alternativo lícito porque em amplos setores somente podemos formular enunciados de probabilidade sobre o efeito da conduta. Por isso, quando a norma permite certas criações de risco não cabe ir mais além de enunciados de probabilidade acerca do curso dos acontecimentos em caso de comportamento lícito.[124] Frisch exclui, inicialmente, a aplicação do princípio *in dubio pro reo* para resolver essa questão, não apenas pela generalidade de seu enunciado, mas porque ele pressupõe estar resolvida a questão das exigências normativas determinantes, de modo que não pode ele mesmo oferecer essa solução.

---

122 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 553-554.

123 V. infra, item 4.1.3.

124 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 569-570.

O aspecto decisivo para Frisch reside em que da violação do risco tolerado não deriva, em princípio, nada mais que uma conduta desaprovada, uma infração da norma de conduta subjacente ao tipo sancionatório. Porém, para a imputação do resultado nada significa essa circunstância, porque infração da norma de conduta e imputação do resultado são elementos do tipo penal independentes e justapostos.[125]

A Frisch deve ser dado significativo crédito pela revalorização da conduta típica em época em que o enfoque da dogmática penal recai sobre a imputação objetiva. Sua preocupação com a imputação objetiva tornar-se uma "supercategoria" é mais do que justificada, pois cada vez mais são tratados em seu âmbito problemas que, a rigor, não dizem respeito à análise normativa da relação entre conduta e resultado. Soma-se a isso a inexistência de uniformidade de critérios e a grande disparidade de construções teóricas, o que pode concorrer para sua fragilização. Com seu trabalho, Frisch separa "o joio do trigo" e reorganiza o tipo objetivo, o que merece elogios. Como pontos negativos, Frisch não é claro quanto à forma de tratar a causalidade, uma vez que não indicou o procedimento para trabalhar conjuntamente com as teorias da equivalência e da condição conforme às leis naturais. Ademais disso, Frisch trabalha com a relação de causalidade dentro da imputação objetiva, o que não se mostra adequado pelas razões já expostas.

3.2 Absorção do nexo causal pela imputação objetiva do resultado?

A partir da concepção da teoria da imputação objetiva do resultado, passou-se a questionar a subsistência de fundamento para uma análise independente da causalidade.

Em 1980, Harro Otto publicou artigo em que propôs a substituição do princípio da causalidade pelo do incremento do risco como critério para imputação nos

---

125 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 571 e ss., com ulteriores argumentos. Cético: GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 142.

crimes de resultado.[126] Em síntese, partiu Otto da observação de que os Tribunais, há muito tempo, completavam, modificavam ou simplesmente substituíam a fórmula da teoria da *conditio sine qua non*, de modo que não se pode mais falar que essa fórmula seja reconhecidamente válida.[127] Depois de analisar grupos de casos em que não deve haver a atribuição do evento lesivo ao agente (hipóteses em que há diminuição do risco, ausência de risco juridicamente relevante, resultado não compreendido pelo âmbito de proteção da norma e de comportamento alternativo conforme ao dever) e para os quais a teoria da equivalência não oferece resposta satisfatória, salientou Otto que para a imputação de um resultado não é suficiente a constatação de que o agente, com sua conduta, causou o resultado (de acordo com a fórmula da *conditio sine qua non*) e se comportou de forma contrária ao dever. É necessária, ainda, uma relação ulterior entre a violação de dever e o resultado, não de natureza causal, mas valorativa, no sentido de saber se o autor com o seu comportamento contrário ao dever criou ou aumentou um perigo para um bem jurídico determinado.[128] Sustentou Otto que a teoria da condição não oferece fundamentos para decidir se um resultado determinado deve ser imputado a um autor. Para ele, o tipo objetivo de um crime de resultado abrange não um simples fenômeno causal, mas descreve a quem deve ser imputada a realização de uma violação de dever que criou ou aumentou o perigo de lesão a um bem jurídico determinado.[129] Propôs Otto o abandono da fundamentação dúbia da teoria da condição e o acatamento do convincente princípio do incremento do risco, que vale igualmente para os casos de aplicação problemática da teoria da condição, permite solução uniforme de casos penais e concede à imputação do resultado critérios comprováveis.[130]

Juan Bustos Ramírez entende, também, que a teoria da imputação objetiva deve substituir a relação de causalidade. Nas suas palavras, “a imputação objetiva é uma alternativa à causalidade”.[131] A argumentação de Bustos Ramírez gira em torno

---

126 OTTO, Harro. Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten. **Neue Juristische Wochenschrift**. München/Frankfurt: C. H. Beck, 1980.

127 Ibidem, p. 418.

128 Ibidem, p. 420.

129 Ibidem, p. 421-422.

130 Ibidem, p. 423-424.

131 RAMÍREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. In: OUVIÑA, Guillermo et al. **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 211.

do declínio do prestígio da causalidade nas ciências naturais desde o início do séc. XX, especialmente em decorrência da teoria quântica e da relatividade, que postulam a existência apenas de relações de probabilidade, o que acarreta, por conseguinte, uma margem de indeterminação. De outro lado, no campo das ciências sociais, produziu-se algo semelhante a partir de posições funcionalistas, que destacaram que não era possível trabalhar com a causalidade em fenômenos sociais, pois nestes havia fundamentalmente relações de interação, em que não é possível estabelecer um antecedente e um consequente, de sorte que a questão básica a resolver era a concernente às funções existentes no sistema.[132]

No âmbito do Direito Penal, sustenta Bustos Ramírez que houve um influxo das ciências naturais com a introdução do princípio da probabilidade no estabelecimento de relações entre conduta e resultado, de que é exemplo a teoria da adequação ou da causalidade adequada. Nesse contexto, surgiu a imputação objetiva como uma real alternativa própria ao campo do sistema penal e desprendida da causalidade. Assim como o sistema penal tem caráter teleológico, está construído em relação a fins, a imputação objetiva reveste-se de caráter valorativo, pois se baseia no estabelecimento de determinados valores necessários para a existência do sistema. Não está, por conseguinte, dentro do campo dos fatos, mas no axiológico. Em suma, para ele, a imputação objetiva se torna perfeitamente sustentável frente à teoria da causalidade.[133]

Na doutrina nacional, o pensamento de Bustos Ramírez foi acolhido por Damásio de Jesus, que também entende que a teoria da imputação objetiva surgiu como alternativa à causalidade, já que “pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado.” Em outras palavras: “apresenta-se, no futuro, como substituta da doutrina da causalidade material, procurando dar melhor explicação a questões que o finalismo não conseguiu resolver.”[134]

---

132 RAMÍREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. Op. cit., p. 211.

133 Ibidem, p. 212.

134 JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23-24.

3.3 Análise crítica da controvérsia

Apresentadas, em linhas gerais, as principais propostas teóricas quanto ao tratamento sistemático da relação de causalidade na teoria do delito, alguns pontos devem ser salientados.

Inicialmente, não se pode perder de vista o contexto de surgimento da teoria da imputação objetiva do resultado. Conforme ressaltou Richard Honig, a teoria da equivalência não conseguia oferecer resposta satisfatória para alguns casos (como o exemplo do caçador que, por imprudência, acerta um tiro em outrem, que vem a falecer em um incêndio no hospital). Em virtude disso, foram formuladas propostas para limitar o alcance da teoria da equivalência. Dentre elas, ganhou destaque a teoria da adequação. No entanto, ensina Honig que o debate entre as teorias da equivalência e da adequação não se situava *dentro* do problema causal, já que se referia aos *limites* do domínio causal. Essa percepção foi reforçada na passagem em que Honig sustenta que "toda valoração dentro das condições que produzem o resultado já reside fora da significação exclusivamente ontológica do conceito causal".[135] Honig separa com clareza o problema causal do problema da imputação. Para ele, a causalidade tem natureza exclusivamente ôntica e se resume a constatar a existência de um vínculo fático entre a conduta do agente e o resultado previsto no tipo penal. Caso essa relação seja submetida a critérios normativos, isto é, a uma análise valorativa, não mais se estará diante da causalidade e sim da imputação. Assim, propõe Honig critérios normativos que devem ser acrescentados à análise causal para limitar o seu alcance e decidir se a conduta em questão é significativa para a ordem jurídica. A doutrina, depois de Honig, desenvolveu essa ideia inicial de acrescentar à conexão causal critérios normativos para saber quando o resultado pode ser atribuído ao agente como obra sua.

A fundamental contribuição de Honig permite não apenas compreender o porquê do surgimento da teoria da imputação objetiva, como também descortina a sua

---

[135] HONIG, Richard. Op. cit., p. 178: *„[…] jegliche Wertung innerhalb der den Erfolg bewirkenden Bedingungen bereits außerhalb der ausschließlich ontologischen Bedeutung des Kausalitätsbegriffes liegt"* . Heinz Koriath (**Kausalität und objektive Zurechnung.** Op. cit., p. 24) salienta essa fundamental contribuição de Honig, para quem a imputação tem natureza axiológica, normativa e não empírica.

função na teoria do delito. A imputação objetiva não se destina a substituir a análise causal no âmbito do tipo objetivo. Ela não tem como escopo *constatar* a existência de conexão entre eventos, mas *valorar* essa conexão, ou seja, submetê-la a critérios normativos divididos basicamente em dois planos: criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado. A imputação objetiva é um corretivo adicional, um limitador ulterior da causalidade. Ante essa vocação inata da imputação objetiva, ela não pode abrir mão da causalidade, pois isso implicaria a eliminação de seu próprio objeto.[136] Em outras palavras, sem causalidade, não há imputação objetiva. Assim, a causalidade deve ser entendida como pressuposto da imputação objetiva, como algo que deve existir efetivamente para que se possa falar em imputação objetiva.

Segundo Maurach e Zipf, a consideração empírica da causalidade seguida da imputação normativa do resultado goza de ampla aceitação na literatura jurídico-penal.[137] Kristian Kühl, por exemplo, ensina que a conexão entre conduta e resultado deve ser demonstrada em procedimento composto por duas etapas: na primeira, deve-se *constatar* a relação de causalidade, ao passo que, na segunda etapa, deve ser examinado se o resultado pode ser imputado objetivamente ao comportamento do autor, isto é, se o resultado causado pelo autor pode ser *valorado* como obra sua.[138] Na mesma linha, Johannes Wessels e Werner Beulke enfatizam o mesmo procedimento bifásico no âmbito do tipo objetivo: primeiramente, deve-se constatar a causalidade, que tem natureza *empírica.* Na sequência, deve-se indagar sobre a imputação do resultado segundo critérios *normativos*, a fim de que o resultado possa ser considerado *obra do autor.*[139]

As propostas vistas acima para abolição do nexo causal da teoria do delito fracassam justamente por não considerarem as diferenças de natureza e de função relativamente à causalidade e à imputação objetiva. É evidente que, do ponto de vista

---

136 Se, como afirma Roxin (**Strafrecht.** Op. cit., tomo I, p. 372), "a primeira tarefa da imputação ao tipo objetivo é indicar as circunstâncias que fazem de uma causação (como limite extremo da possível imputação) uma conduta típica", então é lícito inferir que a causalidade é objeto da imputação objetiva. No mesmo sentido, ensina Günther Jakobs (**Derecho Penal**. Op. cit., p. 227) que a valoração da relação de condicionalidade entre conduta e resultado é objeto da imputação objetiva.

137 MAURACH, Reihart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Parte general: teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible. Tradução da 7. ed. alemã por Jorge Genzsch e Enrique Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, tomo I, p. 218.

138 KÜHL, Kristian. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 6. ed., München: Franz Vahlen, 2008, p. 18.

139 WESSELS, Johannes e BEULKE, Werner. **Strafrecht.** Op. cit., p. 57. Destaques no original.

teórico, é possível conceber proposta que preterisse a análise causal do âmbito do tipo objetivo. Todavia, quem assim procedesse teria o ônus de demonstrar como uma análise simplesmente valorativa poderia substituir o exame da relação fática entre conduta e resultado sem risco de retroceder-se a uma responsabilidade por fato de terceiro. É justamente a relação de causalidade que assegura aos cidadãos a impossibilidade jurídica de punição no âmbito do Direito Penal por fato cometido por terceiros. Sem ela, é difícil entrever como essa garantia pode subsistir.

Luís Greco sustenta um argumento adicional contra a substituição da causalidade pela imputação objetiva: os delitos de resultado exigem, para utilizar a expressão de Jakobs, um "mínimo de naturalismo", sob pena de se reduzirem a meros delitos de perigo.[140] Assiste razão a Greco, pois o resultado dos crimes materiais é naturalístico, perceptível no mundo fenomênico. Caso a análise do tipo objetivo dos crimes materiais seja limitada a um juízo normativo, o resultado como evento fenomênico deixa de apresentar relevância e passa a ser tratado, do ponto de vista normativo, como mera colocação em perigo do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Essas objeções revelam não apenas a inconsistência teórica da proposta de a imputação objetiva absorver a causalidade, mas também a sua incompletude, na medida em que o enfoque dado por Otto, Bustos Ramírez e Damásio de Jesus ao problema da relação entre conduta e resultado é parcial, não o capta em toda a sua complexidade.

Além disso, pensamos que os argumentos aduzidos são questionáveis. Parte Otto, como visto, da constatação de que os Tribunais têm completado, modificado ou substituído a fórmula da teoria da equivalência dos antecedentes causais, o que impediria falar que essa fórmula seja reconhecidamente válida.[141] A premissa do raciocínio do ilustre professor da Universidade de Bayreuth não nos parece firme o suficiente para conduzir ao resultado por ele proposto. O problema por ele indicado pode, em tese, ser contornado sem a abolição da causalidade: ou mediante o aperfeiçoamento do procedimento hipotético de eliminação ou com a adoção de teoria distinta da relação de causalidade. Não há necessidade, a rigor, de

---

140 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 177.

141 OTTO, Harro. Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten. Op. cit., p. 418.

se abandonar a causalidade no plano do tipo objetivo em virtude dos vícios atribuídos à teoria da equivalência. Nesse tocante, é sintomático o fato de que Harro Otto modificou seu posicionamento. Conforme consta da sétima edição de seu manual, "a imputação do resultado exige, desse modo, a constatação de uma relação fática e de uma [relação] normativa entre a conduta e o resultado,"[142] precisamente como sustentado no presente trabalho.

Quanto à proposta de Juan Bustos Ramírez, convém registrar inicialmente que ele se equivoca ao afirmar que "a teoria da imputação objetiva se desprendia totalmente da teoria da causalidade tanto em sua versão primitiva como revisada *[sic]*".[143] A teoria da imputação objetiva nunca se desprendeu totalmente da causalidade. Consoante acima exposto, a causalidade é pressuposto da imputação e essa íntima relação entre causalidade e imputação foi considerada tanto na proposta inicial de Honig e quanto nas ulteriores de Roxin, Jakobs e Frisch, dentre outros autores. Ademais disso, o alegado declínio do prestígio da causalidade, sustentado de forma axiomática, é tese que, além de bastante controvertida na filosofia da ciência contemporânea, não repercute, caso admitida, no Direito Penal a ponto de ensejar o abandono da causalidade.[144] Soma-se a isso o fato de que Bustos Ramírez pretende eliminar a causalidade, tratada no plano do tipo objetivo, e substituí-la pela imputação objetiva, que para ele pertence ao âmbito da antijuridicidade, o que também carece, em nossa ótica, de uma fundamentação mais convincente. A eliminação de uma categoria integrante do tipo penal e a criação de categoria distinta no plano da ilicitude não é algo cuja correção seja intuitiva ou facilmente perceptível, sobretudo porque tipo e ilicitude desempenham papeis distintos na teoria do delito,[145] o que dificulta a defesa do caráter intercambiável de seus elementos como pressupõe Bustos Ramirez.

---

142 OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht**: allgemeine Strafrechtlehre. 7. ed., Berlin: De Gruyter, 2004, p. 56: *„Die Erfolgszurechnung verlangt demgemäß die Feststellung eines faktischen und eines normativen Zusammenhangs zwischen Tathandlung und Erfolg."*

143 RAMÍREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. Op. cit., p. 212.

144 Vide item 2.2, supra, especialmente a lição de Claus Roxin.

145 De acordo com Claus Roxin, "o *tipo* está sob a influência da ideia de determinação legal, à qual a legitimação da dogmática por muitas vezes é reduzida; os tipos servem na verdade, ao cumprimento do princípio *nullum-crimen,* devendo ser estruturados dogmaticamente a partir dele. A *antijuridicidade,* pelo contrário, é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais." **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29-30. Essas ideias iniciais foram desenvolvidas por Roxin, que, em seu tratado, sustenta a existência de três funções do tipo penal: sistemática, político-criminal e dogmática. No sentido sistemático, o tipo abrange o conjunto dos elementos que identificam de que crime se trata

Haveria, ainda, um problema de congruência. O dolo, segundo a concepção majoritária, é composto por duas dimensões: uma cognitiva ou intelectual e outra volitiva. A dimensão cognitiva ou intelectual compreende o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas do tipo penal, o que abrange os meios de atuação eleitos para a consecução do fim colimado e a previsão do curso causal.[146] A eliminação do nexo causal do âmbito do tipo objetivo teria como efeito uma incongruência entre o plano conceitual do dolo e a estruturação analítica do crime, pois, ao mesmo tempo em que o dolo deve ter como objeto o tipo objetivo e compreender a previsão do nexo causal, a relação de causalidade não integraria o tipo objetivo e, por conseguinte, deixaria de ser objeto do dolo.

Corrobora essa linha de raciocínio o fato de que Bustos Ramírez viu necessidade de falar, no âmbito do tipo, de uma relação de determinação, que trata da circunscrição dos âmbitos situacionais que estão na base da afetação do bem jurídico.[147] A impressão que fica é a de que a alteração proposta por Bustos Ramírez, em última análise, é terminológica, já que ele nega a existência de relação de causalidade, mas propõe a existência de uma *relação de determinação* com cariz garantista, função desempenhada pela própria conexão causal entre conduta e resultado.

Em suma, os argumentos expendidos por Otto, Bustos Ramírez e Damásio de Jesus não convencem.

Distinguir a natureza das categorias em questão (causalidade e imputação objetiva) não é, ao contrário do que poderia parecer, de interesse meramente

---

tipicamente. Além disso, o tipo tem uma função político-criminal de garantia, na medida em que somente um Direito Penal em que a conduta proibida é exatamente descrita se coaduna com o princípio *nullum crimen.* Por fim, a função dogmática consiste, para Roxin, em descrever os elementos cujo desconhecimento exclui o dolo. **Strafrecht.** Op. cit., p. 280-281.

146 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez da 11. ed. alemã. 4. ed. em espanhol, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 78, 80 e 87; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 264; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 356; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 90; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris-ICPC, 2007, p. 134.

147 RAMÍREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva, cit., p. 216. No original: *"De ahí que lo primero a resolver desde el principio de determinación es la circunscripción de los ámbitos situacionales que están en la base de la afección al bien jurídico. De ahí entonces que el principio de determinación como principio garantista se concreta en el de tipicidad y en definitiva en una relación valorativa de atribución de un ámbito situacional dado a lo descripto en un tipo legal."*

acadêmico.[148] A teoria do delito está intimamente conectada com a prática do Direito Penal. Se os requisitos que compõem o conceito analítico de crime não forem bem trabalhados, o resultado será, inevitavelmente, a existência de decisões judiciais com raciocínios inadequados. Hans Welzel ensinava que a missão da ciência penal, como ciência sistemática, é estabelecer a base para a administração da justiça igualitária e justa, já que apenas a compreensão das conexões internas do Direito afasta sua aplicação do acaso e do arbítrio.[149]

Um exemplo discutido por Hart e Honoré ilustra bem o que queremos dizer: um motorista trafegara, durante certo tempo, em excesso de velocidade e, quando transitava com velocidade permitida, atropelou uma vítima. Alguns Tribunais estadunidenses têm negado, em casos desse jaez, que o excesso de velocidade que o motorista imprimiu a seu veículo possa ser considerado causa do resultado. O fundamento dessa conclusão é o seguinte: quando não há perda do controle da direção do veículo automotor e uma velocidade ainda superior teria evitado o acidente, o excesso de velocidade do motorista não foi uma causa próxima.[150] Esse raciocínio foi duramente criticado, com razão, por John Leslie Mackie, que sustentou que negar uma conexão causal aqui é um absurdo.[151] É intuitivo que o motorista que atropela uma vítima sem infringir a legislação de trânsito naquele momento não deve responder criminalmente pelas consequências do atropelamento (lesão corporal ou morte da vítima). O problema reside na fundamentação para absolver o motorista. Não é possível, como sustenta acertadamente Mackie, negar a existência de conexão causal entre a conduta do motorista (especificamente, entre o excesso de velocidade em momento anterior) e o atropelamento subsequente. A solução proposta por Mackie consiste em considerar que o propósito de normas contra o excesso de velocidade é proteger pessoas de danos decorrentes de certos modos familiares que seriam normalmente considerados como riscos ligados ao excesso de velocidade. Em outras palavras, a intenção é apenas proteger contra (ou compensar) danos e lesões que decorrem do excesso de velocidade de forma direta e familiar. Em casos bizarros, o excesso de velocidade ainda é uma causa, assim como uma *conditio sine qua non* do

---

148 Salientam a importância da distinção: KORIATH, Heinz. **Kausalität und objektive Zurechnung.** Op. cit., p. 15 e KÜHL, Kristian. **Strafrecht**. Op. cit., p. 18.

149 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Op. cit., p. 1.

150 HART, H.L.A; HONORÉ, Tony. Op. cit., p. xxxviii-xxxix.

151 MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 131.

dano, mas não no modo com a qual a lei está preocupada.[152] A solução proposta por Mackie não se situa no plano ontológico. Ele admite a causalidade, mas afasta a responsabilidade penal com considerações de natureza normativa, o que se coaduna com a imputação objetiva do resultado. Assim, no caso em análise, o excesso de velocidade é causa do resultado,[153] mas o atropelamento não deve ser atribuído ao motorista como obra dele em virtude de o resultado não ser a concretização do risco criado pelo autor.[154]

Como se pode ver, há relevância teórica e prática na identificação das naturezas da causalidade e da imputação objetiva. O assunto será retomado quando do exame da teoria da causalidade funcional (item 4.4), que introduz critérios normativos na análise causal.

3.4 Proposta de tratamento sistemático da causalidade e da imputação objetiva do resultado no conceito analítico de crime

Apresentado o panorama da discussão e visto que a imputação objetiva não absorve ou substitui a relação de causalidade, deve ser enfrentado o problema do tratamento sistemático dessas duas categorias.

Em primeiro lugar, deve-se perquirir se basta a causalidade ou se ambas devem compor o tipo objetivo dos crimes materiais.

Os finalistas mais conservadores esforçam-se para demonstrar a desnecessidade da teoria da imputação objetiva do resultado na estruturação analítica

---

152 MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 131.

153 Veremos adiante como as diversas teorias sustentam essa assertiva. Por ora, é suficiente para o raciocínio em tela que se aplique o procedimento hipotético de eliminação difundido pela teoria da equivalência: suprimido mentalmente o excesso de velocidade, o atropelamento não teria ocorrido.

154 Nesse sentido: ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Op. cit., p. 387-388, que analisa o exemplo em questão e afirma que o acidente foi causado pelo excesso de velocidade, pois se o motorista não tivesse conduzido o veículo em velocidade excessiva, não estaria no local e no momento do atropelamento e nada ocorreria. Apesar disso, afirma Roxin que não se realizou o risco específico inerente ao excesso de velocidade, pois a proibição de excesso de velocidade não quer impedir que os automóveis passem por determinado local em determinado momento. Portanto, a assunção do risco proibido apenas por acaso levou ao acidente, de modo que deve ser excluída a imputação do resultado.

do fato punível. Contudo, não foi à toa que a teoria da imputação objetiva conquistou ampla aceitação. É significativo o fato de que a doutrina penal, pelo menos desde o final do século XIX, quando concebida a teoria da adequação, tenta limitar a causalidade mediante o emprego de critérios normativos. Como os critérios propostos não foram satisfatórios, já que não consistiam em uma sistematização ordenada e coerente capaz de cumprir a sua função, foi concebida a teoria da imputação objetiva, que é, até o presente momento, a melhor proposta para limitar o alcance da relação de causalidade.

Assim, a imputação objetiva é de fundamental importância para limitar a amplitude da cadeia causal no âmbito do tipo objetivo e estabelecer quando uma conexão causal pode ser considerada relevante para o Direito Penal, o que justifica plenamente a sua adoção.

Portanto, o tipo objetivo dos crimes materiais deve ser composto pelo nexo causal e pela imputação objetiva.

O próximo passo consiste em estabelecer a sequência de exame e o conteúdo de cada um desses requisitos.

Há, aqui, pelo menos duas orientações. Há quem, como Roxin, proponha que a causalidade seja considerada *pressuposto* da imputação objetiva e há quem, como Frisch, sustente que a causalidade deva ser tida como *requisito* da imputação objetiva. Na primeira proposta, o exame da causalidade antecede a valoração ínsita à imputação objetiva, ao passo que na segunda vertente, ele é concomitante.

A primeira proposta é mais vantajosa. Ela separa a análise fática da causalidade da valoração inerente à imputação objetiva. Por conseguinte, não dá margem à confusão entre o ôntico e o normativo, o que é salutar. O raciocínio dessa corrente, além disso, é mais claro e coerente: como a causalidade é o objeto da imputação objetiva (na medida em que esta tem como desiderato, como dito, apontar quando aquela pode ser considerada relevante para o Direito Penal), somente se deve passar ao exame da imputação quando estiver constatada a relação de causalidade.

Considerar a causalidade como requisito da imputação objetiva apresenta alguns inconvenientes. O primeiro deles é justificar o plano da imputação em que terá sede o exame da causalidade. Deve ela ser analisada no plano da criação do risco proibido ou no da realização do risco? Tem-se optado pelo plano da realização do risco. Isso tem como consequência um segundo inconveniente: examinar no plano da criação do risco proibido critérios normativos que devem recair sobre algo cuja

constatação ainda não foi realizada. Conclui-se que a conduta do agente criou ou incrementou um risco proibido para somente então perceber que não há vinculação entre a conduta e o resultado típico. O exame do primeiro plano de imputação torna-se, nessa hipótese, ocioso. Há, portanto, economia metódica quando se analisa primeiro a causalidade para depois submetê-la ao teste de critérios valorativos

Pelas razões expostas, deve a causalidade ser considerada *pressuposto* da imputação objetiva do resultado. Assim, deve-se, primeiramente, investigar a existência de conexão causal entre conduta e resultado típico. Negada a existência de nexo causal, deve-se concluir pela atipicidade da conduta em exame. Afirmada a existência de relação de causalidade (consoante procedimento que será exposto no próximo capítulo), passa-se à sua valoração segundo os critérios normativos de imputação.

No plano da imputação, não vemos necessidade de trabalhar com três níveis, como o faz Claus Roxin. Na esteira da doutrina de Jakobs e Frisch, pensamos que dois planos de imputação são suficientes: o primeiro, relativo à criação ou incremento de um risco proibido e o segundo, concernente à realização do risco no resultado típico.

4 PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Várias teorias foram propostas para resolver os problemas concernentes à constatação da relação de causalidade no âmbito do Direito Penal.[155] Seria diminuto o proveito de abordar todas elas. Nossa preocupação primordial não é de cunho histórico ou catalográfico, mas conhecer e analisar criticamente as principais teorias atinentes ao nexo causal e os procedimentos de que elas se valem para constatar a existência de relação de causalidade entre uma conduta humana e um evento que lhe é posterior. Assim, abordaremos apenas as teorias mais relevantes para a dogmática penal.

Começaremos nossa análise pela teoria da equivalência dos antecedentes causais.

---

155 Para que se tenha ideia do número de teorias elaboradas, Luis Jiménez de Asúa menciona as seguintes: A) Teoria da causa única e absoluta (velhos escritores, Pacheco e Impallomeni); B) Teoria da *causa efficiens* (Heilbron, Kraus, Rohland, M. E. Mayer em 1889, Lobe, Wachenfeld etc.); i) Teoria da diferença entre mudanças e estados permanentes de R. Horn; ii) Teoria da jurisprudência francesa e de Chauveau e Hélie, Garraud, Garçon etc.; iii) Teoria da causa necessária de Ranieri; C) Teorias que assinalam como causa uma das várias condições do resultado (seja no caso concreto, ou "individualizadoras", seja em abstrato ou "generalizadoras"): i) Teoria da condição mais ativa ou mais eficaz (Birkmeyer); ii) Teoria da condição próxima ou última (Ortmann); iii) Teoria da condição de caráter mais decisivo para a qualidade do efeito (J. Kohler); iv) Teoria da causa eficiente (Stoppato, Manzini, De Marsico, Longhi etc. e talvez Carnelutti); v) Teoria que distingue causar, ocasionar e facilitar (Huther, Catherein, Sánchez Tejerina); vi) Teoria da geração ou da direção (Hugo Meyer); vii) Teoria da condição determinante (Brusa, Lucchini, Campili); viii) Teoria da distinção entre fatores causais e simplesmente coadjuvantes (Müller); ix) Teoria do "movimento atual" que determina o resultado (Arnold Horn); x) Teoria da condição preponderante na relação social para o advento do resultado (Nagler); D) Teoria da causa jurídica (Mosca, Angiolini, Tosti, Ferri, Maggiore); E) Teoria de Binding; F) Teoria da causação adequada (Hess, A. Merkel, Meyer-Allfeld, C. Hass, von Rohland, Liepmann, A. Köhler, Sauer etc.): i) Origem da doutrina na teoria que transforma em irregular o curso das coisas (von Bar e Zitelmann, em seus primeiros trabalhos); ii) Teoria subjetiva (von Kries); iii) Teoria objetiva (Rümelin, civilista); iv) Teoria da circunstância mais favorecedora segundo critério objetivo-subjetivo (Träger); v) Teoria da adequação como questão prévia (Tarnowski); vi) Teoria de von Hippel; vii) Teoria de Florian em vinculações com a periculosidade; viii) Reelaboração de Grispini: teoria da condição qualificada pelo perigo; G) A causa humana de Antolisei; H) Exame da "causa racional" (Díaz, Núñez) e da "causa intelectualizada" (Soler); I) Teoria de Hans Ernst Mayer; J) Teoria da equivalência das condições (von Buri com antecedentes em Berner, Hälschner, Köstling e Glaser – von Brünneck, F. von Liszt, Frank, Radbruch etc.); K) Teoria da adequação ao tipo (Beling); L) Teoria da Relevância (Max Ludwig-Müller, Mezger, Engisch, Honig, Glaser, E. Schmidt etc.); M) Posição dos que negam o dogma causal (Schaffstein, Dahm, Welzel, Hellmuth Mayer); N) Teoria que situa a causalidade como elemento da ação, que resulta assim meio de precisar esse elemento do delito (A. Drapkin). ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. atual. Buenos Aires: Losada, 1992, tomo III, p. 520-522.

4.1 Teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais

4.1.1 A polêmica sobre sua concepção

A primeira controvérsia que deve ser enfrentada relativamente à teoria da *conditio sine qua non* diz respeito à sua concepção. Quando em pauta a indicação do criador da teoria da equivalência, é possível observar profunda divergência na doutrina, na medida em que são apontados Maximilian von Buri,[156] Julius Glaser[157] e Cristoph Carl Stübel.[158] Há, ainda, quem afirme que a teoria da equivalência deriva do pensamento de John Stuart Mill.[159]

Vejamos como, do ponto de vista cronológico, surgiram os primeiros escritos sobre a teoria em questão.

---

156 Perfilham esse entendimento: VON HIPPEL, Robert. Op. cit., p. 136; ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 551; ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 30; ANTOLISEI, Francesco. **Il rapporto di causalità nel Diritto Penale**. Torino: Giappichelli Editore, 1960. p. 35-36; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Op. cit., p. 464; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Nacional, 1956, tomo I, p. 315, nota 4; HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I, t. II. p. 61; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 3. ed., São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 101.

157 Orientação majoritária: ROXIN, Claus. **Strafrecht**, op. cit., p. 352-353; TOEPEL, Friedrich. **Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt.** Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 52, nota de rodapé nº 1; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 252; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 310; PUPPE, Ingeborg. Causalidad. Op. cit., p. 683, nota 3; STELLA, Federico. Op. cit., p. 5, nota 4; PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal.** Parte general. 3. ed., Barcelona: PPU, 1995. p. 231; NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho Penal**. Parte general. Barcelona: Bosch, 2000, vol. I, tomo II, p. 326; HART, H. L. A.; HONORÉ, Tony. Op. cit., p. 442; FIERRO, Guillermo Julio. Op. cit., p. 222; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Op. cit., p. 257; BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 41; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 49, nota 7; D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001**,** p. 21; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 324.

158 OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht**. Op. cit., p. 56; HAAS, Volker. **Kausalität und Rechtverletzung:** ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 144.

159 ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Delitos cualificados por el resultado y causalidad.** 2. ed., Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 36-37. Luis Jiménez de Asúa (Op. cit., p. 550) afirma que, mais do que base, o pensamento de Stuart Mill é a essência da teoria da equivalência.

Stübel, em obra publicada em 1805,[160] dedicou-se a estudar os elementos constitutivos do crime, especialmente sob a ótica do crime de homicídio, e seu autor. Embora o exame da relação de causalidade não estivesse no centro das preocupações de Stübel, o tema não foi completamente alheio à sua obra. Sustentava ele que deve ser considerado autor de um homicídio aquele cuja conduta é necessária à morte da vítima, sem a qual não é concebível pensar na morte do ofendido.[161] Segundo Volker Haas, Stübel critica o entendimento então predominante de considerar autor de um crime apenas aquele que produz uma causa imediata e necessária para o resultado.[162]

Em 1843, John Stuart Mill publicou trabalho em que sustentou que a causa real é o conjunto dos antecedentes e que, do ponto de vista filosófico, nós não temos direito de dar o nome de causa a um deles em detrimento dos outros.[163] Para ele, nada pode mostrar de forma mais esclarecedora a ausência de fundamento científico para a distinção entre a causa de um fenômeno e suas condições do que a maneira arbitrária pela qual nós selecionamos dentre as condições aquela que escolhemos denominar causa.[164] Conclui Mill que "causa, filosoficamente falando, é a soma das condições positivas e negativas tomadas juntas, o total de contingências de toda natureza que, realizadas, fazem com que ocorra invariavelmente o conseguinte".[165]

---

160 STÜBEL, Cristoph Carl. **Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten**. Wittenberg: Samuel Gottfried Zimmermann, 1805. À época do trabalho de Stübel, o vocábulo *Tatbestand* era compreendido como sinônimo da locução *corpus delicti* e abrangia a totalidade dos elementos constitutivos do crime. Apenas com a já citada obra de Ernst von Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, de 1906, a palavra *Tatbestand* passou a significar a primeira categoria do conceito analítico de crime, o tipo penal. Sobre o tema, cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 37 e ss.; LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 13 e ss.; DERZI, Mizabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e tipo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35 e ss.

161 STÜBEL, Cristoph Carl. Op. cit., p. 184.

162 HAAS, Volker. Op. cit., p. 144-145.

163 MILL, John Stuart. **A System of Logic, Ratiocinative and Inductive**: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation. London: John Parker, 1843, p. 399.

164 MILL, John Stuart. Op. cit., p. 401.

165 MILL, John Stuart. Op. cit., p. 404. No original: *"The cause, then, philosophically speaking, is the sum total of the conditions, positive and negative, taken together, the whole of the contingencies of every description, which being realized, the consequent invariably follows."*

Julius Glaser, em 1858, avançou no sentido de propor um procedimento para a sua constatação da relação de causalidade:

> Há, a propósito, um ponto de referência seguro para o exame da relação de causalidade. Caso se tente eliminar mentalmente o pretenso autor do conjunto dos acontecimentos e, apesar disso, ocorre o resultado ou permanece idêntica a ordem subsequente de causas intermediárias, então é claro que o fato e o seu resultado não podem ser reconduzidos à eficácia dessa pessoa. Se, por outro lado, eliminada mentalmente essa pessoa do cenário dos acontecimentos, o resultado não poderia ocorrer de modo algum ou teria de acontecer de forma completamente distinta: então, seguramente, está completamente justificado considerar o resultado como efeito da atuação da pessoa.[166]

De acordo com Volker Haas, Glaser asseverava que todos os antecedentes do resultado são equivalentes e que não é autor de uma lesão apenas quem proporciona o surgimento de uma causa positiva, mas também quem remove uma condição que impede o seu aparecimento.[167]

As obras de Maximilian von Buri, por sua vez, são posteriores ao tratado de Glaser.[168]

Esse é o cenário de surgimento da teoria da equivalência.

É possível notar que Stübel não se preocupou em elaborar um conceito de causa nem em estabelecer um procedimento válido para a constatação da relação de causalidade. Como dito, suas reflexões estavam voltadas para o crime de homicídio, tendência comum entre os autores do início do século XIX. Como anotam Maurach e Zipf, a ciência do começo do século XIX somente se ocupou da causalidade como um problema parcial dos crimes contra a vida. Até mesmo os grandes tratados de meados

---

166 *„Es gibt übrigens für die Prüfung des Causalzusammenhanges einen sicheren Anhaltspunct; versucht man es, den angeblichen Urheber ganz aus der Summe der Ereignisse hinwegzudenken, und zeigt sichs [sic] dann, daß nichtsdestoweniger der Erfolg eintritt, daß nichtsdestoweniger die Reihenfolge der Zwischenursache dieselbe bleibt, so ist klar, daß die That und deren Erfolg nicht auf die Wirksamkeit dieses Menschen zurückgeführt werden können. Zeigt sich dagegen, daß, diesen Menschen einmal vom Schauplatz des Ereignisses hinweggedacht, der Erfolg gar nicht eintreten konnte, oder daß er doch auf ganz anderem Wege hätte eintreten müssen: dann ist man gewiß vollkommen berechtigt, den Erfolg jenem Menschen anzurechnen, ihn als die Wirkung seiner Thätigkeit zu erklären.“* GLASER, Julius. **Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht.** Aalen: Scientia, 1978 (reimpressão da edição de 1858), vol. 1, p. 298.

167 HAAS, Volker. Op. cit., p. 145.

168 VON BURI, Maximilian. **Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung**. Gießen: Ferber, 1860; Idem. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**. Leipzig: Gebhardt, 1873; Idem. **Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen**. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1885.

do século (Köstlin, Berner, entre outros) se negavam a reconhecer a causalidade como elemento geral do delito.[169] A concepção de Stübel, embora altaneira para a época, não é elaborada o bastante para que ele possa ser considerado o criador da teoria da equivalência. A simples referência a uma relação de necessidade entre antecedente e consequente não é suficiente para que se conclua que ele foi, de fato, a primeira pessoa a elaborar a teoria da *conditio sine qua non.*

Por outro lado, há, sem dúvida, coincidência entre a teoria da equivalência e a doutrina de John Stuart Mill. Veremos adiante que von Buri também sustenta que causa é o conjunto dos antecedentes de determinado evento. Contudo, dificilmente se pode comprovar que a teoria em análise derivou diretamente do pensamento do filósofo inglês. Em primeiro lugar, deve-se ter em vista que von Buri indicou[170] como seus predecessores Berner, Hälscher e Köstlin e não John Stuart Mill. Além disso, afirma Robert von Hippel que Maximilian von Buri trabalhou sem ter conhecimento da obra de John Stuart Mill e que não há identidade entre as teorias de von Buri e Mill,[171] lição que é corroborada por Luis Jiménez de Asúa, que assevera que o próprio von Buri, em um dos seus últimos artigos, cuidou de demonstrar as diferenças entre seu pensamento e o de Stuart Mill.[172]

Pensamos que a razão está com a maioria da doutrina. A teoria da equivalência remonta ao pensamento do austríaco Julius Glaser. Já em 1858, conforme acima transcrito, Glaser concebeu o chamado procedimento hipotético de eliminação como forma de constatação da relação de causalidade no Direito Penal. Deve-se, segundo Glaser, eliminar mentalmente a conduta que se investiga, a fim de aferir se o resultado continua ou não a existir. Se eliminada mentalmente a conduta, desaparecer o resultado, deve-se concluir que a conduta é causa do resultado. Caso contrário, isto é, se eliminada mentalmente a conduta, persistir o resultado, deve-se entender que a conduta não é causa do resultado.

---

169 MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 304.

170 VON BURI, Maximilian. **Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung**. Op. cit., p. 1. Idem. **Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen**. Op. cit., p. 1.

171 VON HIPPEL, Robert. Op. cit., p. 136, nota de rodapé nº 4. Nesse mesmo sentido, podem ser mencionados Francesco Antolisei (Op. cit., p. 29, nota de rodapé nº 1) e Federico Stella (Op. cit., p. 2, nota de rodapé nº 2).

172 ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 551. O aludido artigo de von Buri foi publicado no vol. LVI do periódico *Gerichtssaal.*

Aqui, é preciso desfazer um equívoco histórico. Alguns autores[173] atribuem a elaboração do procedimento hipotético de eliminação ao sueco Thyrén. Contudo, como se viu, o próprio Glaser esclareceu como deveria ser realizado o raciocínio mental para aferição do nexo causal. Assim, deve ser atribuído a Glaser a concepção não apenas da teoria da equivalência, mas também do procedimento hipotético de eliminação.[174]

4.1.2 Desenvolvimento da teoria

Se há controvérsia quanto ao criador da teoria em análise, reina o consenso quanto ao responsável pela sua enorme difusão. Maximilian von Buri, influente magistrado alemão do século XIX, foi seu grande defensor e responsável pela sua adoção no âmbito do *Reichsgericht*.

Partiu von Buri da contribuição de Köstlin, Hälschner e Berner, que demonstraram a desnecessidade da divisão entre as componentes essenciais e não essenciais do resultado, uma vez que todas as forças que constituem o resultado devem ser consideradas igualmente essenciais para ele, pois nenhuma das forças

---

173 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** parte geral. 16. ed., atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 201; NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 118; VON BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal.** Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 90; FIERRO, Guillermo Julio. Op. cit., p. 193; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 10. ed., Niteroi: Impetus, 2008, vol. 1, p. 220; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1, p. 180; JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2008 p. 246; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 166; BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal brasileiro. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101.

174 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Op. cit., p. 258; STELLA, Federico. Op. cit., p. 5, nota de rodapé nº 4; KORIATH, Heinz. **Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung**. Op. cit., p. 468-469; Idem. **Kausalität und objektive Zurechnung.** Op. cit., p. 12; SPENDEL, Günter. **Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte**: eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht. [s.l.]: J.M. Beck, 1948. Spendel afirma que a primeira formulação da teoria da *conditio sine qua non* foi feita por Glaser (p. 15) e que ele preparou o terreno para a teoria da condição, pois não se encontra em sua obra uma fundamentação tão precisa e profunda dessa teoria como nos trabalhos de von Buri (p. 16). Afirma, ainda, que o verdadeiro fundador da teoria foi von Buri (p. 16), responsável por seu desenvolvimento e introdução na jurisprudência. Todavia, Spendel reconhece que o procedimento hipotético de eliminação foi concebido por Glaser (p. 23 e 26).

pode ser eliminada sem que seja suprimido o resultado em sua concreta existência.[175] Assim, afirmava von Buri que, caso se queira averiguar a relação de causalidade de um fenômeno concreto, deve-se, então, constatar na sequência ordenada e conjunta de forças quais apresentaram eficácia para o surgimento do fenômeno. Portanto, a completa soma dessas forças deve ser compreendida como a causa do fenômeno. Com a mesma razão, porém, também devem ser contempladas cada uma dessas forças isoladamente como a causa do fenômeno, pois sua existência depende tanto de cada uma delas, que, quando apenas uma dessas forças individuais é eliminada da relação de causalidade, o próprio fenômeno deixa de existir.[176]

Para von Buri, quando cada condição da eficácia total acrescenta uma parcela, que é absolutamente necessária para o surgimento do resultado total, a diferenciação material das condições para o aparecimento do resultado deve ser vista como desprovida de significado, pois não existe uma maior ou menor necessidade. Argumentava von Buri que é impossível reconhecer, com absoluta certeza, as diferentes medidas de eficácia para o resultado de cada condição individualmente considerada.[177] No tocante à chamada causalidade intermediada psiquicamente, sustentava von Buri que não falta ao instigador causalidade para o resultado, porquanto ele leva o autor à decisão para o fato e produz o resultado. A decisão do autor contém a coeficácia do instigador.[178]

Como se pode perceber, von Buri considerava causa tanto o *conjunto dos antecedentes* que produzem o resultado como, ao mesmo tempo, *cada uma das condições* antecedentes vinculadas ao resultado individualmente consideradas. Esse raciocínio foi alvo de críticas, que serão abordadas adiante. Por ora, interessa notar que von Buri não fazia distinção entre as condições ligadas ao resultado, por reputar

---

175 VON BURI, Maximilian. **Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen**. Op. cit., p. 1; Idem. **Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung**. Op. cit., p. 1-2.

176 VON BURI, Maximilian. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**. Op. cit., p. 1. No original: *„Will man den Causalzusammenhang einer konkreten Erscheinung ermitteln, so muss man in geordneter Reihenfolge sämmtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäussert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen. Mit demselben Rechte lässt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelkraft ab, dass, wenn man aus dem Causalzusammenhang auch nur eine einzige Einzelkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt.“*

177 VON BURI, Maximilian. **Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen**. Op. cit., p. 5.

178 Ibidem, p. 10-12.

ser impossível mensurar a contribuição causal de cada um dos antecedentes para a produção do resultado. Entendia ele que todas as condições, isto é, todos os antecedentes vinculados ao resultado são equivalentes (disso resultou o nome *teoria da equivalência*).

Günter Spendel observou que o enunciado da teoria da *conditio sine qua non* pode ser visto sob a ótica de uma fórmula positiva, assim como de uma fórmula negativa. A fórmula positiva tem o seguinte conteúdo: uma ação deve ser considerada causa quando ela não pode ser eliminada mentalmente sem que falte o resultado concreto. Sustenta Spendel que a prova da relação de causalidade não é difícil e consiste, basicamente, em responder à seguinte pergunta: teria o resultado concreto acontecido sem a conduta? Se a resposta for negativa, então a conduta deve ser considerada causa, pois surge como condição necessária (*conditio sine qua non*) do resultado. Existe, ainda, a fórmula negativa, que tem o seguinte teor: uma conduta não deve ser considerada causa quando, sem ela, o resultado concreto também teria acontecido.[179]

A teoria da equivalência foi, desde logo, adotada pelo *Reichsgericht* e o *Bundesgerichtshof* a ela permaneceu fiel.[180] Conforme ensina Günter Spendel, o Tribunal imperial alemão, já em 1880, constatou a existência de relação de causalidade entre conduta e resultado de acordo com a fórmula da teoria da condição: a conduta é causa do resultado quando sem ela o resultado não teria acontecido. Esse raciocínio foi empregado em vários julgados ulteriores.[181]

A teoria da *conditio sine qua non* encontrou ampla acolhida também na doutrina, a ponto de ter-se tornado a teoria predominante,[182] o que pode ser explicado pela facilidade do emprego de sua fórmula para a aferição da causalidade.

---

179 SPENDEL, Günter. Op. cit., p. 14-15.

180 BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 220; HART, H. L. A.; HONORÉ, Tony. Op. cit., p. 444-445.

181 SPENDEL, Günter. Op. cit., p. 24.

182 Nesse sentido: ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit., p. 351; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 57; PUPPE, Ingeborg. Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht.** Heidelberg: R.v. Decker, 2010, p. 551; Idem. **Strafrecht:** allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. 2. ed., Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 27; SPENDEL, Günter. Op. cit., p. 11; RUDOLPHI, Hans-Joachim. Die Lehre von der Kausalität (vor §1º). In: WOLTER, Jürgen. (org.). **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**. 8. ed., 130. atual., Köln: Carl Heymanns, 2012, p.. 23; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 93; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 219; SAMSON, Erich. **Cursos causales hipotéticos en el Derecho Penal:** una contribución sobre la causalidad de la complicidad. Trad. Marcelo Sancinetti e Patricia Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 13; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito**

O domínio da teoria da equivalência não ficou limitado à jurisprudência e à doutrina, uma vez que também encontrou guarida no plano legislativo. Para citar apenas dois exemplos, a teoria da condição inspirou os legisladores italiano e brasileiro. De acordo com o artigo 40 do Código Penal italiano de 1930, "ninguém pode ser punido por um fato previsto na lei como crime, se o evento danoso ou perigoso, de que depende a existência do crime, não é consequência de sua ação ou omissão. [...]".[183] O legislador brasileiro, por sua vez, dispôs, no artigo 13 do Código Penal, que "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".[184]

4.1.3 Objeções

A teoria da equivalência, a despeito de ter conquistado a predileção da maioria da doutrina, teve de enfrentar duras críticas, dirigidas tanto contra o seu conceito de causa quanto contra o procedimento hipotético de eliminação.

A primeira objeção relevante endereçada à teoria da *conditio sine qua non* diz respeito a uma contradição lógica de sua definição de causa. Segundo Max Ludwig Müller, Birkmeyer asseverava que a equiparação feita por von Buri entre causa e condição é filosoficamente insustentável, pois quem entende que causa de um fato, como Stuart Mill, é a soma de suas condições positivas e negativas, não poderia considerar como causa toda condição individual,[185] já que isso equivaleria a equiparar

---

Penal: parte geral, op. cit., p. 120; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale:** parte generale. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2009, p. 230. Contra, sem razão: REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 246, para quem a teoria majoritária é a da causalidade adequada. Como acertadamente ensina Luís Greco (Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 25), a teoria da adequação conta, atualmente, com reduzido número de defensores.

183 BATTAGLINI, Giulio. **A interrupção do nexo causal.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 25; MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 136.

184 BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 255.

185 MÜLLER, Max Ludwig. La significación de la relación causal en el Derecho Penal y en el de reparación de daños. Trad. Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación.** Op. cit., p. 53. Nesse mesmo sentido: KORIATH, Heinz. **Grundlagen**

proposições antinômicas, na medida em que se *m+n+o = p,* nem *m,* nem *n,* nem *o* podem, isoladamente, ser iguais a *p*.[186] A assertiva de Maximilian von Buri, de que a causa é, ao mesmo tempo, o conjunto dos antecedentes e cada um deles individualmente considerado, conforme a lição de Luís Jiménez de Asúa, foi denominada por Müller de "salto mortal lógico".[187] Deve-se salientar que Maximilian von Buri não fundamentou esse "salto", isto é, a passagem de uma consideração global dos antecedentes (causa é a totalidade das forças, para usar sua linguagem) para uma análise particular (cada uma das forças também deve ser considerada causa).[188]

Há, aqui, grave incoerência semântica e lógica. A parte (um antecedente individualmente considerado) não pode, conceitualmente, ser equiparada ao todo (soma de todos os antecedentes), sob pena de deixar de ser parte e passar a ser o próprio todo e, por conseguinte, inviabilizar a distinção. Pensamos que, nesse ponto, *tertium non datur:* ou se entende que causa é o todo (conjunto dos antecedentes), como o fez Stuart Mill, ou se considera que a causa é apenas a parte (um ou alguns dos antecedentes).[189] É evidente que, do ponto de vista jurídico, por questões pragmáticas, pode ser escolhido um antecedente a fim de que seja erigido ao *status* de causa. Contudo, esse procedimento estaria situado no plano normativo, estranho à causalidade,[190] e não nos planos lógico ou conceitual, em que se situa a crítica dirigida ao conceito de causa apresentado por von Buri.

Há quem afirme (com a intenção ou não de obviar essa incongruência lógica) que, para a teoria da equivalência, a totalidade dos antecedentes vinculados ao resultado não deve ser considerada causa.[191] Contudo, von Buri afirmava: "*Die*

---

strafrechtlichen Zurechnung. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 465; SPENDEL, Günter. Op. cit., p. 12.

186 ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 39. Essa objeção nos parece irretorquível do ponto de vista matemático.

187 ASÚA, Luís Jiménez de. Op. cit., p. 553.

188 Nesse sentido: WOLFF, Ernst Amadeus. **Kausalität von Tun und Unterlassen**. Heidelberg: Carl Winter, 1965, p. 15: *„Das eigentliche Problem der reinen Bedingungstheorie ist der Übergang von der Gesamtursache zur Einzelursache"*. Tradução livre: o verdadeiro problema da pura teoria da condição é a passagem da causa total para a causa individual.

189 Próximo: KORIATH, Heinz. **Grundlagen strafrechtlichen Zurechnung.** Op. cit., p. 467.

190 Ernst von Beling (Op. cit., p. 90) ensinava, com razão, que "a afirmação da existência de uma relação causal não contém, ainda, nenhuma valoração jurídica." Vide, outrossim, itens 3.3 e 4.4.

191 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, op. cit., p. 258: "a teoria da condição [...] não considera como causa a totalidade das condições que influem no resultado, mas apenas

ganze Summe dieser Kräfte ist dann als Ursache der Erscheinung anzusehen“ (A completa soma dessas forças deve, portanto, ser compreendida como causa do fenômeno). E prosseguia: *“Mit demselben Recht läßt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, [...]*“. (Com a mesma razão, porém, também devem ser contempladas cada uma dessas forças isoladamente como a causa do fenômeno).[192]

Francesco Antolisei, atento à obra de von Buri, afirma que a teoria da *conditio sine qua non* acolhe o conceito filosófico de causa enunciado especialmente por Mill (causa = totalidade das condições) e nega a possibilidade de distinguir a causa da simples condição. Contudo, dessa premissa chega à conclusão de que se deve considerar causa cada condição do resultado, ou seja, cada elemento sem o qual o evento não teria acontecido.[193]

Desse modo, a teoria da equivalência dos antecedentes, pelo menos segundo a concepção de Maximilian von Buri, sustentava que causa era tanto o conjunto dos antecedentes vinculados ao resultado quanto cada uma das condições sem a qual o resultado não poderia ser produzido, de sorte que a crítica quanto à incoerência lógica de seu conceito de causa não é descabida. Contudo, deve ser registrado que os autores que defendem a teoria da *conditio sine qua non* se afastaram, paulatinamente, dessa concepção originária, de modo que não mais sustentam que a causa deve ser compreendida como o conjunto dos antecedentes vinculados ao resultado. Afirma-se, assim, que, segundo a teoria em exame, causa é o antecedente sem o qual o resultado não teria ocorrido.[194]

Além do conceito de causa, a fórmula da teoria da condição, também chamada de procedimento hipotético de eliminação, foi, igualmente, alvo de críticas.

---

uma dessas condições, qualquer delas, sem consideração às demais”. Da mesma forma: ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Op. cit., p. 352.

192 VON BURI, Maximilian. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**. Op. cit., p. 1.

193 ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 37-38. Com a mesma interpretação da obra de von Buri: BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale**: parte generale. 6. ed., Padova: CEDAM, 1966, p. 228; STELLA, Federico. Op. cit., p. 3; FIERRO, Guilhermo Julio. Op. cit., p. 223.

194 Nesse sentido: VON LISZT, Franz. Op. cit., p. 120; TOEPEL, Friedrich. Op. cit., p. 52; Idem. Condicio sine qua non und alternative Kausalität. **Juristische Schulung:** Zeitschrift für Studium und Ausbildung. München: C. H. Beck, 1994, p. 1.010; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 222; FRISCH, Wolfgang. La fórmula de la “conditio”: ¿indicación sobre cómo constatar los hechos o declaración normativa? Trad. Marcelo Sancinetti e Patricia Ziffer. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación.** Op. cit., p. 403 e ss.; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Op. cit., p. 120.

A primeira oposição que lhe foi feita diz respeito à inutilidade do procedimento como método para aferição da causalidade, porquanto ele pressupõe justamente o conhecimento daquilo a que se destina investigar.

Ensina Claus Roxin que, não obstante Mezger tenha qualificado o procedimento hipotético de eliminação como meio infalível para a constatação da relação de condicionalidade, ele não contribui para a averiguação da causalidade. Se, por exemplo, quer-se saber se a ingestão do sonífero "Contergan" durante a gravidez causou a má-formação das crianças nascidas em seguida, de nada serve suprimir mentalmente a ingestão do sonífero e perguntar se, em tal caso, deixaria de existir o resultado. A essa pergunta só se pode responder caso se saiba se o sonífero é ou não causa das más-formações. Em uma palavra: a fórmula da eliminação mental pressupõe o que, por meio dela, deveria ser verificado.[195]

Günther Jakobs assevera que a fórmula da *conditio sine qua non* é supérflua, porque nem sequer constitui uma definição e ainda menos uma fórmula para determinar a causalidade. O produto do exercício da eliminação mental somente pode ser determinado se, de antemão, já se sabe se a condição é causa: a fórmula não é senão um círculo vicioso, porquanto o conceito que há de definir-se aparece oculto no material com que se define.[196]

No mesmo sentido, afirma Jescheck que a teoria da equivalência não capta de modo direto o nexo causal, mas o pressupõe logicamente, pois somente quando já se sabe que entre a causa e o resultado existe relação causal, cabe dizer que sem essa causa não se haveria produzido a consequência. Se, ao contrário, se desconhece o modo de atuar da causa, tampouco a eliminação mental proporciona informação acerca de se aquela teve ou não alguma influência.[197]

Reputamos suficiente a referência ao pensamento de Roxin, Jakobs e Jescheck para a compreensão da crítica relativa à inutilidade da fórmula da teoria da condição, não obstante vários outros autores endossem essa deficiência do método.[198] Diferentemente da objeção anterior, dirigida contra a formulação original

---

195 ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Op. cit., p. 354.

196 JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Op. cit., p. 227.

197 JESCHECK, Hans Heinrich. Op. cit., p. 253-254.

198 Por exemplo: ENGISCH, Karl. **La causalidad como elemento de los tipos penales**. Op. cit., p. 43; STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht:** allgemeiner Teil. 5. ed., Köln: Carl Heymanns, 2004, p. 91; KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. In: BOCKELMANN, Paul; GALLAS, Wilhelm (org.). **Festschrift für Eberhard Schmidt**

da teoria por von Buri, a presente crítica ataca visceralmente o procedimento hipotético de eliminação em sua concepção atual. Independentemente de ser considerada a fórmula positiva ou negativa, como proposto por Spendel, o procedimento hipotético de eliminação é alcançado pela crítica em análise. Veremos, na sequência, como os partidários da teoria da *conditio sine qua non* respondem a esse ataque.

Além de ser acusado de inútil, o procedimento hipotético de eliminação é tido como falho por conduzir a resultados equivocados.

A fórmula da teoria da condição consiste em uma proposição condicional contrafática. Eliminar mentalmente uma determinada conduta e indagar o que teria acontecido sem ela é uma forma de considerar os fatos não como eles realmente aconteceram, mas de raciocinar de modo contrafático com base em uma situação possível, hipotética.[199] Em virtude disso, a fórmula foi acusada por Engisch de não captar, em absoluto, a verdadeira relação causal, mas outra relação similar a ela. Para ele, deve-se distinguir a pergunta "a conduta C causou (ou condicionou) o resultado concreto R?" do questionamento "o resultado concreto R teria acontecido, nas mesmas circunstâncias, sem a conduta C?".[200] Essa análise não do real curso dos acontecimentos, mas de uma situação hipotética similar a ele induz a erro sobretudo nos casos de causalidade múltipla (isto é, quando concorrem vários eventos suficientes, isto é, capazes de, isoladamente, produzirem o resultado em questão)[201] e de causalidade hipotética (quando um segundo evento está disponível para produzir idênticos efeitos na hipótese de o primeiro não ocorrer).

Ingeborg Puppe afirma que o principal defeito da fórmula da teoria da *conditio sine qua non* consiste em que ela descreve de modo logicamente falso a relação de condicionalidade entre a causa individual e o resultado.[202] Sustenta Puppe

---

zum 70. Geburtstag. Aalen: Scientia, 1971 (reimp. da ed. de 1961), p. 210; RUDOLPHI, Hans-Joachim. Op. cit., p. 23; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 319; HILGENDORF, Eric. Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils. **Neue Zeitschrift für Strafrecht.** München-Frankfurt: C.H. Beck, 1994, p. 564.

199 TOEPEL, Friedrich. Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt. Op. cit., p. 55.

200 ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 44-45.

201 Na definição de Puppe (Anmerkung zu BGH, Urteil von 6.7.1990. **Juristische Rundschau**. Berlin: Walter de Gruyter, 1992, p. 33), há causalidade múltipla quando várias condições suficientes do resultado inteira ou parcialmente diferentes são preenchidas concomitantemente.

202 PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 502; Idem.

que, se nós fôssemos realmente exigir que a conduta do autor seja, segundo leis naturais, condição para o surgimento do resultado, então nós sempre deveríamos negar a sua causalidade nos casos em que há mais de uma explicação conclusiva e verdadeira do resultado e a conduta do autor surja apenas como uma delas. Ainda de acordo com a professora da Universidade de Bonn, se, por exemplo, em uma execução ilegal, doze pessoas atiram ao mesmo tempo contra a vítima, que vem a falecer, nenhuma das pessoas faz surgir uma condição necessária para a morte da vítima. No entanto, apenas alguns autores extraem disso a consequência de que nenhum dos atiradores causou a morte da vítima.[203]

A crítica em questão não é feita apenas no âmbito do Direito Penal. Michael Moore, por exemplo, ao estudar a causalidade de uma perspectiva filosófica e com a atenção voltada para as hipóteses de responsabilização penal e civil, afirma que o teste em questão, de natureza contrafática, é subinclusivo, o que é demonstrado na teoria jurídica pelos conhecidos casos de supradeterminação, em que cada um dos eventos c_1 e c_2 é independentemente suficiente para um terceiro evento *e.* Logicamente, isso implica que nem c_1 nem c_2 são necessários para *e;* por conseguinte, na análise contrafática da causalidade, nenhum pode ser causa de *e.* Quase todos rejeitam essa conclusão e, assim, tais casos apresentam um problema real para a análise contrafática da causalidade. Ainda segundo Moore, em casos de supradeterminação, como, por exemplo, dois incêndios, dois disparos de arma de fogo, dois barulhos de motocicletas, cada um dos eventos é suficiente para queimar, matar ou assustar uma vítima. O acusado é responsável por apenas um incêndio, tiro ou motocicleta, ainda que seu incêndio, tiro ou barulho se junte a outro e ambos, simultaneamente, causem vários danos. Na análise contrafática, o incêndio, tiro ou barulho do acusado não foi a causa de nenhum dano porque ele não foi necessário para a produção dos eventos lesivos – afinal, o outro incêndio, tiro ou barulho, por si só, foi suficiente. O mesmo pode ser dito em relação ao segundo incêndio, tiro ou barulho. Assim, de acordo com o teste *but for* (versão do procedimento hipotético de

---

„Naturgesetze“ vor Gericht. **Juristenzeitung.** Tübingen: J. C. B. Mohr, 1994, p. 1.150, nota de rodapé nº 2; Idem. Lob der Conditio-sine-qua-non Formel. Op. cit., p. 551 e ss.; Idem. Causalidad. Op. cit., p. 685, nota de rodapé nº 6.

[203] PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 502.

eliminação no âmbito do *common-law*), nenhum dos eventos foi a causa, o que é, na ótica de Moore, um absurdo.[204]

Ilustra a falha do procedimento hipotético de eliminação o famoso exemplo do carrasco dado por Engisch.[205] O pai da vítima, por vingança, empurra o carrasco e aciona o mecanismo que mata o assassino de seu filho no local e momento em que o carrasco executaria a pena capital aplicada ao condenado. Eliminada mentalmente a conduta do pai da vítima, o resultado morte do condenado ocorreria da mesma forma e no mesmo local. Assim, via de consequência, a conduta do pai da vítima não poderia ser considerada, segundo o procedimento hipotético de eliminação, causa da morte do assassino de seu filho, o que é evidentemente equivocado, pois não é possível subsistir dúvida quanto à relação de causalidade entre o comportamento do pai da vítima e a morte do assassino de seu filho.

4.1.4 Resposta de seus defensores

Os defensores da teoria da equivalência valeram-se de vários argumentos para fugir das incongruências acima apontadas.

No tocante à inutilidade do procedimento hipotético de eliminação, sustenta-se que "nenhuma fórmula de causalidade, em um caso isolado, dispensa dados empíricos"[206] e que a fórmula em questão pressupõe prévio conhecimento abstrato da eficácia causal geral desse fator ou meio, o que não se confunde com a pesquisa de propriedades físicas ou químicas de elementos naturais.[207]

Outro argumento consistiu em asseverar que o resultado a ser considerado pela fórmula da teoria da condição não pode ser abstrato; deve ser tomado em sua concreta configuração. Considerado, por exemplo, o resultado morte de forma

---

[204] MOORE, Michael S. **Causation and responsibility:** an essay in Law, Morals and Metaphysics. Oxford: Oxford University, 2009. p. 86.

[205] ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 42.

[206] GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 8-9/2011, p. 686, nota de rodapé nº 127.

[207] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Op. cit., p. 122.

abstrata, não se poderia entender como causa de morte da vítima a conduta de desferir-lhe tiros ou facadas, pois, como o ser humano é mortal, eliminados mentalmente os tiros ou as facadas, ainda assim a vítima morreria no futuro. Dessa forma, passou-se a exigir que o resultado seja considerado em sua configuração concreta.

Ademais disso, foram elaborados alguns critérios corretivos da fórmula da teoria da *conditio sine qua non.*

Günter Spendel, em sua tese de doutorado, propôs vedar a inclusão de causas substitutivas na aplicação do procedimento hipotético de eliminação. A fórmula em questão, segundo sua proposta, deve ser entendida da seguinte forma: "uma ação é causa quando, sem ela – consideradas unicamente as circunstâncias restantes também efetivamente realizadas! – o resultado concreto não teria acontecido".[208] A proposta de Spendel foi amplamente acolhida. Hans Welzel, por exemplo, ensinava que na aplicação da fórmula da teoria da condição para a determinação de uma relação causal real, deve-se partir sempre apenas das circunstâncias realizadas, de modo que aquelas circunstâncias meramente possíveis ou prováveis que não aconteceram não podem ser incluídas mentalmente.[209]

Outra tentativa de corrigir as distorções provocadas pelo procedimento hipotético de eliminação foi a seguinte fórmula adicional: se diversas condições podem ser eliminadas mentalmente de forma alternativa sem que o resultado desapareça, mas não podem sê-lo de forma cumulativa, cada uma delas é causa do resultado.[210]

---

[208] SPENDEL, Günter. Op. cit., p. 38: *„eine Handlung gilt dann als kausal, wenn ohne sie – unter alleiniger Berücksichtigung der dann übrigbleibenden, tatsächlich auch verwirklichten Umstände! – der konkrete Erfolg nicht eingetreten wäre."*

[209] WELZEL, Hans. Op. cit., p. 52. No mesmo sentido: VON LISZT, Franz. Op. cit., p. 120; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 310 e ss.; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 57-58; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. **Strafrecht:** allgemeiner Teil. 2. ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, p. 224; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 220 e ss.

[210] WELZEL, Hans. Op. cit., p. 53; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 228; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 325; KÜHL, Kristian. Op. cit., p. 27; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 58; TOEPEL, Friedrich. Condicio sine qua non und alternative Kausalität. Op. cit., p. 1.010. A origem dessa fórmula adicional remonta ao pensamento de Ludwig Traeger.

4.1.5 Avaliação crítica

Inicialmente, deve ser analisada a resposta dada pelos defensores da teoria da equivalência de que nenhuma fórmula da causalidade dispensa dados empíricos. O argumento em si é correto, pois, de fato, todas as fórmulas da causalidade levam em consideração dados da realidade. Isso é compreensível sobretudo porque a causalidade é uma categoria ôntica e sua aferição não deve ocorrer no plano abstrato, já que ela diz respeito à relação entre eventos no mundo fenomênico. A constatação da causalidade não pode, portanto, estar dissociada do plano fático. Contudo, embora correto, o argumento não afasta a objeção de que o procedimento hipotético de eliminação é inútil. Uma coisa é levar em consideração dados empíricos. Outra, bem distinta, é a fórmula da *conditio* somente poder ser aplicada quando se sabe justamente aquilo que ela se propõe a investigar. Não se trata, em verdade, de considerar simples dados empíricos, mas de conhecer de antemão a própria relação de causalidade que deveria ser aferida pelo procedimento hipotético de eliminação. Em última análise, a fórmula da causalidade não parece cumprir o seu desiderato, isto é, estabelecer um procedimento para a constatação da relação de causalidade. Ela parece, antes, ser uma simples forma de verbalizar uma relação entre eventos que já é previamente conhecida.

O argumento de que o procedimento hipotético de eliminação pressupõe conhecimento abstrato da eficácia causal do antecedente em relação ao resultado, em vez de afastar a crítica, confirma-lhe a pertinência, na medida em que é justamente a dependência de prévio conhecimento acerca da eficácia causal do antecedente para a aplicação da fórmula que torna o procedimento em questão inútil. O método, por si só, não permite que se chegue a uma conclusão sobre a causalidade do antecedente. Somente quando já se sabe se o antecedente é ou não causa do resultado é que a aplicação do procedimento hipotético de eliminação se reveste de aptidão para conduzir a algum resultado útil. Em outras palavras, não é a fórmula da teoria da condição que traz elementos para a aferição da relação de causalidade, mas sim o próprio conhecimento do profissional do Direito que analisa o caso.

O fato de a fórmula pressupor conhecimento abstrato e não concreto da eficácia causal do antecedente não lhe beneficia no sentido de esquivar-se do ataque

dirigido por seus opositores, já que o método não fornece elementos para que se passe do plano abstrato para o concreto. A objeção seria refutada de modo eficaz com a demonstração da utilidade do procedimento sobretudo nos casos em que não há conhecimento sobre a eficácia causal do antecedente por parte de quem investiga a existência de conexão causal, o que não foi feito pelos partidários da teoria da equivalência. O procedimento hipotético de eliminação, mesmo depois do contra-ataque de seus defensores, continua sendo um método inútil, que nada contribuiu para a constatação do nexo causal.

Além disso, o procedimento mental de eliminação contém graves falhas.

A proposta de levar em conta o resultado em sua feição concreta não é garantia de correção da fórmula em análise. Conforme ensina Puppe, não há nada que impeça a quem aplica o método de incluir na descrição do resultado as próprias supostas causas, o que converte o mecanismo em estratégia manipulável e em uma argumentação circular.[211] Não vemos como deixar de concordar com Puppe. De fato, a doutrina, via de regra, não atentou para essa relevante característica da consideração do resultado em sua concreta configuração. É perfeitamente possível incluir na descrição do resultado as características que convém a quem aplica o método justamente para vincular o efeito à conduta supostamente tida como causa. O conhecido exemplo do vaso é esclarecedor. Suponhamos que um vaso comum tenha sido pintado por um renomado artista e, em seguida, tenha sido quebrado. A inclusão da pintura do vaso na descrição do resultado teria, segundo esse critério, o condão de acarretar a consideração da conduta do artista como condição (e, portanto, causa) do resultado. Contudo, a pintura do vaso, embora possa ser considerada na aplicação da pena, é uma circunstância colateral irrelevante (não essencial) e não deve repercutir na aferição da causalidade, de sorte que não deve integrar a descrição do resultado.[212]

Na ótica de Roxin, a proposta corretiva de Spendel não ajuda em casos de causalidade alternativa, como, por exemplo, na situação em que duas pessoas, uma sem conhecimento da conduta da outra, colocam, cada uma, quantidade letal de veneno na comida da vítima, que vem a falecer após ter ingerido a comida

---

[211] PUPPE, Ingeborg. Causalidad. Op. cit., p. 684, nota de rodapé nº 4. No mesmo sentido seu aluno SOFOS, Themistoklis I. **Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen**. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 18.

[212] PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 265-266.

envenenada. Argumenta Roxin que, nessa hipótese, o veneno colocado na comida pelo segundo agente existia realmente.[213] Assim, de acordo com a fórmula de Spendel, a conduta do segundo agente deveria ser levada em consideração no procedimento hipotético de eliminação, de modo que, suprimida mentalmente a conduta do primeiro autor, a vítima, ainda assim, morreria em decorrência da conduta do segundo autor, que, da mesma forma, envenenou a comida da vítima. O resultado decorrente da aplicação da fórmula corretiva de Spendel (a conduta do primeiro agente não é causa do resultado) é, portanto, equivocado.

Prossegue Roxin em sua avaliação e afirma que a proposta de Spendel conduz a resultados corretos quando diante de casos de causalidade hipotética. Contudo, quando não mais se pergunta o que teria acontecido, se..., mas, em vez disso, se considera "as circunstâncias efetivamente ocorridas", a fórmula, em verdade, foi abandonada. Deve-se, então, examinar de outro modo se a conduta do autor foi, em realidade, causa.[214]

Ainda sobre a fórmula de Spendel, assevera Jakobs que quando não se sabe o que é condição e o que é condição substituta, a supressão mental é supérflua. E o que é pior: se os efeitos podem ser suprimidos mentalmente, mas não acrescidos mentalmente, tampouco se poderiam acrescentar mentalmente os efeitos dos processos causais que impedem um resultado (os chamados processos causais salvadores).[215]

Para Puppe, a instrução de não adicionar mentalmente causas substitutas é absolutamente irrealizável. Primeiramente, porque deve ter sido reconhecido como causa substituta aquilo que não se pode adicionar mentalmente. Se, para isso, não se tem à disposição outro procedimento de análise além da eliminação hipotética, depois de comprovar que o resultado não desapareceria em caso de se suprimir mentalmente a conduta, dever-se-ia suprimir mentalmente sem nenhuma ordem outros dados do curso hipotético que entram em consideração como causas substitutas, até chegar ao diagnóstico de que o resultado não teria acontecido. Pois bem, como se distingue o caso em que há uma causa substituta daquele em que a conduta analisada não é em

---

[213] ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit. p. 355. A crítica em questão é endossada por PUPPE, Ingeborg. Causalidad. Op. cit., p. 684, nota de rodapé nº 5.

[214] ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit. p. 355. Hans-Heinrich Jescheck também afirma que a proposta de Spendel acarreta o abandono da fórmula da *conditio sine qua non* (Op. cit., p. 254).

[215] JAKOBS, Günther. **Derecho Penal.** Op. cit., p. 228.

absoluto causa no sentido de uma teoria da condição modificada? Somente parece possível uma resposta: as causas substitutas são reconhecidas pelo fato de que os cursos por meio dos quais elas conduzem ao resultado, ao menos em parte, não aconteceram realmente. Ademais disso, sustenta Puppe que não podemos, simplesmente, dar a instrução de não acrescentar mentalmente esses cursos que não aconteceram realmente, pois deveríamos constatar como teria sido o curso sem a conduta, isto é, hipoteticamente. A fim de ilustrar seu raciocínio, vale-se Puppe de um exemplo de Wolff: dois jovens jogam futebol em frente a um muro, que representa o gol. Um chuta a bola contra o muro, o outro defende com a cabeça e a bola atinge uma vidraça. A defesa com a cabeça não foi condição necessária para a destruição do vidro, porque a bola também o teria atingido se tivesse batido contra o muro. Como não bateu contra o muro, essa trajetória somente é levada em consideração como causa substituta. Agora, indaga Puppe, se depois da eliminação hipotética da defesa com a cabeça, não posso acrescentar mentalmente a causa substituta de a bola atingir o muro, como devo seguir representando mentalmente o voo da bola para dar uma resposta à pergunta de se, sem a defesa com a cabeça, o vidro teria ou não quebrado?[216]

Puppe sustenta que, com essa fórmula adicional, foi abandonado o procedimento hipotético de eliminação e não mais é clara qual relação lógica deve haver entre a causa individual e o resultado, na medida em que eventos que não são causas também podem ser eliminados mentalmente de forma alternativa sem que deixe de ocorrer o resultado. Por sua vez, todo evento que não é causa pode ser eliminado mentalmente de modo cumulativo com uma causa sem que falte o resultado. Em suma, para Puppe, a fórmula alternativa conduz a erro em casos de causalidade cumulativa tanto quanto a fórmula da *conditio sine qua non* em casos de causalidade alternativa.[217]

Ainda segundo Puppe, a fórmula alternativa está em direta contradição com a fórmula da teoria da condição, pois pressupõe não apenas que ambas as causas concorrentes não possam ser eliminadas mentalmente de forma cumulativa sem que falte o resultado, mas também que cada uma delas possa ser eliminada mentalmente

---

216 PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación.** Op. cit., p. 251-252.

217 PUPPE, Ingeborg. Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel. Op. cit., p. 553-554.

sem que falte o resultado. Sem esse pressuposto, poder-se-ia descrever como causa qualquer fato que possa ser eliminado mentalmente e de modo cumulativo com uma condição necessária. Essa contradição entre fórmulas somente poderia ser resolvida com a consideração de uma metarregra que estabelecesse os pressupostos sob os quais deveria ser aplicada uma fórmula em detrimento de outra, o que tem sido negligenciado pela doutrina majoritária.[218]

O caráter *ad hoc* da fórmula alternativa é reconhecido até mesmo por quem defende a teoria da equivalência.[219]

Como se pode perceber, o procedimento hipotético de eliminação padece de vícios lógicos graves, que têm aptidão para conduzir a soluções equivocadas sobre o nexo causal.

Não merece acolhida o contra-argumento de que a teoria da equivalência pode ser aplicada corretamente em grande número de casos e que as exceções acima referidas, por guardarem relação com hipóteses raras, não comprometem a sua aplicabilidade prática. O ponto central da questão não é o percentual de acerto da teoria da equivalência, mas sua aptidão para a correta constatação do nexo causal. As falhas apontadas não podem ser simplesmente varridas para debaixo do tapete. Há um espectro de casos para os quais a teoria da *conditio sine qua non* não oferece respostas corretas e isso deve ser levado em consideração pela doutrina, sob pena de se colocar à disposição dos Tribunais instrumental teórico com idoneidade para conclusões equivocadas, com comprometimento da justiça e da segurança jurídica. Além disso, é questionável a alegação de que as falhas da fórmula da teoria da equivalência se refiram a situações raras. Casos de causalidade múltipla têm sido cada vez mais frequentes nos Tribunais e é possível notar uma grande dificuldade para a sua solução.

4.2 Teoria da adequação

---

218 PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 502-503.

219 GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 683.

A doutrina não demorou a perceber que a teoria da *conditio sine qua non* conduzia a resultados indesejados. Dentre eles, ganhou destaque o chamado regresso infinito. Como a teoria da equivalência não distingue causa de condição e sustenta que todos os antecedentes sem os quais não pode ocorrer o resultado devem ser considerados causa dele, não é possível estabelecer, no plano da causalidade, um limite na cadeia de antecedentes do resultado, o que conduz a um regresso infinito na investigação causal. Para os defensores da teoria da *conditio sine qua non,* o limite à amplitude da cadeia causal deve ser feito pelo dolo e pela culpa.

Contudo, nem sempre surte efeito recorrer ao dolo e à culpa para corrigir os excessos da teoria da equivalência. Emblemático o exemplo dado por Honig do caçador que, por descuido, atinge com um disparo de arma de fogo seu ajudante, que é socorrido mas vem a falecer em um incêndio no hospital. Não se pode, nesse caso, duvidar da existência de relação de causalidade entre o disparo de arma de fogo e a morte da vítima. Aplicado o procedimento hipotético de eliminação e suprimida mentalmente a conduta do caçador, a vítima não teria sido levada ao hospital e, por conseguinte, não teria morrido no incêndio. Recorrer ao dolo e à culpa não altera essa solução, na medida em que o disparo efetuado pelo caçador decorreu de culpa.

As mesmas dificuldades eram encontradas nos crimes qualificados pelo resultado. Se, por exemplo, o agente, por culpa, lesionasse a vítima levemente e, em virtude de uma peculiar constituição física, ela viesse a falecer, o ofensor responderia pelo crime de lesão corporal seguida de morte.

A teoria da adequação procurou, então, estabelecer um limite para a investigação causal. Para isso, teve de divergir da teoria da equivalência, pois não haveria como pretender estabelecer um limite para a consideração dos antecedentes de um resultado e, ao mesmo tempo, considerar todos eles equivalentes, com o mesmo “peso” para o advento do resultado. Logo, a teoria da adequação não considera equivalentes os antecedentes causais, de modo que não podem ser equiparadas causa e condição.

Disso resulta que, para a teoria da causalidade adequada, nem toda condição pode ser considerada causa, mas apenas a condição que é geralmente

adequada a produzir o resultado.[220] A idoneidade geral ou abstrata, isto é, a idoneidade não em relação com o caso concreto, mas à generalidade de casos similares – ensina Antolisei –, é requisito essencial para a existência da relação de causalidade no sentido jurídico. Quando a ação humana, além de ser condição do evento, apresenta essa característica, é considerada *causa adequada.*[221]

A teoria da causalidade adequada ou da adequação remonta ao pensamento de Ludwig von Bar,[222] que, em 1871, numa monografia sobre participação, tratou de restringir a problemática causal própria das ciências naturais e excluiu da causalidade jurídica tudo quanto não correspondesse às por ele chamadas "regras da vida".[223] De acordo com Luis Jiménez de Asúa, Ludwig von Bar afirmava que o homem é, em sentido jurídico, causador doloso ou culposo de um resultado quando pode ser concebido como a condição pela qual o curso, que de outro modo seria regular, vale dizer, de acordo com a *regra da vida*, se converte em *irregular.* Assim, o dolo é a causalidade direta; a culpa, a indireta. Essa concepção originou a teoria da causalidade adequada ao tentar excluir as relações excepcionalmente condicionantes.[224]

---

220 BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 232; NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit., p. 332; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 233. Contra: HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 61, para quem a teoria da causalidade adequada não distingue causa de condição, pois, para ela, "todo antecedente é causal, desde que se apresente como *fator típico*, isto é, desde que mantenha com o fenômeno uma relação de regularidade estatística". A argumentação é contraditória, na medida em que, para a teoria da causalidade adequada, nem toda condição deve ser considerada causa, apenas aquela que apresentar aptidão para produzir o resultado. A locução "desde que" empregada por Hungria limita o universo abrangido pela expressão "todo antecedente" e, assim, permite, desde logo, uma diferenciação dos antecedentes, de modo que apenas uma parte (e não o todo) pode ser considerada causa, o que conduz a uma inevitável diferenciação. Há, portanto, uma nítida distinção em relação à teoria da equivalência: enquanto esta considera causa toda condição necessária do resultado, a teoria da adequação estabelece critério normativo justamente para diferenciar causa de condição. Nesse sentido, Hart e Honoré (Op. cit., p. 466) afirmam que von Bar sustentava ser incorreto chamar toda condição de causa. Antolisei (Op. cit., p. 105), da mesma forma, assevera que "a teoria da causalidade adequada distingue a causa da simples condição" (tradução nossa).

221 ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 105-106. Segundo o magistério de Silvio Ranieri (**Manuale de Diritto Penale:** parte generale. 4. ed., Padova: CEDAM, 1968, vol. I, p. 261), para a teoria da adequação, não basta uma simples condição. Ela exige uma *condição qualificada*, isto é, uma condição que tenha aptidão geral e abstrata para a produção do resultado.

222 ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 532; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 315; VON LISZT, Franz. Op. cit., p. 125; HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. Op. cit., p. 466.

223 FIERRO, Guillermo Julio. Op. cit., p. 232; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Op. cit., p. 267.

224 ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 533-534.

Contudo, seu verdadeiro fundador foi Johannes von Kries,[225] que não era jurista, mas professor de Fisiologia na Universidade de Freiburg, e publicou, a partir de 1886, trabalhos em que trouxe a análise probabilística para a seara da causalidade.

Conforme ensina Enrique Gimbernat Ordeig, afirmava von Kries que os juízos de necessidade, probabilidade e possibilidade são formulados com base em duas classes distintas de conhecimento: o nomológico (que diz respeito a um conhecimento geral da experiência ou das leis da natureza) e o ontológico (que concerne ao conhecimento dos fatos). Para von Kries, se nossos conhecimentos nesses campos fossem perfeitos, somente poderíamos emitir juízos de necessidade, de modo que seria eliminado o acaso. À necessidade opõe-se a probabilidade, que se subdivide em probabilidade subjetiva (por levar em conta o conhecimento de um indivíduo determinado) e objetiva (com validade geral).[226]

Segundo von Kries, nós não podemos afirmar simplesmente que uma condição determinada enseje, sempre e necessariamente, o surgimento de um resultado. Contudo, podemos afirmar que determinadas condições gerais apresentam uma maior ou menor possibilidade de produzir um resultado.[227] Não significa isso que von Kries rejeitasse completamente a contribuição da teoria da equivalência. Pelo contrário. Ele entendia que a causa, além de ser uma condição *sine qua non* do resultado, deveria aumentar probabilidade de ocorrência do resultado.[228] Nas palavras de Luís Jiménez de Asúa, os defensores da teoria da adequação partem do corpo empírico de causa composto por um conjunto de condições. No entanto, consideram preciso distinguir, dentre essas condições, aquelas que são geralmente adequadas a produzir o resultado e desprezam o papel das restantes. Para averiguar

---

225 VON HIPPEL, Robert. Op. cit., p. 143; ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 85; ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Op. cit., p. 368; ORDEIG, Enrique Gimbernat. Op cit., p. 3; ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 106; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 315; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 256; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal.** Op. cit., p. 238, VON LISZT, Franz. Op. cit., p. 125.

226 ORDEIG, Enrique Gimbernat. Op. cit., p. 3-4.

227 VON KRIES, Johannes. Über die Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, p. 196 apud KORIATH, Heinz. **Kausalität und objektive Zurechnung.** Op. cit., p. 44. Em nossa ótica, o correto seria dizer *probabilidade*, mas empregamos o vocábulo *possibilidade* por fidelidade ao texto citado, que utiliza *Möglichkeit* (possibilidade) em vez de *Wahrscheinlichkeit* (probabilidade).

228 KORIATH, Heinz. **Kausalität und objektive Zurechnung.** Op. cit., p. 45-46; HART, H. L. A.; HONORÉ, Tony. Op. cit., p. 469; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 315; STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 92; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Op. cit., p. 268.

as causas adequadas ao resultado, trabalham com o critério da probabilidade.[229] Assim, quando uma condição aumentou a probabilidade objetiva de uma consequência, esta será tida como integrada ao curso ordinário dos eventos sem a intervenção de uma contingência anormal.[230]

Esse cálculo de probabilidade deveria ser realizado, de acordo com von Kries, não de forma abstrata ou do prisma do juiz que analisa o caso depois de sua ocorrência, mas da perspectiva do sujeito que atua.[231]

Essa orientação, de caráter subjetivo, não foi acolhida à unanimidade. A ela foi dirigida a crítica de confundir o problema da causalidade com a análise da culpabilidade. Ao trabalhar com os conhecimentos concretos do agente no contexto em que ele atua, a teoria da adequação acabou por empregar, em última análise, o critério da previsibilidade. Se o agente tinha conhecimento das circunstâncias em que atuava e das consequências que poderiam advir da sua conduta, falava-se em causalidade dolosa. Se não tinha conhecimento das circunstâncias em que atuava e das consequências prováveis de seu comportamento, atribuía-se o resultado à sua atuação a título de culpa. Esse raciocínio tinha como consequência afastar a relação de causalidade quando o resultado foi imprevisível para o agente. Não é difícil perceber a confusão da análise causal com o plano da culpabilidade, setor do conceito analítico de crime que até o advento do finalismo abrigava dolo e culpa. Embora haja uma plêiade de orientações a respeito, a afirmação da culpabilidade do agente quando em pauta crime culposo envolve, para expressivo setor da doutrina, a ideia de previsibilidade do resultado lesivo. Segundo ensina Edmund Mezger, o Tribunal imperial alemão entendia que a culpa pressupõe que o autor não tenha observado o cuidado que, segundo as circunstâncias e seus conhecimentos e capacidades pessoais, devia e podia observar e que, em consequência disso, não previu o resultado que podia prever aplicando o cuidado devido – culpa inconsciente – ou, em realidade, considerou possível a produção do resultado, mas não confiou que ele se

---

229 ASÚA, Luís Jimenez de. Op. cit., p. 534.

230 HART, H. L. A; HONORÉ, Tony. Op. cit., p. 470.

231 NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit., p. 335; ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 534. Enrique Gimbernat Ordeig (Op. cit., p. 11) afirma que, segundo von Kries, deveriam ser consideradas apenas as circunstâncias conhecidas pelo agente e invoca, nesse sentido, a lição de Radbruch. Contudo, reconhece que a matéria é controvertida, pois Rümelin, Traeger, Liepmann e von Liszt sustentavam que von Kries também considerava as circunstâncias que poderiam ter sido conhecidas pelo agente. Nesta última linha, Antolisei (Op. cit., p. 115).

produziria – culpa consciente. Nessa ordem de ideias, afirma Mezger que é muito importante para a questão da culpabilidade a previsibilidade do resultado no caso particular.[232]

Surgiram, então, propostas de cunho objetivo, para avaliar a adequação de um antecedente em relação à produção do resultado. Nessa linha, foi proposto o critério da prognose posterior objetiva, também chamado de prognose póstuma objetiva, segundo o qual o juiz deve indagar se um observador objetivo podia contar com o advento do curso causal.[233]

Contudo, essa proposta precisa ser complementada, já que ela não indica com base em quais conhecimentos deve ser feita a valoração do observador objetivo, isto é, se com base nos conhecimentos do juiz, do agente ou de uma pessoa diligente. Da mesma forma, deve ser explicitado se os conhecimentos especiais do agente devem ser levados em consideração.

Não há consenso, a esse respeito, entre os partidários da teoria da adequação. Foram formuladas várias sugestões para resolver esse problema: considerar os conhecimentos do juiz, os de um "homem médio"; valorar a hipótese com fundamento em um observador diligente e com consideração dos conhecimentos especiais que o agente possuía no momento da ação, etc.

A falta de uniformidade entre os defensores da teoria da adequação ensejou contundente crítica por parte de Heinz Koriath, que sustenta que a teoria da adequação é, de fato, apenas um conglomerado de problemas irresolutos e que ela não contém nenhuma premissa clara e incontroversa. Objetou, ainda, que não há uma formulação satisfatória dessa teoria e que é um paradoxo uma teoria tão confusa pertencer aos fundamentos da dogmática penal.[234]

---

232 MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte general – libro de estudio. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, [s.d], p. 257 e 259.

233 BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 233-234; NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit., p. 333; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 316. Para Bettiol, o problema causal, sob o prisma teleológico da causalidade adequada, não pode ser analisado sob a perspectiva *ex post*, isto é, depois de operados todos os fatores causais, porque, desse ponto de vista, todos os antecedentes, enquanto *conditiones sine quibus non*, devem ser considerados causa do evento. Não há um diagnóstico sobre quais são necessários, mas um prognóstico que retrocede no tempo, no sentido de que o juiz deve colocar-se na posição do agente para ver se, naquele contexto concreto, o evento poderia ser considerado consequência normal da ação (BETTIOL, Guiseppe. Op. cit., p. 234. A locução latina *conditio sine qua non* foi empregada por Bettiol no singular).

234 KORIATH, Heinz. **Kausalität und objektive Zurechnung**. Op. cit., p. 37, nota de rodapé nº 3.

Ainda que se entenda que a crítica que Koriath é excessivamente dura, é forçoso convir que a disparidade de propostas compromete a compreensão e a aplicação da teoria da adequação. Todavia, esse não é, em nossa ótica, o ponto decisivo da crítica. A objeção mais séria que pode ser dirigida à teoria da causalidade adequada diz respeito à sua própria natureza. A rigor (e não é necessária muita acuidade para que se perceba isto), ela não é uma teoria que se situa no plano da causalidade, mas no da imputação objetiva do resultado. Não procura a teoria em tela estabelecer critérios para, no plano fático, constatar a existência de vínculo entre conduta e resultado. Ela busca, em verdade, estabelecer critério *normativo* para *valorar* quando uma relação de causalidade (constatada de acordo com a fórmula da teoria da equivalência) deve ser considerada relevante para o Direito Penal, o que é papel, como visto, da teoria da imputação objetiva do resultado.[235]

Contudo, razão assiste a Claus Roxin quando afirma que a teoria da adequação é insuficiente como teoria da imputação objetiva caso se entenda que, com a adequação de um curso causal, está solucionado o problema da imputação, uma vez que seu âmbito de atuação se limita, no essencial, a excluir a imputação nos cursos causais anômalos.[236]

Em virtude disso, a teoria da adequação não tem sido acolhida pela doutrina.[237]

4.3 Teoria da relevância

---

235 Salientam que a teoria da causalidade adequada não diz respeito à causalidade, mas à imputação: HONIG, Richard. Op. cit., p. 181-182; ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Op. cit., p. 369-370; KOCH, Wolfgang. Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht: klassische und moderne Problemkonstellationen. In: LÜBBE, Weyma (org.). **Kausalität und Zurechnung**: über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen. Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 14; VON BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**. Op. cit., p. 92; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 257; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Op. cit., p. 239; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 63 (sustentam que a teoria da adequação não distingue causação da imputação do resultado); GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 26-27; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 126-127; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Op. cit. p. 267.

236 ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Op. cit., p. 370.

237 Exceção, no Brasil, é Paulo José da Costa Júnior (Op. cit., p. 120).

A teoria da relevância foi proposta por Edmund Mezger. Para ele, “a causalidade pressupõe a possibilidade de supressão de um evento determinado [...] sem que com isso desapareça também o seu efeito em sua forma concreta.”[238] O conceito de causalidade, na ótica de Mezger, é um conceito lógico que corresponde à teoria da ciência em geral e o Direito Penal, para não ser alheio à vida e ao mundo, deve respeitar o nexo com a experiência geral da vida, isto é, deve servir-se de resultados que decorram da consideração científica em outros aspectos da vida.[239]

Procura Mezger separar o problema causal da responsabilidade jurídico-penal. Para a análise da causalidade, deve ser aplicada a fórmula da *conditio sine qua non,* por ele considerada como “recurso geral e infalível para a demonstração da conexão causal”.[240] Contudo, questão distinta é a de até que ponto a relação causal obtida desse modo conduz à responsabilidade jurídico-penal.

Para a teoria da relevância, a responsabilidade deve ser aferida exclusivamente com base em critérios jurídico-penais, precisamente com consideração do sentido correspondente aos distintos *tipos* jurídico-penais. Como ponto de partida, tem-se que os tipos penais, quando se referem a correlações causais, limitam-se a condições do resultado geralmente apropriadas e consonantes com a experiência. Ademais, com relação aos distintos fatos puníveis, eventuais peculiaridades devem sempre ser consideradas. Disso resulta que a teoria da relevância – sustenta Mezger – não é apenas uma teoria da adequação com outro nome, já que a teoria da adequação não leva em conta o ponto de vista juridicamente decisivo da tipicidade jurídico-penal.[241]

Em suma, de acordo com Johannes Wessels e Werner Beulke, a teoria da relevância, ao contrário da teoria da adequação, distingue a questão causal da imputação do resultado. Para a constatação da causalidade, é empregada a teoria da equivalência. No plano da imputação, é analisada a relevância jurídico-penal do curso causal, em que apenas são consideradas, como fundamento para a responsabilização, as condições tipicamente adequadas que integram o curso causal,

---

238 MEZGER, Edmund. Op. cit., p. 108.

239 Ibidem, p. 109.

240 Ibidem, p. 109. Mezger salientava a importância de se considerar o resultado em sua forma concreta.

241 Ibidem, p. 113-114.

sob a ótica do fim de proteção da norma e das especificidades contidas pelo respectivo tipo penal.[242]

A teoria da relevância teve o mérito de separar com clareza os planos da causalidade e da imputação.[243] Contudo, conforme assevera com razão Roxin, Mezger deixou de elevar sua teoria da relevância a uma teoria geral da imputação, de modo que ela pode apenas ser vista como uma precursora da teoria da imputação.[244]

4.4 Teorias da causalidade funcional: o estudo da causalidade sob perspectivas normativistas

No cenário das teorias da causalidade, devem ser registradas as propostas de alguns autores de desenvolver teorias designadas de causalidade funcional. Dentre elas, merecem destaque as de Ernst-Joachim Lampe e Juarez Tavares.

4.4.1 A proposta de Ernst-Joachim Lampe

Para Lampe, a função da causalidade é estabelecer um específico nexo jurídico de imputação entre um resultado e uma ação. Não é necessário que a causalidade preencha integralmente os requisitos da imputação, mas que contribua de alguma forma para ela. Disso resulta que causa estranheza a Lampe que a causalidade seja compreendida em geral ou como uma categoria ontológica das

---

242 WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 63.

243 Com a mesma avaliação: GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 30; ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Op. cit., p. 370.

244 ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Op. cit., p. 370.

ciências da natureza ou como uma categoria lógica da teoria do conhecimento, em ambos os casos categorias livres de valoração.[245]

Critica Lampe a doutrina da ação final quando ela sustenta que a causalidade é um momento integrante da ação, porque, nessa ótica, a causalidade não teria significado para a imputação. Para ele, menos satisfatória ainda é a opinião de que, com a causalidade de uma ação, está estabelecido o limite mais extremo da responsabilidade penal, pois a causalidade, embora livre de valoração, sempre foi "coconstitutiva" da imputação, de modo que, sem ela, não é possível entrever fundamento para a imputação. A causalidade deve ser significativa para a imputação, pois quando ela falta, especialmente nos crimes omissivos, os pressupostos da autoria ficavam sempre mais rigorosos a fim de fundamentar a decisão jurídico-penal sobre o injusto. Isso significava que, embora a causalidade tivesse uma função de fundamentação do injusto, não continha, porém, em compensação, nenhuma função explicativa nem do ponto de vista ontológico ou das ciências da natureza nem do prisma lógico ou da teoria do conhecimento.[246]

Ainda sobre a doutrina da ação final, Lampe assevera que, como consequência da teoria do injusto pessoal, não é possível compreender a causalidade como elemento *objetivo* do injusto, pois, como defende a teoria da ação final, a causalidade pertence ao conceito de ação, de modo que a causalidade, assim como a ação, são elementos *pessoais* do injusto impregnados de aspectos subjetivos. Contudo, essa relação de pertinência da causalidade ao conceito de ação sustentada pela doutrina da ação final não é de modo algum reconhecida. Pelo contrário, a visão atual predominante considera a causalidade um elemento que une ação e resultado sem que pertença a um desses termos. Da "realidade" da ação pessoal são extraídos apenas aqueles fatores que causaram o resultado na "objetividade" do mundo exterior, o que conduz à compreensão da causalidade como relação objetiva entre causa e efeito.[247]

Antiga é a concepção – prossegue Lampe – de que o resultado antijurídico, mesmo quando tomado separadamente da ação, não deve ser investigado no plano

---

245 LAMPE, Ernst-Joachim. Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion. In: DORNSEIFER, Gerhard et al. (org.). **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann.** Köln: Carl Heymanns, 1989, p. 191.

246 Ibidem, p. 191-192.

247 Ibidem, p. 193. Aspas conforme o original.

da objetividade do mundo exterior, mas no da esfera do sentido do Direito. Adolf Merkel, em 1867, sustentava que o Direito é um poder de eficácia significante (*sinnhaft wirkende Macht)* e que o injusto é, por conseguinte, a violação a essa eficácia significante. Mezger, por sua vez, afirmava que o conteúdo material do injusto objetivo não consiste na lesão a um objeto jurídico, mas no prejuízo a interesses humanos. No entanto, para a causalidade, ambos penalistas não viam consequências, já que a deixavam, ainda que com algumas limitações, na esfera da natureza. Para Lampe, se é certo que o resultado integrante do injusto consiste em uma lesão significativa a interesses protegidos, então jamais um "poder dominante sem sentido" (*sinnlos waltende Macht*) poderá produzi-lo, apenas uma ação humana razoável. A causalidade deve, portanto – assim como o Direito – ser compreendida como um poder de eficácia significante.[248]

Aduz Lampe que ainda quando a argumentação não parte do resultado, mas da conduta humana, ela conduz à mesma conclusão. É indiferente se a causalidade é tida como um componente da ação humana ou como uma categoria autônoma que une ação e resultado: ela não é apenas a "relação de eficácia natural", mas também um meio razoável usado pelo homem para conduzir eventos naturais a um objetivo. Ela pertence, desse modo, ao âmbito do sentido assim como o objetivo a que ela serve.[249]

Na sequência, indaga Lampe o que é essa relação de alteração significativa. A essa questão se dedica, nos últimos tempos, a teoria da imputação objetiva, que remonta, como visto, ao pensamento de Honig, que quis – ensina Lampe – complementar a questão ontológica da causalidade com um exame axiológico a fim de aferir quando uma relação de causalidade é significativa para a ordem jurídica. Um objetivo desse jaez não esclarece para Lampe porque a imputação objetiva deve, do ponto de vista sistemático, ficar ao lado da causalidade, mais exatamente no tipo objetivo, em vez de completar a causalidade no plano da ilicitude, que trata de sua valoração. Pelo contrário, parece que a causalidade deveria ter a incumbência de descrever o objeto da valoração e a teoria da imputação objetiva deveria fundamentar finalmente a valoração do objeto.[250]

---

[248] LAMPE, Ernst-Joachim. Op. cit., p. 193-194.

[249] Ibidem, p. 194.

[250] Ibidem, p. 195.

Os estudiosos do Direito Penal, na ótica de Lampe, nunca perderam a consciência de que a decisão jurídico-penal de imputação fundamenta não uma relação natural, mas de sentido, pois, de outro modo, não teriam insistido de forma tão obstinada na fórmula lógica da teoria da condição para a constatação da causalidade. Contudo, eles nunca tentaram dominar duas "linhas" que seguem no âmbito do sentido entre um estado inicial da ação, a ação em si e um estado final após a ação. A fim de ilustrar seu raciocínio, Lampe dá o seguinte exemplo: A ministra a B, que está gravemente doente, um veneno de rápida eficácia e B morre. Aqui, no âmbito natural, corre um primeiro curso causal que vai da doença grave de que padece B (estado inicial) até a decisão tomada por A de matar B. Corre também um segundo curso causal, que vai da decisão de A concernente a ministrar o veneno (ação) até a morte de B (estado final). Esses cursos causais correspondem, no âmbito do sentido, a "linhas". A segunda "linha" não une dois estados: (decisão de) ministrar veneno e morte, mas dois significados correspondentes a eles, *ação* de envenenar e *resultado* morte. Esses significados não são idênticos às coisas reais a que eles se referem nem valem para a "linha" que os une. O *sentido* de ministrar veneno é mais do que uma simples "causa" natural; é também uma "obra humana", uma "ação". O *sentido* da morte de B consiste em mais do que uma "consequência" natural de uma "causa" natural: é também o "resultado" da "ação". O sentido da "linha", do contínuo entre "ação" e "resultado" consiste, via de consequência, em diminuir a diferença significativa entre "ação" e "resultado" para uma igualdade significativa: tornar o "resultado" a função da "ação". Para Lampe, parece permitido do ponto de vista jurídico falar aqui de uma *causalidade funcional.*[251]

A diferença entre uma causalidade natural situada no âmbito do ser e uma causalidade funcional situada no âmbito do sentido, afirma Lampe, serve não apenas, como se poderia pensar, para a clareza dogmática, mas traz, também, consequências para a imputação jurídico-penal. Apenas a causalidade funcional (e não a natural) conduz a uma reação (*Rückkoppelung*) do resultado à sua causa, ambos adequados à ação. Essa reação, ensina Lampe, é um processo biopsíquico: em organismos primitivos já se observavam respostas (*feedback*) simples. Organismos superiores têm um complexo sistema reflexo. Contudo, somente o ser humano tem esse sistema desenvolvido até um dinâmico sistema de atribuição de responsabilidade que entra

---

[251] LAMPE, Ernst-Joachim. Op. cit., p. 197-198. Aspas e destaques conforme o original.

em ação assim que eventos são interpretados como “resultados” de “ações”. Quando falta o “resultado”, falta também a atribuição da “ação”, e assim por diante, de modo que “ações” e “resultados” são congruentes. Esse processo de atribuição de responsabilidade é, assim, um segundo componente (reflexivo) da causalidade funcional.[252]

A concepção de Lampe foi por ele mesmo resumida na seguinte passagem:

> Em lugar da compreensão até então linear e natural da causalidade, constitui a causalidade funcional uma compreensão reflexiva das circunstâncias e dos fundamentos da censura do injusto. Como circunstância da censura do injusto, isto é, como elemento normativo do tipo, ela abrange, de um lado – sobre a base da causalidade natural – o liame significativo entre ação e resultado, e, de outro lado – na linha da reação – a possibilidade de imputação do resultado à ação. De forma mais precisa: a responsabilidade objetiva do autor pela congruência de seu comportamento com a lesão de um interesse da vítima, com a perturbação da ordem social ou com uma ofensa a um valor ético-social fundamental, assim como a responsabilidade subjetiva do autor pela congruência da intencionalidade de seu comportamento com um desses resultados. Como fundamento da censura do injusto, ela contém [a concepção de] que o tipo de injusto poderia ter sido evitado mediante comportamento adequado ao dever. Portanto, deve ser constatável – sobre a base da causalidade natural – um liame significativo entre a pretensão de proteção da situação fática e uma possível intenção de conduta, assim como – na linha da reação – a possibilidade de imputação ao autor da real intenção de conduta. De forma mais precisa: a responsabilidade do autor pela incongruência de sua intenção de conduta com a pretensão de proteção da situação fática.[253]

4.4.2 O modelo teórico de Juarez Tavares

Ao investigar o tipo objetivo dos crimes culposos, Juarez Tavares parte, no âmbito da causalidade, da adoção da teoria da equivalência das condições, mas reconhece a necessidade de empregar critérios corretivos complementares, como a eliminação global das condições (para resolver os casos de causalidade alternativa) e a separação de condições positivas e negativas (para, com o emprego do

---

252 LAMPE, Ernst-Joachim. Op. cit., p. 198-199.

253 Ibidem, p. 203.

procedimento hipotético de eliminação, solucionar a causalidade em casos de decisões colegiadas).[254]

Contudo, mesmo empregados esses critérios corretivos complementares, admite Tavares que persistem diversas outras questões sem solução, o que enseja a adoção de outros critérios corretivos que "já não mais pertencem ao âmbito da estrita relação de causalidade", pois "dizem respeito aos próprios fundamentos do injusto, [de modo que] podemos considerá-los como verdadeiros critérios normativos de imputação".[255]

Assim, propõe Tavares quatro grupos de critérios situados no plano da imputação do resultado: a) critérios de delimitação da própria causalidade (causalidade típica, comportamento alternativo, *causalidade funcional* e cláusula *ceteris paribus*); b) critérios de delimitação com base no fim de proteção da norma; c) critérios de imputação objetiva (previsibilidade do resultado, evitabilidade do resultado, aumento do risco e sua realização no resultado); d) critérios de delimitação com base na qualidade da ação (risco permitido, risco habitual e da *culpa levis*).[256]

Não é o caso de abordar, aqui, a integralidade da proposta de sistematização feita por Tavares, até mesmo porque os critérios acima referidos têm, em verdade, natureza normativa, o que significa dizer que eles concernem à imputação objetiva, ao passo que nosso foco está voltado para os problemas da relação de causalidade. Desse modo, como o título do presente tópico revela, interessam-nos apenas as suas considerações sobre a causalidade funcional.

Sustenta Tavares, a respeito da causalidade funcional, que o mundo moderno foi gerando ações e resultados cada vez mais complexos, o que teve como consequência natural a formulação de outros enunciados de causalidade que se ajustassem a uma nova compreensão da realidade. No âmbito das ciências naturais, por conta da transformação de seus objetos, pôde-se notar que os elementos da relação de causalidade também mudaram. Passou-se a considerar que o importante não é apenas buscar uma simples relação empírica entre os fatos, consoante uma lei universal, mas enquadrá-los em um procedimento explicativo. A ciência, afirma Tavares, passou a trabalhar com uma nova forma de pensar a causalidade, não mais

---

254 TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo.** 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 325-328.

255 Ibidem, p. 329.

256 Ibidem, p. 329 e ss.

com base em elementos isolados, mas de conformidade com um determinado sistema e a teoria funcional tem contribuído para esclarecer melhor o sentido das relações entre os objetos no contexto em que ocorrem essas relações.[257]

Assevera Tavares que a primeira explicação funcional da relação de causalidade entre fenômenos ou acontecimentos foi feita por Ernst Mach, no final do séc. XIX, para quem "a causalidade não pode ser aferida segundo um critério puramente empírico baseado na necessidade, mas sim de conformidade com o sistema no qual os processos se verificam."[258] Esclarece Tavares que a indagação acerca da causalidade somente se torna interessante quando um acontecimento ocorre em condições de anormalidade, isto é, somente se passa a prestar atenção à causalidade quando se depara com um resultado inesperado. Assim, "a causalidade somente poderá ser enfocada segundo um critério funcional que confronte o resultado ou acontecimento inesperado com o sistema no qual ocorra". Em outras palavras, "a questão inicial não será a de imediatamente atribuir a produção do fenômeno a um determinado fator causal, mas a de indagar o que falhou dentro do sistema, de modo que aquele evento veio a se produzir."[259]

No âmbito jurídico, assevera Tavares que, em uma visão material do injusto, é imperioso que se exija que ele somente esteja preenchido quando ficar demonstrado que o resultado proibido está necessariamente vinculado à ação do agente. Nas palavras de Tavares, "a decisão sobre se o resultado está associado, concretamente, a uma ação descuidada do agente, só poderá ser obtida se considerarmos que a ação descuidada constitui a função desse resultado." Desse modo, "cada um dos elementos da cadeia causal – ação e resultado – não pode ser visto como fato isolado, mas como acontecimento em uma relação funcional." Conclui Tavares: "Só assim é que se pode fazer uma apreciação funcional do processo causal, de modo que um acontecimento só tenha sentido em função da existência do outro."[260]

Em outra oportunidade, tratou Tavares de desenvolver essas ideias.

Para ele, a causalidade ainda desperta interesse no Direito Penal no sentido de que sua explicação com base na teoria da condição não pôde estabelecer

---

257 TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo.** Op. cit., p. 335-337.

258 Ibidem, p. 338.

259 Ibidem, loc. cit.

260 Ibidem, p. 339.

um limite suficiente. A limitação da amplitude do curso causal é possível quando são empregados meios extrínsecos à explicação causal, como o faz a orientação dominante com amparo na teoria da imputação objetiva do resultado. Contudo, propõe Tavares uma outra solução para tal amplitude dentro da explicação causal. [261]

Como se pode perceber, houve uma mudança de orientação. Inicialmente, Tavares trabalhava com a causalidade funcional como critério normativo de imputação *fora* do plano da causalidade, ao passo que no texto em análise ele procura uma limitação normativa *dentro* da âmbito causal.

Acolhe Tavares a lição de Habermas, para quem a ação humana deve ser compreendida segundo a sua relação com o mundo da vida. Essa proposta de conectar ação e contexto deve acarretar consequências na explicação científica do seu desenvolvimento na realidade exterior. Considerada a teoria da causalidade dependente do contexto e o acontecimento como comportamento histórico, não é possível separar a explicação causal do conceito de ação. A causalidade no Direito Penal somente apresenta sentido quando conectada à conduta humana; sem o seu conceito, a causalidade cai no vazio.[262]

Ainda como corolário dos ensinamentos de Habermas, sustenta Tavares que a explicação causal, primeiramente, não deve renunciar a um conceito de ação como seu pressuposto de validade. Além disso, ela está conectada a um mundo que regula relações interpessoais. Por fim, afirma que ela é dependente de um sistema normativo. Com isso fica claro que a explicação causal não mais deve ser uma assertiva contrafática, mas a conclusão de um raciocínio que se concentra na relação entre conduta, resultado e o correspondente mundo valorativo, como defendido por Hassemer.[263]

Essas observações – prossegue Tavares – conduzem à discussão se a realidade do curso causal é uma realidade física ou se ela também consiste em assertivas, decisões e argumentos. A afirmação da relação causal não pode ser formulada exclusivamente com base em informações sobre coisas, mas como assertivas e decisões sobre o fato a ser demonstrado. Para Tavares, a explicação causal atém-se, portanto, a um discurso em que não são discutidas apenas as

---

[261] TAVARES, Juarez. Bemerkungen zu einer funktionalen Kausalität. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid. **Festschrift für Winfried Hassemer.** Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 817.

[262] Ibidem, p. 818.

[263] Ibidem, p. 818-819.

circunstâncias do fato, mas principalmente o sentido da decisão sobre a verdade da afirmação.[264]

A explicação causal está situada em um contexto; no Direito Penal, no contexto normativo, em que é acentuada a relevância da condição como fator que depende do resultado. Se a explicação causal está, assim, subordinada a um sistema normativo, que regula a realidade, é importante saber como essa explicação se comporta em uma relação funcional.[265]

Pode-se entender como função o sentido ou o significado que uma atuação desempenha perante um sistema, na medida em que ela ainda corresponde às expectativas que o sistema nela deposita. Nessa ordem de ideias, a dificuldade reside em vincular a explicação causal com uma perspectiva sistêmica, sem que seja atribuído à causalidade um objetivo que ela não consiga alcançar. Observa Tavares que a decisão sobre a causalidade como expressão da verdade a respeito de sua afirmação sobre fatos contém uma pretensão de validade, o que não implica, entretanto, que essa expressão se vincule à estabilidade normativa. A pretensão de validade serve, aqui, para a constatação se a afirmação sobre fatos segundo uma ordem normativa pode ser legitimada e, nesse ponto, é relevante aferir como uma explicação empírica pode comportar-se perante uma ordem normativa.[266]

Caso possa ser dito que a ação – especialmente confrontada com o sistema – não foi causa do resultado, o autor se comportaria adequadamente a um procedimento racional. O reconhecimento da conformidade com um procedimento racional também poderia ser obtido em outros níveis da teoria do delito. No entanto, também é possível antecipar esse reconhecimento para o plano da causalidade, caso se entenda a explicação causal no âmbito de fenômenos racionais orientados, ao lado de parâmetros normativos que regulam o comportamento. Estabelecido o problema nesses termos, parece necessário trabalhar com um conceito de função em uma relação entre sistema e mundo da vida. Com a invocação do mundo da vida, é possível examinar se a explicação causal do comportamento está vinculada ao mundo objetivo exterior e às circunstâncias que proporcionam ao autor um parâmetro de orientação.

---

264 TAVARES, Juarez. Bemerkungen zu einer funktionalen Kausalität. Op. cit., p. 819-820.

265 Ibidem, p. 820.

266 Ibidem, p. 821.

Com a invocação do sistema, é possível reduzir a complexidade das circunstâncias do mundo da vida a um ordenamento normativo.[267]

A fim de aclarar sua proposta, Tavares propõe o seguinte exemplo: se um motorista conduz seu veículo sem observar o limite de velocidade e atropela alguém que pula de uma passarela em frente ao automóvel, cada circunstância da concatenação causal não deve ser considerada isoladamente. Pelo contrário, deve ser vista como um evento sob uma relação funcional, em que interessa não apenas a produção do resultado, mas também outras variáveis, como a vítima ter-se precipitado em frente ao automóvel, o excesso de velocidade do autor e a norma que regula a direção de automóveis. A análise da concorrência da vítima e também da regulamentação da atuação permite uma consideração funcional do curso causal, de modo que o evento, portanto, somente pode ter um sentido quando possa ser visto como função de um outro. Desse modo, o problema consiste em determinar qual função tem a conduta descuidada para o resultado em vista do comportamento da vítima. A teoria da imputação objetiva resolveria o problema com o critério da não realização do risco proibido criado pelo agente no resultado, o que não impede reconhecer aqui que a explicação causal possa conduzir a uma negação da causalidade funcional. Nesse caso, afirma Tavares que, como as condutas de dirigir o veículo de forma cuidadosa e sem cuidado estão no mesmo plano, pode-se dizer que ambas são uma função do evento, porque cada uma das modalidades de ação não teve nenhum sentido para a ação de suicídio da vítima. Em outras palavras, se o automóvel trafegasse em excesso de velocidade ou abaixo do limite máximo, teria o mesmo sentido para o resultado concreto, tanto para o autor quanto para a vítima. Estabelecida a análise em um sistema normativo, pode-se então dizer que a conduta descuidada concernente ao resultado concreto não implicou uma interrupção comunicativa, isto é, a norma proibitiva sobre o excesso de velocidade não poderia reconhecer uma relação funcional entre essa proibição e o evento.[268]

---

[267] TAVARES, Juarez. Bemerkungen zu einer funktionalen Kausalität. Op. cit.,p. 822.

[268] Ibidem, p. 824-825.

4.4.3 Crítica à concepção normativista do nexo causal

Inicialmente, deve ser registrado que as propostas de Lampe e Tavares não podem, a rigor, ser consideradas exemplos das principais teorias da relação de causalidade no Direito Penal, já que, pelo menos até o presente momento, não gozam de expressiva aceitação doutrinária ou jurisprudencial. Apesar disso, a inclusão das aludidas propostas no presente capítulo justifica-se em virtude da substancial alteração de perspectiva que elas promovem no debate sobre a causalidade. Ao contrário do entendimento amplamente dominante, que afirma a natureza ôntica da causalidade, Lampe e Tavares sustentam que a causalidade tem natureza normativa e que a sua aferição, por conseguinte, deve pautar-se por juízos valorativos. Essa consideração normativa da causalidade merece ser objeto de reflexão.

Conquanto possam ser consideradas sedutoras, as teorias da causalidade funcional esbarram em algumas dificuldades.

No tocante à fundamentação da teoria, é questionável se o Direito Penal precisa de um conceito próprio de causalidade, isto é, de um conceito que seja distinto daquele empregado pela teoria da ciência.

Não se discute a *possibilidade* de ser elaborado conceito próprio concernente à relação de causalidade no âmbito da teoria do crime, mas a efetiva *necessidade* de tal construção. Em outras palavras: é *imprescindível* que o Direito Penal tenha um conceito próprio de relação de causalidade ou é *conveniente* que trabalhe com o conceito de causalidade da teoria da ciência? Não se pode perder de vista, na solução dessa questão, que a causalidade é categoria epistemológica[269] que pertence à teoria da ciência e não apenas ao Direito Penal.[270]

---

[269] Como temos sustentado, a causalidade tem natureza ôntica, isto é, consiste em uma relação entre eventos no mundo fenomênico. Contudo, sob prisma distinto, a causalidade contém uma inegável feição epistemológica, já que também pode ser vista como meio que permite entender ou compreender o mundo. Cf. SALMON, Wesley C. **Causality and Explanation.** New York-Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 3 e ss.

[270] Nesse sentido, afirma Miguel Polaino Navarrete que a noção de causalidade "não é uma categoria jurídica originária, senão que procede de outros ramos da ciência, precisamente das ciências naturais". (Op. cit., p. 309). Para Edmund Mezger, a causalidade "é um conceito lógico que corresponde, portanto, à teoria da ciência em geral." (Op. cit., p. 109). Luis Jiménez Asúa afirma que "el concepto de causalidad no es jurídico; es ontológico. Consiste en la referencia entre la conducta humana y el resultado sobrevenido. Si el nexo existe aplicamos a esa referencia la

Entendemos que não se justifica a opção de criar um conceito de causalidade apenas para o âmbito da teoria do crime. A causalidade que interessa ao Direito Penal não é, em sua essência, distinta daquela estudada pelos demais ramos do conhecimento, na medida em que o Direito Penal, ao trabalhar com dados coletados do mundo fenomênico, dentre os quais está a relação de causalidade, não cria uma realidade própria. Equivale isso a dizer que a relação entre causa e efeito não é apenas pré-típica, mas também pré-jurídica, pois existe no mundo fático independentemente da existência ou não de valoração feita pela ordem jurídica.[271] A causalidade, portanto, não é um conceito jurídico, mas pré-jurídico, situado no mundo dos fatos.[272] Disso resulta que é uma *contradictio in terminis* falar de *causalidade normativa*, expressão que deve ser abandonada.

---

categoría de *causalidad* como una 'forma de nuestro conocer'" (Op. cit., p. 500). Franz von Liszt ensinava que a causalidade "é uma forma do nosso conhecimento" (Op. cit., p. 120). Hans Welzel (Op. cit., p. 51), da mesma forma, sustentava: "O conceito causal não é um conceito jurídico, senão uma categoria do ser. Tampouco é uma mera vinculação lógica e menos uma simplesmente 'ideal' de diversos acontecimentos, senão a conexão regular na sucessão do acontecer real, não perceptível, é certo, mas possível de ser captada pelo pensamento e, por isso, como tal, tão real como o próprio acontecer. O Direito deve partir também desse conceito causal 'ontológico'; não existe uma causalidade jurídica especial (nem todos os cursos causais, isso sim, são também juridicamente relevantes)." José Juan Bruera, na mesma linha, ensina: *"Bien está y así lo sostenemos, que se ubique el concepto de causalidad en la esfera de la teoría ontológica; mas el principio de causalidad es tan evidentemente la culminación de un razonamiento, sujeto, en consecuencia, a sus modalidades y a sus leyes, que no parece aceptable que la lógica se desentienda de su estudio e examen. La circunstancia – innegable – de que el concepto de causalidad tenga patentes raíces ontológicas, y de que, aún, el principio de causalidad muestre conexión con la gnoseología, no pude hacer desaparecer el hecho de la consideración de la causalidad como categoría del entendimiento."* (Op. cit., p. 22). Da mesma forma, Aníbal Bruno (Op. cit., p. 314, nota 3) ensina que "não há uma causalidade própria do domínio jurídico. Causalidade é um conceito lógico-naturalista que se aplica a tôda *[sic]* sorte de fenômenos e, assim, também aos fatos puníveis, que, afinal, se realizam no mundo fenomênico".

271 As lições filosóficas de John Leslie Mackie sobre a causalidade são esclarecedoras. Inicialmente, no tocante à unidade do conceito de causa, Mackie afirma que *"we do not have one concept for physical causation and another for human actions and interactions"* (**The cement of the universe.** Op. cit., p. xi). Tradução livre: nós não temos um conceito para a causalidade física e outro para ações e interações humanas. Em outras palavras, o conceito de causalidade é um só. Na sequência, salienta Mackie que "*the nature of causation […] as I understand it, […] is an ontological question, a question about how the world goes on. In Hume's phrase, the central problem is that of causation 'in the objects'"* (**The Cement of the universe**. Op. cit., p. 1). Tradução livre: "a natureza da causalidade, como eu a compreendo, é uma questão ontológica, uma questão sobre como o mundo segue adiante. Nas palavras de Hume, o problema central é aquele da causalidade nos objetos", isto é, no mundo fenomênico. No prefácio da mesma obra (p. ix), Mackie ressalta que a causalidade é um aspecto completamente objetivo e independente de nossos pensamentos. No original: *"It is one thing to ask what causation is 'in the objects', as a feature of a world that is wholly objective and independent of our thoughts […]".*

272 Em virtude disso, entendemos equivocada a premissa da qual parte Lampe, que assevera que a função jurídico-penal da causalidade é estabelecer "um específico nexo jurídico de imputação entre um resultado e uma ação" (Op. cit., p. 191). Por não ser categoria jurídica, a causalidade não tem a função de estabelecer um nexo *jurídico* de imputação. Esse papel é reservado à teoria da imputação objetiva. Incumbe à causalidade estabelecer a relação entre dois eventos no plano

A investigação metafísica da causalidade, levada a efeito durante séculos, ensejou a formulação de diferentes propostas. Em apertada síntese, podemos dizer que Galileu trabalhou com a ideia dúplice de causalidade como sucessão temporal e como necessidade racional.[273] Hume compreendia-a como sucessão regular. Kant concebia a causalidade como uma faculdade sintética do entendimento que determina o sentido interno dos fenômenos.[274] Hegel, a seu turno, pensava a causalidade como uma racionalidade substancial do mundo.[275] Em nenhuma dessas propostas é possível entrever a natureza normativa da causalidade. Assim, nossa proposta de abandonar a expressão "causalidade normativa" está em sintonia com as principais investigações metafísicas sobre a causalidade.

Argumenta-se, em sentido contrário, que nem toda relação de causalidade é penalmente relevante e que, por isso, o Direito Penal precisaria de um conceito próprio de relação de causalidade. A premissa do raciocínio é indubitável. De fato, nem toda conexão causal interessa ao Direito Penal. Todavia, a conclusão do raciocínio não decorre de sua premissa. A relevância penal de uma conexão causal diz respeito à *valoração jurídica* da relação fática entre dois ou mais eventos, o que não está situado no plano causal, mas no da imputação.[276] Confunde-se, aqui,

---

fático, fenomênico. A valoração dessa relação fenomênica entre dois eventos deve ser feita pela teoria da imputação objetiva, a fim de que a relação seja considerada relevante para o Direito Penal. Tem-se, inicialmente, uma análise ôntica e, em seguida, a sua valoração sob a ótica de critérios normativos de imputação próprios do Direito Penal.

273 BUNGE, Mario. Op. cit., p. 19.

274 BRUERA, Jose Juan. Op. cit., p. 133-134.

275 ABBAGNANO, Nicola. Op. cit., p. 127.

276 Heinz Koriath (**Kausalität und objektive Zurechnung**, Op. cit., p. 21) afirma, com toda razão, que a imputação é a dimensão normativa da causalidade, o que também é defendido por Hans Kelsen (**Teoria pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 84 e ss.), embora em outro contexto. Para Kelsen, a causalidade está no plano do ser, ao passo que a imputação se situa no plano do dever ser, isto é, no plano normativo. Também no *common law* a causalidade é considerada como categoria ôntica, por guardar relação com questões de fato. Valorações jurídicas, como a relativa ao escopo da lei, estão situadas fora do âmbito causal, o que é enfatizado por Hart e Honoré: *"(...) This amalgamation is undesirable, because the scope issues raise questions of law, and the causal issues questions of fact"* (**Causation in the law.** Op. cit., p. lii). Tradução livre: Essa confusão é indesejável, porque matérias relativas à finalidade [da norma] levantam questões jurídicas, ao passo que matérias de causalidade levantam questões de fato. Arno Becht e Frank Miller são ainda mais enfáticos. Para eles, a causalidade é uma matéria genuinamente fática, envolve sempre uma pura questão de fato, jamais valorativa. É um equívoco investigar no âmbito da causalidade questões outras além de eventos físicos. (**The test of factual causation in negligence and strict liability** apud HART, H. L. A; HONORE, Tony. **Causation in the law.** Op. cit., p. lvi-lvii).

novamente, o problema da causalidade com o da imputação, ou seja, o objeto de valoração com a valoração do objeto.

A inviabilidade de realização de juízos valorativos no plano da causalidade, dada sua natureza de categoria "do ser", é amplamente sustentada tanto na Filosofia quanto no Direito Penal.

Para Mario Bunge, filósofo argentino radicado no Canadá, a "causalidade não é uma relação entre ideias, mas uma categoria de conexão e determinação que corresponde a um aspecto real do mundo fático (interno e externo), de modo que tem índole ontológica".[277]

Nessa mesma ordem de ideias, afirma José Juan Bruera que, dos quatro grupos de objetos (reais, ideias, metafísicos e axiológicos) em que a ontologia formal classifica todos os objetos possíveis, a causalidade somente tem a ver com os primeiros. No mundo dos valores, não há causalidade, senão teleologia condicionada pela vontade.[278] Em seguida, Bruera refuta expressamente a possibilidade de se aproximar causalidade e teleologia, dada a significativa discrepância entre essas duas categorias. Em suas palavras, "a causalidade é cega para os valores; a teleologia tem-nos constantemente em vista."[279]

Martin Binns, com amparo em lições de Samson e Rudolphi, afirma que "como a violação de dever de uma ação não é uma circunstância real, mas uma decisão sobre uma circunstância (a ação), não se poderia falar da causalidade da decisão de violação de dever. Não se trata de um problema causal, mas de uma valoração."[280] Em seguida, conclui Binns: "[...] a causalidade é algo que reside nos objetos [isto é, no mundo fenomênico] e é nele observável".[281]

---

[277] BUNGE, Mario. Op. cit., p. 21.

[278] BRUERA, José Juan. Op. cit., p. 49.

[279] Ibidem, p. 259.

[280] BINNS, Martin. **Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff.** J. L. Mackies Kausalanalyse und ihre Übertragung auf das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 37: Tradução livre de: *"Da die Sorgfaltswidrigkeit einer Handlung kein realer Umstand, sondern ein Urteil über einen Umstand (die Handlung) sei, könne man auch nicht von der Kausalität des Urteils ‚sorgfaltswidrig' sprechen. Es gehe nicht um ein Kausalproblem, sondern um eine Wertung."*

[281] Ibidem, loc. cit. Tradução livre de: „[...] Kausalität sei etwas in den Objekten selbst Liegendes und Beobachtbares."

Arthur Kaufmann, da mesma forma, entendia que “a causalidade não reside na mente, mas antes *nas coisas*; ela é uma relação *real* e não simplesmente mental; ela tem natureza *ontológica* e não somente lógica”.[282]

Claus Roxin ensina que a moderna teoria do conhecimento, contrariamente a Kant, considera que a causalidade é um fenômeno empírico determinado segundo a conformidade às leis. Evita, contudo, via de regra, o conceitos de “causa” e “efeito”, embora entenda a causalidade como previsibilidade e “explicabilidade” (*Erklärbarkeit*) de eventos subsequentes.[283]

Desse modo, as concepções funcionais da causalidade criam, sem necessidade, um conceito de causalidade apenas para o Direito Penal e introduzem critérios normativos em uma categoria de natureza ôntica, o que não é adequado.

Disso surgem algumas preocupações. A primeira delas consiste na redução da dimensão objetiva do tipo penal ao normativo. A paulatina redução de categorias ônticas no tipo penal e a concomitante inserção de critérios normativos (o que se observa nos conceitos de ação, dolo, causalidade e imputação) tem como inevitável consequência um afastamento gradativo da realidade. Cada vez mais, são introduzidos no tipo penal critérios valorativos, o que, malgrado tenha a vantagem de manter o sistema aberto e capaz de adaptar-se a novas exigências, tem como desdobramento negativo uma maior imprecisão na sua constatação, o que pode acarretar decisões arbitrárias no tocante à causalidade.

Todavia, essa objeção não é a mais importante. A questão decisiva em relação às propostas de Lampe e Tavares é a que gira em torno da efetiva necessidade da mudança de concepção sobre a natureza do nexo causal. Alguns argumentos demonstram que não é necessário entender o nexo causal como categoria normativa para a solução dos problemas da causalidade.

Em primeiro lugar, o fato de a teoria da equivalência não ter conseguido oferecer resposta satisfatória para o problema causal não significa que a solução seja abandonar a concepção ôntica da causalidade para considerá-la um elemento normativo dos tipos penais ou, como propõem Wessels e Beulke, resolver os

---

282 KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. Op. cit., p. 209. Tradução livre de: *„Die Kausalität liegt primär nicht* in mente*, sondern* in r*e, sie ist eine* wirkliche*, nicht bloß eine gedachte Beziehung, sie ist* ontologischer *und nicht nur logischer Natur.“*

283 ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Op. cit., p. 351.

problemas da causalidade no plano da imputação objetiva.[284] É possível encontrar alternativas viáveis no plano da própria causalidade para a resolução dos problemas que lhe são ínsitos. Tentaremos demonstrar isso nos próximos tópicos. Alterar a compreensão da natureza da causalidade tem como consequência, em última análise, apenas trocar a sede do problema. Não obstante Tavares tenha se esforçado para demonstrar a fundamentação teórica da mudança de perspectiva quanto à natureza da causalidade, fato é que ele, a rigor, apenas antecipa a análise normativa feita pelo restante da doutrina no plano da imputação objetiva do resultado. Em outras palavras, em vez de se proceder a um raciocínio em duas etapas (primeiro constatar a existência da relação de causalidade entre os eventos e, somente então, aferir a relevância dessa relação de causalidade para o Direito Penal mediante o emprego de critérios normativos de imputação), Tavares funde as duas etapas em uma só: a valoração é feita já no plano da causalidade. Ademais, não foi demonstrado por Tavares que a sua proposta consiga solucionar casos que a teoria da imputação objetiva tivesse deixado irresolutos. O exemplo por ele dado é emblemático. Caso um motorista venha a atropelar uma pessoa que se joga de uma passarela em frente ao veículo por ele conduzido, não pode haver imputação do resultado. Ninguém duvida disso. Negar a causalidade existente faticamente com argumentos concernentes ao contexto funcional do evento nada mais é do que antecipar o raciocínio da imputação objetiva. Contudo, a teoria da imputação objetiva, em nosso modo de ver, conduz a resultados mais precisos: mantém a conclusão fática acerca da relação de causalidade entre os eventos, em consonância com o entendimento filosófico e da teoria da ciência sobre a causalidade, e nega-lhe relevância penal ante a conduta da vítima.

Disso resulta um outro argumento contrário às propostas em exame. Torna-se praticamente impossível distinguir causalidade e imputação objetiva caso ambas sejam consideradas categorias normativas. Não é possível saber quando termina o raciocínio da causalidade e quando começa a aplicação da teoria da imputação objetiva.

---

[284] WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 59: *„Die dargestellten Schwächen der Formel sind daher auf der Ebene der objektiven Zurechnung zu korrigieren“.* Tradução livre: As demonstradas fraquezas da fórmula [da teoria da condição] devem, portanto, ser corrigidas no plano da imputação objetiva.

A alteração de perspectiva proposta por Lampe e Tavares, em suma, não é necessária nem oferece ganho sistêmico. Além de não resolver os verdadeiros problemas da relação de causalidade, ela não conduz a resultados novos ou mais precisos e tem aptidão para eliminar tradicional distinção conceitual entre causalidade e imputação, que vem sendo aceita pela doutrina desde Honig, como visto.

4.5 Teoria da condição conforme às leis [285]

Em 1931, Karl Engisch publicou obra de fundamental importância para o estudo da causalidade. No referido estudo, partiu o mencionado autor da seguinte indagação: quando está causado por uma conduta humana um resultado que, como lesão de interesses ou colocação em perigo de interesses, se subsume a um tipo penal?[286]

Uma resposta simples a essa indagação, afirma Engisch, é fornecida pela teoria da equivalência dos antecedentes causais ou teoria da condição. Contudo, a fórmula da aludida teoria abriga muitos problemas que não foram resolvidos de modo totalmente satisfatório.[287]

Para responder à pergunta se um resultado determinado teria ocorrido ainda que sem uma conduta determinada, é decisiva, segundo Engisch, a forma como vemos o resultado. Para ilustrar a importância da descrição do resultado na análise

---

[285] A expressão empregada por Engisch para referir-se à teoria por ele desenvolvida é *Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung,* por nós vertida para o vernáculo como "teoria da condição conforme às leis". O adjetivo alemão *gesetzmäßig* designa aquilo que corresponde, que é conforme ou adequado a uma lei. Preferimos flexionar o vocábulo *lei* no plural, na esteira de Jorge de Figueiredo Dias (**Direito Penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo-Coimbra: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, tomo I, 2007, p. 326), que emprega a locução *"condição conforme às leis naturais"*; de Federico Stella (Op. cit., p. 107), que fala de *"criterio della sussunzione sotto leggi"* (no plural) e de Guillermo Julio Fierro (Op. cit., p. 202), que se refere à *"condición ajustada a leyes de la naturaleza"*, também no plural.

[286] ENGISCH, Karl. **La causalidad como elemento de los tipos penales**. Trad. de Marcelo Sancinetti da edição alemã publicada em 1931. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 21.

[287] ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 30 e 32.

causal, Engisch dá o seguinte exemplo: A vê que B está prestes a desferir um golpe contra a cabeça de C. A alerta C, que gira o corpo e é atingido pelo golpe desferido por B. C tem seu crânio fraturado lateralmente em vez de na região posterior. Caso seja considerado o resultado em sua feição totalmente concreta (fratura lateral do crânio), não apenas B criou uma *conditio sine qua non* para o resultado, mas também A. Contudo, o "sentimento jurídico" insurge-se contra isso. Conclui Engisch que não deve ser analisado o condicionamento do resultado em sua determinação totalmente concreta, mas com certa generalização, sobre a base de uma abstração jurídica pautada por juízos de valor.[288]

Resolvido o problema de como deve ser entendido o resultado, assevera Engisch que uma análise profunda da forma de consideração predominante a respeito da aplicação da fórmula da teoria da equivalência obrigará o seu abandono. Suponha-se que um acidente ferroviário se produz por duas pessoas: A ministra ao funcionário da ferrovia um sonífero e, pouco depois, B, independentemente de A, amarra o mesmo funcionário, que fica impossibilitado de fazer a troca de direção das linhas, o que acarreta uma colisão de trens. Argumenta Engisch que cada um dos agentes poderia invocar a fórmula da teoria da *conditio sine qua non,* sob o fundamento de que, sem sua conduta, o acidente teria ocorrido exatamente da mesma forma. Os agentes poderiam, dessa forma, ser eximidos da responsabilidade penal pelo acidente, o que seria irrazoável.[289]

Depois de demonstrar as graves deficiências da teoria de equivalência dos antecedentes causais,[290] parte Karl Engisch para a elaboração de sua teoria da causalidade, que teve grande aceitação doutrinária.[291] Para ele, a questão deve ser equacionada nos seguintes termos:

---

288 ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 32-34. Note-se que Engisch não sustenta que o raciocínio causal deva ser pautado por juízos de valor, apenas a descrição do resultado.

289 Ibidem, p. 39-40.

290 Dentre outras críticas, Engisch afirma que a fórmula da teoria da condição "pressupõe como causa precisamente aquilo que deveria demonstrar" (Op. cit., p. 43), "não capta, em absoluto, a verdadeira relação causal" (p. 44), "não nos diz absolutamente nada" (p. 46).

291 Nesse sentido: KÜHL, Kristian. Op. cit., p. 29; ROXIN, Claus. **Strafrecht:** allgemeiner Teil. tomo I. Op. cit., p. 355. Podem ser citados como partidários da teoria: Claus Roxin, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Jakobs, Hans-Joachim Rudolphi e Eric Hilgendorf. Guillermo Fierro (Op. cit., p. 202) menciona, ainda, Kaufmann, Schönke-Schröder, Samson, Gimbernat Ordeig, Rodriguez Devesa e Gómez Benítez. Na doutrina pátria, adota-a Fábio Roberto D'Ávila (Op. cit., p. 33-34). Luís Greco (Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 147) afirma que a teoria da condição conforme às leis é hoje dominante na Alemanha, entendimento compartilhado por Urs Kindhäuser (**Strafrecht**. Allgemeiner Teil. 5. ed., Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 79) e Eric Hilgendorf (Op. cit.,

> Uma conduta – pensamos primeiramente apenas no fazer positivo – manifesta-se como causa de um resultado (positivo) concreto, delimitado segundo um determinado tipo da lei penal, quando àquela conduta se seguem modificações no mundo exterior temporalmente sucessivas, que estavam ligadas à conduta e entre si em uma sequência segundo uma lei (da natureza) e que desembocaram em alguma parte integrante da situação de fato concreta que está delimitada como resultado conforme à lei penal (fórmula da condição conforme à lei, em contraposição à fórmula da *c.s.q.n.*).[292]

Esclarece Engisch que a vinculação conforme à lei das modificações que se seguem à conduta em exame e que desembocam no resultado concreto deve ser analisada com relação às circunstâncias individuais do caso concreto. Para ele, não faz nenhuma diferença, a esse respeito, a questão de se essas circunstâncias eram cognoscíveis antes ou depois, especialmente se ao tempo do fato já existiam e eram reconhecíveis ou não: todas as circunstâncias, também as reconhecíveis e conhecidas somente *ex post* devem ser consideradas para esclarecer a questão da vinculação conforme à lei entre conduta e resultado.[293] No que concerne ao conceito de lei, ensina Engisch que se trata da lei da natureza no sentido mais amplo possível, mas ele deixa aberta a questão relativa ao caráter da lei, isto é, se estão abarcadas pela teoria em análise apenas leis determinísticas ou também leis estatísticas.[294] Outro ponto que merece registro consiste na assertiva de Engisch de que não há

---

p. 564. Contudo, é controvertido que ela seja atualmente a teoria predominante. Claus Roxin (**Strafrecht**. Op. cit., p. 351) assevera que a teoria da equivalência é adotada de forma majoritária pela doutrina e pela jurisprudência, no que é seguido por Johannes Wessels e Werner Beulke (Op. cit., p. 57). Em todo caso, é indubitável que a teoria da condição conforme às leis goza de enorme prestígio.

292 ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 49-50. A dificuldade de intelecção do período não guarda relação com a tradução feita por Sancinetti, mas com a extensão do período no original alemão. Engisch resumiu sua teoria em um único período, o que foi duramente criticado por Koriath (**Kausalität und objektive Zurechnung.** Op. cit., p. 77), que chamou o período de monstruoso. A fim de tentar tornar o texto mais claro, confira-se a lição de Johannes Wessels e Werner Beulke (Op. cit., p. 62): "a teoria da condição conforme às leis naturais, que remonta a Engisch, parte, assim como a teoria da condição, da equivalência de todas as causas; procura, porém, eliminar as fraquezas da fórmula da *conditio* ao substituir a eliminação mental da conduta pela pergunta se à ação em questão se vincularam temporalmente as modificações subsequentes no mundo exterior, que estavam necessariamente ligadas à ação de acordo com as conhecidas leis naturais e se apresentam como resultado típico. (Tradução livre do seguinte excerto: *„Die auf Engisch zurückgehende Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung geht ebenso wie die Bedingungstheorie von der Gleichwertigkeit aller Ursachen aus, sucht aber die Schwächen der Conditio-Formel dadurch zu beheben, dass sie das Hinwegdenken der Tathandlung durch die Frage ersetzt, ‚ob sich an die betreffende Handlung zeitlich nachfolgende Veränderungen in der Außenwelt angeschlossen haben, die mit der Handlung nach den uns bekannten Naturgesetzen notwendig verbunden waren und sich als tatbestandsmäßiger Erfolg darstellen'"*).

293 ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 51.

294 Ibidem, p. 53.

motivo para o jurista distinguir entre causar em sentido estrito, possibilitar, motivar, ocasionar, etc.[295]

Por fim, Engisch aponta a diferença entre sua teoria e a fórmula da teoria da *conditio sine qua non:*

> A contraposição essencial da fórmula da condição conforme às leis frente à fórmula da *c.s.q.n.* consiste em que aquela pergunta apenas pela possibilidade de subsumir o processo concreto sob a lei da natureza e não pelo que teria acontecido em concreto, caso se suprima mentalmente a conduta que interessa.[296]

Nas palavras de Jescheck, o correto não é perguntar se o resultado, segundo o estado de coisas, haver-se-ia produzido também sem a ação em exame, pois, para a qualidade condicional de uma ação, somente interessa se ela produziu realmente o resultado segundo a lei causal adequada ao nosso conhecimento experimental. Disso resulta necessário examinar o caso concreto no tocante às suas conexões de acordo com as leis naturais, perguntando para isso se a ação é de tal classe que produz, segundo nossa experiência, consequências da mesma classe que as originadas no caso concreto. Para a causalidade no sentido da teoria da condição, somente importa saber se uma ação é acompanhada por mudanças posteriores do mundo exterior, vinculadas à ação conforme às leis da natureza e constitutivos de um resultado típico (fórmula da condição conforme às leis naturais). A fórmula da *conditio sine qua non* para nada serve então, mas sim, exclusivamente, o juízo técnico do especialista.[297]

Em linhas gerais, esse é o raciocínio da teoria da condição conforme às leis.

A teoria em pauta foi criticada sob diversos ângulos.

Helmut Frister afirma que ela não define exatamente o conceito de causa, uma vez que o conceito incolor de condição não responde como deve ser estabelecido o nexo entre ação e resultado, de modo que a ação seja causa do resultado.[298]

---

295 ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 58.

296 Ibidem, p. 57.

297 JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 255.

298 FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 94.

Ingeborg Puppe, por sua vez, sustenta que a definição de Engisch não esclarece como deve ser logicamente determinada a relação entre uma causa individualmente considerada e a consequência.[299]

Wolfgang Frisch assevera que, quando determinadas relações são geralmente aceitas, a teoria da condição conforme às leis enfrenta dificuldades desnecessárias, pois somente "a duras penas" consegue subsumir o caso concreto em uma lei de regularidade causal.[300] Esse argumento é desenvolvido por Luís Greco, em crítica que merece transcrição literal:

> No plano dogmático, deve-se questionar, uma vez mais, se toda constatação de causalidade pressupõe necessariamente a subsunção sob uma lei causal geral. Contra isso tem-se, não apenas, que nós afirmamos, em muitas áreas, a existência de relações de causalidade ainda que não conheçamos nenhuma lei natural. O exemplo mais claro disso é a assim chamada causalidade psíquica. A meu ver, é ainda mais relevante observar que uma teoria que compreende a causalidade como subsunção sob uma lei natural tem problemas com um grupo de casos aparentemente não problemático, a saber, o da assim chamada causalidade ultrapassante, em outras palavras, com a eliminação de causas hipotéticas "reservas". Suponha-se o seguinte: A injeta em B 400 miligramas de estricnina, B morre. Nos livros de medicina, pode-se obter a lei causal aqui aplicável: a dose letal da estricnina é de 50 a 300 miligramas. A subsunção não oferece qualquer dificuldade: segundo a teoria da condição conforme a uma lei natural, o comportamento de A é a causa da morte de B. No entanto, imagine-se que B, poucos segundos depois de ingerir o veneno, é atropelado e tem o seu cérebro esmagado. Sem dúvida, a injeção de veneno, neste caso, é um curso causal ultrapassado e a morte por envenenamento é apenas um curso causal hipotético "reserva", que não se realizou. Contudo, a circunstância de que B foi atropelado nada muda na subsunção que acabamos de fazer. A fim de evitar que se acabe, erroneamente, por afirmar a causalidade, tem-se de modificar a lei causal, à qual têm de ser acrescidas outras condições necessárias. Aqui, poder-se-ia pensar no acréscimo "depois de x minutos". Pode haver, porém, um caso concreto em que o resultado, apesar da realização dessa condição adicional, ocorra devido a uma outra causa interveniente, o que exigirá uma nova complementação – e assim por diante. [301]

---

299 PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 506.

300 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 553.

301 GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. In: HEFENDEHL, Roland (org.). **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**. 8-9/2011, p. 685-686. No original: *„Auf dogmatischer Ebene ist noch einmal auf die Frage hinzuweisen, ob jede Kausalitätsfeststellung notwendig die Subsumtion unter ein Kausalgesetz voraussetzt. Dagegen spricht nicht nur, dass wir in vielen Bereichen Kausalzusammenhänge auch dort bejahen, wo wir über keine Gesetze verfügen – Paradebeispiel ist hier die sogenannte psychische Kausalität. Meines Erachtens noch relevanter ist der selten bemerkte Befund, dass eine Lehre, die Kausalität als Subsumtion unter ein Kausalgesetz versteht, Probleme mit einer scheinbar unproblematischen Konstellation hat, nämlich der der sogenannten überholenden Kausalität bzw. umgekehrt mit der*

A teoria da condição conforme às leis naturais apresenta duas vantagens significativas. A primeira delas consiste em não distinguir entre a causalidade no Direito Penal e nos demais ramos do conhecimento, o que é salutar, já que, como visto, a causalidade não é um conceito jurídico. Além disso, ela permite obviar algumas incongruências da teoria da equivalência – sobretudo em casos de causalidade múltipla e alternativa – e chega a resultados corretos, sem induzir a erros. Contudo, como pode ser percebido a partir das críticas acima referidas, ela apresenta a dificuldade de depender da formulação de leis gerais da causalidade e não oferece solução satisfatória para o caso da causalidade intermediada psiquicamente.

4.6 Teoria da condição INUS

4.6.1 A concepção de John Leslie Mackie

A teoria INUS, também chamada de teoria da condição mínima,[302] foi concebida por John Leslie Mackie,[303] filósofo australiano que devotou especial

---

Ausscheidung von „bereitstehenden“ Ersatzursachen. Man nehme Folgendes an: A hat B 400 Milligramm Strychnin injiziert, B stirbt. Aus Medizinbüchern kann man das einschlägige Kausalgesetz entnehmen: Die letale Dosis beträgt zwischen 50 und 300 Milligramm. Die Subsumtion erfolgt reibungslos, As Verhalten ist die Ursache von Bs Tod. Was aber, wenn B wenige Sekunden nach Einnahme des Gifts überfahren und sein Hirn zerquetscht wird? Unstreitig ist die Giftinjektion in diesem Fall ein überholter Kausalverlauf bzw. eine unwirksame Ersatzursache. Dennoch ändert der Umstand, dass B überfahren wurde, an der Subsumtion unter das oben genannte Gesetz nichts. Damit die Kausalität nicht auch in diesem Fall fälschlicherweise bejaht wird, wird man das Kausalgesetz modifizieren, also mit weiteren notwendigen Bedingungen anreichern müssen. Hier käme etwa der Zusatz „nach x Minuten“ in Betracht. Es kann jedoch einen Einzelfall geben, in dem der Erfolg trotz der Erfüllung dieser weiteren Bedingung wegen des Dazwischentretens einer anderen Ursache eintritt, was eine weitere Ergänzung erforderlich machen wird – und so fort.“

302 VOGEL, Joachim. **Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten.** Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 148 e ss.

303 Inicialmente, em: MACKIE, John Leslie. Causes and conditions. **American Philosophical Quarterly**. vol. 2, n. 4, Univerity of Illinois, Out. 1965, p. 245-264. Posteriormente, Mackie revisou o artigo e publicou-o como o 3º capítulo de seu livro **The cement of the universe**, já citado. A doutrina afirma, de forma majoritária, que a teoria INUS foi, de fato, concebida por Mackie. Nesse sentido: MOORE, Michael S. **Causation and responsibility.** Op. cit., p. 475; PSILLOS, Stathis. Regularity theories. In: BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher e MENZIES, Peter. **The**

atenção ao problema da causalidade e cuja obra tem encontrado grande ressonância entre filósofos e penalistas. A versão mais elaborada de suas ideias está contida no livro *The cement of the universe*, que é, como ele próprio declarou, uma tentativa de descobrir ou elucidar a natureza da causalidade. Mackie reconhece que é objetivo de várias ciências descobrir relações causais particulares e leis causais, mas é parte do objetivo da Filosofia determinar o que são relações causais em geral e o que significa uma coisa causar outra. Em sua visão, essa é uma questão ontológica.[304]

Inicia Mackie suas reflexões sobre a causalidade com a abordagem daquela que ele reputa a mais significativa e influente contribuição individual para a teoria da causalidade, isto é, a teoria que David Hume desenvolveu em seu Tratado e que identificava a causalidade primeiro com sucessão regular e, depois, com sucessão juntamente com uma associação psicológica. A análise que Mackie faz da teoria de Hume pode ser, aqui, deixada de lado, uma vez que nosso foco não é saber até que ponto Hume acertou em sua investigação sobre a causalidade, mas conhecer os fundamentos, o conceito e a forma de constatação da causalidade propostos por Mackie. Convém ser dito apenas que, embora Mackie seja considerado um neo-humeano,[305] sua obra não consiste apenas em desenvolver as ideias de Hume. Mackie não apenas diverge de Hume em vários aspectos,[306] como também apresenta uma visão própria e inovadora da causalidade, como será visto a seguir.

Para identificar aquilo que nós naturalmente consideramos o traço conspícuo de sequências causais, Mackie trabalha com dois exemplos. Na primeira

---

Oxford handbook of causation. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 151; BINNS, Martin. Op. cit., p. 9; SAMSON, Erich. Condición-INUS y concepto causal jurídico-penal. Trad. Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. Op. cit., p. 438; SOFOS, Themistoklis. Op. cit., p. 43. Contra: WRIGHT, Richard W. Causation in Tort Law. **California Law Review**, nº 73, 1985, p. 1.788; Idem. Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying concepts. **Iowa Law Review,** 73, 1988, p. 1.023, o qual atribui a origem da teoria, sob a locução "NESS test", a Hart e Honoré. Os significados dos vocábulos INUS e NESS serão explicados na sequência.

304 MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 1.

305 MOORE, Michael S. Op. cit., p. 475.

306 Mackie admite que a ideia de sucessões regulares é importante para a causalidade, mas ele entende que há algo mais que precisa ser investigado. Além disso, ele reputa que as noções de causalidade como sucessão regular e como sucessão juntamente com uma associação psicológica dificilmente são conciliáveis e que elas desconsideram uma série de complicações relativas à causalidade, tais como causas necessárias, causas suficientes, causas necessárias e suficientes, combinações de fatores causais, causas contrárias ou neutralizadoras, pluralidade de causas alternativas, supradeterminação causal, etc. MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 3-4.

situação hipotética, uma castanha permanece imóvel sobre uma pedra plana. Uma pessoa acerta a castanha com um golpe de martelo e a castanha fica mais plana do que antes. Em uma segunda situação, a castanha é colocada em uma chapa quente de ferro. No instante em que a castanha é atingida pelo martelo, ela explode e seus fragmentos são espalhados ao redor. O senso comum relativamente a esses eventos afirmará que o achatamento da castanha na primeira situação foi causado pelo golpe de martelo, ao passo que a explosão na segunda hipótese não foi causada pelo martelo. Investiga Mackie, então, o que queremos dizer quando afirmamos que o golpe de martelo foi causa da alteração do formato da castanha na primeira hipótese e não o foi na segunda. Ele supõe que uma resposta de uma pessoa inteligente e sem preconceitos seria que, na primeira hipótese, a castanha não teria ficado mais plana se não tivesse sido atingida pelo martelo, ao passo que, na segunda situação, ela teria explodido mesmo que não tivesse sido atingida pelo martelo. Para Mackie, a diferença entre essas duas assertivas condicionais contrafáticas é, pelo menos, uma indicação inicial do que nós queremos dizer quando chamamos uma sequência de causal e outra não.[307]

Procura Mackie, então, aprofundar a compreensão dessa forma de entender a causalidade. Indaga ele se há casos em que nós diríamos que X causou Y sem que lançássemos mão de uma assertiva condicional contrafática como a acima mencionada. “Nós não poderíamos dizer que o atrito do palito de fósforo causou o surgimento da chama e ainda admitir que, mesmo se o palito de fósforo não tivesse sofrido atrito, a chama poderia ter surgido se, digamos, esse palito tivesse tido contato com um ferro em brasa?” [308] Mackie entende que certamente poderíamos dizê-lo, o que conduz à necessidade de uma modificação mínima no raciocínio, ou seja, a introdução da expressão “nas circunstâncias”, o que significa incluir o fato de que o palito de fósforo não teve contato com um ferro em brasa no momento crítico. Genericamente, a sugestão poderia ser modificada para “nas circunstâncias, Y não teria ocorrido se X não o tivesse”.[309]

---

[307] MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 29-30.

[308] Ibidem, p. 31.

[309] Ibidem, loc. cit. Note-se a semelhança com o raciocínio condicional contrafático do procedimento hipotético de eliminação empregado pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, inclusive no tocante à alteração promovida pela inclusão da expressão “nas circunstâncias”, que foi justamente a proposta feita pelos defensores da teoria da equivalência para afastar parte das críticas que lhe foram dirigidas. V. itens 4.1.3 e 4.1.4.

A partir do exame daquilo que ordinariamente ocorre, constata Mackie que nós estamos mais aptos a dizer que um evento causou um certo efeito do que uma condição permanente: foi antes a faísca do que a presença de material inflamável que causou o fogo; foi antes a fissura da artéria do que o batimento do coração que causou a hemorragia. E mais: o que é anormal ou errado é mais prontamente apontado como causa do que aquilo que é normal, certo e apropriado. Por exemplo: como é normal riscar palitos de fósforos e acender cigarros em um apartamento, mas é anormal e não deveria ocorrer um vazamento de gás, nós podemos dizer que a explosão que destruiu o bloco de apartamentos foi causada antes pela presença de uma quantidade de gás do que pelo acendimento do cigarro. Disso conclui Mackie que assertivas causais são comumente feitas em um contexto, contra um fundo que inclui a suposição de um *campo causal*. Para ele, a questão "o que causou esta explosão?" pode ser expandida para "o que fez a diferença entre aqueles tempos ou casos, dentro de certo intervalo, em que a explosão não ocorreu, e este caso, em que a explosão ocorreu?" Causa e efeito são vistos como diferenças dentro de um campo e tudo quanto for parte da descrição do próprio campo será, então, automaticamente excluído como candidato para o papel de causa.[310]

Na sequência, admitido que causas são, em geral, não apenas suficientes, mas necessárias nas circunstâncias para os seus efeitos, ao passo que nenhuma dessas relações existe em sequências não-causais, indaga Mackie se nós ainda podemos perguntar se designar alguma coisa como causa requer ambos esses aspectos (suficiência e necessidade) ou apenas um e, neste caso, qual deles.[311]

Para solucionar esse problema, trabalha Mackie com os conceitos de causa suficiente e causa necessária. Nas palavras de Michael Moore, causa suficiente é aquela que garante que o efeito ocorrerá, ao passo que causa necessária é aquela indispensável para que o efeito ocorra, isto é, sem ela o efeito não teria ocorrido.[312] Essa noção corrente de suficiência é desdobrada por Mackie em dois sentidos. A expressão "X será suficiente nas circunstâncias para Y" pode ser convertida em uma assertiva condicional do tipo "dadas as circunstâncias, se X ocorrer, Y também ocorrerá". Mesmo como uma condicional não material, isso será considerado

---

310 MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 34-35.

311 Ibidem, p. 40.

312 MOORE, Michael S. Op. cit., p. 474.

verdadeiro desde que as circunstâncias não se alterem, portanto, X ocorre e Y também ocorre. A locução “X foi suficiente nas circunstâncias para Y” será equivalente a “dadas as circunstâncias, se X ocorreu, Y também ocorreu”, desde que as circunstâncias referidas sejam as atuais, o que será automaticamente verdadeiro em toda sequência em que X e Y efetivamente tenham ocorrido. De tal sorte, suficiência nas circunstâncias não tem utilidade para o propósito de descobrir o aspecto distintivo de sequências causais, na medida em que toda causa é suficiente nas circunstâncias para o seu efeito, assim como também o são muitas “não-causas” para eventos que não decorrem delas. Esse é o que Mackie chama de sentido fraco de suficiência nas circunstâncias. Porém, seria possível encontrar um sentido forte, contrafático, que não fosse aplicável ao antecedente em toda sequência real? Isso consistiria em que, dadas as circunstâncias, se Y não tivesse ocorrido, X também não teria ocorrido. Afirma Mackie que esse é um sentido possível e o que nós reconhecemos como causas é, em geral, suficiente nas circunstâncias nesse sentido forte assim como no sentido fraco.[313]

Assentadas essas noções, Mackie propõe um exemplo com três diferentes tipos de máquinas automáticas (K, L e M) que fornecem barras de chocolate. A máquina K é determinística. Ela nem sempre fornece uma barra de chocolate quando uma moeda é nela introduzida, mas se isso ocorre é devido a algum defeito suscetível de ser descoberto ou a uma interferência com o mecanismo. Ela pode, ainda, ser induzida a fornecer uma barra de chocolate mesmo sem a introdução de uma moeda, como, por exemplo, pela inserção de algum objeto parecido com uma moeda ou de pedaços de fios. Inserir uma moeda não é nem absolutamente necessário nem absolutamente suficiente para o fornecimento de uma barra de chocolate, mas é normal, nas circunstâncias, que a inserção da moeda seja necessária e suficiente. L, por outro lado, é uma máquina “indeterminística”. Ela não irá, em circunstâncias normais, fornecer uma barra de chocolate a menos que uma moeda seja inserida, mas ela pode deixar de fornecer a barra de chocolate mesmo após ser inserida uma moeda. Essa falha é uma questão de pura sorte e, ao contrário da falha de K, não é suscetível de explicação nem mesmo em tese, embora ela possa ser submetida a uma explicação estatística. Relativamente a L, em circunstâncias normais, colocar uma moeda é necessário, mas não suficiente para o fornecimento de uma barra de

---

[313] MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 39-40.

chocolate. M é outra máquina “indeterminística”, mas seus caprichos são opostos aos de L. M, em circunstâncias ordinárias, fornece uma barra de chocolate quando uma moeda é nela introduzida, mas, ocasionalmente, sem razão, o mecanismo começa a operar mesmo que nenhuma moeda tenha sido inserida e uma barra de chocolate é liberada. Com M, em circunstâncias normais, colocar uma moeda é suficiente, mas não necessário, para o surgimento de uma barra de chocolate.[314]

Da análise do modo de funcionamento dessas máquinas, extrai Mackie a conclusão de que a expressão “X causou Y” implica que “X foi necessário nas circunstâncias para Y” e, portanto, “X foi suficiente nas circunstâncias para Y” no sentido fraco, mas não no sentido forte e contrafático.[315]

Outro ponto digno de registro é a rejeição de Mackie à possibilidade de equiparação (por analogia formal) entre uma consequência causal e uma consequência lógica, pois se Q é uma consequência lógica de P, então P é logicamente suficiente para Q. Se, dado R, Q é uma consequência lógica de P, então, dado R, P é logicamente suficiente para Q, raciocínio que, como vimos, não se aplica às causas, já que Q pode ser uma consequência causal de P sem que P seja causalmente suficiente para Q mesmo nas circunstâncias.[316]

Em seguida, dedica-se Mackie ao estudo das regularidades causais. Ele sustenta que uma análise inicial de nossos conceitos causais ordinários pode ser oferecida em termos de certas assertivas condicionais, especialmente certas assertivas contrafáticas. Ao afirmarmos que sequências singulares são causais, nós estamos falando – afirma Mackie –, em parte, não apenas sobre o que ocorreu, mas também sobre o que poderia ou não ocorrer se as coisas tivessem sido diferentes, o que é reforçado sobretudo quando dispomos de razões indutivas que vão além da observação. [317]

A preocupação de Mackie, aqui, é saber até que ponto uma teoria da regularidade consegue explicar a causalidade como ela existe no mundo fenomênico. Para isso, é imprescindível analisar de forma mais acurada as formas de regularidade

---

[314] MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 40-41.

[315] Ibidem, p. 43.

[316] Ibidem, p. 48. Essa argumentação é o primeiro passo decisivo para que não seja acolhida a proposta de Edmund Mezger (Op. cit., p. 109) de considerar que a relação de causalidade possui natureza lógica.

[317] MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 59-60.

que podem ser consideradas como parte ou como todo da causalidade nos objetos. Contribuição decisiva para a investigação desse tema foi dada por John Stuart Mill, que, na ótica de Mackie, foi um grande aprimoramento das considerações de Hume. Para Mill, é raro que subsista uma sequência invariável entre uma consequência e um antecedente singular. O comum, ainda segundo Mill, é que haja um conjunto de antecedentes e a concorrência de todos eles é requisito para a produção da consequência.[318]

Em outras palavras, pode ser dito que há certos fatores – isto é, tipos de evento ou situação – os quais nós podemos simbolizar como A, B, C, etc., e o efeito E ocorre quando se verifica alguma conjunção de fatores – digamos a conjunção de A e B e C, o que nós podemos simbolizar como ABC – mas não quando somente alguns desses fatores estão presentes. Todo ABC é seguido por E, mas isso não ocorre no caso de que todo AB é seguido por E, e assim por diante. Mackie acolhe a lição de Mill no sentido de que não é verdadeiro que um efeito deva estar conectado com somente uma causa e que cada fenômeno possa ser produzido somente de uma forma. Há, geralmente, vários modos independentes de produzir o mesmo fenômeno. Significa isso dizer que não somente "todo ABC é seguido por E", mas também que "todo DGH é seguido por E". Afirma Mackie que a conjunção dessas duas proposições é equivalente a "todo (ABC ou DGH) é seguido por E". Uma pluralidade de causas é equivalente a um antecedente disjuntivo, assim como um conjunto de condições é equivalente a um antecedente conjuntivo: permitindo ambos, nós temos uma disjunção de conjunções.[319]

Prossegue Mackie com a seguinte suposição: imaginemos que exista um número finito de conjunto de condições que produzem E, digamos ABC, DGH e JKL. Pode ser que o evento E ocorra somente quando pelo menos uma dessas conjunções tenha acabado de ocorrer. Assim, todo E é precedido por (ABC ou DGH ou JKL). Na discussão dessas formas de regularidade, é conveniente – afirma Mackie – usar os termos "condição necessária" e "condição suficiente" em sentidos diferentes daqueles acima referidos, embora com eles relacionados. Ali, uma condição necessária, por exemplo, estava relacionada a uma assertiva condicional contrafática. "X foi uma

---

318 MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 60. A obra de Mill citada por Mackie é **System of Logic**. Book III, Ch. 5, Sect. 3.

319 MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 61.

condição necessária para Y" significava que "se X não tivesse ocorrido, Y também não o teria", em que X e Y representavam eventos particulares. Agora, Mackie usa as letras para representar tipos de evento ou situação, e "X é uma condição necessária para Y" significará que quando um evento do tipo Y ocorre, um evento do tipo X também ocorre, e "X é condição suficiente para Y" significará que quando um evento do tipo X ocorre, também tem lugar um evento do tipo Y.[320]

Desse modo, na fórmula acima mencionada, ABC ou DGH ou JKL representam uma condição que é tanto necessária quanto suficiente para o evento E. Cada conjunção, como ABC, representa uma condição que é suficiente mas não necessária para E. Além disso, ABC é uma condição minimamente suficiente: nenhum dos seus conjuntos é redundante: nenhuma parte dela, como AB, é, por si só, suficiente para E. Porém, cada fator individualmente considerado, como A, não é nem uma condição necessária nem uma condição suficiente. Contudo, ele está claramente relacionado a E de uma forma importante: "é uma parte necessária, mas não suficiente de uma condição suficiente, mas não necessária" ("***i**nsufficient but **n**on-redundant part of an **u**nnecessary but **s**ufficient condition"*).[321] O nome INUS, portanto, é um acrônimo formado a partir das letras destacadas.[322]

A teoria da condição INUS é uma tentativa de compreender e descrever, com mais exatidão, a causalidade em sua dimensão fenomênica. Em vez de simplesmente afirmar que causa é condição necessária, isto é, condição sem a qual o resultado não teria ocorrido (como o faz a teoria da equivalência), Mackie procurou aprofundar a compreensão daquilo que ordinariamente queremos dizer quando afirmamos que um antecedente é causa de um resultado. Como visto, ele constatou que as noções de necessidade e suficiência são inerentes à explicação causal dos fenômenos. Contudo, era imprescindível identificar se a causalidade resultava da conjugação dessas noções ou se, pelo contrário, se satisfazia com apenas uma delas

---

320 MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 61-62.

321 Ibidem, p. 62.

322 A teoria NESS vale-se de raciocínio análogo para afirmar que causa é o elemento necessário de um conjunto suficiente (*necessary element of a sufficient set*). Nas palavras de Richard W. Wright: "*a particular condition was a cause of (contributed to) a specific result if and only if it was a necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the result."* Tradução livre: "uma condição particular foi uma causa de (contribuiu para) um resultado específico se e somente se ela foi um elemento necessário de um conjunto de condições antecedentes atuais que foi suficiente para a ocorrência do resultado." Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying concepts. **Iowa Law Review.** Op. cit., p. 1.019.

e, nesta hipótese, com qual. A ideia de necessidade, de que se vale a teoria da equivalência, não se mostrou apta para, sozinha, abarcar tudo quanto podemos nos referir quando afirmamos que um evento é causa de outro. Há situações – como os casos de causalidade múltipla (ou de supradeterminação, como prefere a doutrina anglo-saxã) – em que um antecedente deve ser considerado causa mesmo quando, sem ele, o resultado teria ocorrido.[323] Da mesma forma, a ideia de suficiência não parece dar conta de, por si só, abarcar todo o âmbito significativo compreendido pelo vocábulo causalidade. Mackie procurou coordenar essas ideias e chegou ao resultado de que causa deve ser compreendida como a componente necessária de uma condição suficiente.

É importante ter em mente que Mackie não exige uma regra geral de causalidade para que possa ser respondida a pergunta de se uma ação é uma condição INUS de um resultado.[324] Veremos, na sequência, que Puppe diverge de Mackie nesse aspecto.

Apesar de Mackie não ter procurado elaborar um conceito jurídico de causa nem ter tentado resolver problemas da causalidade no âmbito do Direito Penal, seu pensamento teve grande repercussão na dogmática penal. Vários autores[325] aderiram

---

323 Nesse sentido: MOORE, Michael S. Op. cit., p. 486, que sustenta, com razão, que, historicamente, o motivo por que a suficiência nômica (teoria da condição INUS) é preferida em relação à dependência contrafática (teoria da *conditio sine qua non*) como teoria da causalidade é a superior habilidade daquela para lidar com casos de supradeterminação simetricamente concorrente, em que cada um dos antecedentes teria sido suficiente, nas circunstâncias, para causar o resultado, mas, reunidos, causaram um resultado lesivo indivisível. Esses casos, prossegue Moore, apresentam problemas intransponíveis para a teoria contrafática, ao passo que são manejados facilmente pela teoria da suficiência nômica: cada antecedente pode ser um elemento necessário de um conjunto de condições suficientes para o resultado lesivo.

324 PUPPE, Ingeborg. Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**. Op. cit., p. 556-557.

325 Dentre outros, podem ser mencionados: PUPPE, Ingeborg. **Strafrecht.** Op. cit.; Idem. Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit.; Idem. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. Op. cit.; KUHLEN, Lothar. Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung. **Juristenzeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1994, p. 1.146; VOGEL, Joachim. **Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten.** Op. cit., p. 148 e ss.; KINDHÄUSER, Urs. Kausalanalyse und Handlungszuschreibung. Op. cit., p. 486; CASTAÑÓN, José Manuel Paredes; MONTAÑÉS, Teresa Rodrigues. **El caso de la colza**: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 86, n. r. nº 136. Em seus últimos escritos, Kindhäuser tem defendido a teoria da *conditio sine qua non*: KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht.** Op. cit., p. 80; Idem. Zurechnung bei alternativer Kausalität. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht.** Heidelberg: R. v. Decker, 2012, p. 134 e ss.

aos seus postulados e passaram a empregar o raciocínio da condição INUS para a constatação da relação de causalidade.

4.6.2 Objeções

A teoria da condição INUS, no entanto, não permaneceu imune a críticas.

Uma primeira objeção dirigida à teoria em análise diz respeito à sua dificuldade de aplicação. Luís Greco, por exemplo, afirma que ela é "tão elegante quanto difícil", o que explicaria, ao menos em parte, porque a teoria da condição INUS não é adequadamente tratada na discussão dogmática. Para Greco, a dificuldade de uma teoria não é, por si só, uma objeção contra ela. Porém, se existirem alternativas mais simples, capazes de chegar ao mesmo resultado e que, além disso, ofereçam outras vantagens, então não se pode mais afirmar que a rejeição da teoria mais difícil seja mera "comodidade".[326]

Erich Samson não se convenceu das qualidades da teoria em exame. Em sua ótica, a teoria em questão não é outra coisa senão a antiga e digna de crédito fórmula da *conditio,* que foi revestida de um jogo de palavras atrativo e em certa medida aceitável. Samson inicia suas considerações críticas mediante uma análise dos elementos que integram a fórmula INUS. Ele reputa a locução *condição não necessária* uma declaração trivial e supérflua, pois a assertiva de que uma casa também pode ser incendiada de outros modos além da conjugação de cigarro acesso, material inflamável e combustível nada contribui para a elucidação da relação de causalidade no caso concreto.[327]

Ademais, a descrição do campo causal como *condição suficiente* é objeto de divergência interpretativa, pois Kindhäuser é da opinião de que o campo causal

---

[326] GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 686. A proposta de Greco no estudo citado consiste na adoção da teoria da equivalência conjugada com a coautoria em crimes culposos como alternativa para a imputação nos crimes omissivos, tema que será objeto do próximo capítulo. Para um contraponto, v. PUPPE, Ingeborg. Wider die fahrlässige Mittäterschaft. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht.** Heidelberg: R. v. Decker, 2004, p. 128-146.

[327] SAMSON, Erich. Condición-INUS y concepto causal jurídico-penal. Trad. Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. Op. cit., p. 439-440.

deve ser suficiente em concreto, ao passo que Puppe defende a suficiência da condição em geral. Essa divergência de interpretação tem relevância para a solução de casos de causalidade intermediada psiquicamente.[328] Se é possível afirmar que a conduta de A, ao oferecer pagamento de quantia em dinheiro a T para que este mate X, representa, em concreto, uma condição suficiente para a morte da vítima, não é possível fazer esse raciocínio de forma abstrata, já que, para isso, teria de ser possível demonstrar que sempre que A atuasse sobre T dessa forma, T também decidiria cometer o fato. Pressuposto o indeterminismo na decisão de T, essa comprovação não pode ser certa. A partir disso, sustenta Samson que Puppe extrai a consequência de que, no âmbito da causalidade intermediada psiquicamente, não é possível falar realmente de causalidade no sentido de uma condição suficiente.[329]

Ainda segundo Samson, a teoria INUS peca ao considerar que a circunstância particular a ser analisada do ponto de vista causal tem de ser primeiramente a parte não suficiente do campo causal. Para ele, com essa qualificação, novamente não se expressa uma definição, mas uma perspectiva filosófica geral, que consiste outra vez no conhecimento trivial de que a parte de uma causa não constitui nunca por si só uma razão suficiente para que se produza o resultado.[330]

Por fim, examina Samson a proposta de Mackie de considerar que a essência causal de uma circunstância tem de ser uma parte não supérflua da causa total. Afirma Samson que somente aqui há um elemento não trivial no conceito de causa da teoria INUS. Contudo, seu conteúdo declarativo nada mais é do que a declaração da fórmula da *conditio sine qua non,* pois uma circunstância não é supérflua quando, sem ela, o resultado não teria ocorrido. Conclui Samson que o procedimento proposto por Mackie é completamente idêntico ao procedimento hipotético de eliminação da fórmula da *conditio sine qua non.*[331]

---

328 Sobre o tema, v. ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. Trad. Augusto Assis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 100, v. 21, jan-fev/2013. p. 253-286. A causalidade intermediada psiquicamente envolve, basicamente, o problema de como constatar e fundamentar a relação de causalidade nas situações em que uma pessoa persuade outra pessoa a cometer determinado crime.

329 SAMSON, Erich. Condición-INUS y concepto causal jurídico-penal. Op. cit., p. 440-441.

330 Ibidem, p. 442.

331 Ibidem, p. 443 e 445.

4.6.3 Avaliação crítica

Equivoca-se Samson quando afirma que a teoria da condição INUS é idêntica à teoria da equivalência. As fórmulas das teorias em questão são significativamente distintas. A teoria da condição, como visto, vale-se de um procedimento mental que não opera no plano da realidade, mas no abstrato, contrafático, já que ela não capta a relação causal diretamente no plano fenomênico. Em vez disso, procura saber se o resultado teria ocorrido sem o antecedente investigado. A teoria INUS, diferentemente, não trabalha com um procedimento condicional contrafático. Ela volta sua atenção para a realidade, para a relação entre os eventos investigados e busca superar as deficiências da teoria da condição. Foi visto que Mackie analisou o conceito de condição necessária e concluiu que ele é insuficiente para explicar a relação de causalidade entre eventos com todas as suas nuances. Mackie procurou, então, lapidar essa noção de causa como condição necessária e conjugou essa ideia com a de condição suficiente até chegar a um conceito que superasse as objeções lógicas que são comumente dirigidas à teoria da equivalência dos antecedentes causais, sobretudo em casos de causalidade múltipla. A proposta de Mackie escapa, com sucesso, dos defeitos lógicos em que incorre a teoria da equivalência.

A distinção entre os conceitos não é, como afirmou Samson, um mero jogo de palavras. Há uma diferença de fundo, pois causa, para Mackie, não é uma simples condição necessária do resultado. Logo, a definição da teoria INUS não pode ser equiparada à fórmula da teoria da equivalência.

Luís Greco, defensor da teoria da equivalência, é da mesma opinião. Ele afirma que "não é correta a afirmação de que a teoria INUS não se distingue da fórmula tradicional da teoria da *conditio sine qua non*". Além do argumento relativo à diferença dos planos em que operam as fórmulas das teorias, Greco acrescenta outro: "a fórmula da *conditio sine qua non* não pressupõe nenhuma lei causal geral, mas, pelo contrário, serve para que nós possamos afirmar relações de causalidade também quando não dispomos de tais leis."[332]

---

[332] GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 685: *„Insbesondere ist die Behauptung falsch, die Lehre unterscheide sich nicht von der herkömmlichen conditio-sine-qua-non-Formel, […]. […] setzt die conditio-sine-qua-non-Formel*

Por outro lado, a crítica quanto à dificuldade da teoria da condição INUS tem sua razão de ser. A aplicação da fórmula proposta por Mackie é, de fato, mais complexa do que a do procedimento hipotético de eliminação da teoria da equivalência. A facilidade de emprego da fórmula da teoria da *conditio sine qua non* é apontada como a principal razão para a sua enorme acolhida tanto na doutrina quanto nos Tribunais. De outro lado, aferir se uma conduta pode ser considerada componente mínima necessária de uma condição suficiente não é algo tão simples quanto perguntar se o resultado teria ocorrido sem a conduta. Todavia, a dificuldade de uma teoria não pode ser o fator decisivo para a sua aceitação ou rejeição. Em nosso modo de ver, a dificuldade deve ficar relegada a um segundo plano, já que é mais importante saber se a teoria é, em si, correta e, caso positivo, se chega a melhores resultados do que as teorias rivais.

Nessa linha de raciocínio, pensamos que a teoria INUS, a despeito de ser de manejo mais difícil do que a fórmula da teoria da condição, descreve a relação de causalidade de modo logicamente correto (o que não se pode dizer da teoria da *conditio sine qua non*) e chega a resultados mais satisfatórios do que a teoria dominante.[333]

Joachim Vogel propõe o seguinte exemplo: se A atira contra o coração da vítima V e, concomitantemente, B dispara contra o cérebro de V, ambos comportamentos constituem componentes necessárias de uma condição mínima suficiente para a morte de V, de modo que existem, portanto, duas causas.[334] Ao mesmo resultado não consegue chegar a teoria da equivalência com o seu procedimento hipotético de eliminação, na medida em que, eliminada mentalmente a conduta de A, subsiste a conduta de B a provocar o resultado morte, de modo que a conduta de A não seria considerada causa. Torna-se indispensável, aqui, lançar mão do método da eliminação global do resultado, de difícil harmonização com os postulados da teoria da equivalência.

---

gerade kein Kausalgesetz voraus, sondern soll vielmehr Kausalzusammenhänge auch dort bejahen können, wo wir über solche Gesetze nicht verfügen.“

333 Quanto às falhas lógicas da teoria da equivalência, v. itens 4.1.3 e 4.1.5. Próximos, José Manuel Paredes Castañón e Teresa Rodrigues Montañés (Op. cit., p. 86, nota de rodapé nº 136) afirmam que a teoria INUS é, entre as teorias da causalidade, provavelmente a mais exata e completa, por estar em consonância com o conceito que se maneja geralmente na teoria da ciência.

334 VOGEL, Joachim. Op. cit., p. 150.

Outra vantagem da teoria da condição INUS é a sua aplicabilidade a casos de decisões colegiadas com aptidão para alcançar resultados corretos, o que não se verifica com a teoria da *conditio sine qua non.*

O caso do *spray* para couro, julgado pelo *BGH* em 6 de julho de 1990, ilustra bem essa problemática. Na ocasião, foi examinada a responsabilidade de dirigentes de sociedades empresariais alemãs pela produção e colocação no mercado de consumo de produtos para sapatos e artigos de couro. Segundo consta do acórdão, a partir do final do outono de 1980, aportaram nas sociedades em questão reclamações de consumidores de que, após o uso dos produtos, passaram a ter dificuldades respiratórias, tosses, náuseas, febres, calafrios e edemas pulmonares. As reclamações ensejaram investigações internas, que não constataram erros de fabricação dos produtos, apenas que, em um *spray*, a partir de meados de 1980, foi elevada a concentração de óleo de silicone. Foram feitas alterações na fórmula e os produtos continuaram a ser comercializados. Como as reclamações continuaram, foram consultados toxicólogos, químicos e um médico, sem que tenha sido esclarecida a origem dos problemas. Em maio de 1981, foi realizada uma reunião especial dos dirigentes das sociedades para tratar das lesões aos consumidores, oportunidade em que foi exposta a situação e esclarecido que as investigações até então realizadas não haviam identificado nenhum componente tóxico dos produtos e, por conseguinte, não foi constatada a periculosidade dos produtos, motivo por que não havia razão para um *recall* desses produtos. Ainda na ocasião, foi proposta a contratação de uma instituição externa para investigar o problema e a realização de alertas sobre a dose de utilização do *spray*, o que foi aceito pelos dirigentes. Foi decidido por unanimidade que a interrupção das vendas, um *recall* ou alertas publicitários somente seriam realizados em caso de constatação de erro de fabricação ou de comprovado risco para os consumidores. As reclamações dos consumidores prosseguiram e as investigações ulteriores não detectaram um componente determinado como causador dos danos. Em setembro de 1983, as sociedades foram alvo de intervenções por parte dos órgãos alemães de proteção à saúde, que interromperam as vendas e retiraram os produtos do mercado. [335]

---

[335] ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN STRAFSACHEN – BGHST. 37. Band. Köln-Berlin: Carl Heymanns, 1992, p. 106-135.

O *BGH* confirmou a condenação dos dirigentes por crimes de lesões corporais culposas e perigosas. Entendeu o Tribunal Federativo alemão que a relação de causalidade entre a qualidade de um produto e os danos à saúde de seus consumidores pode ser corretamente constatada mesmo quando não resta esclarecida qual substância provocou os danos, mas são descartadas outras substâncias que poderiam ter causado os danos em questão. Além disso, decidiu-se que, se a colocação de produtos no mercado de consumo por fabricantes e distribuidores gerar perigo de danos à saúde dos consumidores, os fornecedores tornam-se garantidores do impedimento dos danos, o que enseja o dever de retirar os produtos do mercado. Se os dirigentes da sociedade decidem, por unanimidade, não realizar a retirada devida do produto, eles respondem pelas consequências danosas a título de coautores omissivos. No que interessa mais de perto à causalidade, afirmou o *BGH* que cada dirigente, que, apesar de sua competência concorrente, omite dar a sua contribuição para a devida decisão de retirada do produto, estabelece uma causa para que a medida não ocorra, o que fundamenta a sua responsabilidade.[336]

Esse caso suscitou várias controvérsias e ensejou inúmeros trabalhos acadêmicos. Contudo, interessa-nos aqui apenas aproveitar as contribuições advindas do debate sobre a relação de causalidade no âmbito de decisões colegiadas para comparar a aplicação das teorias da *conditio sine qua non* e da condição INUS.

Foi visto que, para a primeira teoria, causa é a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Com base nesse enunciado, cada um dos dirigentes das sociedades empresariais no processo do *spray* para couro poderia pleitear sua absolvição sob o argumento de que, mesmo sem sua conduta, o resultado teria ocorrido, já que a deliberação para manter a produção e a colocação dos produtos no mercado foi tomada à unanimidade de votos. A aplicação do procedimento hipotético de eliminação conduziria à absolvição de todos os dirigentes pela ausência de nexo de causalidade entre a conduta de cada um deles e os resultados à saúde dos consumidores, o que seria inaceitável.[337]

---

[336] ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN STRAFSACHEN. Op. cit., p. 106-107.

[337] O *BGH* chegou a idêntica conclusão, sem mencionar, no entanto, a aplicação da teoria da equivalência (Op. cit., p. 132). Com a mesma avaliação: KUHLEN, Lothar. Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung. **Juristenzeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1994, p. 1.146. A possível resposta que os defensores da teoria da equivalência dariam (não deve ser considerada a conduta de cada dirigente de forma isolada, mas conjunta) é uma solução *ad hoc* insuscetível de ser deduzida a partir dos postulados da teoria. V. itens 4.1.3 e 4.1.5.

O *BGH,* que tradicionalmente adota a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ficou em situação difícil para decidir esse caso sem romper com a sua jurisprudência. Como a aplicação da teoria da *conditio sine qua non* a esse caso conduziria à absolvição de todos os acusados, já que os votos individualmente considerados não foram condições necessárias do resultado, o *BGH* recorreu a um expediente pouco convencional. Afirmou a causalidade de todos os votos considerados de forma conjunta e, na sequência, fundamentou a imputação do resultado com base na coautoria dos dirigentes (apesar de parte da acusação versar sobre crime culposo). Por fim, assentou a relação de causalidade entre a deliberação de não retirar os produtos do mercado e os resultados lesivos aos consumidores. Assim, a conduta conjunta dos dirigentes poderia ser vista como uma condição necessária para a ocorrência dos resultados danosos. Esse raciocínio foi criticado, dentre outros motivos, porque a coautoria é que pressupõe a causalidade da contribuição dos agentes e não o contrário.[338]

A teoria da condição INUS, por outro lado, oferece solução muito mais satisfatória. O voto de cada dirigente deve ser considerado componente necessário de uma condição suficiente (maioria de votos) para a decisão colegiada.

Além das vantagens já mencionadas (descrever de modo logicamente correto a relação de causalidade e aptidão para ser aplicada a casos de causalidade múltipla, inclusive os relativos a decisões colegiadas), a teoria da condição INUS dispensa critérios corretivos adicionais.[339] O procedimento para constatação do nexo causal proposto por Mackie tem aptidão para ser empregado em diferentes hipóteses fáticas sem que demande correções adicionais para resolver incompatibilidades ou contornar resultados indesejados. A fórmula ora analisada não trabalha com soluções casuísticas que se afastam dos fundamentos da teoria.

Outro ponto digno de registro é a consonância da teoria da condição INUS com a teoria da ciência. Seu emprego no campo do Direito Penal não conflita com o conhecimento científico; pelo contrário, vai ao seu encontro. A teoria em questão não se afasta das contribuições científicas dos vários ramos do conhecimento para estabelecer um desnecessário conceito jurídico próprio de causa. Ela respeita a

---

338 PUPPE, Ingeborg. **Strafrecht.** Op. cit., p. 32; Idem. Anmerkung zu BGH, Urteil von 6.7.1990. **Juristische Rundschau**. Op. cit., p. 32; Idem. Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**. Op. cit., p. 561.

339 PUPPE, Ingeborg. **Strafrecht**. Op. cit., p. 47.

natureza da causalidade como fenômeno fático (e não apenas jurídico) e amplia de forma salutar os horizontes do Direito ao potencializar a sua interlocução com outros âmbitos do conhecimento.

4.7 A proposta de Ingeborg Puppe

4.7.1 Considerações iniciais

Para concluir a exposição das principais teorias sobre a relação de causalidade, não poderia deixar de ser abordado o pensamento de Ingeborg Puppe, talvez a penalista que mais se dedicou ao estudo do tema. Seu primeiro escrito a esse respeito data de 1980 [340] e, desde então, ela vem procurando aperfeiçoar e desenvolver as ideias nele contidas.

De forma coerente com o contexto histórico de surgimento da teoria da imputação objetiva do resultado e com a sua função jurídico-penal, salienta Puppe, inicialmente, a necessidade de proceder-se à separação entre a análise fática da causalidade e a valoração inerente à imputação objetiva do resultado. Para ela, a relação de causalidade, compreendida como vínculo fático entre ação e resultado, fundamenta a imputação objetiva do resultado, de modo que os requisitos da imputação objetiva nada mais são do que especificações da relação de causalidade.[341] Em sua concepção – a exemplo de Honig e Roxin, dentre outros –, a causalidade é pressuposto da imputação objetiva do resultado.[342]

---

340 PUPPE, Ingeborg. Der Erfolg und seine kausale Erklärung. **ZStW,** 92, 1980. O texto foi traduzido por Marcelo Lerman e Marcelo Sancinetti para o espanhol e publicado na coletânea **Causalidad, riesgo e imputación:** 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva e subjetiva. Op. cit., p. 245-298.

341 PUPPE, Ingeborg. **Die Erfolgszurechnung im Strafrecht**: dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 30.

342 Idem. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 495.

4.7.2 A revisão de uma categoria fundamental para a causalidade e para a imputação: o conceito de resultado penalmente relevante

As preocupações de Puppe vão além de compreender o vínculo entre conduta e resultado. Ela percebe que, em impressionante oposição aos esforços mais que centenários da dogmática penal de desenvolver uma teoria da ação, tem sido completamente esquecida a teoria do resultado.[343] Esse esquecimento teve como consequência a elaboração de um impreciso conceito de resultado, insuscetível de cumprir a sua função dogmática.

Para a doutrina dominante, não é problemática a determinação do resultado típico porquanto ele deve ser compreendido em sua feição completamente concreta.[344] Com isso em vista, Engisch pretendeu resolver o problema da causalidade da conduta de um artista que pinta um vaso em relação à sua posterior destruição por terceira pessoa. Engisch nega o vínculo causal sob o argumento de que o fato de que o vaso estava pintado não integra a realização do resultado concreto do crime de dano. Nas suas palavras: "o dano de uma coisa consuma-se com a destruição do vaso que ocorre *hic et nunc,* estejam as peças pintadas ou não."[345] Contudo, questiona Puppe como conciliar a teoria do resultado em sua forma completamente concreta com o fato de que o vaso estava pintado. Da mesma forma, deveria integrar o resultado concreto de um homicídio o dado de que a vítima foi atingida lateralmente na cabeça, de modo que aquele que, mediante um chamado, ocasionou o giro da cabeça da vítima, deveria ser considerado causador do resultado homicídio em sua forma completamente concreta.[346]

Puppe não se contenta com essa definição, já que ela não esclarece o que pertence à forma concreta do resultado. Com razão, sustenta ela que "enquanto nós

---

343 PUPPE, Ingeborg. Der Erfolgsbegriff im Strafrecht (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 489.

344 Idem. Der Erfolgsbegriff im Strafrecht (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 489; Idem. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 253-254; Idem. **Strafrecht**. Op. cit., p. 21.

345 ENGISCH, Karl. La causalidad como elemento de los tipos penales. Op. cit., p. 36.

346 PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 256.

não estabelecermos regras gerais para identificar o que pertence a um resultado penalmente relevante em sua forma concreta e o que não, nós podemos incluir qualquer fato na descrição do resultado [...].”[347] Para ilustrar esse ponto de vista, Luís Greco menciona o seguinte exemplo: “aquele que arrasta um moribundo cinco metros será causador do resultado ‘morte em lugar X’”.[348] Não é difícil, pois, perceber a indesejável amplitude e indeterminação da proposta de considerar o resultado em sua feição completamente concreta.

A doutrina dominante, contudo, contorna as consequências problemáticas dessa concepção de resultado no plano da imputação, o que não é correto.[349] Conquanto seja possível defender que a conduta de arrastar um moribundo cinco metros adiante não configura criação nem incremento de um risco juridicamente desaprovado, o que excluiria a imputação objetiva do resultado,[350] o problema pode ser equacionado previamente ao plano da imputação. Se o conceito analítico de fato punível é estruturado a partir da ordenação lógica de suas categorias integrantes e se somente se passa ao exame da categoria ulterior quando preenchido o requisito anterior, então, no exemplo em análise, o problema pode ser resolvido no plano do resultado típico, que antecede o exame da imputação objetiva. É intuitivo que a simples conduta de arrastar uma pessoa moribunda cinco metros adiante não configura o resultado típico do crime de homicídio, pois, nas palavras de Greco, “é [...] irrelevante o lugar em que se encontrava a vítima carregada pelo autor ao liberar seu último suspiro”.[351] Assim, por um imperativo de racionalidade decorrente da estruturação lógica dos requisitos do conceito analítico de crime e da economia metodológica que essa estruturação proporciona, não deve ser analisado se essa conduta criou um risco juridicamente desaprovado para o resultado morte. Antes

---

347 PUPPE, Ingeborg. **Strafrecht.** Op. cit., p. 21: *„Solange wir keine allgemeinen Regeln dafür aufstellen, was zu einem strafrechtlich relevanten Erfolg in seiner konkreten Gestalt gehört und was nicht, können wir jede beliebige Tatsache in die Erfolgsbeschreibung einfügen […].“* Idem. Der Erfolgsbegriff im Strafrecht (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 491. O caráter manipulável dessa definição de resultado foi afirmado, também, por Themistoklis Sofos (Op. cit., p. 73).

348 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 145.

349 Com a mesma avaliação: GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 145; FRISTER, Helmut. **Strafrecht.** Op. cit., p. 99.

350 ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Op. cit., p. 377.

351 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 146.

disso, deve-se concluir que um evento penalmente irrelevante não satisfaz as exigências do conceito de resultado típico.[352]

Se Frisch limita o alcance da imputação objetiva com a reformulação do conceito de conduta típica, Puppe o faz com a apresentação de um conceito de resultado capaz de afastar da explicação causal eventos penalmente irrelevantes. Para ela, o resultado é a *modificação prejudicial de um determinado objeto protegido pelo Direito*.[353]

Aplicado esse conceito ao caso do dano do vaso, Puppe argumenta que o resultado consiste em que uma coisa (o vaso) foi destruída. O fato de que o vaso estava pintado não integra a modificação típica da situação que se descreve com a destruição de uma coisa. A pintura do vaso poderia aumentar o seu valor e isso pode influir na aplicação da pena. Assim, o pintor do vaso não pode ser considerado cocausador do dano concreto à coisa, ainda que tenha estabelecido uma condição para uma circunstância relevante para a aplicação da pena. Ensina Puppe, portanto, que todo tipo objetivo pode dividir-se em situação inicial pressuposta e sua modificação prejudicial. Esta última é o resultado típico que deve ser explicado causalmente.[354]

Esse conceito de resultado apresenta vários aspectos positivos.

O primeiro deles consiste na demarcação mais precisa dos confins da análise jurídico-penal da causalidade. Somente interessa, no âmbito do Direito Penal, perquirir a existência de conexão fática entre condutas e resultados penalmente relevantes.

---

352 A desconsideração das funções ínsitas de categorias integrantes do tipo penal tem ensejado, cada vez mais, a hipertrofia da imputação objetiva. Já em 1988, Frisch chamava atenção para isso (**Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 37). O magnetismo da imputação objetiva no sentido de atrair para si a solução dos problemas do tipo penal é curioso. Já nos referimos, por exemplo, à sintomática proposta de Wessels e Beulke (Op. cit., p. 59) de tratar as deficiências da teoria da equivalência dos antecedentes causais no plano da imputação. Além de ser questionável a viabilidade de considerações normativas resolverem incoerências lógicas, não fica claro o porquê de não serem resolvidos os problemas da causalidade no plano da própria causalidade.

353 PUPPE, Ingeborg. **Strafrecht.** Op. cit., p. 23; Idem. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 264; Idem. Der Erfolgsbegriff im Strafrecht (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 492. De acordo com esse conceito: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 99-100; SOFOS, Themistoklis. Op. cit., p. 94 e ss.

354 PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 265-266.

Como corolário desse primeiro aspecto, o conceito de resultado proposto por Puppe apresenta a vantagem de cumprir a sua função no conceito analítico de crime: separar os eventos irrelevantes daqueles que realmente interessam ao Direito Penal. Se a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade, então eventos que não envolvam modificações prejudiciais a bens jurídicos não devem ser objeto do Direito Penal.

Com isso, como anota Luís Greco, Puppe situa no plano do resultado a solução dos casos em que há diminuição do risco,[355] contrariamente ao que sustenta a doutrina majoritária, que resolve esses casos no âmbito da imputação objetiva. Via de consequência, Puppe reduz o campo da imputação objetiva – na contramão da tendência que se observa nos últimos anos – e simplifica o seu exame.

4.7.3 A determinação lógica da relação de causalidade: lineamentos gerais

Conceituado o resultado no âmbito do Direito Penal, Puppe volta sua atenção para o estudo da relação de causalidade, tema que ocupa o centro de suas investigações.

Pondera Puppe que o nexo causal é o primeiro pressuposto para a imputação do resultado ao agente, mas ele, por si só, não é suficiente para a imputação, na medida em que toda relação de causalidade pode retroceder no passado *ad infinitum.* Contudo, a infinitude das conexões causais não representa um problema para a imputação do resultado, porquanto apenas uma parte dessas conexões interessa ao Direito Penal, a qual começa com a conduta e termina com o resultado. No entanto, salienta Puppe que essa parte das conexões causais deve ser corretamente determinada do ponto de vista lógico e metódico.[356]

Ante as falhas da teoria da *conditio sine qua non*[357] e a sua dissonância com nossos juízos intuitivos sobre conexões causais, Puppe procura formular regras para estabelecer a causalidade de uma conduta em relação a um resultado

---

[355] GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Op. cit., p. 146.

[356] PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 495.

[357] Mencionadas acima nos itens 4.1.3 e 4.1.5.

penalmente relevante de tal modo que elas correspondam aos nossos juízos intuitivos. No exemplo do carrasco, mencionado por Engisch, afirma Puppe que reconhecemos intuitivamente que foi o pai da vítima o causador da morte do assassino e não o carrasco. Contudo, segundo a fórmula da teoria da *conditio sine qua non,* é difícil demonstrar isso, porque, sem a intervenção do pai, o carrasco teria produzido, talvez no mesmo instante e da mesma forma, a morte do assassino.[358]

Puppe retoma a teoria da condição adequada às leis naturais de Engisch e afirma que a simples referência à adequação de uma conduta a uma lei natural não é capaz de determinar logicamente qual relação de condicionalidade existe entre uma causa individual (*Einzelursache*) e a consequência. Para a professora emérita da Universidade de Bonn, uma condição pura e simples não existe: ou ela é necessária, ou suficiente ou parte de uma delas. Uma causa individual não pode ser considerada condição suficiente, porque somente o conjunto das causas (*Gesamtursache*) tem aptidão para provocar o evento. A causa também não pode ser uma condição necessária ante as críticas dirigidas à teoria da equivalência dos antecedentes causais. Desse modo, conclui Puppe que causa é, portanto, apenas uma *componente necessária de uma condição verdadeira e suficiente segundo leis empíricas gerais.*[359]

Explica Puppe que é a lei causal aplicável que determina o que é uma condição suficiente. Argumenta, ainda, que não tem sentido falar em condição suficiente com relação a um caso individual, já que essa expressão deve referir-se à proposição geral "sempre que, então". Além disso, a fim de que a expressão componente necessária dessa condição suficiente seja capaz de enunciar algo, a condição não pode conter dados supérfluos. Deve, portanto, tratar-se de uma componente necessária de uma condição suficiente e verdadeira segundo leis empíricas gerais.[360]

De acordo com a visão de Puppe, o que de fato vincula causa e consequência é apenas a lei causal, que é uma regra geral abstrata segundo a qual

---

358 PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 245-247.

359 Idem. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 507. No original: *„Eine Einzelursache ist also nur ein notwendiger Bestandteil einer nach allgemeinen empirischen Gesetzen hinreichenden und wahren Bedingung."* Idem. **Strafrecht.** Op. cit., p. 29. Idem. Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel. Op. cit., p. 555. Idem. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 283-284. Idem. Causalidad. Op. cit., p. 691.

360 Idem. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 507.

determinados tipos de eventos são suficientes ou necessários para a ocorrência de outros. Ensina Puppe que a aplicação de uma lei causal a um caso individual para pesquisa de suas causas e consequências corresponde logicamente à aplicação de uma lei jurídica, na medida em que deve haver a subsunção do caso individual à descrição abstrata da lei causal. Quando não dispomos de uma lei causal geral e estrita, não é razoável afirmar que um evento é uma condição (necessária ou suficiente) do outro.[361]

Como se pode perceber, o pensamento de Puppe tem grande afinidade com a teoria da condição INUS. No entanto, seu conceito de causa não é idêntico ao proposto por Mackie. Há, entre as referidas concepções, substancial diferença de perspectiva. Enquanto Puppe, ao conciliar a teoria da condição INUS com a teoria da condição conforme às leis naturais de Engisch, não prescinde da consideração de leis causais gerais para a explicação de um resultado concreto, Mackie argumenta que esse recurso é dispensável.[362] Assim, equivocam-se aqueles que sustentam a proposta de Puppe nada mais é do que o traslado da teoria INUS para o âmbito do Direito Penal.

Uma vez que se tenha claro que Puppe concilia as teorias da condição INUS e da condição conforme às leis naturais, fica mais fácil compreender a sua proposta.

Assim, para que seja examinada a relação de causalidade entre um evento concreto e um resultado determinado, deve ser aferido, inicialmente, se esse resultado é relevante para o Direito Penal. Caso não tenha havido uma modificação desfavorável para o bem jurídico, deve-se concluir que a conduta em exame é atípica.

Diante da constatação da existência de um resultado penalmente relevante, parte-se para a busca de uma lei causal geral capaz de estabelecer uma relação entre os eventos. Neste ponto, Puppe exige que a lei causal geral deva ser formulada com base em resultados comprováveis,[363] que não contenha referência a casos

---

[361] PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 496-497; Idem. „Naturgesetze“ vor Gericht. Op. cit., p. 1.149.

[362] Idem. Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel. Op. cit., p. 556-557; MACKIE, John Leslie. **The cement of the universe.** Op. cit., p. 77.

[363] PUPPE, Ingeborg. „Naturgesetze“ vor Gericht. Op. cit., p. 1.150.

individuais, que seja verdadeira e não contenha dados supérfluos.[364] Assim, poderíamos pensar no seguinte exemplo: sempre que uma pessoa ingere uma quantidade igual ou maior que X miligramas de estricnina, morre depois de decorrido o tempo Y.[365]

Estabelecida a lei causal geral, deve ser aferida a possibilidade de subsunção do caso concreto ao enunciado geral e abstrato. Caso possível, poder-se-á afirmar que a conduta examinada foi causa do resultado. No exemplo mencionado, se a esposa ministrou dose de estricnina superior a X miligramas ao seu marido e ele veio a falecer depois do tempo Y, a sua conduta deve ser considerada causa da morte de seu marido. Em outras palavras, ministrar dose superior a X miligramas de estricnina foi uma componente mínima, verdadeira e necessária de uma condição suficiente (envenenamento) para a produção do resultado (morte do marido).

4.7.4 Principais objeções

Como a proposta de Puppe concilia as teorias da condição conforme às leis e da condição INUS, as críticas dirigidas a essas teorias também podem ser endereçadas à sistematização de Puppe. Seria pouco proveitoso repetir, aqui, as críticas já abordadas quando do exame das teorias mencionadas. Em vez disso, é mais interessante trazer a lume as críticas que realmente colocam em xeque a proposta de Puppe e submetê-las a uma análise crítica.

A primeira crítica relevante à teoria em exame diz respeito à dificuldade de aplicação de seus postulados quando estamos diante de casos triviais, isto é, daqueles casos em que o exame da relação de causalidade não dá margem a dúvida, porquanto a existência de conexão entre conduta e resultado é intuitiva. Luís Greco menciona o exemplo da compra de um bilhete para o ganho na loteria. Ninguém

---

[364] PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 498.

[365] Idem. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 260.

duvida que a conduta de comprar o bilhete é causa do resultado ganhar na loteria.[366] Para os críticos da teoria em análise, a consideração da causalidade, nesse exemplo, não é simples porque demandaria o conhecimento de uma lei geral sobre a causalidade para o ganho em loterias.

A crítica, como vimos, tem sua razão de ser. De fato, a dispensa de uma lei geral da causalidade pela teoria da *conditio sine qua non* torna a aplicação de seu procedimento hipotético de eliminação mais simples do que a proposta de Puppe. É inegável que analisar a causalidade com base na teoria da *conditio sine qua non* é mais fácil do que com fundamento na teoria da condição mínima.

No entanto, a dificuldade de aplicação de uma teoria, por si só, não é objeção capaz de conduzir à sua recusa. Como dito, mais relevante do que a sua dificuldade de aplicação é saber se ela é coerente e se permite chegar a resultados mais corretos ou precisos do que as teorias rivais.

Desse modo, mesmo com amparo na teoria de Puppe, não vemos dificuldade em considerar a conduta de comprar o bilhete causa do resultado ganho na loteria. A compra do bilhete é uma componente mínima verdadeira e necessária de uma condição suficiente do resultado. Como se sabe, não basta a compra de qualquer bilhete. Para que o apostador ganhe o prêmio, deve adquirir o bilhete com os números a serem sorteados. A aquisição do bilhete com os números a serem contemplados em sorteio é apenas uma componente necessária de uma condição suficiente para o resultado recebimento do prêmio. O apostador deve, além disso, guardar o bilhete em seu poder, apresentá-lo tempestivamente para o organizador do evento, etc.

De tal sorte, embora não seja tão simples como a teoria da *conditio sine qua non,* a proposta de Puppe pode ser corretamente empregada também a casos triviais sem que conduza a resultados equivocados.

A objeção mais séria e relevante dirigida à teoria da condição conforme às leis naturais (e, via de consequência, à proposta de Puppe) diz respeito à efetiva necessidade da consideração de leis gerais para a explicação causal de um resultado. Essa seria a principal razão da dificuldade de aplicação da teoria concebida por Puppe

---

[366] GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 679, nota de rodapé nº 53.

e, ao mesmo tempo, a grande vantagem da teoria da *conditio sine qua non* enaltecida por seus defensores.

Esse questionamento enseja um debate que interessa não apenas ao Direito Penal, mas também à Filosofia. Empregar ou não leis causais gerais para a explicação de resultados guarda relação com a teoria do conhecimento, com a dogmática penal e com a aplicação forense da legislação penal.

4.7.5 Resposta dos defensores

Do ponto de vista epistemológico, tem razão Puppe ao exigir a subsunção do caso concreto a uma lei causal geral, já que, desde o modelo nomológico-dedutivo de Hempel, amplamente acolhido, é difícil conceber a explicação de fenômenos sem que haja a subsunção do caso concreto a uma lei geral de cobertura.[367]

O aprimoramento da teoria da condição INUS empreendido por Puppe é significativo. Na análise metafísica da causalidade, entende Puppe que ela é uma categoria ôntica que não deve ser concebida como um simples conceito jurídico para resolver tão somente os problemas do Direito Penal. Em vez de desconsiderar a natureza da causalidade e seu relevante papel como categoria imprescindível à teoria do conhecimento, Puppe consegue, com habilidade, conectar os conhecimentos filosófico e científico sobre a causalidade com o Direito Penal, o que é digno de encômios.

O raciocínio sobre a causalidade no âmbito do Direito Penal não deve ser diferente de sua análise em outros ramos do conhecimento. O modelo nomológico-dedutivo que Hempel propôs para explicar os fenômenos naturais no campo científico é perfeitamente aplicável no plano da tipicidade jurídico-penal.

---

[367] Cf. HEMPEL, Carl Gustav. Explanation and prediction by covering laws. In: FETZER, James H. (ed.). **The Philosophy of Carl G. Hempel:** studies in Science, Explanation and Rationality. Oxford: Oxford University, 2001, p. 68 e ss. Ensina Philip Gasper que “explicar um evento é especificar como ele foi causado. Se nós desenvolvemos este ponto de vista à luz de uma sofisticada teoria humiana da causação, nós chegamos à seguinte descrição: um evento de uma certa espécie é explicado citando uma lei geral (ou leis) que relaciona eventos daquela espécie a eventos ou condições de alguma outra espécie. (...) Isto é o clássico modelo legiforme de cobertura da explicação”. GASPER, Philip. Explanation and Scientific Realism. In: KNOWLES, D. (ed.). **Explanation and its limits.** Cambridge: University Press, [s.d.], p. 286 apud AGUIAR, Tulio. Op. cit., p. 48.

Os críticos, nesse tocante, sustentam que o conceito de causalidade no âmbito do Direito Penal deve levar em conta a função que essa categoria desempenha no conceito analítico de fato punível. Roxin, por exemplo, sustenta que "todos os conceitos utilizados no direito penal devem ser teleologicamente interpretados, significa dizer, interpretados de acordo com as funções do direito penal."[368] Esse argumento somado ao da difícil constatação da causalidade nos casos de influência psíquica levam Roxin a propugnar por um conceito próprio de causalidade na seara jurídico-penal.

Os argumentos não são convincentes. A adoção de um conceito universal de causalidade não é incompatível com as funções jurídico-penais atribuídas à causalidade. Caso se opte por um conceito universal, em sintonia com a Filosofia e com a Ciência, a causalidade não deixará nem de servir como limite à responsabilidade penal nem de fundamentar o primeiro plano do raciocínio necessário para a imputação do resultado ao agente. Aliás, pensamos que ocorre justamente o contrário. Diferentemente de um conceito jurídico que pode ser facilmente manipulável com fórmulas adicionais e critérios corretivos *ad hoc,* um conceito universal de causalidade oferece muito mais segurança na aplicação do Direito, na medida em que é estabelecido de forma mais rigorosa, consentânea com postulados lógicos e científicos e independentemente do caso concreto. Um conceito universal de causalidade oferece maior previsibilidade e consiste, via de consequência, em garantia mais robusta contra o poder punitivo estatal.[369]

O raciocínio de Roxin, em nosso modo de ver, peca por fazer um salto argumentativo. Parte de uma premissa correta, a saber, a de que as categorias integrantes do conceito analítico de fato punível devem ser interpretadas teleologicamente, mas não fundamenta a passagem da premissa à conclusão, isto é, não explica por que a causalidade deve ter, necessariamente, natureza normativa. Interpretar a causalidade sob o prisma teleológico implica ter claro o papel da

---

368 ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. Op. cit., p. 257.

369 Puppe [Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 519] considera uma ilusão um conceito unitário de causa. A missão de encontrar um único conceito de causa capaz de resolver todos os problemas de todos os ramos do conhecimento, de fato, é algo que o passar do tempo tem demonstrado ser utópico. Ainda que tenha razão Stathis Psillos ao afirmar que "não existe teoria da causalidade livre de contraexemplos" (Op. cit., p. 154), pensamos que, mesmo assim, isso não significa que devam existir vários conceitos de causa, cada qual consentâneo com o ramo do conhecimento em estudo.

causalidade no conceito analítico de fato punível e procurar concebê-la de modo a que ela cumpra a sua função, o que é algo distinto de alterar a sua natureza fática para normativa.

Em suma, é perfeitamente possível que a causalidade, concebida como categoria fática universal, cumpra suas funções jurídico-penais sem que seja necessário concebê-la como categoria normativa.

São também problemáticos os casos de causalidade intermediada psiquicamente, que podem ser compreendidos, basicamente, como as situações em que uma pessoa convence outra a tomar a decisão de cometer um crime. A dificuldade para constatação da causalidade nesses casos reside em que não existe uma lei geral válida que forneça as condições sob as quais uma pessoa sempre tome uma determinada decisão.

No entanto, essa dificuldade de aferição da causalidade em casos de influência psíquica não demonstra que o problema tem natureza jurídica e que, por conseguinte, a sua solução deve ser oferecida por uma teoria jurídica da causalidade.

Roxin, a esse respeito, assevera que "quando A instiga B a cometer um delito, a maioria dos juristas pressupõe que A causou o resultado. Entretanto, inexiste uma lei natural com validade geral reconhecida, segundo a qual instigações a delitos serão seguidas".[370] A origem do problema, como se pode perceber, reside em confins estranhos ao Direito. Se a Psicologia não oferece uma lei geral sobre a causalidade de influências psíquicas, realmente fica difícil a aplicação da teoria proposta por Puppe.

Contudo, melhor sorte não socorre a teoria da equivalência. Eliminar mentalmente a conduta do instigador não resolve o problema, já que não é possível saber se o instigado cometeria o crime mesmo sem a conduta anterior. Portanto, a proposta de Roxin de aplicar, excepcionalmente, a teoria da equivalência aos casos de causalidade intermediada psiquicamente[371] é igualmente insatisfatória, já que, ao contrário do que sustenta o professor da Universidade de Munique, não é possível saber com certeza e em todos os casos se a instigação foi, de fato, uma condição necessária do resultado.

---

370 ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. Op. cit., p. 258.

371 Ibidem, p. 264. Como visto acima (item 4.5), Roxin é partidário da teoria da condição conforme às leis naturais de Engisch. Sua proposta de aplicação da teoria da equivalência limita-se, portanto, aos casos de causalidade intermediada psiquicamente.

A solução aventada por Roxin de aplicar a teoria da equivalência a casos de causalidade intermediada psiquicamente foi criticada por Puppe, que considera uma ilusão afirmar, com a ajuda do procedimento hipotético de eliminação, que o resultado psíquico não teria ocorrido sem a influência. Considerada essa afirmação plausível *prima facie*, torna-se, então, dispensável a necessidade de prestar contas de como, na realidade, se chegou a ela. Para Puppe, portanto, essa não é uma vantagem da teoria da equivalência, mas uma desvantagem, porquanto ela desperta essa ilusão.[372]

Desse modo, os casos de causalidade intermediada psiquicamente suscitam problemas tanto para a teoria da condição mínima proposta por Puppe quanto para a teoria da equivalência.

Nesse quadro, considerado sobretudo o estado da arte da matéria na Psicologia, não é possível sustentar validamente a compatibilidade da exigência de leis causais gerais com os casos de causalidade psíquica. Puppe reconhece isso e afirma que, para esses casos, é necessária uma nova modalidade de conexão entre causa e resultado além das leis causais estritas ou estatísticas.[373]

Assim, argumenta Puppe que há fundamento em tudo quanto fazemos. Nós fazemos algo ou por considerarmos esse fazer correto ou por considerarmo-lo adequado a um fim pretendido. Esses fundamentos devem ser conscientes para que possam ser escolhidos como fundamentos da nossa conduta e para que também possam ser utilizados como uma outra forma de conexão entre causa e resultado, a qual nós também podemos chamar de causalidade, embora devamos ter consciência de que se trata de uma modalidade completamente distinta da causalidade natural. De tal sorte, para Puppe, todo aquele que fornece a outrem um fundamento para que seja tomada uma decisão determinada, torna-se causa da decisão, se o outro decide com base nesse fundamento.[374]

Nessa linha de raciocínio, não deve ser perquirido se o agente teria cometido o crime mesmo sem a conduta do instigador, mas se a sua decisão de agir

---

372 PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 518.

373 PUPPE, Ingeborg. **Strafrecht.** Op. cit., p. 44.

374 Ibidem, loc. cit. No original: *„Jeder, der einem anderem einem Grund dafür liefert, einem bestimmten Entschluss zu fassen, wird kausal für den Entschluss, wenn der andere ihn aus diese Grunde fasst.“* Isso é válido, afirma Puppe, mesmo que a outra pessoa tenha ainda outros fundamentos para ter tomado determinada decisão.

levou em consideração as palavras do instigador, ou seja, se o instigado adotou como fundamento de sua decisão o estímulo, a proposta ou os motivos oferecidos pelo instigador, o que, sustenta Puppe, independe da disputa entre determinismo e indeterminismo.[375]

O tratamento que Puppe oferece para os casos de causalidade intermediada psiquicamente será analisado criticamente ao final deste capítulo.

Além de argumentos epistemológicos, é possível pensar, ainda, em argumentos dogmáticos favoráveis à exigência de leis causais gerais.

Wolfgang Frisch, embora não seja um defensor da teoria da condição mínima, já que, como dito, conjuga as teorias da equivalência e da condição conforme às leis, ao analisar a questão suscitada no julgamento do caso Contergan sobre a exigência de leis causais, esclarece que há, basicamente, duas razões para a exigência de leis causais gerais.

A primeira delas é o que ele chama de função legitimadora. Ensina Frisch que o fundamento material para a punição de determinadas condutas é a exigência legal de que a infração da norma de conduta tenha produzido um resultado. Contudo, não se trata de um resultado como dado isolado, mas de um resultado relacionado conceitualmente com a conduta.[376]

Existe, ademais, a chamada função demonstrativa do resultado. Nas palavras de Frisch, a prova do desvalor da ação por haver-se produzido o resultado se verifica de maneira impressionante se se demonstra que a conduta do autor forma parte de uma lei causal, de acordo com a qual, acrescentando outras circunstâncias – igualmente dadas –, chega-se à produção de um determinado resultado.[377]

Conclui Frisch que as funções demonstrativas e de legitimação próprias do resultado somente se dão se as regularidades aplicadas se revestem de certas qualidades: dificilmente é possível demonstrar o desvalor da ação, referido à sua idoneidade para realizar determinados resultados, com o resultado produzido se, em geral, é duvidoso que exista uma relação conforme uma lei causal entre conduta e resultado. Em outras palavras, tanto a função demonstrativa, baseada em critérios e

---

375 PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 519-520.

376 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 541-542 e 555.

377 Ibidem, p. 553.

prevenção geral, como a função legitimadora da exigência de que tenha sido produzido um resultado imputável requerem que a relação causal entre conduta e resultado esteja cientificamente assegurada,[378] o que é proporcionado pela consideração de leis causais gerais de cobertura.

4.7.6 Avaliação crítica

A avaliação crítica de uma teoria sobre a causalidade no âmbito do Direito Penal concebida com a pretensão de substituir a teoria da equivalência não pode prescindir de um cotejo analítico entre as teorias em disputa, até mesmo como forma de aquilatar se a nova proposta apresenta reais vantagens quando comparada com a teoria que é tradicionalmente adotada.

Foi dito, em relação à teoria da *conditio sine qua non,* que a definição de causa proposta por Maximilian von Buri abrigava um vício lógico tão grave que foi qualificado por Max Ludwig Müller de “salto mortal lógico”, já que von Buri considerava causa tanto o *conjunto* dos antecedentes quanto *cada um* dos antecedentes. Nem a teoria da condição INUS nem a proposta de Puppe incidem nesse vício lógico.

O procedimento hipotético de eliminação, de que se vale a teoria da equivalência, foi acusado de ser inútil por pressupor justamente o conhecimento daquilo a que ele se propõe descobrir. O método para constatação de conexões causais proposto por Puppe está em sintonia com o modelo nomológico-dedutivo de explicação de eventos e guarda relação com o conhecimento científico, de modo que dificilmente poderia ser acusado de inútil.

Não há objetar-se que a teoria de Puppe pressupõe conhecimento abstrato da eficácia causal da conduta investigada e que, portanto, não haveria diferença com o procedimento hipotético de eliminação. A objeção é equivocada, porquanto a exigência de saber previamente o que se investiga é algo substancialmente distinto

---

[378] FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Op. cit., p. 555.

de ter conhecimento da existência de uma lei causal geral e abstrata, que não contém referência ao caso concreto sob exame.

Além disso, a aplicação do procedimento hipotético de eliminação a hipóteses que contemplem causas substitutas ou de reserva conduz a resultados equivocados. Para contornar essa dificuldade, Spendel propôs vedar a inclusão de causas substitutas ou de reserva no curso causal hipotético. O problema dessa orientação, critica Puppe, é que ela não esclarece o raciocínio a ser adotado para distinguir uma causa real de uma substituta ou de reserva.[379] A resposta dos defensores da teoria da equivalência é empregar o resultado em sua forma completamente concreta. Contudo, vimos que esse conceito é manipulável, porquanto nada impede que, na aplicação do método, sejam incluídas na descrição do resultado as próprias supostas causas. A teoria da condição mínima proposta por Puppe não enfrenta dificuldades perante causas substitutas ou de reserva, na medida em que não trabalha com um procedimento condicional contrafático para constatação da relação de causalidade. As causas substitutas ou de reserva não atrapalham a constatação de conexões causais caso aplicado o procedimento apresentado por Puppe.

O modelo teórico de Puppe, a exemplo da teoria da condição INUS, também consegue superar as dificuldades com que se depara a teoria da *conditio sine qua non* em hipóteses de causalidade múltipla.

Nos casos de decisões colegiadas, que têm suscitado intenso debate doutrinário, o procedimento hipotético de eliminação conduz à conclusão equivocada de que os votos não foram causa da decisão. Puppe chega a resultado distinto. Ela sustenta que a condição mínima para a decisão consiste na maioria de votos e que cada voto componente dessa condição é necessário para o advento da decisão majoritária. Logo, cada um dos votos pode ser visto como causa, isto é, como componente necessária de uma condição suficiente do resultado.[380]

Outra questão especialmente problemática atinente à constatação da relação de causalidade diz respeito às hipóteses de interrupção de cursos causais

---

379 PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 273.

380 PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 509. Com essa forma de raciocinar o problema causal, argumenta Puppe (loc. cit.) que se torna desnecessário considerar os dirigentes coautores (já que faltaria um plano comum a eles) e, *a fortiori,* coautores culposos para a responsabilização penal deles.

salvadores. Suponham-se as seguintes situações: I) A se afoga e B lança na água uma boia. Contudo, C, desafeto de A, puxa a corda e impede que A tenha acesso à boia para salvar-se. A morre por afogamento. II) A destrói o único remédio que poderia salvar a vida de B, gravemente doente. B falece pouco tempo depois.

As hipóteses de cursos causais salvadores fazem surgir questões intricadas para a dogmática penal. Volker Haas contextualiza bem as particularidades desses casos ao esclarecer que elas residem na circunstância de que, diferentemente de eventos que ocorrem no mundo fenomênico e em relação aos quais não hesitamos em reconhecer a relação de causalidade, nos casos em análise a conduta do autor e o resultado típico devem, ao menos em parte, ser conectados através de condições *negativas.* Isso tem como consequência que devem ser considerados acontecimentos *hipotéticos*, se quisermos reconstruir o curso dos eventos sem o comportamento do autor: se o autor *não tivesse* cometido a ação u_1, então, os eventos u_2, u_3...u_n *teriam* se consumado e o resultado w *não teria* acontecido. Na variante virtual dos eventos sem a conduta do autor, somente aparecem acontecimentos negativos.[381]

Segundo Claus Roxin, em tais casos, existe consenso no sentido de que o agente deve ser responsabilizado como autor de um crime comissivo consumado se o curso causal interrompido por ele tivesse impedido o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. Contudo, é duvidoso como fundamentar a causalidade da conduta do agente. Falta a causalidade caso se entenda que ela é uma força operativa dinâmica produtora do resultado.[382]

Dentre outros aspectos, é problemático, aqui, manter uma linha de coerência com o tratamento conferido aos crimes omissivos. Caso se entenda a causalidade como força produtora de efeitos no mundo fenomênico, nega-se a causalidade nos crimes omissivos (visão majoritária a ser abordada no próximo capítulo) e nega-se, igualmente, a causalidade da conduta que interrompe um curso causal salvador, como ensina acertadamente Roxin. O problema da coerência surge também caso não se admita trabalhar com condições negativas no raciocínio causal, o que impede, ao mesmo tempo, tanto a causalidade de condutas omissivas quanto a causalidade da conduta que interrompe um curso causal salvador.[383]

---

381 HAAS, Volker. **Kausalität und Rechtsverletzung**. Op. cit., p. 140.

382 ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Band I. Op. cit., p. 365-366.

383 Próximo: SILVA SÁNCHEZ, Jésus Maria. **El delito de omisión**: concepto e sistema. 2. ed., 2. reimp. Buenos Aires-Montevideo, 2010, p. 286-287, que ensina que a doutrina, em geral, afirma

Puppe sustenta que “da determinação da causa individual como componente necessária de uma condição mínima suficiente do resultado segundo uma regra geral da experiência resulta, também, a causalidade da eliminação de uma condição perturbadora de um curso adequado às leis para produção do resultado.”[384] Em outras palavras, o conceito de causa apresentado por Puppe comporta tanto condições positivas como negativas, o que o torna aplicável aos casos de interrupções de cursos causais salvadores.

A teoria da condição mínima de Puppe apresenta, portanto, aptidão para resolver de modo correto maior número de hipóteses do que a teoria *conditio sine qua non*. Embora mais fácil de ser aplicada, a teoria da condição descreve de modo incorreto a relação de causalidade entre conduta e resultado, induz a erro em várias situações e é tida como inútil por pressupor o conhecimento daquilo a que se propõe investigar.

No entanto, se as hipóteses acima podem ser aduzidas em prol da proposta de Puppe, as situações de causalidade intermediada psiquicamente não foram por ela resolvidas de modo satisfatório. A solução apresentada pela professora da Universidade de Bonn, conquanto seja simples, não é harmônica com o seu conceito de causa nem com o procedimento que ela estabeleceu para a constatação da relação de causalidade. O problema da causalidade de influências psíquicas é complexo porquanto a ciência não oferece leis causais gerais que balizem a análise da resposta humana a estímulos psíquicos. A dificuldade reside basicamente em que cada ser humano pode reagir de forma diferente quando recebe determinado estímulo. Diante da inexistência de leis causais gerais, Puppe vê-se compelida a partir para outra forma de encarar o problema, o que acaba por comprometer a unidade e a coerência de sua proposta teórica. A sua dificuldade de encontrar uma solução harmônica com a sua teoria não deve ser vista como demérito, já que os casos de influência psíquica representam um dos grandes desafios das teorias da causalidade, sem que até o presente momento tenha sido apresentada solução adequada.

---

que a causalidade da interrupção é, de algum modo, consequência da apreciação de uma causalidade própria da omissão.

384 PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 511. No original: *„Aus der Bestimmung der Einzelursache als notwendiger Bestandteil einer nach allgemeinen Erfahrungsregeln hinreichenden Mindestbedingung des Erfolges ergibt sich ohne Weiteres auch die Ursächlichkeit der Beseitigung einer den gesetzmäßigen Verlauf zum Erfolg störenden Bedingung.“*

Em um balanço geral, pode-se dizer que a teoria da condição mínima de Puppe apresenta mais vantagens do que a teoria da equivalência dos antecedentes causais e enfrenta dificuldade quando também a teoria rival não oferece tratamento satisfatório. Nesse cenário, a teoria de Puppe mostra-se merecedora de acolhimento.

Uma possível objeção poderia ser feita com o escopo de impedir a adoção da teoria da condição mínima na ordem jurídica brasileira. O artigo 13, *caput,* do Código Penal brasileiro acolheu expressamente a teoria da equivalência dos antecedentes causais ao dispor que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

O argumento é forte e dele não pode se descuidar o profissional do Direito, que não pode transplantar teorias estrangeiras para a ordem jurídica pátria sem avaliar a compatibilidade delas com o direito positivo brasileiro.

Nesse cenário, deve-se perquirir se é possível harmonizar o artigo 13, *caput,* do Código Penal com a teoria da condição mínima.

Para quem, como Erich Samson, não vê diferença entre as teorias, não haveria, via de consequência, qualquer dificuldade em aplicar a teoria da condição mínima na ordem jurídica brasileira. Contudo, vimos que Samson está equivocado. As diferenças entre as teorias além de não serem poucas, são significativas. Assim, é inviável seguir essa linha de raciocínio.

Da mesma forma, não é correto argumentar que o legislador adotou a teoria da equivalência, mas não o fez de modo absoluto, já que teria acolhido, na disciplina das concausas supervenientes relativamente independentes (parágrafo primeiro do artigo 13 do Código Penal), a teoria da causalidade adequada,[385] de modo que também seria possível aplicar a teoria da condição mínima em caráter excepcional. Não é viável seguir essa linha exegética. Primeiramente, porque o raciocínio parte de uma premissa controvertida, pois é questionável se o legislador adotou realmente a teoria da causalidade adequada no artigo 13, §1º, do Código Penal.[386] Ademais disso, o fato de o legislador brasileiro ter mitigado o rigor da teoria da equivalência no

---

[385] Orientação perfilhada por Paulo José da Costa Júnior (Op. cit., p. 138-139).

[386] Aníbal Bruno (Op. cit., p. 328) sustenta que o legislador não adotou a teoria da causalidade adequada, já que mesmo no §1º do artigo 13 do Código Penal, “continua rigorosamente objetivo o caráter da causalidade no Código. Não interfere aí nenhuma condição de previsibilidade ou probabilidade do curso dos acontecimentos, como é essencial na teoria da causalidade adequada.” No mesmo sentido, Nelson Hungria (Op. cit., p. 69) afirma que “restringindo a teoria da equivalência, o parágrafo não se orienta pela *teoria da adequação* ou qualquer outra que, implícita ou explicitamente, entrose a causalidade física com a causalidade psíquica.”

tratamento das concausas supervenientes relativamente independentes não autoriza o intérprete a ampliar esse tratamento excepcional. Como ensina a doutrina da hermenêutica jurídica, dispositivos excepcionais devem ser interpretados restritivamente.[387]

Não é lícito, da mesma forma, sustentar que o juiz poderia, no julgamento de demandas penais, deixar de aplicar o artigo 13 do Código Penal e adotar a teoria que melhor lhe aprouvesse, a fim de decidir da forma mais justa possível. No período absolutista, como se sabe, os governantes reuniam as funções de administrar, legislar e julgar e agiam de acordo com suas convicções, interesses ou sentimentos sem a necessidade de observarem critérios pré-estabelecidos, como a ordem jurídica então em vigor. Entendeu-se que esse modo de vida em sociedade não era o mais adequado e foram concebidos alguns conceitos que alteraram profundamente a forma de os ocupantes do poder se relacionarem com o exercício de suas atribuições. Dentre outros conceitos, merecem destaque a tripartição das funções estatais e o constitucionalismo com a ideia de Estado de Direito. Houve uma verdadeira revolução. As funções estatais, antes concentradas nas mãos de uma única pessoa, passaram a ser divididas em Poderes, cada qual com sua atribuição precípua e com a missão concomitante de fazer um contrapeso na fiscalização do exercício das demais funções. Além disso, cunhou-se a ideia Estado de Direito, que, em última análise, significa a submissão de todos, inclusive os membros dos Poderes, à ordem jurídica. Essa pequena digressão é necessária para que não se perca de vista o significado da expressão Estado de Direito. Não é lícito ao juiz deixar de aplicar um dispositivo legal sem mais nem menos. A doutrina tem-se esforçado para estabelecer as hipóteses em que é permitido ao juiz argumentar e decidir de forma contrária a um texto legal.[388] Via de regra, isso só é possível em caso de incompatibilidade vertical do dispositivo legal com a Constituição da República. Assim, no caso do art. 13 do Código Penal, caso o juiz não queira aplicá-lo, recai sobre ele o ônus argumentativo de demonstrar que esse dispositivo ofende a Constituição da República. Esse caminho nos parece fadado ao fracasso, já que não é possível entrever qualquer inconstitucionalidade em relação ao

---

387 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 183 e ss.

388 Sobre o tema, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação *contra legem***: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos *mais difíceis.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

artigo 13 do Código Penal em vigor (redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984), que, aliás, repete a redação original do artigo 11 do Código Penal de 1940.

A solução para a aplicação da teoria da condição mínima na ordem jurídica pátria deve ser outra.

Inicialmente, deve ser questionada a opção do legislador brasileiro de tentar dirimir o conflito teórico relativo à causalidade no Direito Penal. Não é recente a disputa alusiva à disciplina da causalidade no texto do Código Penal. Na ocasião dos trabalhos preparatórios da Lei nº 7.209, de 1984, o debate a esse respeito foi travado novamente. Na comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de lei, venceu o ponto de vista estampado no item 12 da Exposição de Motivos, cujo teor é o seguinte: "Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. [...]"[389] No entanto, durante a tramitação do projeto, os congressistas optaram por repetir a redação original do artigo 11 do Código Penal de 1940 e consagraram a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Pensamos que razão assiste à comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal. É de todo inconveniente disciplinar em lei tema tão controvertido como a relação de causalidade, haja vista a inexistência, até o presente momento, de uma fórmula perfeita e capaz de abarcar todas as hipóteses problemáticas de constatação da causalidade. Deve-se ter em mente que a positivação de determinada teoria vincula o juiz no momento da aplicação da lei penal, de modo que ele, manietado, pode ter de negar a relação entre conduta e resultado mesmo quando de fato ela existe. As hipóteses de causalidade múltipla ilustram bem essa possibilidade, especialmente à luz do atual artigo 13 do Código Penal. O perigo da disciplina legal da causalidade é potencializado quando se considera que dificilmente são positivados critérios corretivos. No caso brasileiro, o legislador dispôs que "considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Contudo, nada foi dito sobre as propostas de não acrescentar na eliminação mental causas hipotéticas, de eliminar conjuntamente as causas investigadas na hipótese de causalidade cumulativa e de levar em consideração o

---

[389] BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

resultado em sua forma completamente concreta. Sem esses critérios corretivos, a fórmula da teoria da equivalência dos antecedentes causais conduz a resultados incorretos em várias hipóteses, como visto acima. De forma incompreensível, a doutrina, via de regra, tem silenciado sobre esses aspectos. Tem-se a impressão de que a discussão sobre a causalidade está praticamente sepultada no Brasil com a adoção da teoria da equivalência, o que é preocupante.

Na contramão dessa tendência, Juarez Cirino dos Santos, em lição com a qual estamos de pleno acordo, pondera que a solução da causalidade deveria ter sido deixada a cargo da doutrina e da jurisprudência,[390] como aliás ocorre em diversos ordenamentos jurídicos. Paulo José da Costa Júnior menciona os códigos alemão de 1872, o Zanardelli de 1889, o dinamarquês de 1930, o suíço de 1942, o grego de 1950, o tcheco-eslovaco de 1950 e o iugoslavo de 1951 como exemplos de diplomas legais que não trataram da relação de causalidade.[391] Heleno Fragoso também já teve oportunidade de sufragar o ponto de vista ora defendido:

> [...] convém regulamentar no código a questão da causalidade material? É possível chegar a uma fórmula legislativa bastante precisa, técnica e cientificamente?
> Respondemos a ambas as indagações pela negativa, apresentando desde logo o eloqüentíssimo *[sic]* argumento que nos proporcionam tôdas *[sic]* as legislações e projetos mais recentes. [...]
> A tentativa malograda feita pelo Código Rocco, que nosso legislador de 1940 imitou, parece mostrar com bastante clareza que a questão da causalidade não deve ser objeto de disciplina normativa. As fórmulas propostas são extremamente imperfeitas. É êste *[sic]* um daqueles conceitos que devem ser deixados à elaboração doutrinária, como, por exemplo, o conceito de culpabilidade. Êsse *[sic]* é o caminho que vão seguindo todos os códigos e projetos mais recentes. É lastimável que o projeto Nelson Hungria tenha mantido basicamente *[sic]* a orientação do código vigente, nessa matéria difícil e controvertida.[392]

Poder-se-ia objetar que a ausência de disciplina legal sobre a causalidade traria insegurança jurídica. Entretanto, o argumento não é convincente. Em primeiro lugar, porque nem tudo precisa estar disciplinado na lei. O fato de não haver disposição legal sobre determinado instituto jurídico não significa que ele não tenha existência ou que não possa ser aplicado. O princípio da insignificância, por exemplo,

---

390 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** Op. cit., p. 52.

391 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit., p. 142-143.

392 FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal - I. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.** nº 2, jul.-set. 1963, p. 55 e ss.

não tem previsão legal até o presente momento mas, a despeito disso, tem sido reconhecido pelos Tribunais, que cuidaram de estabelecer critérios para orientar os profissionais do Direito na sua aplicação. Além disso, previsão legal não é garantia de segurança jurídica, até mesmo porque a disciplina legal pode ser deficiente, lacunosa, imprecisa.[393] Corre-se o risco, aqui, de o tratamento legislativo produzir o efeito contrário, isto é, de ele próprio ser fonte de insegurança ante as controvérsias que pode suscitar.

Nesse cenário, deve ser abolido do texto do Código Penal o tratamento da relação de causalidade, que deve ficar a cargo da doutrina e dos Tribunais. Essa seria a melhor forma de o legislador enfrentar o problema da causalidade.

Caso se opte pela referência legislativa ao tema, deveria, então, ser suprimida a segunda parte do artigo 13, *caput,* do Código Penal, a fim de que não conste do texto legal uma definição de causa que é falha, incompleta e controvertida.

Por extensão, não haveria prejuízo algum decorrente da supressão do parágrafo primeiro do artigo 13 do Código Penal, que trata do problema da concausa relativamente independente que por si só produz o resultado. Aliás, ao contrário do que pode parecer, não existe, a rigor, nessa hipótese, um problema de causalidade, mas de imputação objetiva. O exemplo do incêndio no hospital permite perceber com clareza que existe conexão causal entre a conduta do agente que fere a vítima e a sua morte no hospital. A morte está compreendida na linha de desdobramento dos eventos e sua constatação é afirmada tanto pelo procedimento hipotético de eliminação quanto pela aplicação do conceito de causa da teoria da condição mínima. Não deve existir, ao contrário, a imputação do resultado morte ao agente, já que o incêndio no hospital não é a concretização do perigo por ele criado. Quem dispara contra a vítima ou a esfaqueia cria perigo de morte por hemorragia, asfixia, falência de órgãos, etc., e não por incêndio em hospital.

Suprimido o tratamento legislativo da causalidade, será possível, *de lege ferenda,* trabalhar com a proposta de Puppe para a constatação de conexões causais. *De lege lata,* todavia, não vislumbramos como possa existir essa possibilidade.

Todavia, o horizonte que se descortina não é auspicioso. O Projeto de Lei nº 236, de 2012, que pretende instituir o novo Código Penal, segue na mesma linha

---

[393] Cláudio Brandão (**Tipicidade penal**. Op. cit., p. 22) adverte que “nenhum instituto da dogmática jurídica confere esta pretensa segurança jurídica” concernente à uniformidade de aplicação da lei.

dos diplomas anteriores. Dispõe o aludido projeto em seu artigo 15: “considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido”.[394] Em vez de abolir o tratamento da causalidade, o legislador sinaliza para a continuidade da adoção da teoria da equivalência dos antecedentes causais com algumas alterações em relação à atual disciplina legislativa sobre o tema.

Firme na equivocada opção metodológica de tentar dirimir o maior número possível de controvérsias, o legislador opta por suprimir a referência à omissão como causa do resultado típico. Veremos no capítulo seguinte se essa opção é a mais adequada.

Além disso, para mostrar que está em sintonia com a vanguarda da teoria do fato punível, o legislador incorpora no projeto a teoria da imputação objetiva. Contudo, em outra escolha infeliz, adota o critério do alcance do tipo no artigo 14, parágrafo único, que tem a seguinte redação: “O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo”.[395] Optou o legislador por filiar-se à doutrina da imputação objetiva de Claus Roxin, talvez o único a sustentar a necessidade do critério do alcance do tipo. A doutrina, em esmagadora maioria, trabalha, sem qualquer prejuízo, apenas com dois planos de imputação. O obscuro critério do alcance do tipo pode, como dito, ser tranquilamente abordado no plano da realização do risco no resultado. O mais curioso é que o legislador adota a teoria da imputação objetiva e, ao mesmo tempo, mantém a disciplina do Código atual sobre a concausa superveniente relativamente independente que por si só produz o resultado.[396] O dispositivo é ocioso, na medida em que o problema da concausa superveniente é resolvido pela teoria da imputação objetiva do resultado (mais precisamente, no segundo plano de imputação). Não há necessidade de disciplina específica sobre o tema desde que seja adotada a teoria da imputação objetiva.[397] O

---

394 BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Segunda Parte. Anteprojeto de Código Penal, p. 6. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404. Acesso em: 12 de outubro de 2013.

395 Ibidem, loc. cit.

396 “Art. 16. 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.” Ibidem, loc. cit.

397 Com a mesma opinião: GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades.** Edição Especial:

tratamento desnecessário da matéria revela falta de intimidade do legislador com a inovação incorporada ao projeto de lei.

Reforma do Código Penal. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, setembro de 2012, p. 43.

5 CAUSALIDADE E OMISSÃO

5.1 Considerações iniciais

A dogmática penal tradicional foi edificada a partir dos crimes comissivos dolosos. Com o passar do tempo, percebeu-se que os crimes omissivos mereciam estudo doutrinário mais detido. Muito se avançou desde então, mas há aspectos dos crimes omissivos que continuam obscuros.[398] Dentre eles, destaca-se a estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, especialmente o problema da relação entre conduta omissiva e resultado típico. É possível perceber, nesse contexto, uma desconcertante diversidade de propostas teóricas relativas aos elementos que devem integrar o tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, o que acarreta não apenas controvérsia doutrinária, mas disparidade de soluções dos casos que aportam nos Tribunais. Não é à toa que Bernd Schünemann fala de um verdadeiro "caos dogmático" no âmbito dos crimes omissivos impróprios.[399] O presente capítulo pretende descortinar as principais propostas teóricas sobre o tema, analisar criticamente seus fundamentos e propor uma estrutura de raciocínio típico para balizar a solução de casos jurídico-penais.

Antes de avançarmos, entretanto, é necessário um esclarecimento prévio. Foi mencionada a estrutura típica dos crimes omissivos impróprios como objeto da investigação a ser empreendida neste capítulo. Poder-se-ia indagar o motivo de a análise ficar adstrita aos mencionados crimes, com a exclusão dos crimes omissivos próprios. A resposta é simples: não há resultado naturalístico nos crimes omissivos próprios, pois, nessa modalidade de infração penal, contenta-se o legislador com a incriminação de uma conduta omissiva. Em outras palavras, do tipo incriminador dos crimes omissivos próprios não consta a descrição de uma alteração perceptível no mundo fenomênico relacionada com a conduta omissiva. Assim, como não há

---

398 Com a mesma visão: ROXIN, Claus. Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht.** Heidelberg: R. v. Decker. 2009, p. 73.

399 SCHÜNEMANN. Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delito de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 160.

resultado naturalístico, não há lugar para perquirir-se sobre a relação entre omissão e resultado.[400] De tal sorte, nossas reflexões terão como objeto apenas os crimes omissivos impróprios.

Investigar a relação entre conduta omissiva e resultado típico nos crimes omissivos próprios ou puros abrange, como dito, uma diversidade de propostas que contemplam a discussão sobre a relação de causalidade e sobre a imputação objetiva do resultado. Começaremos pelo exame da relação de causalidade, já que, como procuramos demonstrar, sua aferição deve anteceder a imputação objetiva do resultado.

Se, no âmbito dos crimes comissivos, a causalidade é tema controvertido, na seara dos crimes omissivos a polêmica em torno da causalidade toma proporção ainda maior. Há, inclusive, quem seja radicalmente contra o proveito do debate sobre a relação de causalidade nos crimes omissivos.[401] De fato, rios de tinta foram vertidos para analisar a possibilidade de se afirmar ou negar a existência de nexo causal nos crimes omissivos, sem que se chegasse a um consenso e sem que se mostrasse, em muitos casos, a relevância pragmática dessas investigações.

Como deve ser analisado esse cenário? O estudo da relação de causalidade está exaurido? O atual estado da arte permite a solução segura e tranquila dos casos que deságuam nos Tribunais ou o tema demanda novas investigações, com o escopo de, uma vez assentadas as suas bases em teorias mais consistentes, desenvolvidas em função do debate que se estabeleceu, obter resultados mais promissores na aplicação do Direito?

No nosso modo de ver, o estudo da relação de causalidade está longe de ser exaurido, já que é possível perceber, ainda hoje, inconsistências e contradições nesse particular setor da teoria do crime, além de dificuldades enfrentadas pelos Tribunais na aplicação do Direito.

---

[400] Excepcionalmente, os crimes omissivos próprios podem ter resultado naturalístico, como na hipótese do artigo 135, parágrafo único, do Código Penal. Nesse caso, havendo resultado no mundo fenomênico, é possível cogitar de relação de causalidade, a exemplo do que ocorre com os crimes omissivos impróprios. Nesse sentido: ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 134, nota de rodapé nº 2.

[401] Franz von Liszt asseverou que a polêmica em torno da causalidade dos crimes omissivos é uma das mais infrutíferas da ciência penal (**Lehrbuch des Deutschen Strafrechts***.* Op. cit., p. 128). Maurach, Gössel e Zipf sustentam que "a causalidade da omissão pertence a um dos pontos controvertidos, alheios da realidade e improdutivos, que sobrecarregam desnecessariamente a ciência jurídico-penal alemã" **(Derecho Penal:** parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, tomo II, p. 234).

No âmbito doutrinário, Maurach, Gössel e Zipf, por exemplo, ao tratarem do tipo objetivo dos crimes de omissão imprópria, afirmam que “a causalidade entre a ação típica e o resultado deve ser julgada valorativamente conforme a teoria da imputação objetiva”. [402] Como procuramos demonstrar, não se deve confundir causalidade com imputação objetiva do resultado. As duas categorias não apenas têm naturezas distintas, como também desempenham funções peculiares no conceito analítico de fato punível.

Outro exemplo de divergência nesse âmbito diz respeito à teoria da evitabilidade (a ser abordada na sequência), que ora é utilizada como método para constatação da relação de causalidade, ora como critério para imputação do resultado ao agente.

Diferentemente do tradicional debate sobre a relação de causalidade nos crimes omissivos, hoje o tema apresenta-se intimamente relacionado com a teoria da imputação objetiva. Assim, não basta saber se é possível falar em relação de causalidade nos crimes omissivos. É preciso avançar nas reflexões com novo enfoque. A essência das preocupações, aqui, reside em como deve dar-se a imputação do resultado nos crimes omissivos impróprios. Em outras palavras, deve ser esclarecido qual deve ser o raciocínio a ser empregado pelo juiz no momento de analisar se determinada conduta submetida à sua apreciação configura ou não o tipo objetivo de um crime omissivo impróprio.

De modo geral, o tema não é enfrentado de forma detida pela doutrina pátria, o que justifica a presente incursão. Conforme adverte Janaína Conceição Paschoal, no setor do tipo dos crimes omissivos impróprios, “nota-se haver um contentamento generalizado com a verificação da omissão, do resultado e da posição de garantidor, esta cada vez mais dilatada”.[403] Com o olhar sempre voltado para a aplicação do Direito Penal, devem ser analisadas as bases teóricas da imputação nos crimes omissivos impróprios, a fim de que seja proposto um modelo estrutural de tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios capaz de resolver os casos que envolvam a análise da relação entre conduta omissiva e resultado típico.

---

402 MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**: parte general. Tomo II. Op. cit., p. 237.

403 PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida:** os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011, p. 41.

5.2 Causalidade em crimes omissivos?

A primeira questão que se apresenta diz respeito à possibilidade de cogitar-se da relação de causalidade no âmbito dos crimes omissivos impróprios, o que é, como dito, objeto de séria controvérsia. Não é nosso objetivo registrar toda essa centenária discussão. A ideia que norteia o presente tópico é apresentar apenas um panorama da polêmica, com abordagem dos principais argumentos que sustentam cada um dos pontos de vista. Uma vez situada a polêmica, serão os argumentos analisados criticamente para que seja possível uma tomada de posição.

5.2.1. A negativa da relação de causalidade em crimes omissivos impróprios

Predomina na doutrina o entendimento de que não existe relação de causalidade entre conduta omissiva e resultado típico. Todavia, variam os fundamentos desse ponto de vista.

Franz von Liszt rejeitava a ideia de causalidade nos crimes omissivos. Na sua ótica, há, nos crimes omissivos, a chamada relevância da omissão, que consiste em um elemento análogo à causalidade dos crimes comissivos, mas não há uma relação de causalidade propriamente dita. Mesmo diante da equiparação legal entre ação e omissão no tocante à produção do resultado, von Liszt sustentava que essa equiparação não significava que o não impedimento do resultado possa ser visto como sua causa, já que a punibilidade da omissão independe de sua causalidade para o resultado.[404]

Ernst Amadeus Wolff também se manifestou contrariamente à causalidade da omissão. Para ele, em um processo causal, somente é possível que algo seja

---

[404] LISZT, Franz von. Op. cit., p. 126 e 127. Robert von Hippel assevera que von Liszt foi provavelmente o primeiro a esclarecer que o significado causal da omissão é o não impedimento do resultado. HIPPEL, Robert von. Op. cit., p. 159.

produzido a partir de circunstâncias reais. Como pode ser, indaga Wolff, que algo que não é seja parte de estruturas que produzem algo real?[405]

Armin Kaufmann, em sua consagrada investigação sobre os crimes omissivos, rejeita, em um primeiro momento, a causalidade da omissão em relação ao resultado típico.[406] Na sequência, ao analisar o plano pré-jurídico, sustenta Kaufmann que "todos os cursos causais são séries consecutivas e imbricadas de modificações e não modificações da realidade existente e a intervenção humana no acontecer causal sempre produz tanto modificações como não modificações."[407] Por isso, prossegue Kaufmann, "não vejo reparo algum em considerar causa a falta de um determinado emprego de energia, característico da omissão."[408] Como se vê, Kaufmann admite a causalidade da omissão no plano pré-jurídico. Em seguida, distingue Kaufmann causalidade *da omissão* e causalidade *da pessoa*, para afirmar aquela e negar esta, ao argumento de que não é possível suprimir mentalmente o omitente sem que desapareça o omitido. Entre o omitente e a ação omitida não há relação causal, apenas *causalidade potencial*.[409] Por fim, pondera Kaufmann que o resultado obtido em sua investigação não se ajusta nem à tese de que a omissão é causa do resultado no sentido da teoria da condição, nem coincide com as teses que negam a causalidade da omissão. Para ele, aqueles que afirmam a causalidade ou quase-causalidade entre a omissão e o resultado quando existiu possibilidade de atuar do omitente não constatam, em realidade, a causalidade da omissão, mas a *causalidade potencial do omitente*.[410]

Também rejeita a causalidade da omissão Hans-Heinrich Jescheck, para quem a causalidade, como categoria do ser, requer uma verdadeira fonte de energia

---

405 WOLLF, Ernst Amadeus. Op. cit., p. 12, nota de rodapé nº 4.

406 KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2006. p. 76: "[...] quem reivindique a autêntica causalidade da omissão está aduzindo, de forma mediata, uma objeção contra os resultados de nossa investigação, pois se a omissão possui causalidade, é evidente a conclusão de que também há omissões estruturadas finalmente, já que o nexo final consiste na intervenção diretiva no acontecer causal. E no caso de existirem omissões causais com estrutura final, seria iniludível a conclusão de que a omissão é uma ação! [...]".

407 Ibidem, p. 79.

408 Ibidem, loc. cit. Arremata o penalista alemão: "um *elemento* do conceito de omissão, a ausência de uma determinada ação (a omitida), é, pois, causa de eventos ou da não produção de acontecimentos. E, *nesta medida*, tendo em conta a causalidade da ausência de ação (omitida) é possível chamar a omissão de causa."

409 Ibidem, loc. cit.

410 Ibidem, p. 82.

que implique um desprendimento de forças e isso falta precisamente na omissão (*ex nihilo nihil fit*). No entanto, tendo em vista a disciplina do Código Penal alemão, que pressupõe a existência de uma relação causal entre omissão e o resultado, afirma Jescheck que a ação omitida se encontra em *conexão legal* com o resultado produzido sempre que a atuação imaginada tivesse impedido o resultado. De tal sorte, a fórmula usual da teoria da condição deve ser modificada para a omissão, de modo que a causalidade deve ser afirmada quando não é cabível imaginar a ação esperada sem que desapareça o resultado (*duplex negatio est affirmatio*).[411]

Para Günther Jakobs, a omissão, como não execução de uma ação, não é causa de um resultado, mas somente uma condição negativa. Argumenta Jakobs que, se fosse de outro modo, na hipótese de o autor haver executado a ação, chegaria a ser causa da ausência do resultado. Para ele, os princípios da imputação devem decidir se é necessária, e como, a causalidade.[412] Segundo o professor da Universidade de Bonn, as condições exclusivamente negativas de um resultado, embora existam no sentido lógico, não ocorrem realmente e não constituem objetos física, psíquica ou espiritualmente no sentido de que poderiam ser empregadas na configuração de um acontecimento. Desse modo, as condições negativas permanecem fora da relação causal jurídico-penal. Conclui que a formação de um sistema em que também se pode designar como causa a omissão não traz ganho algum, apenas confusão terminológica. O problemático, para Jakobs, não é a ausência, na omissão, da causalidade que caracteriza a ação, mas a imputação de resultados evitáveis.[413]

Jesús María Silva Sanchez, por sua vez, sustenta que há na omissão não uma verdadeira relação de causalidade, mas seu substitutivo funcional, que é a relação de garantia. A chamada causalidade omissiva, quase-causalidade ou causalidade hipotética não é, pois, outra coisa senão um critério de imputação objetiva que expressa a ideia da evitação do resultado pela conduta devida determinável com uma probabilidade próxima da certeza.[414] Para Silva Sanchez, compreendida a relação de causalidade como um vínculo entre fenômenos reais, parece de difícil

---

411 JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 562-563.

412 JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 959.

413 Ibidem, p. 960-961.

414 SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 264.

explicação que o causado seja um não-ser. Com efeito, se a relação de causalidade é uma relação entre fatos, o que não é um fato não poderá causar e tampouco ser causado. Para Silva Sanchez, não é possível, portanto, sustentar a causalidade da omissão e de condições negativas com base em um conceito ontológico-real de causalidade, mas apenas a partir de um conceito de natureza lógico-epistemológica.[415]

5.2.2 A admissão da causalidade nos crimes omissivos impróprios

Max Ernst Mayer, em seu trabalho de doutoramento publicado em 1889,[416] já noticiava o acirrado debate existente à época em torno da causalidade dos crimes omissivos. Para ele, a falsa colocação do problema (quando uma conduta humana é causa do resultado) permitiu uma veemente disputa sobre a causalidade da omissão em relação ao resultado. A perspectiva correta, segundo Mayer, de que uma omissão não pode ser causa (em sentido estrito) de um resultado, pois do nada, nada surge, conduziu, de um lado, à rejeição da causalidade (von Liszt) e, de outro, a esforços vãos no sentido de reconduzir a causalidade da omissão a qualquer circunstância concomitante. Construiu-se a relação de causalidade entre o resultado e a conduta que uma pessoa realiza quando se omite (Luden), entre a conduta antecedente à omissão e o resultado (Krug, Glaser, Merkel, von Bar), entre o resultado e a decisão volitiva de omitir determinada ação (Berger).[417] Para o professor da Universidade de Frankfurt, a solução desse problema consiste em identificar as omissões relevantes para o Direito Penal. Para tanto, vale-se Mayer das lições de von Liszt e conclui que a omissão, para o Direito, somente interessa quando o Direito espera uma ação e isso ocorre quando a ação é possível e quando há um comando jurídico que se assenta em um fundamento.[418] De tal sorte, Mayer admite que as omissões podem ser consideradas causas de resultados, mas, do ponto de vista jurídico-penal, a

---

415 SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 285-286.

416 MAYER, Max Ernst. **Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht**: eine rechtsphilosophische Untersuchung. Frankfurt a.M.: Sauer & Auvermann, 1967 (reimpressão da obra de 1889).

417 Ibidem, p. 127.

418 Ibidem, p. 128-130.

causalidade das omissões somente é relevante quando o Direito esperar a comissão, já que, somente então, o resultado pode ser atribuído ao omitente como obra sua.[419]

Contribuição sempre mencionada no estudo da causalidade é a de Karl Engisch, criador da teoria da condição conforme às leis naturais. No âmbito dos crimes omissivos impróprios, sua preocupação inicial foi a de compreender se e como é possível que, a partir de algo que não se faz, como causa, surja no mundo exterior, como efeito, um resultado positivo, uma modificação perceptível.[420] Segundo Engisch, em geral, já para a fórmula da *conditio sine qua non* não existem dificuldades. Se uma conduta é causa quando não pode ser suprimida mentalmente sem que o resultado concreto desapareça, isso vale também para a omissão de um fazer positivo que teria impedido o resultado.[421] Todavia, como a teoria da condição conduz a resultados indesejados (especialmente no caso de causalidade alternativa), emprega Engisch a ideia de relação ajustada a uma lei e assevera o seguinte: "se um fazer positivo, por si só ou em união com outro fazer, é apropriado para evitar a produção do resultado típico [tê-lo-ia impedido], então, existem relações conformes à lei, entre aquele e a não produção do resultado respectivo."[422] Por fim, sustentou Engisch que apenas a repetição da equivocada ideia de causa como força produtora de efeitos pode explicar a rejeição da causalidade pelos partidários da teoria da condição, quando o próprio emprego da fórmula da referida teoria conduz a admitir a causalidade da omissão.[423] Como se vê, é possível sustentar a existência de relação de causalidade entre condutas omissivas e resultados típicos tanto com base na teoria da equivalência dos antecedentes causais como com fundamento na teoria da condição conforme às leis.

Nessa linha de raciocínio, Enrique Gimbernat Ordeig menciona um argumento adicional geralmente aduzido para sustentar a causalidade de condutas omissivas. Se a fórmula da *conditio sine qua non* estabelece a relação de causalidade nos crimes omissivos mediante um procedimento *hipotético,* então seria igualmente legítimo recorrer a outro procedimento hipotético para afirmar a causalidade da

---

419 MAYER, Max Ernst. Op. cit., p. 133. Tradução livre do seguinte excerto*: "Vielmehr ist jede Unterlassung für irgend einen Erfolg causal; aber strafrechtlich relevant ist diese Causalität nur, sofern ein Handeln vom Recht erwartet werden konnte, weil nur dann der Erfolg als das Werk des Unterlassenden bezeichnet werden kann."*

420 ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 62.

421 Ibidem*,* p. 63.

422 Ibidem, p. 64.

423 Ibidem*,* p. 65.

omissão: esta será causa do resultado quando, adicionada mentalmente (isto é, hipoteticamente) a ação omitida (por exemplo, alimentar o filho), desaparecer o resultado (morte por inanição).[424]

Günter Spendel, a seu turno, insurge-se contra a assertiva recorrente de que a omissão, como negação de uma conduta realizada, é um nada, um *nihil* segundo a oração "*ex nihilo nihil fit",* do qual nada pode surgir. Para ele, a questão deve ser observada de um ponto de vista das ciências naturais: "fisicamente falando, ação e omissão, conduta humana comissiva e omissiva são energia, a primeira como *execução* de um possível movimento corporal [...] energia cinética, a última como *não* execução de um possível movimento corporal [...] energia potencial [...]."[425] Prossegue Spendel:

> Assim como a queda d'água (energia cinética ou atual) é uma condição "positiva" para o movimento das turbinas e a geração de energia, também a inexistência de queda d'água, isto é, o seu represamento (energia potencial), é uma condição "negativa" necessária para a parada das máquinas e a falha de eletricidade. Essa potência, essa combinação de energias, quer se trate de força muscular existente quer de força hídrica armazenada, é uma realidade, que existe em relação adequada às leis com outros fatos.[426]

Para Jose Juan Bruera, o tema da causalidade deve ser tratado no Direito Penal tanto na seção relativa à comissão do delito como na omissão do agente que comete um fato punível. Por conseguinte, o problema da causalidade não guarda relação apenas com o delito comissivo, mas também com o omissivo, pois é óbvio

---

424 ORDEIG, Enrique Gimbernat. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. v. 53, Madrid: [s.e.], 2000, p. 38. Registre-se que Ordeig concorda com a opinião dominante que nega a existência de relação de causalidade entre omissão e resultado. Cf. Op. cit., p. 41 e ss.

425 SPENDEL, Günter. Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte. **Juristenzeitung.** Tübingen: J. C. B. Mohr, 1973, p. 139: *„[…] physikalisch gesprochen sind Tun wie Unterlassen, getätigte wie unterlassene Handlung eines Menschen ‚Energie', die erstere als Vornahme der möglichen Körperbewegung […] kinetische […], die letztere als Nichtvornahme der möglichen Körperbewegung […] potentielle Energie […].“*

426 SPENDEL, Günter. Op. cit., loc. cit: *„Wie die niederstürzenden Wassermassen (kinetische oder aktuelle Energie) eine ‚positive' Bedingung für Turbinenantrieb und die Stromerzeugung sind, so die nichtherabstürzenden bzw. eingedämmten Wassermassen (potentielle Energie) eine notwendige ‚negative' Bedingung für den Maschinenstillstand und den Stromausfall. Diese ‚Potenz' diese Bindung von Energie, ob es sich nun um vorhandene Muskelkraft oder gespeicherte Wasserkraft handelt, ist eine Realität, die mit anderen Tatsachen in gesetzmäßigen Zusammenhang steht.“*

que se pode causar um dano a um bem jurídico de maneira tão efetiva neste último caso como quando se procede ativamente.[427]

Ingeborg Puppe também admite a causalidade da omissão. Sua proposta de definir causa como a componente mínima verdadeira de uma condição suficiente do resultado comporta também fatos negativos. Defende Puppe que, para explicações causais completas, as negações não são apenas admissíveis, mas também indispensáveis.[428] Ela não vê nenhuma razão para não admitir as negações nas explicações causais.[429] No particular aspecto das omissões, argumenta Puppe que também o fato de que alguém não faz algo determinado, portanto uma omissão, pode ser uma componente necessária, segundo uma lei geral, de uma condição suficiente de um resultado. A omissão somente é causa de um resultado se, além de possível segundo regras da experiência, tiver sido uma condição perturbadora do curso causal para o resultado, pois somente assim é a negação de uma componente necessária de uma condição realmente adequada à lei de um resultado. À condição perturbadora pertencem todos os pressupostos que o garantidor deve preencher a fim de, sob determinadas condições, evitar o resultado.[430]

Joachim Vogel tem o mesmo entendimento. Para ele, o campo causal, constituído pela condição mínima suficiente, não é definido apenas pelas condições positivas, mas também pelas negativas. Em sua ótica, um resultado somente pode ser explicado mediante a concorrência de condições positivas e negativas. Disso resulta que também condições negativas – ou seja, fatos descritos de forma negativa – podem ser componentes necessárias de uma condição mínima suficiente e, portanto, causas. Isso corresponde à compreensão cotidiana da causalidade: se uma planta está encoberta por um matagal e não cresce, ao passo que outra planta do mesmo tipo situada em local aberto cresce bem, então tanto a falta de crescimento da primeira planta pode ser explicada mediante uma condição positiva (ela estava encoberta pelo matagal) quanto o bom crescimento da segunda pode ser explicado mediante uma condição negativa (ela não estava encoberta pelo matagal). Ambas

---

427 BRUERA, José Juan. Op. cit., p. 229.

428 PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 284-285.

429 Ibidem, p. 298.

430 Idem. Die Kausalität (vor § 13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 514.

explicações têm como base a lei causal de que uma planta somente cresce bem se recebe luz suficiente.[431]

Por sua vez, Claus Roxin acolhe a teoria da condição conforme a leis formulada por Engisch e sustenta que o resultado não é influenciado apenas por condições positivas, mas também pela falta de fatores impeditivos.[432] Os argumentos da corrente contrária – de que a causa deve ser entendida como força produtora de efeitos (Jescheck) e de que há uma "dinâmica da causalidade" (referido por Engisch) – não convencem Roxin,[433] que compreende o fenômeno causal, na esteira da moderna teoria do conhecimento, como categoria ôntica.[434] Para ele, deve ser aplicada a fórmula da causalidade como condição adequada às leis tanto nos crimes comissivos quanto nos omissivos.[435]

Na doutrina pátria, Aníbal Bruno sustenta que a omissão é causa do 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".[436] Para o mestre pernambucano, o argumento de que "de nada nada pode provir" somente é verdadeiro quando se compreende a causalidade não como um conceito de relação, mas, de maneira inexata, como um conceito físico de força. A omissão também é um comportamento do indivíduo e pode entrar como condição na série causal que conduz ao resultado.[437]

5.2.3 Avaliação crítica

A indagação de Wolff ("como pode ser que algo que não é seja parte de estruturas que produzem algo real?") foi respondida por Puppe, que vê, nesse

---

431 VOGEL, Joachim. Op. cit., p. 156.

432 ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C. H. Beck, 2003. Band II, p. 639. Idem. Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen. Op. cit., p. 77.

433 Idem. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Band II. Op. cit., p. 640.

434 Idem. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Band I. Op. cit., p. 351.

435 Idem. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Band II. Op. cit., p. 640-641.

436 BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 326.

437 Ibidem, p. 326, nota de rodapé nº 13.

questionamento, uma confusão entre a negação e o negado. Aquilo que não é, é o negado, não a negação. Esta é "algo real", na medida em que seja verdadeiro o enunciado em que aparece a palavra não.[438] Ademais disso, é questionável a assertiva de que a omissão não integra a realidade e que, por conseguinte, não se coaduna com a causalidade compreendida como categoria do ser. Não parece contrariar o senso comum nem a concepção ôntica sobre a natureza da causalidade afirmar que uma planta morreu porque não foi regada. Ainda que se entenda a causa como *causa efficiens,* o argumento aduzido por Spendel para demonstrar que a omissão também pode ser vista como energia potencial parece bastante convincente e de difícil refutação, já que se trata de conceito amplamente empregado na Física.

Por outro lado, a pesquisa de Kaufmann sobre os crimes omissivos foi, seguramente, divisor de águas na dogmática penal, em virtude da profundidade da investigação por ele realizada e da qualidade dos pontos de vista sustentados. Todavia, no tratamento do nexo causal, seu pensamento é confuso e pouco elaborado. Ele dá a entender inicialmente que não aceita a causalidade da omissão, depois a admite no plano pré-jurídico para, por fim, rejeitar a causalidade da pessoa em relação ao resultado. Essa mudança de enfoque (da omissão para a pessoa) é seguramente equivocada. A investigação jurídico-penal da causalidade não tem como objetivo estabelecer um vínculo entre um ser (uma pessoa) e um evento, mas entre dois eventos – mais precisamente, entre ação ou omissão e um resultado lesivo a um bem jurídico tutelado.[439] O tratamento conferido por Kaufmann à causalidade dos crimes omissivos não merece ser acolhido. Sintomático desse ponto de vista o fato de que, segundo Enrique Gimbernat Ordeig, "a rebuscada construção de Armin

---

438 PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. Op. cit., p. 283.

439 Da mesma opinião: Ingeborg Puppe, El resultado y su explicación causal en Derecho penal. Op. cit., p. 282, nota de rodapé nº 49. Para Puppe, esse questionamento (causalidade da pessoa), no mínimo, está formulado de modo equivocado. O homem não pode ser causa de um fato (resultado, modificação), porque fatos somente derivam de fatos, não de indivíduos. Jésus Maria Silva Sanchez (Op. cit., p. 287, nota de rodapé nº 353) cita Nickel, Spendel, Schlüchter e Rödig, além de Puppe, como críticos do ponto de vista de Kaufmann. Segundo Silva Sanchez, a crítica parte, em geral, da consideração de que a relação entre um sujeito e seus atos não pode ser de causalidade, já que a relação de causa-efeito exige independência lógica entre os dois termos e isso não se pode afirmar entre o sujeito e seus atos, que não constituem "fenômenos distintos" no mundo. Os fatos somente podem derivar de outros fatos e não de indivíduos. A relação entre omitente e omissão será, pois, questão de injusto ou culpabilidade.

Kaufmann para negar a relação de causalidade não encontrou nenhum eco na literatura posterior".[440]

A abordagem de Jescheck parte da concepção de causa como *causa efficiens*, isto é, como força produtora de efeitos. Embora não seja a melhor orientação sobre o tema,[441] como demonstrou o desenvolvimento do debate a esse respeito, tem respaldo filosófico.[442] Todavia, deve-se atentar, uma vez mais, para o ensinamento de Mario Bunge, que nega a equiparação entre causalidade e produção de efeitos, na medida em que há coisas que se produzem e se originam de forma não causal. Para ele, a causalidade é apenas um caso particular de produção.[443]

A proposta de Jakobs é defensável, na medida em que é possível, teoricamente, trabalhar apenas com a imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. Existem várias propostas nesse sentido.[444] A questão que se apresenta, contudo, é saber se a análise limitada à imputação decorre de impossibilidade de se falar em causalidade na omissão ou de opção teórica de Jakobs. O professor de Bonn procurou fazer crer que não é viável empregar o raciocínio concernente ao nexo causal nos crimes omissivos impróprios com base em dois argumentos principais: a omissão está fora da cadeia causal por ser mera condição negativa do resultado e a exigência de causalidade, ao lado da imputação objetiva, nos crimes omissivos impróprios não traz nenhum ganho, apenas confusão terminológica.

No tocante ao primeiro argumento, não foi feito esforço para harmonizar a distinção entre causa e condição nos diferentes setores da teoria do delito, já que não é coerente distinguir causa de condição nos crimes omissivos e adotar raciocínio

---

440 ORDEIG, Enrique Gimbernat. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. Op. cit., p. 36, nota de rodapé nº 10.

441 Para Eric Hilgendorf (Op. cit., p. 564), especulações sobre a causa como força produtora de efeitos são antiquadas na Filosofia desde a análise causal de David Hume. No mesmo sentido: PUPPE, Ingeborg. „Naturgesetze" vor Gericht. Op. cit., p. 1.148: "essa ideia da relação de causalidade como desprendimento de energia foi há muito tempo abandonada na Filosofia e na teoria da ciência, porque ela é supérflua, não esclarece nada sobre o que não seria explicável sem ela e, simplesmente, não é comprovável" (*„Diese Vorstellung vom Kausalzusammenhang als Kraftentfaltung ist in der Philosophie und Wissenschaftstheorie längst aufgegeben worden, weil sie überflüssig ist, nichts erklärt, was nicht auch ohne sie zu erklären wäre und schlechterdings nicht nachweisbar ist."*).

442 A origem dessa corrente de pensamento é a obra de Aristóteles. Nesse sentido: ABBAGNANO, Nicola. Op. cit., p. 124; BUNGE, Mario. Op. cit., p. 57.

443 BUNGE, Mario. Op. cit., p. 78.

444 Luís Greco (Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 676, nota 15) menciona os seguintes autores: Hardwig, Kahrs, Wollf, Schaffstein, Hoyer, Otto e Kahlo.

contrário nos crimes comissivos. Em segundo lugar, nenhuma das principais teorias da causalidade (teoria da equivalência, da condição conforme a leis naturais, da condição INUS) mostra-se incompatível com a contemplação da omissão como causa de um resultado. Para todas elas, é possível sustentar a causalidade da omissão.[445] Também das perspectivas filosófica e da teoria da ciência, é possível compreender condição como causa. De acordo com Bunge, a causalidade é apenas uma das formas de determinação de um evento, de sorte que nada impede equiparar a causação de um evento ao seu condicionamento.

O segundo argumento empregado por Jakobs, relativo à confusão terminológica, pode ter cabimento, mas isso não é algo que decorre automaticamente do emprego concomitante da causalidade e da imputação nos crimes omissivos. A confusão em tela está diretamente relacionada com a clareza com a qual são concebidos os fundamentos, os requisitos e as funções de cada uma dessas categorias. Não vemos sentido, por exemplo, em conceber uma teoria normativa da causalidade e empregar, além dela, critérios normativos de imputação objetiva.[446] Não apenas seria desconsiderada a natureza do nexo causal, que é uma categoria ôntica e não normativa, como também haveria uma desnecessária superposição de critérios valorativos, sem que seja possível traçar uma linha diferenciadora entre o ponto em que termina a análise causal e quando tem início a valoração inerente à imputação objetiva. Nesse cenário, é evidente o potencial para o surgimento de perplexidade no profissional do Direito. No entanto, é possível, por outro lado, eliminar esse potencial para o advento de confusão em terreno já sobrecarregado por obscuridades caso o ontológico seja separado do normativo, ou seja, caso se considere a causalidade como categoria ôntica, situada no plano do ser, e a imputação como categoria normativa, valorativa, situada no plano do dever ser.

Conquanto o entendimento predominante na doutrina nacional e estrangeira seja o de negar a causalidade da omissão, não vemos razão de ser para essa negativa. Superada a concepção de causa como *causa efficiens* (força produtora

---

445 Mackie (**The cement of the universe**. Op. cit., p. 155), por exemplo, admite que um fator negativo pode ser considerado causa: "*And yet, as we saw, we can speak of a negative cause, an absence of interference, as causing its continuance*" (e ainda, como nós vimos, podemos falar de uma causa negative, uma ausência de interferência como causa de sua continuidade). Contra, sem razão, Binns (op. cit., p. 49), para quem Mackie não toma partido nessa polêmica. Todavia, admite Binns (loc. cit.), com apoio em Stegmüller, que um fator negativo pode ser considerado causa no sentido da teoria da condição INUS.

446 Sobre o tema, cf. o item 4.4.3 (crítica à concepção normativista do nexo causal).

de efeitos), não vislumbramos qualquer óbice ôntico, lógico ou epistêmico a que se conclua pela causalidade da omissão. Convém enfatizar que o emprego de qualquer das principais (e verdadeiras) teorias sobre a causalidade (equivalência, condição conforme a lei e condição INUS) conduz à ilação de que a omissão pode ser causa de um resultado.

Contudo, ainda que se entenda de forma contrária, deve-se ter em mente a advertência feita por Luís Greco. Ninguém questiona que a mãe que deixa de alimentar seu filho até que ele venha a falecer realiza o tipo penal de homicídio por omissão (artigo 121 combinado com artigo 13, §2º, alínea *a,* ambos do Código Penal). Assim, sustenta Greco que pouco importa se qualificamos a sua conduta de causa ou de quase-causa do resultado, já que ela será responsabilizada sob pressupostos idênticos, o que revela que o debate, em última análise, tem natureza terminológica. Disso, extrai Greco duas conclusões. Primeiramente, é possível empregar, sem problema, a expressão mais curta e elegante "causalidade da omissão" em lugar das complicadas locuções "quase-causalidade" ou "causalidade hipotética". Em segundo lugar, nossa atenção, enquanto juristas, deve estar voltada para questões mais importantes, que relevem para a solução de problemas concretos.[447]

Com isso, fica claro que o mais importante não é a discussão sobre a admissibilidade ou não da causalidade em crimes omissivos impróprios. O enfoque deve ser mais amplo.

5.3 A estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios

Nessa diretriz de pensar a teoria do delito com o olhar voltado para a solução de problemas concretos, suponham-se as seguintes situações: um médico omite a realização de radioterapia em seu paciente, procedimento que, em mais de 90% dos casos, conduz a um prolongamento da vida de 5 a 10 anos. O paciente falece

---

[447] GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 675. De acordo quanto à ausência de consequências práticas: ORDEIG, Enrique Gimbernat. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. Op. cit., p. 47.

e o médico é processado criminalmente.[448] Deve o resultado morte ser imputado ao médico? “Um carnavalesco mantém em sua residência, sem os cuidados devidos, uma caixa de fogos de artifício, a qual é deflagrada, porém, por um convidado, que a coloca em lugar inadequado, de onde os rojões passam a atingir outras pessoas, causando-lhes ferimentos.” [449] Devem as lesões corporais ser atribuídas ao carnavalesco?

Dentre todas as categorias que compõem o conceito analítico de fato punível, a solução para as questões acima propostas deve ser investigada no âmbito do tipo penal, que deve ser compreendido, conforme ensina Cláudio Brandão, como modelo conceitual abstrato de comportamento proibido sob ameaça de uma pena.[450] Nessa linha de raciocínio, é a estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios que se reveste de aptidão para elucidar a relação entre conduta omissiva e resultado típico. Nos casos acima propostos, deve ser analisado, inicialmente, se as condutas do médico e do carnavalesco preenchem, respectivamente, os requisitos dos tipos objetivos dos crimes de homicídio doloso ou culposo e de lesão corporal dolosa ou culposa, ambos por omissão.

Existem, a esse respeito, inúmeras propostas teóricas. Não é nosso objetivo exaurir as orientações sobre a estrutura típica dos crimes omissivos impróprios. Tenha-se em mente que o objeto de nossa investigação, neste capítulo, é a relação entre conduta e resultado típico e não os crimes omissivos em geral. Assim, para a presente exposição, interessa apenas fazer um paralelo entre as principais propostas a fim comparar seus fundamentos e soluções. Serão preteridas, portanto, considerações sobre os requisitos concernentes ao dever de agir.

O primeiro grupo de propostas sobre a conformação do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios é o que exige o menor número de requisitos para a sua configuração (por isso, para facilitar a referência a essas propostas, denominaremos essa corrente de minimalista). Essa orientação, no âmbito do tipo objetivo em análise, exige apenas a existência de: a) situação de perigo para o bem jurídico tutelado; b) omissão da ação devida, c) resultado típico, d) posição de garantidor e e) a

---

448 O exemplo é abordado por Luís Greco (Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 676) a partir de julgado do BGH publicado na revista ***NJW***, 1987, p. 2.940.

449 TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Op. cit., p. 334.

450 BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal.** Op. cit., p. 52.

possibilidade de atuar para evitar o resultado. Esses são os requisitos mínimos para que se cogite de conduta típica de omissão imprópria.[451]

Como se pode perceber, essa corrente não exige nem a causalidade da omissão em relação ao resultado nem a sua valoração por critérios normativos de imputação.

Nessa ordem de ideias, não é correto sustentar que o dever de agir (posição de garantidor) substitui a relação de causalidade ou de imputação. O dever de agir diz respeito ao desvalor da ação e é analisado segundo uma perspectiva *ex ante*, ao passo que a imputação concerne ao desvalor do resultado e é avaliada da perspectiva *ex post.*[452] Ademais disso, é possível que subsista o dever de agir sem que seja devida a imputação do resultado ao omitente.[453]

Procuramos demonstrar no item 5.2.3 que a postura de abrir mão do exame do nexo causal no âmbito do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios é uma opção teórica e não algo que decorre da impossibilidade de se cogitar da causalidade da omissão. Desse modo, cumpre avaliar se essa opção teórica é a que melhor atende à função dogmática de estabelecer os critérios mais adequados para a solução dos casos jurídico-penais.

Inicialmente, é possível perceber que essa corrente doutrinária fica em situação difícil para resolver os casos em que não há dúvida quanto ao dever de agir, mas permanece incerto se a atuação devida teria evitado a ocorrência do resultado. Nessas hipóteses, segundo a proposta da corrente minimalista, o resultado lesivo

---

451 É inadmissível, à luz da ordem jurídica em vigor, exigir apenas omissão, resultado e posição de garantidor para que se afirme configurado o tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios. O artigo 13, §2º, do Código Penal exige implicitamente a situação de perigo para o bem jurídico – já que, caso inexista o perigo, não surge o dever de agir – e expressamente a possibilidade de atuar, pois não há sentido algum em responsabilizar criminalmente alguém por não ter feito aquilo que lhe era impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). Assim, a impossibilidade de atuação do garantidor conduz à atipicidade de sua conduta omissiva. Trata-se, portanto, de requisitos cujo exame não pode ser preterido.

452 O argumento é de GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 676.

453 Nesse sentido: JAKOBS, Günther. **Derecho Penal.** Op. cit., p. 962: “se este comportamento [do garantidor] não surte efeito com segurança, isso não elimina o dever [de agir].” Um exemplo de Gonzalo Rodriguez Mourullo (**Derecho Penal:** parte general. Madrid: Civitas, 1978, p. 309) elucida bem o ponto de vista defendido: “dada a peculiar constituição dos agentes patogênicos que originaram a infecção, a experiência geral indica que a ação devida de ferver a seringa, omitida pelo médico, não os teria destruído e, portanto, não haveria impedido o contágio infeccioso.” Ante o risco concreto de infecção (situação típica omissiva), subsiste o dever de o médico esterilizar a seringa (dever de agir). Contudo, em uma perspectiva *ex post,* constata-se que a conduta devida teria sido inócua para evitar o resultado lesivo (infecção), o que afasta não o dever de agir, mas a atribuição do resultado ao médico.

deve ser imputado ao omitente, na medida em que é possível concluir que restam preenchidos todos os requisitos do tipo objetivo. Contudo, o raciocínio não pode tão simples assim, já que não se sabe se a ação ordenada pela norma penal teria aptidão para, na situação concreta, evitar o resultado. O afastamento do critério da evitabilidade do resultado demanda esforço argumentativo no sentido de justificar a sua desnecessidade, o que não é feito por essa corrente, que não aborda o critério em pauta.

Dessa forma, de acordo com os postulados da corrente em exame, no caso da omissão da radioterapia, o resultado morte deve ser imputado ao omitente. Idêntico raciocínio deve ser feito no exemplo dos fogos de artifício: o carnavalesco que guarda em sua residência fogos de artifício deve responder pelos danos provocados após o inadvertido manuseio dos fogos por seu convidado.

Todavia, se o acerto da solução no primeiro caso parece intuitivo, não se pode dizer o mesmo em relação à segunda hipótese. Caso se queira afastar a responsabilidade penal do carnavalesco no plano do tipo objetivo, é imprescindível o emprego de critérios restritivos adicionais, o que é oferecido tanto pela relação de causalidade como pela teoria da imputação objetiva.

Essa solução foi vislumbrada por Juarez Tavares, que argumenta que a atuação anterior do carnavalesco foi substituída em seus desdobramentos causais pelo comportamento do convidado, que, por sua vez, embora não tenha iniciado a ação arriscada ou não tenha dominado, desde o início, a fonte de perigo, está causalmente ligado a ela. Assim, propõe Tavares que deve ser aplicada a correção do regresso ao infinito, tal como consignado no artigo 13, §1º, do Código Penal: a causa superveniente relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, tenha produzido o resultado. Desse modo, para Tavares, o carnavalesco não é ingerente, isto é, garantidor do resultado.[454]

A solução de Tavares não é convincente, já que não nos parece adequado empregar o nexo causal no plano da posição de garantidor. O fundamento de nossa divergência já foi exposto acima: o plano do desvalor da ação não se confunde com o do desvalor do resultado. É questionável a viabilidade de empregar a relação de causalidade para limitar a posição de garantidor, na medida em que a função dogmática do nexo causal, como visto, é limitar a responsabilidade penal ao excluir a

---

[454] TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** Op. cit., p. 334.

atribuição de resultados que não decorrem da conduta do agente, o que, ao menos em princípio, não guarda relação com o dever de agir. Aliás, a própria literalidade do §1º do art. 13 do Código Penal, invocado por Tavares, contraria a solução por ele proposta, já que o texto legal afirma expressamente que é excluída a *imputação* do resultado e não o *dever* de agir. Não bastasse isso, é duvidoso se a conduta do convidado pode ser considerada concausa superveniente que *por si só* produziu o resultado, sobretudo ante a afirmação de que o carnavalesco não guardou a caixa de fogos de artifício com o devido cuidado.

Como o anfitrião, com seu comportamento anterior de guardar indevidamente fogos de artifício em sua residência, criou um risco de lesão a bens jurídicos, deve ser considerado garantidor, nos termos do artigo 13, §2º, alínea *c,* do Código Penal. Haja vista que a conduta do anfitrião está inserida na linha de desdobramento dos fatos e permite, quer pela fórmula da teoria da equivalência, quer pela fórmula da teoria condição mínima, a sua consideração como causa do resultado, somente vislumbramos a possibilidade de afastar a responsabilidade do carnavalesco no plano do tipo objetivo caso sejam empregados critérios de imputação. Deixaremos aberta a questão relativa ao acerto político-criminal da exclusão da imputação no exemplo proposto por Tavares.

Em suma, não é difícil perceber que o exemplo dado por Juarez Tavares evidencia a necessidade do emprego de ulteriores critérios no âmbito do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios. É o que faz a corrente a seguir.

Em posição diametralmente oposta, há um grupo de propostas, que optamos por designar maximalista, que exige, para a configuração do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, além dos requisitos já mencionados (situação de perigo ao bem jurídico, omissão, resultado típico, posição de garantidor e possibilidade de agir), a existência de relação de causalidade entre omissão e resultado, assim como a satisfação de critérios normativos de imputação.

Uma primeira vertente trabalha, no plano da causalidade, com a teoria da *conditio sine qua non*. No âmbito dos crimes omissivos impróprios, a fórmula da teoria é modificada. Em vez de ser eliminada mentalmente a conduta investigada, acrescenta-se no raciocínio hipotético a conduta omitida e indaga-se se o resultado

teria ocorrido.[455] Se ocorrer o resultado, a omissão da conduta ordenada pela norma penal não deve ser considerada causa do resultado.

O legislador brasileiro, ao acolher a teoria da *conditio sine qua non* no *caput* do artigo 13 do Código Penal, não atentou para esse relevante aspecto. Tratou as condutas comissivas e omissivas da mesma forma ao dispor que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. O problema é que não faz sentido eliminar mentalmente a omissão e indagar se o resultado não teria ocorrido, na medida em que a eliminação da conduta omissiva em nada altera o curso dos acontecimentos. Suponha-se a situação do pai que assiste inerte seu filho afogar-se. Se eliminarmos mentalmente a omissão do pai, o afogamento permanece como hipótese suscetível de concretização, isto é, ele não deixaria de ocorrer. Logo, a conduta do pai, à luz do *caput* do artigo 13 do Código Penal, não deveria ser considerada causa do afogamento do filho. Trabalhou mal o legislador tanto ao optar por conceituar causa no texto do Código Penal quanto ao escolher conceito equivocado. Impressiona o silêncio da doutrina quanto à premente necessidade de revogação ou, pelo menos, de reforma do dispositivo legal em questão.

Günter Spendel, para tentar salvar o procedimento hipotético de eliminação no âmbito dos crimes omissivos impróprios, emprega o argumento *duplex negatio est affirmatio.* Para ele, uma omissão é condição ou causa quando, *sem* a conduta *omissiva* – isto é, já que uma negação de uma negação é uma afirmação – quando, *com* a *realização* da conduta, o resultado típico concreto com probabilidade próxima da certeza não teria ocorrido ou – como também se diz – quando, (com eliminação mental da omissão, isto é) com o acréscimo mental da conduta omitida, o resultado deixar de existir. [456] Embora seja certo que, do ponto de vista lógico, a negação de uma negação corresponde a uma afirmação, não é claro que eliminar uma omissão seja o mesmo que acrescentar uma comissão. Para obviar essas dificuldades, deveria a matéria, como diz Fragoso, "ser pura e simplesmente suprimida da lei."[457]

---

455 WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 283; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 263; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 254-255.

456 SPENDEL, Günter. Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte. Op. cit., p. 139-140. No original: *„[...] eine Unterlassung dann bedingend oder ursächlich sei, wenn ohne die unterlassene Handlung, d. h. – da die Negation einer Negation eine Bejahung ist – wenn bei der getätigten Handlung der konkrete tatbestandliche Erfolg mit (an) Gewissheit (grenzender Wahrscheinlichkeit) nicht eingetreten wäre oder – wie man auch sagt – wenn (beim Hinwegdenken der Unterlassung, d.h.) beim Hinzudenken der unterlassenen Handlung, der Erfolg entfiele."*

457 FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal. Op. cit., p. 60.

Deixemos de lado o tratamento legislativo do tema e voltemos ao plano teórico. No âmbito do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, a atribuição do resultado ao agente depende da evitabilidade do resultado em decorrência da execução (hipotética) da conduta ordenada pela norma penal. Essa é a essência da chamada teoria da evitabilidade, dominante na doutrina.[458] Varia, contudo, o grau de exigência quanto à ausência do resultado típico caso o omitente tivesse agido.

Há quem exija a certeza de evitação do resultado, sob pena de não ser possível a sua imputação ao omitente.[459]

Contudo, a opinião majoritária contenta-se com uma probabilidade próxima da certeza.[460] Sobre a controvérsia, sustenta-se que, como o raciocínio causal no âmbito dos crimes omissivos impróprios é hipotético, não é possível falar de segurança, de certeza absoluta, mas apenas de probabilidade.[461]

Segundo Claus Roxin, a jurisprudência do Tribunal Federativo alemão entende que uma omissão é causa de um resultado se ele tivesse sido impedido pela ação que não se levou a cabo. A evitação do resultado deve ser constatada com probabilidade próxima da certeza. Roxin critica a fórmula da jurisprudência para constatação do nexo causal nos crimes omissivos, pois o critério do acréscimo mental da conduta omitida é inútil, a exemplo do que se dá com o critério hipotético de eliminação nos crimes comissivos. Por exemplo, caso se queira saber se uma conduta médica (ministrar um medicamento ou realizar uma operação) teria evitado a morte do paciente, o acréscimo mental da conduta médica não leva a lugar algum caso não se saiba como o medicamento ou a operação teria atuado.[462]

---

[458] Nesse sentido: GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 675-676. Contra: JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Op. cit., p. 962, para quem a doutrina dominante é a que defende a teoria da diminuição do risco.

[459] KÖHLER, Michael. Op. cit., p. 229.

[460] BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 255; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 264; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 283; MEZGER, Edmund. Op. cit., p. 122; SPENDEL, Günter. Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte. Op. cit., p. 140; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal.** Op. cit., p. 207.

[461] ORDEIG, Enrique Gimbernat. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. Op. cit., p. 50; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 563-564.

[462] ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Band II. Op. cit., p. 641-642.

Ante as falhas da teoria da *conditio sine qua non*, já mencionadas nos itens 4.1.3 e 4.1.5, há quem defenda as teorias da condição conforme às leis naturais[463] e da condição mínima[464] para resolver os problemas atinentes à relação entre omissão e resultado. Já externamos nossa predileção pela teoria da condição INUS, de modo que não é o caso de cotejá-la novamente com as teorias rivais. Cumpre deixar registrada, apenas, a sua aplicabilidade aos crimes omissivos impróprios. Nosso objetivo, portanto, não é retomar a discussão relativa às teorias da causalidade. No presente momento, nossa investigação está voltada para a análise das diferentes propostas de conformação do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, de sorte que interessa analisar a interação entre causalidade e imputação objetiva, como forma de aquilatar se a presente orientação doutrinária é mais vantajosa quando comparada com as demais.

Assim, registrada a existência de outras propostas que empregam as teorias da condição conforme às leis e da condição INUS no âmbito dos crimes omissivos impróprios, devem ser abordadas as críticas dirigidas à teoria da evitabilidade.

A primeira delas consiste na indeterminação da exigência de probabilidade próxima à certeza. A teoria emprega um critério vago, impreciso, sem que sejam oferecidos critérios adicionais para a sua determinação. Enrique Gimbernat Ordeig sustenta que na maioria dos casos em que existe acordo quanto à condenação por uma omissão imprópria consumada, a probabilidade de que a ação exigida teria evitado o resultado não passa de ser mais ou menos elevada, mas está muito longe de alcançar a requerida probabilidade próxima da certeza.[465] Para Ordeig, a probabilidade próxima da certeza consiste em um artifício retórico.[466]

Sustenta-se, ademais, que a teoria da evitabilidade não consegue dar solução satisfatória para situações em que a evitação do resultado depende do comportamento ulterior de outras pessoas, porquanto, como não se sabe como os

---

463 Por exemplo: ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 64 e ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Band II. Op. cit., p. 639-640 (que menciona o ponto de vista de Eric Hilgendorf – Op. cit., p. 564 –, para quem a teoria da condição conforme às leis é aplicável aos crimes omissivos sem limitações).

464 Como Puppe e Vogel. Cf. item 5.2.2.

465 ORDEIG, Enrique Gimbernat. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. Op. cit., p. 51.

466 Idem. **ZStW** 111, 1999, p. 321 apud GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 676, nota de rodapé nº 22.

terceiros se comportariam, resta inviável afirmar que o resultado lesivo seria evitado com probabilidade próxima da certeza. Conforme ensina Ordeig, os autores que defendem a teoria da evitabilidade presumem que o terceiro se comportaria licitamente.[467] No hipótese em que o médico residente deixa de comunicar ao seu preceptor a existência de complicações pós-operatórias em um paciente sob os seus cuidados e, com isso, priva o preceptor da oportunidade de realizar um diagnóstico correto e adotar a tempo medidas terapêuticas para salvar a vida do paciente, o resultado morte poderia ser atribuído ao médico residente omisso, na medida em que é, segundo a orientação em exame, presumida a atuação do preceptor conforme a *lex artis.* Essa presunção tem sido criticada.[468]

Em casos de decisões colegiadas, a aplicação da teoria da evitabilidade também é problemática. Salienta Luís Greco que esse grupo de casos apresenta a grande dificuldade de que todos os omitentes talvez possam exonerar-se reciprocamente, na medida em que cada um pode alegar que a execução da conduta devida, por si só, não teria evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. Cada dirigente pode dizer que, mesmo se tivesse cumprido o seu dever, ele não teria conseguido mudar o resultado da decisão do colegiado. Ainda segundo Greco, existe relativo acordo a respeito da conclusão de que daí não pode derivar uma situação de "irresponsabilidade organizada". Nas palavras do BGH: "é evidente que isso não pode ser correto".[469]

Outra objeção dirigida à teoria da evitabilidade diz respeito às consequências de sua aplicação. Argumenta-se que ela deixa desprotegidos bens jurídicos quando eles mais precisam de proteção, como nos exemplos dos pais que

---

467 ORDEIG, Enrique Gimbernat. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. Op. cit., p. 59. Ordeig menciona Puppe, Jakobs, Köhler, Sofos, Schönke, Schröder e Stree como autores que presumem a atuação lícita do terceiro.

468 GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 690, para quem "não convence a réplica de que o mesmo [presunção] se faria na comissão, pois também ali o comportamento ilegal hipotético de outrem não isenta de responsabilidade, na medida em que, no delito comissivo, a causalidade do comportamento do autor para o resultado já é certa. Aqui, pelo contrário, tenta-se postular não apenas um comportamento hipoteticamente ilícito, mas já um comportamento hipotético de outrem, a fim de alcançar o resultado desejado da relação causal. A pretensa indeterminação do comportamento humano (...) não é um fundamento suficiente para essa ficção. Também o argumento de que essa suposição seria necessária 'em nome da efetividade das normas' é um chavão insuficiente, que pode ser utilizado em quaisquer circunstâncias, sempre que se queira responsabilizar a alguém. A suposição pode ser especialmente questionável quando se imaginam casos em que é seguro, desde o início, que o segundo omitente não vai observar seu dever, mas ninguém sabe disso."

469 Ibidem, p. 681.

omitem levar ao médico o filho gravemente doente e o do médico que omite realizar o tratamento devido em um paciente que padece de doença grave. Em ambos os casos, como a probabilidade de evitar o resultado morte não é próxima da certeza, aos omitentes não seriam imputadas as mortes das vítimas.

Ante essas dificuldades da teoria da evitabilidade, tem ganhado força a teoria do incremento do risco ou, na versão própria dos crimes omissivos impróprios, como preferem alguns autores, teoria da diminuição do risco. Para a imputação do resultado lesivo ao omitente, segundo essa teoria, não seria necessária a evitação do resultado com uma probabilidade próxima da certeza, mas apenas que a omissão da ação devida tenha eliminado ou diminuído as possibilidades de salvação do bem jurídico protegido.

Contra a teoria da diminuição do risco nos crimes omissivos impróprios, são dirigidas três críticas principais.[470] A primeira delas acusa a teoria em análise de converter crimes de resultado em crimes de perigo. Conforme argumenta Erich Samson, "a teoria do incremento do risco chega à responsabilidade por delito consumado ainda em casos em que, em uma consideração *ex post,* não se causou a intensificação da lesão do bem jurídico."[471] Objeta-se, ainda, que a teoria da diminuição do risco nos crimes omissivos impróprios viola o princípio *in dubio pro reo.* Por fim, a teoria é criticada por ampliar a punibilidade.

As duas primeiras críticas foram analisadas por Luís Greco, em trecho que reclama transcrição literal ante a clareza de seu raciocínio:

> Ambas objeções, no entanto, são circulares e apresentam outros defeitos. Se a evitabilidade do resultado pertence ou não à estrutura dos delitos de lesão é justamente o que está em jogo; é, assim, uma mera petição de princípio afirmar que o adversário concebe erroneamente essa estrutura, porque ele a interpreta de modo distinto. Além disso, a objeção parece ignorar que só se começa a discutir a imputação de um resultado quando este efetivamente ocorreu. Não há, assim, nos presentes casos, mero perigo, mas lesão, e lesão causada pelo autor. E o princípio *in dubio pro reo* seria apenas violado se a evitabilidade do resultado fosse um pressuposto do tipo objetivo que devesse ser comprovado no processo – portanto, também essa

---

470 Cf. KAHLO, Michael. Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen. Op. cit., p. 75; WOHLERS, Wolfgang; GAEDE, Karsten. Begehen durch Unterlassen. Voraussetzungen der Strafbarkeit (§13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. Op. cit., p. 591; GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 678; ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Band II. Op. cit., p. 644; HOYER, Andreas. Kausalität und/oder Risikoerhöhung. Op. cit., p. 96.

471 SAMSON, Erich. Cursos causales hipotéticos en Derecho Penal. Op. cit., p. 151 e ss.

> segunda objeção vive da pressuposição do acerto de seu próprio ponto de vista. A rigor, o apelo ao princípio *in dubio pro reo* significa uma confusão de categorias, pois esse princípio tem natureza jurídico-processual e não pode ser invocado para resolver questões de direito material, que é o de que se trata no presente caso.[472]

Assiste razão a Luís Greco. Não vemos como a teoria da diminuição do risco possa converter os crimes de resultado em crimes de perigo, haja vista que o exame do resultado concreto, efetivamente lesivo ao bem jurídico tutelado, não é preterido. É justamente a ocorrência do resultado que desencadeia a análise jurídico-penal, que não pode se contentar com a simples consideração da omissão e do mero risco ao bem jurídico. Vimos que o resultado integra a estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, de sorte que, para que seja afirmada a tipicidade de uma conduta, é imprescindível a consideração do resultado. Assim, se o resultado fenomênico lesivo ao bem jurídico é analisado, não há lugar para falar de simples crime de perigo. A confusão de categorias denunciada por Luís Greco relativamente à invocação do princípio *in dubio pro reo* parece-nos bastante clara. O aludido princípio tem natureza processual penal,[473] o que conduz à inadequação de seu emprego para solução de questões de Direito Penal.

Também pode ser percebido o caráter circular da última crítica, concernente à ampliação da punibilidade provocada pela teoria do incremento do risco. Como visto, a teoria da evitabilidade foi acusada de criar lacunas de punibilidade, pois deixa desprotegidos os bens jurídicos quando eles mais precisam

---

472 GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 678-679. No original: *„Beide Einwände sind indes zirkelhaft und weisen weitere Schwächen auf. Ob die Vermeidbarkeit des Erfolgs zur Struktur der Verletzungsdelikte gehört oder nicht, ist gerade die Streitfrage, so dass es eine petitio principii ist, zu behaupten, der Gegner verfehle diese Struktur, weil er sie anders deutet als man selbst. Ferner berücksichtigt der Einwand nicht hinreichend, dass der Verletzungserfolg tatsächlich eintreten muss, damit man überhaupt seine Zurechnung thematisiert. Und der in-dubio-pro-reo-Grundsatz wäre nur verletzt, wenn die Vermeidbarkeit des Erfolgs eine im Prozess zu beweisende Voraussetzung des objektiven Tatbestands wäre – also lebt auch dieser zweite Einwand davon, dass die Richtigkeit des eigenen Standpunktes vorausgesetzt ist. Dieser Zirkel beruht nicht zuletzt darauf, dass die Berufung auf den in-dubio-Grundsatz eine Kategorievermengung bedeutet: Denn dieser Grundsatz ist prozessrechtlicher Natur und kann nicht herangezogen werden, um materiell-rechtliche Fragen, um die es gerade geht, zu lösen.“*

473 Próximos: ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht.** 26. ed., München: C. H. Beck, 2009, p. 357: *„Für die Klärung rechtlicher Zweifelsfragen gilt der Satz ‚in dubio pro reo‘ natürlich nicht: ‚Er bezieht sich nur auf die Feststellung von Tatsachen und ist im Bereich der Gesetzauslegung … nicht anwendbar‘ (BGHSt 14, 73).“* Tradução livre: “o princípio *in dubio pro reo* não é, naturalmente, válido para o esclarecimento de dúvidas jurídicas. Ele diz respeito apenas à constatação de fatos e não é aplicável ao âmbito da interpretação da lei.”

de proteção. Retomemos o exemplo dos pais que deixam de levar ao hospital seu filho gravemente doente. Quando mais grave a doença (isto é, quanto mais o filho precisa de ajuda), menor a probabilidade de imputação do resultado aos pais omissos, já que não haveria probabilidade próxima da certeza de a intervenção médica salvar a vida do filho. O desacerto desse resultado é intuitivo. Assim, a crítica de que a teoria da diminuição do risco amplia a punibilidade é circular, porquanto vive, para usar o argumento de Greco, da pressuposição do acerto do seu próprio ponto de vista.

Inexiste, portanto, crítica séria contra a teoria da diminuição do risco capaz de abalar seus alicerces e de ensejar, por conseguinte, a sua rejeição.

Ademais disso, aduz Luís Greco que a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal, o que é um fundamento *prima facie* para segui-la. Nessa linha de raciocínio, Greco procurou operacionalizar dogmaticamente esse fundamento *prima facie.* Seu ponto de partida foi indagar qual o papel do desvalor do resultado no conceito de injusto. Para ele, em um Direito Penal protetor de bens jurídicos, o resultado deve ser um componente do injusto e não uma mera condição objetiva de punibilidade, pois a ocorrência do resultado confirma que a ordem jurídica tinha boas razões para proibir o respectivo comportamento (o que ele denomina função de confirmação do desvalor do resultado). Assim, conclui Greco que o resultado importa porque ele demonstra que a conduta fora proibida não por mero capricho, não porque a ordem jurídica quis exigir obediência, mas porque a conduta era perigosa. O resultado confirma esse perigo. Dessa função de confirmação do desvalor do resultado deduz Greco a teoria do incremento ou da diminuição do risco. Essa confirmação não se produz quando a ocorrência do resultado é certa a despeito da realização da conduta devida. Contudo, se a conduta devida melhorar as chances de salvação do bem, a proibição, também de uma perspectiva *ex post,* se confirma como razoável e justificada.[474]

Em suma, de um lado, a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal e contra ela não há nenhuma objeção relevante. Por outro lado, a teoria da evitabilidade é imprecisa, conduz a soluções equivocadas em casos de decisões colegiadas e deixa desprotegidos os bens jurídicos quando eles mais

---

474 GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. Op. cit., p. 678.

precisam de proteção. Mostra-se, portanto, digna de acolhida a teoria da diminuição do risco.

Dito isso, podemos apresentar nossa proposta de estruturação do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios.

A primeira tomada de posição diz respeito à necessidade de empregar ou não critérios de imputação (em sentido amplo). A corrente minimalista dispensa o emprego desses critérios. Contudo, foi visto que a aludida orientação fica em situação difícil para resolver casos em que é certo o dever de agir, mas a execução da conduta devida não teria chance de salvar o bem jurídico. Um outro exemplo pode tornar mais claro o que já foi dito. Um pai vê o prédio onde mora pegar fogo. Ele fica na dúvida se deve ou não jogar seus dois filhos menores pela janela, pois tem medo de que eles venham a falecer ou ficar seriamente lesionados em virtude da queda. Opta, nesse contexto, por esperar socorro do corpo de bombeiros e seus filhos acabam falecendo em virtude do incêndio. Para a corrente minimalista, o resultado morte deve ser atribuído ao pai: existe uma situação de perigo para os menores, o pai se omite em defenestrá-los, eles morrem devido à inalação das fumaças provocadas pelo incêndio e há o dever de garantidor, por força de disposição legal, do pai em relação aos filhos menores. Para essa teoria, é irrelevante se, em uma consideração *ex post,* ficar demonstrado que, em função da altura do andar onde os menores moravam e do peso de cada um deles, era insuficiente para evitar a morte o colchão de ar utilizado pelos bombeiros para amortecer o impacto da queda. A punição do pai, nesse cenário, por não ter jogado os filhos pela janela não é correta, já que a execução dessa conduta não teria criado uma chance de salvação dos menores. Isso evidencia a necessidade de o tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios incorporar a exigência de um nexo entre a conduta omissiva e o resultado típico, papel que, como procuramos demonstrar, não é realizado pelo dever de agir (posição de garantidor). No caso acima proposto, existe o dever de agir do pai. Contudo, a atuação do pai seria inútil para a salvação de seus filhos. Subsiste, portanto, o dever de agir, sem que seja possível imputar o resultado típico ao pai. Não é difícil perceber que a corrente minimalista não oferece solução satisfatória para esse grupo de casos.

A corrente maximalista oferece melhores critérios para a conformação do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios.

Dentre as várias vertentes dessa orientação, vimos que há autores que defendem a teoria da equivalência, assim como há quem propugne pela aplicação das

teorias da condição conforme a leis naturais e da condição mínima. O procedimento hipotético de acréscimo mental da conduta omitida, como sustenta Claus Roxin, é inútil, a exemplo do que ocorre nos crimes comissivos, já que somente quando se sabe se existe relação causal entre omissão e resultado ele apresenta aptidão para chegar a alguma conclusão. Quando não se sabe se a ingestão do medicamento teria evitado a morte do paciente, de nada adianta acrescentar mentalmente a ingestão do remédio e indagar se ele teria evitado o resultado morte.

Procuramos demonstrar, no capítulo anterior, os motivos que nos levam a concluir que a teoria da condição INUS ou da condição mínima, na proposta de Ingeborg Puppe, é a melhor forma até o presente momento concebida de descrever logicamente a relação entre conduta (comissiva ou omissiva) e resultado típico. Além disso, a teoria da condição INUS é aplicável aos crimes omissivos impróprios sem a necessidade de critérios corretivos adicionais. De tal sorte, considerando a relevância do papel da causalidade no âmbito da teoria do fato punível, pensamos que não se deve abrir mão da existência de conexão entre conduta omissiva e resultado típico. Não se trata de adotar nos crimes omissivos tratamento simétrico ao dos crimes comissivos, mas de estruturar o tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios de modo que seja descrita da maneira mais clara possível a matéria de proibição, o que tem a dupla vantagem de facilitar não apenas a compreensão do comando normativo por parte dos destinatários da norma penal, como também a aplicação da lei penal pelo Poder Judiciário.

Além de a adoção do nexo causal nos crimes omissivos impróprios ser suscetível de justificação teórica, o direito positivo brasileiro exige expressamente a sua consideração. Consta do *caput* do artigo 13 do Código Penal que a omissão é causa do resultado típico. Não é de boa técnica jurídica simplesmente desprezar o texto legal vigente e defender a desnecessidade do exame do nexo causal nos crimes omissivos impróprios. Quem é contra a causalidade da omissão tem o ônus argumentativo de demonstrar a inexistência de incompatibilidade dessa orientação com o texto do Código Penal, tarefa que nos parece de difícil êxito.

Desse modo, o tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios deve ser integrado, além da causalidade e dos demais requisitos (situação de perigo, omissão, resultado, dever e possibilidade de agir), pela imputação objetiva, na versão da teoria da diminuição do risco. É a conjugação das teorias da condição INUS e da diminuição do risco que se reveste de elevado potencial para a solução dos intrincados problemas

que se apresentam no âmbito dos crimes omissivos impróprios, na medida em que dessa combinação emergem critérios racionais, em sintonia com a política-criminal e com o conhecimento científico, capazes de limitar, de certa forma, a expansão do poder punitivo no âmbito dos crimes omissivos.

6 RESOLUÇÃO DOS CASOS INICIAIS

No início do trabalho, foram propostos alguns casos para contextualizar a controvérsia. Depois de analisadas criticamente as principais teorias da causalidade, é oportuna a realização de um confronto final entre a teoria da equivalência e a teoria da condição mínima, para que possa ser avaliada a capacidade de rendimento das teorias e para que sejam percebidos os resultados a que elas conduzem. A fim de facilitar a leitura, serão reproduzidos os casos sugeridos para, em seguida, ser apresentada nossa proposta de solução.

Caso 1:

A padece de uma enfermidade grave e, segundo os médicos que o assistem, morrerá em pouco tempo. B, herdeiro impaciente, subministra-lhe uma dose de um medicamento mortal para um ser humano. A morre pouco tempo depois. De acordo com a teoria da equivalência, a conduta de B é causa da morte de A?

Segundo o procedimento hipotético de eliminação, a conduta de B não deve ser considerada causa da morte de A, já que, eliminada mentalmente sua conduta de subministrar o medicamento, A morreria pouco tempo depois. Considerando que o artigo 13, *caput,* do Código Penal adotou a teoria da equivalência sem qualquer corretivo, não é possível considerar a conduta de B causa da morte de A. Em um caso concreto com essa dinâmica fática, deveria o juiz absolver B.

Os defensores da teoria da equivalência pleiteiam, aqui, a consideração do resultado em sua forma completamente concreta. Assim, deveria ser indagado se, eliminada mentalmente a conduta de B, A morreria no lugar X, na hora Y e do modo Z. Contudo, esse acréscimo, além de ser manipulável e de conduzir a uma argumentação circular, como visto, dificilmente se harmoniza com a literalidade do artigo 13, *caput,* do Código Penal, que não dispõe que se considera causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido *como ocorreu.* Não é de boa técnica exegética que o profissional do Direito, a pretexto de interpretar a lei, acrescente em seu texto palavras ou expressões não positivadas pelo legislador. Ao assim agir, o intérprete subverte o sentido do texto legal.

O caso em exame apresenta outro fator que coloca a teoria da equivalência em apuros. Como a vítima estava gravemente doente antes de receber o

medicamento, não se sabe se a sua morte decorreu da doença preexistente ou do medicamento que lhe foi ministrado. A eliminação mental da conduta de B, nessa situação, é inútil, já que permanece obscuro se a morte decorreu da doença ou da ingestão do medicamento.

A teoria da condição mínima, por outro lado, oferece solução que dispensa o emprego de critérios corretivos. Identificado o medicamento ministrado por B, deve-se perquirir a existência de uma lei geral da causalidade relativa ao referido medicamento. Se, no caso em análise, B ministrou dose igual ou superior à contida na lei de causalidade, sua conduta deve ser considerada uma componente mínima necessária de uma condição suficiente e verdadeira do resultado morte da vítima A. O conhecimento da lei geral da causalidade afasta a dúvida quanto à efetiva causa da morte. Se, de acordo com a referida lei, o medicamento demora um tempo mínimo de X minutos para começar a produzir efeitos e a vítima morreu antes de X, deve ser descartada a ingestão do medicamento como causa da morte. Se a morte da vítima A ocorreu depois de X minutos, a conduta de B de ministrar o medicamento a A pode ser considerada causa da morte.

Caso 2: 1ª Variação:

A e B, integrantes de quadrilha que se dedica à venda de drogas, são incumbidos pelo líder do bando de matarem uma pessoa e o fazem. Caso não tivessem acatado a ordem, outros membros do grupo certamente o teriam. Como afirmar, tendo em vista a teoria da equivalência, a existência de relação de causalidade entre as condutas de A e B e a morte da vítima?

A aplicação da teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais ao caso proposto conduz à ilação de que as condutas de A e B não podem ser consideradas causa da morte da vítima, na medida em que, eliminadas mentalmente, ainda assim a vítima morreria em virtude da atuação de outros membros da quadrilha. Assim, em um caso concreto desse jaez, deveria o juiz, em observância ao disposto no artigo 13, *caput,* do Código Penal, absolver os acusados, embora não haja dúvida quanto à efetiva relação de causalidade entre a conduta deles e o resultado morte. Esse paradoxo é explicado pela falha lógica cometida pela teoria da equivalência ao descrever a relação entre causa e resultado.

O corretivo proposto pelos defensores da teoria da *conditio sine qua non* consiste na desconsideração do curso causal hipotético ou da causa de reserva. Desse modo, propugnam os defensores da teoria em questão que a existência de

outros membros do bando é irrelevante para a aferição da causalidade das condutas efetivamente realizadas em relação ao resultado morte.

Essa correção é uma ruptura com os postulados da teoria da equivalência e não é difícil perceber isso. Trata-se de inaceitável critério *ad hoc,* que não pode ser deduzido do conceito de causa proposto pela teoria em exame, pois, quando não se sabe o que é causa real e o que é causa reserva ou substituta, não é possível separar uma de outra. Apenas quando, de antemão, antes mesmo da aplicação do procedimento hipotético de eliminação, se sabe qual conduta é a causa real, a fórmula corretiva pode conduzir a algum resultado.

A teoria da condição INUS passa ao largo de toda essa problemática, uma vez que ela não trabalha com um método condicional contrafático para a constatação da relação de causalidade. Para ela, as condutas dos membros da quadrilha devem ser consideradas causa da morte da vítima, na medida em que são componentes necessárias de uma condição mínima suficiente e verdadeira do resultado morte. Não entra em discussão, na aplicação da teoria da condição INUS ou mínima, a existência de causas reservas ou substitutas, já que ela trabalha apenas com as condições efetivamente realizadas.

Caso 2: 2ª Variação:

A vítima é executada mediante disparos de armas de fogo realizados por quatro membros da quadrilha, dos quais apenas um é identificado. Em sua defesa, ele alega, com fundamento no artigo 13 do Código Penal, que mesmo que não tivesse agido, a vítima teria morrido da mesma forma. Como deve o juiz decidir?

Foi visto no item 4.1.3 que tanto filósofos quanto penalistas criticam o emprego da teoria da equivalência em casos de causalidade múltipla, isto é, quando concorrem vários eventos suficientes, capazes de, isoladamente, produzirem o resultado. No caso em análise, isso fica evidente. Se eliminarmos mentalmente a conduta do membro da quadrilha que foi identificado, ainda assim a vítima morreria em função dos demais disparos de armas de fogo efetuados pelos demais membros do bando. Logo, à luz do procedimento hipotético de eliminação acolhido pelo *caput* do artigo 13 do Código Penal, a conduta do agente identificado não é causa da morte e ele deveria, portanto, ser absolvido.

Novamente, o resultado é inaceitável, não apenas para o jurista, mas para qualquer pessoa dotada de discernimento.

Os defensores da teoria da equivalência propõem aqui outra fórmula corretiva. Em vez de eliminar mentalmente apenas a conduta do agente identificado, devem ser eliminadas mentalmente a conduta de todos os agentes e indagado se o resultado ocorreria.

Como dito no item 4.1.5, a fórmula da eliminação global é outra solução *ad hoc* que contraria os postulados da teoria da equivalência. Não repetiremos, aqui, a análise feita dessa resposta dos defensores da teoria da *conditio sine qua non.*

Apenas dois pontos merecem ser enfatizados.

O primeiro deles é que o Código Penal não adotou o critério corretivo da eliminação global, apenas o procedimento hipotético de eliminação. Assim, não há como escapar da conclusão de que o agente deveria ser absolvido no caso em análise.

O segundo ponto consiste na solução mais simples oferecida pela teoria da condição mínima, que dispensa, como temos insistido, o emprego de critérios corretivos adicionais. Para a teoria mencionada, a conduta do agente de efetuar disparos de arma de fogo contra a vítima, ainda que em concurso com outros agentes que realizam condutas idênticas, deve ser considerada componente mínima necessária de uma condição suficiente e verdadeira do resultado, pois, como se sabe, a conduta de disparar arma de fogo contra regiões vitais de um ser humano é uma ação idônea de matar.

Caso 3:

O conselho de administração de uma sociedade é composto por cinco acionistas e o estatuto social exige, para as deliberações, votação por maioria. Mesmo diante da notícia de que um dos produtos produzidos pela sociedade e colocados no mercado de consumo tem produzido nocivos efeitos colaterais nos usuários, o conselho delibera, à unanimidade, não retirar o produto do mercado. A conduta dos acionistas pode ser considerada causa das lesões aos consumidores à luz da teoria da equivalência?

O caso em exame foi abordado no item 4.6.3 quando da análise da teoria INUS. Sua retomada neste momento justifica-se para tornar evidente outro âmbito problemático para a teoria da equivalência, o das decisões colegiadas. Aplicado o procedimento hipotético de eliminação, chega-se à conclusão de que as condutas dos acionistas, consideradas individualmente, não foram causa do resultado, já que, eliminadas mentalmente cada uma delas, o resultado ocorreria, uma vez que a

deliberação foi tomada por unanimidade e o estatuto social exige apenas maioria de votos.

Os sectários da teoria da equivalência empregam, aqui, uma vez mais, o critério corretivo da fórmula da eliminação global: devem ser eliminadas mentalmente não as condutas de forma individual, mas conjuntamente. As críticas feitas anteriormente a essa forma de equacionar o problema da causalidade aplicam-se aqui pelos mesmos fundamentos.

A teoria da condição INUS, como dito, resolve esse problema de forma mais simples e, novamente, sem a necessidade de critérios corretivos adicionais. A condição suficiente para a deliberação do conselho é o resultado 3 votos em determinado sentido. Logo, cada um dos votos é uma componente mínima necessária de uma condição suficiente do resultado. Portanto, a conduta de cada um dos acionistas deve ser considerada causa do resultado.

Caso 4:

A atira contra B com intenção de matá-lo. B é levado a um hospital, onde é submetido a uma cirurgia, em que o médico cirurgião comete uma falha grave e B vem a morrer. A conduta de A é causa da morte de B?

A situação proposta diz respeito ao problema das concausas. Na ordem jurídica pátria, o caso envolve a análise da aplicabilidade do artigo 13, *caput* e seu parágrafo primeiro do Código Penal. Deve-se aferir se a conduta do médico pode ser considerada causa superveniente relativamente independente que por si só produziu o resultado.

A redação do parágrafo primeiro do citado dispositivo legal é criticada porque ela demanda a solução de uma contradição: como uma causa pode, a um só tempo, ser *relativamente independente* e produzir *por si só* o resultado? Se ela produz por si só o resultado, ela não guardaria, em princípio, relação com eventos anteriores. Logo, não seria relativamente independente.

Conquanto o legislador tenha sido feliz ao afirmar que a superveniência de causa relativamente independente exclui a *imputação*, a doutrina tem trabalhado com a solução desse problema no plano da *causalidade*, o que não é correto. Quer se trabalhe com a teoria da equivalência, quer com a teoria da condição mínima, o disparo de arma de fogo de A contra B deve ser considerado causa da morte de B, independentemente da falha cometida pelo médico ao operar B. Eliminada mentalmente a conduta de A, B não estaria no hospital e não seria submetido à

cirurgia. Da mesma forma, a conduta de A pode ser vista como uma componente necessária de uma condição suficiente da morte de B, já que foi a convergência de antecedentes (disparo de arma de fogo e falha na operação) que culminou com a morte da vítima.

O problema, a rigor, não deve ser resolvido no plano da causalidade, mas no da imputação. Do ponto de vista teórico, a investigação sobre a causa superveniente relativamente independente que produziu por si só o resultado deve ceder lugar à teoria da imputação objetiva, que resolve o problema de modo mais criterioso: o resultado morte no hospital por falha grave na cirurgia não deve ser entendido como a realização do perigo criado por A, que deve, portanto, responder apenas por homicídio doloso tentado.

7 CONCLUSÕES

1. A Física Quântica, ao contrário do que algumas vozes apregoam de forma axiomática, não aplicou um golpe mortal na causalidade. Mesmo entre os físicos é possível observar divergências quanto aos limites do raciocínio causal e há quem sustente que o mundo subatômico também é regido por leis causais. Em todo caso, conforme salienta Mario Bunge, deve-se entender que a causalidade é uma espécie do gênero determinação e tem uma "jurisdição" limitada na epistemologia moderna. Assim, o princípio causal não deve ser visto nem como uma panaceia nem como um mito: é uma hipótese geral subsumida a um princípio universal de determinação e que tem uma validade aproximada em seu próprio domínio. De tal sorte, como ensina Claus Roxin, nada obsta a que os juristas continuem a trabalhar com o conceito tradicional de causalidade, pois a vigência de leis estatísticas no âmbito subatômico não impede que, no mundo da vida cotidiana, se possa confiar em leis causais.

2. A causalidade não se confunde com a teoria da imputação objetiva. Cada uma delas tem conceito e função peculiares no sistema analítico de fato punível. Para que seja compreendida adequadamente a teoria imputação objetiva do resultado, seu estudo não pode ser dissociado da perspectiva histórica, especialmente do contexto de seu nascimento e das justificativas que foram aduzidas para legitimar a sua criação. Nessa linha de raciocínio, permanece válida e atual a lúcida distinção feita por Richard Honig entre os planos da causalidade e da imputação.

3. Como o estudo da relação de causalidade tem como escopo aferir, no plano fático, a existência de vínculo entre conduta e resultado, não é possível que a valoração jurídica da relevância dessa relação, intitulada imputação objetiva, substitua a própria relação. Não é viável sustentar, portanto, que a imputação objetiva substitui o exame da relação de causalidade no plano do tipo objetivo. Os papeis desempenhados pela causalidade e pela imputação objetiva não são, por conseguinte, excludentes, mas complementares.

4. Dada a existência de funções distintas da causalidade e da imputação, não há como concordar com a proposta de Johannes Wessels e Werner Beulke, no sentido de que os problemas da causalidade devem ser corrigidos no plano da imputação. Deve

haver, ao contrário, aprimoramento teórico da causalidade, de modo a que seus problemas sejam por ela mesma resolvidos e não trabalhados em outra categoria do conceito analítico de crime.

5. A melhor sistematização da matéria é considerar a relação de causalidade como pressuposto da imputação objetiva, isto é, como categoria a ser analisada previamente à imputação objetiva. Apenas quando constatada a relação fática entre conduta e resultado, deve-se passar ao exame dos critérios normativos de imputação. Nessa linha de raciocínio, são necessários apenas dois planos de imputação, como propõem Wolfgang Frisch e Günther Jakobs: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização desse risco no resultado. O alcance do tipo, proposto por Claus Roxin, é desnecessário, pois as matérias por ele resolvidas nesse terceiro nível de imputação podem ser tratadas, sem prejuízo, nos níveis anteriores.

6. A teoria da equivalência, a despeito de seu enorme prestígio, padece de falhas graves, que não foram sanadas nem mesmo após várias tentativas de seus defensores. Dentre elas, merece destaque a inutilidade do procedimento hipotético de eliminação para a constatação da relação entre causa e efeito, já que ele somente conduz a algum resultado quando já se sabe, de antemão, se há vínculo entre a conduta investigada e o resultado típico. A fórmula da teoria da *conditio sine qua non* pressupõe justamente o conhecimento daquilo que deveria descobrir. Além disso, a teoria descreve de modo logicamente falso a relação entre causa e efeito. A ideia de necessidade é insuficiente para abranger todas as hipóteses de conexão entre eventos e induz a conclusões equivocadas em casos de causalidade múltipla, alternativa e hipotética.

7. As teorias da adequação e da relevância não são verdadeiras teorias da causalidade, mas teorias da imputação, já que não estabelecem critérios para a constatação da existência de conexão fática entre eventos. Em vez disso, estabelecem critérios normativos para balizar a valoração da relevância para o Direito Penal de uma relação causal constatada com base na teoria da equivalência. No entanto, elas são incipientes teorias da imputação, já que não chegaram a sistematizar seus critérios normativos de modo a alcançar resultados promissores no sentido de limitar de modo eficaz o alcance da relação de causalidade.

8. As teorias da causalidade funcional divorciam-se da compreensão filosófica sobre a natureza metafísica da causalidade ao sustentarem que a conexão entre conduta e resultado deve ser valorada segundo critérios normativos. Ademais disso, essa inovação não é necessária nem traz ganho sistêmico, pois, além de não resolver os verdadeiros problemas da relação de causalidade, não conduz a resultados mais precisos. Em última análise, elas apenas antecipam o raciocínio da imputação objetiva, sem que consigam solucionar casos que a teoria da imputação objetiva do resultado tenha deixado irresolutos. Tem-se, ainda, as propostas em questão eliminam tradicional distinção conceitual entre causalidade e imputação.

9. A teoria da condição conforme às leis apresenta duas vantagens significativas. Não distingue entre a causalidade no Direito Penal e nos demais ramos do conhecimento, o que é salutar, já que a causalidade não é um conceito jurídico. Além disso, ela permite obviar algumas incongruências da teoria da equivalência – sobretudo em casos de causalidade múltipla e alternativa – e chega a resultados corretos, sem induzir a erros. Contudo, ela apresenta a dificuldade de depender da formulação de leis gerais da causalidade e não oferece solução satisfatória para o caso da causalidade intermediada psiquicamente.

10. A teoria da condição INUS ou da condição mínima, por sua vez, consiste em um refinamento lógico da forma de descrever a relação entre antecedente e consequente. Diferentemente da teoria da equivalência, que se contenta com a simples ideia de necessidade, a teoria da condição INUS conjuga as ideias de necessidade e suficiência, uma vez que ambas são inerentes à explicação causal dos fenômenos. Com isso, Mackie conseguiu escapar das objeções lógicas que são dirigidas à teoria da *conditio sine qua non.* A teoria da condição INUS, ademais disso, não trabalha com um procedimento condicional contrafático. Esses dois fundamentos impedem que se afirme que a teoria da condição mínima não se distingue da teoria da equivalência. Além da precisão lógica, a teoria em questão chega a resultados mais satisfatórios do que a rival teoria da *conditio sine qua non,* na medida em que, ao contrário desta, não induz a erro nos casos de causalidade múltipla, alternativa, hipotética e de decisões colegiadas. Não se deve desconsiderar o fato de que a teoria da condição mínima dispensa os vários critérios corretivos adicionais imprescindíveis para a teoria da equivalência. Outra vantagem da teoria da condição INUS: ela não se divorcia do

conhecimento científico para criar um conceito próprio de causalidade válido apenas para o Direito Penal.

11. Ingeborg Puppe apresenta teoria sobre a relação de causalidade que pode ser compreendida como uma proposta que acolhe os postulados da teoria da condição INUS e que, em sintonia com a teoria da condição conforme às leis, exige a subsunção do caso concreto a uma lei geral de causalidade. Por isso, seu pensamento não pode ser considerado uma simples adaptação da obra de John Leslie Mackie ao Direito Penal. Sua proposta teórica apresenta várias vantagens quando comparada com a teoria da *conditio sine qua non:* não incorre em vícios lógicos; seu procedimento para constatação da relação de causalidade não é inútil; está em sintonia com o conhecimento filosófico e científico sobre a causalidade e seu conceito de causa aplica-se sem a necessidade de critérios corretivos adicionais a várias situações que deixam a teoria da equivalência em dificuldade, como, por exemplo, os casos de causalidade múltipla, alternativa, hipotética e de decisões colegiadas. A teoria de Puppe é colocada em xeque em casos de causalidade intermediada psiquicamente, mas a teoria da equivalência não consegue, da mesma forma, oferecer tratamento satisfatório para esses casos.

12. Conquanto o entendimento predominante na doutrina nacional e estrangeira seja o de negar a causalidade da omissão, não vemos razão de ser para essa negativa. Superada a concepção de causa como *causa efficiens* (força produtora de efeitos), não vislumbramos qualquer óbice ôntico, lógico ou epistêmico a que se conclua pela causalidade da omissão. O emprego de qualquer das principais (e verdadeiras) teorias sobre a causalidade (equivalência, condição conforme a lei e condição INUS) conduz à ilação de que a omissão pode ser causa de um resultado.

13. O aspecto fundamental a ser investigado no tocante à relação entre omissão e resultado típico consiste na estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios. Nesse campo, a teoria minimalista, que exige apenas a presença de situação de perigo para o bem jurídico, omissão da ação devida, resultado típico, posição de garantidor e possibilidade de atuar para evitar o resultado, fica em situação difícil para resolver casos em que é certa a existência do dever de agir, mas permanece obscuro se a realização da ação ordenada pela norma penal evitaria a ocorrência do resultado.

Diante disso, têm ganhado prestígio as propostas que trabalham com a causalidade e com a teoria da imputação objetiva no âmbito dos crimes omissivos.

14. Dentre as teorias da imputação objetiva, é preferível a teoria da diminuição do risco, já que a teoria da evitabilidade, além de trabalhar com critério impreciso e de não dar solução satisfatória para situações em que a evitação do resultado depende do comportamento ulterior de outras pessoas, deixa desprotegidos os bens jurídicos quando eles mais precisam de proteção. A isso se somam dois outros fatores em prol da teoria da evitabilidade: ela é razoável do ponto de vista político-criminal e contra ela não há nenhuma objeção séria.

15. Portanto, em meio às várias propostas de estruturação do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, pensamos que os casos que envolvam omissões impróprias devem ser resolvidos mediante a análise dos seguintes critérios: situação de perigo para o bem jurídico tutelado, omissão da ação devida, resultado típico, dever de agir, possibilidade de atuar, causalidade (conforme os postulados da teoria da condição INUS) e imputação objetiva (segundo a teoria da diminuição do risco). Não se trata de buscar, a todo custo, construir a dogmática dos crimes omissivos de forma simétrica à dos crimes comissivos. A simetria, por si só, pouco ganho traz para o desenvolvimento do Direito Penal. O essencial é a busca da maior racionalidade possível para a teoria que se concebe, que deve oferecer resposta mais adequada aos problemas penais.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia***.* Trad. Alfredo Bosi, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGUIAR, Tulio. **Causalidade e direção do tempo**: Hume e o debate contemporâneo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

ANTOLISEI, Francesco. **Il rapporto di causalità nel Diritto Penale**. Torino: Giappichelli Editore, 1960.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992, tomo III.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BATTAGLINI, Giulio. **A interrupção do nexo causal.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 10. ed., Bielefeld: Gieseking, 1995.

BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher e MENZIES, Peter. **The Oxford handbook of causation**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale**: parte generale. 6. ed., Padova: CEDAM, 1966.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal brasileiro. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BINNS, Martin. **Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff**. J. L. Mackies Kausalanalyse und ihre Übertragung auf das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2001.

BOHM, David. **Causality and chance in modern Physics**. 2. ed., London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

BON, Pierre-André. **La causalité en droit penal**. Poitiers: Université de Poitiers, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Segunda Parte. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404. Acesso em: 12 de outubro de 2013.

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 29.894 – 5ª Turma - Relator Ministro Jorge Scartezzini – data do julgamento: 1º de abril de 2004.

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 224.709 – 5ª Turma – Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – data do julgamento: 18 de dezembro de 2003. Votação unânime.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 86.914 – 2ª Turma – Relatora Ministra Ellen Gracie – data do julgamento: 17 de junho de 2008. Votação unânime.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 91.110 – 2ª Turma – Relatora Ministra Ellen Gracie – data do julgamento: 05 de agosto de 2008. Votação unânime.

BRUERA, José Juan. **El concepto filosoficojuridico de causalidad**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Introdução, norma penal e fato punível. Rio de Janeiro: Nacional, 1956, tomo I.

BUNGE, Mario. **La causalidad**: el principio de causalidad en la ciencia moderna. Trad. Hernán Rodríguez. Buenos Aires: Sudamericana, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação *contra legem***: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos *mais* difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1.

CARNAP, Rudolf. **Einführung in der Philosophie der Naturwissenschaft**. 3. ed., München: Nymphenburger Verlagshandlung, 1976.

CASTAÑÓN, José Manuel Paredes; MONTAÑÉS, Teresa Rodrigues. **El caso de la colza**: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 3. ed., São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DE BROGLIE, Louis. Foreword. In: BOHM, David. **Causality and chance in modern Physics**. 2. ed., London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

DENCKER, Friedrich. **Kausalität und Gesamttat**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

DERZI, Mizabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e tipo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal:** parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo-Coimbra: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, tomo I, 2007.

ENGISCH, Karl. **La causalidad como elemento de los tipos penales**. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN STRAFSACHEN – BGHST. 37. Band. Köln-Berlin: Carl Heymanns, 1992.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2009.

FIERRO, Guillermo Julio. **Causalidad e imputación**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal - I. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. [s.l.]: [s.e.], nº 2, jul.-set. 1963, p. 55-82.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16. ed., atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. La fórmula de la “conditio”: ¿indicación sobre cómo constatar los hechos o declaración normativa? Trad. Marcelo Sancinetti e Patricia Ziffer. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: estado de la cuestión. In: SANCHEZ, Jesús-Maria Silva (org.). **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000.

FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. Trad. Ricardo Robles Planas. In: FRISCH, Wolfgang; PLANAS, Ricardo Robles. **Desvalorar e imputar**: sobre la imputación objetiva en Derecho Penal. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

FRISCH, Wolfgang. **Tipo penal e imputación objetiva**. Trad. Manuel Cancio Meliá et al. Madrid: Colex, 1995.

FRISTER, Helmut. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 4. ed., München: C.H. Beck, 2009.

GLASER, Julius. **Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht**. Aalen: Scientia, 1978 (reimpressão da edição de 1858), vol. 1.

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

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. e introd. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, nº 32, out./dez.-2000.

GRECO, Luís. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 8-9/2011. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_8-9_603.pdf. Acesso em: 08 de junho de 2012.

GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades**. Edição Especial: Reforma do Código Penal. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, setembro de 2012. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 1º de maio de 2013.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 10 ed., Niteroi: Impetus, 2008, vol. 1.

HAAS, Volker. **Kausalität und Rechtverletzung**: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

HART, H. L. A.; HONORE, Tony. **Causation in the law**. 2. ed., Oxford: Claredon, 1985 (reimp. 2002).

HASSEMER, Winfried. **Produktverantwortung im modernen Strafrecht**. 2. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1996.

HAWKING, Stephen. **A brief history of time**: from the big bang to black holes. New York: Bantam, 1988.

HEMPEL, Carl Gustav. Explanation and prediction by covering laws. In: FETZER, James H. (ed.). **The Philosophy of Carl G. Hempel:** studies in Science, Explanation and Rationality. Oxford: Oxford University, 2001.

HILGENDORF, Eric. Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils. **Neue Zeitschrift für Strafrecht**. München-Frankfurt: C.H. Beck, 1994.

HONIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung. **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

HRUSCHKA, Joachim. **Imputación e Derecho Penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Coord. Pablo Sánchez-Ostiz. 2. ed., Buenos Aires: BdeF, 2009.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I, t. II.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari a partir da versão em espanhol. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo, 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. In: BOCKELMANN, Paul; GALLAS, Wilhelm (org.). **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**. Aalen: Scientia, 1971 (reimp. da ed. de 1961).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. Kausalanalyse und Handlungszuschreibung. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**. Hamburg-Heidelberg: R.v. Decker, G.Schenck, 1982.

KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht.** Allgemeiner Teil. 5. ed., Baden-Baden: Nomos, 2011.

KINDHÄUSER, Urs. Zurechnung bei alternativer Kausalität. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht.** Heidelberg: R. v. Decker, 2012.

KOCH, Wolfgang. Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht: klassische und moderne Problemkonstellationen. In: LÜBBE, Weyma (org.). **Kausalität und Zurechnung**: über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen. Berlin: Walter de Gruyter, 1994.

KÖHLER, Michael. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Berlin: Springer, 1997.

KORIATH, Heinz. **Grundlagen strafrechtlichen Zurechnung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

KORIATH, Heinz. **Kausalität und objektive Zurechnung**. Baden-Baden: Nomos, 2007.

KÜHL, Kristian. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 6. ed., München: Franz Vahlen, 2008.

KUHLEN, Lothar. Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung. **Juristenzeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1994.

LAMPE, Ernst-Joachim. Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion. In: DORNSEIFER, Gerhard et al. (org.). **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**. Köln: Carl Heymanns, 1989.

LEITE, Patrícia Kauark. Causalidade e teoria quântica. **Scientiæ Studia**. São Paulo, v. 10, n. 1, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. 1.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

LUNA, Everardo da Cunha. A causalidade na omissão, no anteprojeto de Código Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. n. 6, v. 2, 1964.

MACKIE, John Leslie. Causes and conditions. **American Philosophical Quarterly**. vol. 2, n. 4, Out. 1965, p. 245-264.

MACKIE, John Leslie. **The Cement of the Universe**: a study of causation. Oxford: Claredon, 1980.

MAIWALD, Manfred. **Causalità e Diritto Penale**. Trad. Francesca Brunetta d'Usseaux. Milano: Giuffrè: 1999.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Parte generale. 6. ed., Padova: Cedam, 2009.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Parte general: teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible. Tradução da 7. ed. alemã por Jorge Genzsch e Enrique Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, tomo I.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz; **Derecho Penal**. Parte general: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Tradução da 7. ed. alemã por Jorge Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, tomo II.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAYER, Max Ernst. **Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht**: eine rechtsphilosophische Untersuchung. Frankfurt a.M.: Sauer & Auvermann, 1967 (reimpressão da obra de 1889).

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte general – libro de estudio. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, [s.d].

MILL, John Stuart. **A System of Logic, Ratiocinative and Inductive**: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation. London: John Parker, 1843.

MOORE, Michael S. **Causation and responsibility**: an essay in Law, Morals and Metaphysics. Oxford: Oxford University, 2009.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **Derecho Penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1978.

MÜLLER, Max Ludwig. La significación de la relación causal en el Derecho Penal y en el de reparación de daños. Trad. Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

NAGEL, Ernest. Ciência: natureza e objetivo. In: NAGEL, Ernest et al. **Filosofia da ciência**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho Penal**. Parte general. Barcelona: Bosch, 2000, vol. I, tomo II.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**. 2. ed., Buenos Aires: BdeF, 2007.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. v. 53, Madrid: [s.e], 2000, p. 29-132.

OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht**: allgemeine Strafrechtlehre. 7. ed., Berlin: De Gruyter, 2004.

OTTO, Harro. Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten. **Neue Juristische Wochenschrift**. München/Frankfurt: C. H. Beck, 1980.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

PATY, Michel. A noção de determinismo na Física e seus limites. Trad. Pablo Rubén Mariconda. **Scientiæ Studia**, São Paulo, v. 2, n. 4, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 324

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PSILLOS, Stathis. Regularity theories. In: BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher e MENZIES, Peter. **The Oxford handbook of causation.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**. Parte general. 3. ed., Barcelona: PPU, 1995.

PUPPE, Ingeborg. Anmerkung zu BGH, Urteil von 6.7.1990. **Juristische Rundschau**. Berlin: Walter de Gruyter, 1992.

PUPPE, Ingeborg. Causalidad. Trad. Jesus-María Silva Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. n. 2, vol. 45, Madrid: [s.e.], 1992.

PUPPE, Ingeborg. Der Erfolgsbegriff im Strafrecht (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. 4. ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, vol. 1.

PUPPE, Ingeborg. **Die Erfolgszurechnung im Strafrecht**: dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Baden-Baden: Nomos, 2000.

PUPPE, Ingeborg. Die Kausalität (vor §13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. 4. ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, vol. 1.

PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en Derecho Penal. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

PUPPE, Ingeborg. Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**. Heidelberg: R. v. Decker, 2010.

PUPPE, Ingeborg. „Naturgesetze“ vor Gericht: die sogenannte generelle Kausalität und ihr Beweis, dargestellt an Fällen strafrechtlichen Produkthaftung. **Juristenzeitung.** Tübingen: J. C. B. Mohr, 1994.

PUPPE, Ingeborg. **Strafrecht**: allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. 2. ed., Baden-Baden: Nomos, 2011.

PUPPE, Ingeborg. Wider die fahrlässige Mittäterschaft. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**. Heidelberg: R. v. Decker, 2004, p. 128-146.

RAMÍREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. In: OUVIÑA, Guillermo et al. **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do Direito Penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

RANIERI, Silvio. **Manuale de Diritto Penale**: parte generale. 4. ed., Padova: CEDAM, 1968, vol. I.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. **La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"**. Granada: Comares, 2002.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 38, ano 9, abr.-jun./2002.

ROXIN, Claus. Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht.** Heidelberg: R. v. Decker. 2009, p. 73-85.

ROXIN, Claus**. Política criminal e sistema jurídico-penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. Trad. Augusto Assis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 100, v. 21, jan-fev/2013. p. 253-286.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 2. ed., Lisboa: Vega, 1993.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed., München: C.H. Beck, 2006, Band I.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C. H. Beck, 2003. Band II.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 26. ed., München: C. H. Beck, 2009.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Die Lehre von der Kausalität (vor §1º). In: WOLTER, Jürgen. (org.). **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**. 8. ed., 130. atual., Köln: Carl Heymanns, 2012.

RUSSELL, Bertrand. On the notion of cause. In: RUSSELL, Bertrand. **Mysticism and logic and other essays**. London: Unwin Books, 1963.

SALMON, Wesley C. **Causality and Explanation.** New York-Oxford: Oxford University Press, 1998.

SAMSON, Erich. Condición-INUS y concepto causal jurídico-penal. Trad. Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo (org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

SAMSON, Erich. **Cursos causales hipotéticos en el Derecho Penal**: una contribución sobre la causalidad de la complicidad. Trad. Marcelo Sancinetti e Patricia Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris-ICPC, 2007.

SANTOS, Paulo Vicente Moreira dos. O itinerário científico de Louis de Broglie em busca de uma interpretação causal para a mecânica ondulatória. In: FREIRE JR., Olival; PESSOA JR., Osvaldo; BROMBERG, Joan Lisa. **Teoria quântica**: estudos históricos e implicações culturais. Campina Grande-São Paulo: EDUEPB-Livraria da Física, 2011.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. **Responsabilidad penal por el producto**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 2. ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. Trad. Mariana Sacher de Köster. In: OUVIÑA, Guillermo et al. **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

SCHÜNEMANN. Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delito de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de**

Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. Coord. Luís Greco. Madri: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus Maria. **El delito de omisión**: concepto e sistema. 2. ed., 2. reimp. Buenos Aires-Montevideo, 2010.

SOFOS, Themistoklis I. **Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen**. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

SPENDEL, Günter. **Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte**: eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht. [s.l.]: J.M. Beck, 1948.

SPENDEL, Günter. Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte. **Juristenzeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1973, p. 137-144.

STELLA, Federico. **Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto Penale**: il nesso di condizionamento fra azione ed evento. Milano: Giuffrè: 1975.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 5. ed., Köln: Carl Heymanns, 2004.

STÜBEL, Cristoph Carl. **Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten**. Wittenberg: Samuel Gottfried Zimmermann, 1805.

TAVARES, Juarez. Bemerkungen zu einer funktionalen Kausalität. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid. **Festschrift für Winfried Hassemer**. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

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

TOEPEL, Friedrich. Condicio sine qua non und alternative Kausalität. **Juristische Schulung**: Zeitschrift für Studium und Ausbildung. München: C. H. Beck, 1994.

TOEPEL, Friedrich. **Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

VOGEL, Joachim. **Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten.** Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

VON BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

VON BURI, Maximilian. **Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen**. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1885.

VON BURI, Maximilian. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**. Leipzig: Gebhardt, 1873.

VON BURI, Maximilian. **Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung**. Gießen: Ferber, 1860.

VON HIPPEL, Robert. **Deutsches Strafrecht**. Aalen: Scientia, 1971 (reimp. da ed. de 1930), vol. II.

VON LISZT, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 21. ed., Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1919.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez da 11. ed. alemã. 4. ed. em espanhol, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 41. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2011.

WOHLERS, Wolfgang; GAEDE, Karsten. Begehen durch Unterlassen. Voraussetzungen der Strafbarkeit (§13). In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). **NomosKommentar zum Strafgesetzbuch**. 4. ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, vol. 1.

WOLFF, Ernst Amadeus. **Kausalität von Tun und Unterlassen**: eine strafrechtliche Untersuchung. Heidelberg: Carl Winter, 1965.

WRIGHT, Richard W. Causation in Tort Law. **California Law Review**, vol. 73, n. 6 Dez. 1985, p. 1735-1828.

WRIGHT, Richard W. Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying concepts. **Iowa Law Review.** vol. 73, Jul. 1988, p. 1.002-1.077.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002.