

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO

ELEONE PEREIRA FRANÇA

**A CRISE DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS
ANTECEDENTES EM FACE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO
OBJETIVA – UMA NOVA VISÃO SOBRE O NEXO CAUSAL**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO: DIREITO

ELEONE PEREIRA FRANÇA

**A CRISE DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS
ANTECEDENTES EM FACE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO
OBJETIVA – UMA NOVA VISÃO SOBRE O NEXO CAUSAL**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba-FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Cláudia Pimenta Leal.

RUBIATABA - GO

2007

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela biblioteconomista Célia Romano do Amaral Mariano – CRB1/1528

França, Eleone Pereira

A crise da teoria da equivalência dos antecedentes em face da teoria da imputação objetiva – uma nova visão sobre o nexos causal / Eleone Pereira França – Rubiataba – GO: Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, 2007.

61f.

Orientador: Ms. Cláudia Pimenta Leal (Mestre)

Monografia (Graduação em Direito)

Bibliografia.

1. Direito Penal 2. Imputação objetiva - Teoria 3. Nexos causal I. França, Eleone Pereira. II. Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba. III. Título.

CDU 343.222

ELEONE PEREIRA FRANÇA
A CRISE DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES EM
FACE DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES –
UMA NOVA VISÃO SOBRE O NEXO CAUSAL

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador _____
Mestrado: Ciências Penais / Cláudia Pimenta Leal

2º Examinador _____
Mestrado: Direito Agrário / Roseane Cavalcante de Souza

3º Examinador _____
Especialização: Direito Penal / Eduardo Barbosa Lima

Rubiataba, 18 de dezembro de 2007

DEDICATÓRIA

A Deus e aos meus familiares: ao meu pai in memoriam Antônio Luiz Netto, não apenas pela preocupação que tinha com meus estudos, mas principalmente pelos exemplos que deixou, os quais procuro no dia-a-dia seguir, a minha mãe Dejanira Pereira França pelo apoio amoroso. Dedico este de forma especial a minha esposa Nívia Elias Simplício França, companheira inigualável, insubstituível e meiga, de uma sabedoria ímpar, que além de ter colaborado com a correção gramatical ao longo da elaboração de cada capítulo foi capaz de contribuir, fazendo comentários e censuras, mesmo sem conhecer profundamente o Direito Penal, sendo que, desta forma, acompanhou a evolução deste estudo, como também o entusiasmo com o qual encarei tal desafio, de forma que somente sua presença todos os dias ao meu lado me inspirou e constituiu por si só motivo suficiente para que eu alcançasse essa vitória.

AGRADECIMENTOS

Aos que acreditaram que este estudo podia ser factível, a minha orientadora a professora Cláudia Pimenta Leal que dispensou algo de sua inesgotável paciência, privando-se de sua folga de final de ano para atender aos alunos, a professora da disciplina de monografia Geruza Silva Oliveira que soube organizar os procedimentos tornando menos dispendioso nosso trabalho, a coordenadora do Curso de Direito Roseane Cavalcante pela pujança nas tomadas de decisões, ao professor Sebastião Ferreira do Nascimento grande mestre sempre preocupado com aprendizado dos alunos e em demonstrar um padrão ético a ser seguido, ao professor Eduardo Barbosa Lima que também sacrificou seu descanso merecido para que conseguíssemos alcançar o nosso objetivo em tempo hábil, enfim, a todo o corpo docente desta Instituição de Ensino. Aos meus colegas de sala de aula, em especial ao meu grupo de trabalho que tantas vezes se reuniu para organizar seminários e transmitir conhecimentos: Idelci Ferreira de Lima, Luciana Ribeiro da Silva Pires, Quéren Regina Mangrich, Solange da Silva Santos Ferreira, Sonia Vieira da Cunha Teodoro, Tânia Ribeiro de Paula Laignier. Agradeço também a todos os funcionários desta faculdade que unidos criaram condições para que pudéssemos desenvolver as mais diversas atividades acadêmicas.

“Um homem sensato faria logo esta reflexão: que de dois modos se pode perturbar a vista: ou passando da luz para a obscuridade, ou da obscuridade para a luz.” (Platão)

RESUMO

ESTE TRABALHO MONOGRÁFICO VAI TRATAR DE UMA QUESTÃO HISTÓRICA, DISCUTIDA A ANOS PELOS DOUTRINADORES DO DIREITO PENAL, QUE É A INTRINCADA MANEIRA DE SE ESTABELECE O NEXO DE CAUSALIDADE. NO BRASIL A TEORIA ESCOLHIDA PARA ESTA MISSÃO FOI A TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES, TAMBÉM CONHECIDA COMO *CONDITIO SINE QUA NOM*, PARA ELA SEGUNDO *CAPUT* DO ART. 13 DO CÓDIGO PENAL: CAUSA É QUALQUER AÇÃO OU OMISSÃO SEM A QUAL O RESULTADO NÃO TERIA OCORRIDO. A PARTIR DESTES CONCEITOS DE CAUSA DIVERSOS PROBLEMAS PODEM SURTIR, COMO POR EXEMPLO, O PERIGO DO REGRESSO AO INFINITO, ALÉM DE OUTROS PROBLEMAS DE ORDEM TÉCNICA. SENDO ASSIM, ESTE ESTUDO INICIARÁ PRETENDENDO DEMONSTRAR A CRISE INSTALADA NAS BASES TEÓRICAS DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES, E CONSEQÜENTEMENTE A SOLUÇÃO PARA TAL, COM O USO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA, CRIANDO UMA NOVA VISÃO DO NEXO CAUSAL. PARA ALCANÇAR ESTE OBJETIVO SERÁ PRECISO FAZER UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES E DEMONSTRAR ESSA POSSÍVEL CRISE ATRAVÉS DE FORMULAÇÕES HIPOTÉTICAS, NAS QUAIS A TEORIA ADOTADA PELO LEGISLADOR PÁTRIO NÃO RESPONDE COM A EFICIÊNCIA QUE ESTE TEMA – NEXO CAUSAL – DA MAIS ALTA RELEVÂNCIA RECLAMA, UMA VEZ QUE É ATRAVÉS DESTES QUE SERÁ POSSÍVEL DESCOBRIR SE A CONDUTA DE ALGUÉM PODE TER DADO CAUSA A UM RESULTADO JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA INCRIMINADORA, ISSO OBVIAMENTE PODERÁ DESAGUAR NO CERCEAMENTO DO DIREITO A LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE IR E VIR DESTA PESSOA. COMPROVADA A INSATISFAÇÃO DA TEORIA DO DOGMA CAUSAL, MISTER SE FAZ A ANÁLISE DA VERIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DA NOVA TEORIA SER APLICADA, DE FORMA QUE SEJA POSSÍVEL CUMPRIR A PROMESSA DA NOVA VISÃO ANUNCIADA E SENDO ASSIM, HAJA POSSIBILIDADES CONFIÁVEIS E MAIS SEGURAS PARA RESOLUÇÕES DAS FORMULAÇÕES HIPOTÉTICAS DISCUTIDAS, PARA AS QUAIS A TEORIA ADOTADA PELO NOSSO CÓDIGO REPRESSIVO NÃO DEU UMA RESPOSTA SATISFATÓRIA. VAI SER PRECISO APRESENTAR AS CONSEQÜÊNCIAS QUE PODEM ADVIR COM O USO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA, QUE SÃO: A ATIPICIDADE DO FATO E A PACIFICAÇÃO SOCIAL JUSTA E CÉLERE. POR ÚLTIMO, A NOVA TEORIA VAI EXIGIR ALGUNS REQUISITOS PARA A SUA EXISTÊNCIA COMO: A CRIAÇÃO DE UM RISCO PROIBIDO, QUE O RESULTADO ESTEJA DENTRO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA E QUE A AÇÃO NÃO SEJA CRIADA A PRÓPRIO RISCO, SÓ DESTA MANEIRA, PREENCHENDO ESTES REQUISITOS É QUE PODERÁ DIZER QUE HOUVE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DA CONDUTA AO RESULTADO. PORTANTO NA NOVA VISÃO, SÓ ASSIM, É POSSÍVEL DIZER QUE HOUVE NEXO CAUSAL.

PALAVRAS-CHAVE: CONDUTA, RESULTADO, CAUSADOR, RISCO E PROIBIDO.

ABSTRACT

THIS MONOGRAPHIC WORK GOES TO DEAL WITH A HISTORICAL QUESTION, ARGUED THE YEARS FOR THE WRITERS OF THE CRIMINAL LAW THAT IS THE INTRICATE WAY OF IF ESTABLISHING THE CAUSALITY, NEXUS. IN BRAZIL THE THEORY CHOSEN FOR THIS MISSION WAS THE THEORY OF THE EQUIVALENCE OF THE ANTECEDENTS, ALSO KNOWN AS *SINE CONDITIO QUA NOM*, FOR IT ACCORDING TO CAPTION OF ART. 13 OF THE CRIMINAL CODE: CAUSE IS ANY ACTION OR OMISSION WITHOUT WHICH THE RESULT WOULD NOT HAVE OCCURRED. FROM THIS DIVERSE CONCEPT OF CAUSE PROBLEMS CAN APPEAR, AS FOR EXAMPLE, THE DANGER IT RETURN TO THE INFINITE, BEYOND OTHER PROBLEMS ORDER TECHNIQUE. BEING THUS, THIS STUDY IT WILL INITIATE, INTENDING TO DEMONSTRATE THE CRISIS INSTALLED IN THE THEORETICAL BASES OF THE THEORY OF THE EQUIVALENCE OF THE ANTECEDENTS, AND CONSEQUENTLY THE SOLUTION FOR SUCH, WITH THE USE OF THE THEORY OF THE OBJECTIVE IMPUTATION, CREATING A NEW VISION OF THE CAUSAL NEXUS. TO REACH THIS OBJECTIVE SHE WILL BE NECESSARY TO MAKE A CRITICAL ANALYSIS CONCERNING THE THEORY OF THE EQUIVALENCE OF THE ANTECEDENTS AND TO DEMONSTRATE THIS POSSIBLE CRISIS THROUGH HYPOTHETICAL FORMULARIZATIONS, IN WHICH THE THEORY ADOPTED FOR THE NATIVE LEGISLATOR DOES NOT ANSWER WITH THE EFFICIENCY THAT THIS SUBJECT - CAUSAL NEXUS - OF THE HIGHEST RELEVANCE COMPLAINS, A TIME THAT IS THROUGH OF THAT IT WILL BE POSSIBLE TO DISCOVER IF THE BEHAVIOR OF SOMEBODY CAN HAVE GIVEN TO CAUSE TO A LEGAL RESULT TUTORED PERSON FOR THE CRIMINAL NORM, THIS OBVIOUSLY WILL BE ABLE TO DRAIN IN THE METHOD OF CLIPPING OF THE RIGHT THE CONSTITUTIONAL FREEDOM OF GOING OF COMING OF THIS PERSON. PROVEN THE DISSATISFACTION OF THE THEORY OF THE CAUSAL DOGMA, NECESSITY IF MAKES THE ANALYSIS OF THE VERIFICATION OF THE POSSIBILITY OF THE NEW THEORY TO BE APPLIED, OF FORM, THAT IS POSSIBLE TO FULFILL THE PROMISE OF THE NEW ANNOUNCED VISION AND BEING THUS, HAS TRUSTWORTHY AND SAFER POSSIBILITIES FOR RESOLUTIONS OF THE ARGUED HYPOTHETICAL FORMULARIZATIONS, FOR WHICH THE THEORY ADOPTED FOR OUR REPRESSIVE CODE DID NOT GIVE A SATISFACTORY REPLY. IT GOES TO BE NECESSARY TO PRESENT THE CONSEQUENCES THAT CAN HAPPEN WITH THE USE OF THE THEORY OF THE OBJECTIVE IMPUTATION THAT THEY ARE: THE UNTYPICAL OF THE FACT AND SOCIAL PACIFICATION JOUST AND SWIFT. FINALLY THE NEW THEORY GOES TO DEMAND SOME REQUIREMENTS FOR ITS EXISTENCE AS: THE CREATION OF A FORBIDDEN RISK, THAT THE RESULT IS INSIDE OF THE SCOPE OF PROTECTION OF THE NORM AND THAT THE ACTION IS NOT CREATED THE PROPER RISK, IN THIS WAY, FILLING THESE REQUIREMENTS ONLY IS THAT IT WILL BE ABLE TO SAY THAT HAD OBJECTIVE IMPUTATION OF THE BEHAVIOR TO THE RESULT, THEREFORE IN THE NEW VISION, ONLY THEN, IT IS POSSIBLE TO SAY THAT IT HAD CAUSAL NEXUS.

WORDS-KEY: BEHAVIOR, RESULT, CAUSER, RISK AND FORBIDDEN.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 - A CRISE DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES	14
1.1 Considerações iniciais.....	14
1.2 Conceito e Principais críticas acerca da teoria da equivalência dos antecedentes	15
1.3 Nexo causal e nexo normativo.....	17
1.4 Superveniência causal.....	18
1.4.1 Causas supervenientes relativamente independentes.....	19
1.4.2 Causas preexistentes e concomitantes relativamente independentes	21
1.5 Formulação de outras hipóteses que não são solucionadas mesmo com o uso do nexos normativo	22
2 - TEORIAS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A NOVA VISÃO SOBRE O NEXO CAUSAL.....	26
2.1 Considerações iniciais sobre a teoria da imputação objetiva	26
2.2 Conceito.....	28
2.3 A criação de riscos.....	29
2.4 Diferença entre risco proibido e risco permitido.....	32
2.5 Resultado dentro do âmbito de proteção da norma causado por uma conduta.....	34
2.6 Solução para a formulação de outros problemas hipotéticos	38
3 - CONSEQÜÊNCIAS DO ACOLHIMENTO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	40
3.1 A ausência de imputação objetiva gera a atipicidade do fato.....	40
3.2 Celeridade	45
3.3 Pacificação social justa	46
4 - REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O ESTABELECIMENTO DO NEXO CAUSAL CRIANDO A NOVA VISÃO.....	49
4.1 Considerações gerais	49
4.2 Que a conduta tenha criado um risco proibido	50
4.3 Que o resultado esteja dentro do âmbito de proteção da norma causado pela conduta	52
4.4 Que a ação não tenha sido praticada a próprio risco	53
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico pretende estudar questões relativas ao nexo causal que é o terceiro elemento do fato típico, responsável pela determinação do causador de um resultado lesivo a determinado bem jurídico tutelado pela norma penal. Este é um problema histórico enfrentado por aqueles que se dedicaram a estudar o Direito Penal. Como descobrir se a conduta de alguém pode ter dado causa a um resultado jurídico?

Diversas teorias foram criadas com intuito de responder esta pergunta. No Brasil a teoria adotada é a teoria da equivalência dos antecedentes ou também conhecida mundialmente como teoria da *conditio sine qua nom.*

Para que este estudo surta o efeito desejado será então preciso fazer uma análise crítica da teoria adotada pelo legislador pátrio, e em existindo tal crise será preciso apontar a possível solução com emprego de algo novo.

A teoria da imputação objetiva, com sua jovialidade será analisada verificando se pode ou não criar uma nova visão para a difícil questão do estabelecimento do nexo causal.

Para alcançar os objetivos traçados acima será de fundamental importância a leitura de doutrinas que tratam deste assunto, em especial as obras dos professores Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Luis Greco, dentre outros. Com isso é preciso, portanto, nesta empreitada, fazer um trabalho utilizando uma metodologia baseada na pesquisa e também fazê-lo de forma científica, uma vez que a nova visão proposta trata-se de algo novo ainda em desenvolvimento.

No primeiro capítulo deste estudo cuidar-se-á em analisar a teoria adotada hoje no Brasil, a qual diz: tudo, absolutamente tudo, que de qualquer forma contribuir para a produção do resultado considera-se como causa deste. De maneira que não existe causa mais importante ou menos importante, contribuiu é causa. Esse radicalismo em algumas circunstâncias não resolve de forma satisfatória alguns questionamentos.

Para a teoria da *conditio sine qua nom*, qualquer evento por mais irrelevante que possa parecer, mas que contribuir de qualquer modo para a eclosão do resultado será considerado como causa deste. E para descobrir se um evento contribuiu para o resultado, tal teoria vale-se do chamado processo de eliminação hipotética, este processo é de ordem física, isto é, trabalha com proposições matemáticas, pois funciona da seguinte maneira: se ao retirar um evento da cadeia causal e o resultado não vier a acontecer é porque ele é causa do resultado. Do contrário, se ao retirar um evento da série causal e o resultado ainda assim vier a acontecer é porque ele não é causa do resultado.

Este critério de ordem física pode trazer conseqüências desagradáveis quando aplicado dentro do Direito em algumas formulações hipotéticas. Além do que, existem muitas críticas feitas pela doutrina sobre o fato de o emprego da *conditio sine qua nom* poder levar a uma cadeia causal de proporções infinitas de causadores do resultado. Já que tudo que contribui para a produção do resultado é sua causa.

No homicídio, por exemplo, além daquele que atirou para matar, questiona-se que também são causadores pelo ângulo da *conditio sine qua nom* o vendedor da arma, o fabricante e o minerador que extraiu o minério para a sua fabricação, pois usando os critérios de tal teoria concluir-se-á que retirando qualquer destes eventos o resultado não ocorreria da maneira que ocorreu.

O segundo capítulo deste trabalho será dedicado a tentar demonstrar a pertinência da teoria da imputação objetiva, mostrando que ela pode contribuir na resolução dessa dificuldade que existe em estabelecer o nexos causal, fazendo isto de forma mais segura, criando assim, uma nova visão, deste elo existente entre a conduta e o resultado.

Para a teoria da imputação objetiva a análise acerca do nexos causal tem de ser jurídica, de maneira, que para estabelecê-lo será preciso verificar se a conduta foi praticada a partir de um risco proibido e esta é a regra fundamental desta teoria. Caso a conduta tenha sido praticada através de um risco permitido, não haverá nexos causal.

A teoria da imputação objetiva vai servir de requisito para que se estabeleça o nexos causal. De forma que havendo ausência de imputação objetiva não haverá nexos causal.

O critério utilizado pela teoria da imputação objetiva será analisar a conduta sob novo enfoque, agora jurídico, da criação ou não de um risco.

Nessa nova visão haverá nexos causal se o evento for praticado a partir de um risco proibido, ou seja, atirar em alguém é um risco proibido (haverá nexos causal), no entanto, a venda da arma atendendo aos critérios estabelecidos em lei, como seu fabrico não o é, pois a própria sociedade por convenção legal elencou esse tipo de risco como sendo permitido, isto é suportável em razão de seu próprio desenvolvimento.

Demonstradas então as falhas existentes na teoria adotada pelo legislador pátrio, a nova visão sobre o nexos causal terá como objetivo acabar com a antiga polêmica acerca do *regressus ad infinitum*, como também solucionar as formulações hipotéticas não resolvidas adequadamente pela teoria da equivalência dos antecedentes.

O terceiro capítulo será dedicado a mostrar as conseqüências do acolhimento da nova teoria, como a atipicidade do fato, tornando o fato atípico, este sequer será crime, desafogando o dolo e culpa que não precisarão, neste caso, ser acionados. Também é preciso demonstrar que com o uso da teoria da imputação objetiva poderá ocorrer uma pacificação social justa com celeridade.

No quarto capítulo discutir-se-ão os requisitos necessários para que haja imputação objetiva e, portanto nexos causal, como: a criação de um risco juridicamente proibido, que o resultado esteja dentro do âmbito de proteção da norma e por último e não menos importante, que a ação não tenha sido criada a próprio risco.

Na conclusão será o momento de refletir sobre a possibilidade ou não de mudança, se esta se mostra pertinente ou não.

A importância deste estudo se verifica na atual crise vivida pela teoria da equivalência dos antecedentes, que não mais atende com eficiência os anseios sociais – criando embaraços na hora de estabelecer o nexos causal – e principalmente na estrutura da teoria da imputação objetiva, vez que tem como função criar uma nova visão sobre a forma de como encarar principalmente as questões relativas ao nexos causal, resolvendo problemas nunca antes solucionados por outras teorias. Demonstrando com o risco proibido ou permitido

a tipicidade ou atipicidade do fato, trazendo soluções para casos concretos, nos quais as outras teorias falharam.

A relevância do tema encontra-se inicialmente na divulgação da teoria da imputação objetiva no meio acadêmico, por se tratar de uma teoria nova, ainda em construção (no Brasil apareceu acerca de 10 anos). Torná-la conhecida principalmente no meio acadêmico é o objetivo central deste estudo.

A relevância também se verifica por ser o tema relacionado ao Direito Penal, pela importância que este tem para a humanidade, em especial por tratar de teorias que buscam explicar a ligação da conduta e do resultado de um crime, buscando uma maneira mais segura de determinar o causador de um resultado lesivo a um bem jurídico tutelado pela norma penal.

Essa idéia se mostra fundamental, uma vez que o conhecimento inicial a respeito do causador do delito pode significar uma futura restrição da liberdade de ir e vir do sujeito. Por isso, a sedução que o tema traz.

1 A CRISE DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES

1.1 Considerações iniciais

Um dos maiores problemas do Direito Penal, desde sua criação, é poder determinar com certa precisão o causador de um resultado lesivo a um bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Para tornar esta empreitada factível, diversas teorias foram criadas, mas nenhuma delas conseguiu atingir este objetivo de forma satisfatória.

No Brasil atualmente a teoria incumbida nesta missão é a teoria da equivalência dos antecedentes, conhecida mundialmente como teoria da *conditio sine qua non*¹.

Esta teoria foi criada em 1858, e tem como seu principal idealizador o austríaco Julius Glaser.

Neste mesmo sentido escreve (CAPEZ, 2006, p. 169): “A crise da teoria da equivalência dos antecedentes: para Juarez Tavares não se deve a Stuart Mill e Von Buri a primeira formulação desta teoria, mas a Julius Glaser, em 1858”, porém muitos costumam atribuir a paternidade filosófica desta teoria a Stuart Mill e sua reorganização a Von Buri.

A teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da *conditio sine qua non*, por opção legislativa foi adotada como regra no Direito Penal brasileiro, no que se refere ao nexo causal. Isso porque, mesmo com a reforma da parte geral do Código Penal, feita pela Lei nº 7.209/1984 o legislador manteve a redação do *caput*² do art. 13 do Código Penal brasileiro, que dispõe, *in verbis*: “O resultado, de que depende a existência de um crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

¹ *Conditio sine qua non*: este termo tem sua origem do latim que quer dizer, condição sem a qual não..., no caso deste estudo, o termo se referirá então a condição sem a qual o resultado não ocorreria. COSTA, Wagner Veneziani. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: WVC Ed., 2002, p. 311.
Caput: cabeça do artigo, p. 308.

Neste sentido, confirmando que o Art. 13 do nosso Código Penal demonstra que o legislador pátrio adotou a teoria da *conditio sine qua non* ou teoria da equivalência dos antecedentes se posicionaram (ZAFARONE; PIERANGELI, 2001, p. 472).

A causalidade como categoria do ser (onticamente concebido) é um processo cego, uma cadeia de causas e efeitos. “Toda condição que não pode ser mentalmente suprimida sem que com isto desapareça o efeito, é causa” (Welzel). “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”(art. 13 do CP). Se supirmos mentalmente, o pecado original, desapareciam todos os delitos; se supusermos que o pai e mãe do homicida nunca tivessem gerado um filho, desapareceria o resultado morte; se não existisse o hotel, lá não teria sido possível o cometimento de um adultério. Esta é a teoria conhecida como da conditio sine qua non, e é a única que corresponde à realidade, ao “ser” da causalidade como processo físico, e é a adotada pela lei penal brasileira.

1.2 Conceito e Principais críticas acerca da teoria da equivalência dos antecedentes

A teoria da equivalência dos antecedentes foi criada para aferir o nexo causal – que é o terceiro elemento do fato típico.

Desta maneira ela estabelece uma ligação entre o comportamento humano e a modificação no mundo exterior, isto é, cuida do estabelecimento do resultado de uma conduta a alguém, em outras palavras se conduta ou qualquer evento relacionado a um sujeito foram causa do resultado.

Para esta teoria, qualquer evento por mais irrelevante e insignificante que possa parecer, mas que de alguma forma contribuir para o resultado será causa deste. Isso ocorre, porque de acordo com essa teoria, causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Este conceito é justamente o encontrado em tal dispositivo penal aduzido acima.

Como forma de descobrir o que é causa, e o que não é causa, basta utilizar um singelo critério chamado de eliminação hipotética³, que funciona da seguinte maneira, se ao retirar um evento da série causal e se depois disso o resultado ainda assim ocorrer da maneira como ocorreu é porque este evento não é causa do resultado. Do contrário, se ao retirar o evento da série causal e o resultado deixar de acontecer da maneira como aconteceria é porque ele é causa do resultado (mera constatação de ordem física).

O primeiro problema do emprego desta teoria encontra-se no *regressus ad infinitum*⁴, conforme explica (SANTORO FILHO, 2007, p. 15).

Outra crítica – que reputamos a principal – que se dirige à teoria da equivalência dos antecedentes é a de ampliar demasiadamente o campo de responsabilização criminal, por se basear em uma cadeia causal de proporções quase infinitas.

Isto acontece porque, objetivamente várias condutas sociais serão causas de um crime, como por exemplo, o fabrico de uma arma, a venda da arma por uma loja autorizada para esse tipo de comércio, o transporte do homicida, sua concepção por seus pais ou os seus avós que conceberam seus pais e assim sucessivamente, criando uma cadeia infinita.

Desta maneira, mesmo seus parentes mais remotos seriam causadores do resultado, pois como nos outros casos (fabrico de uma arma, a venda da arma por uma loja autorizada, o transporte do homicida), excluindo qualquer destes eventos o resultado não ocorreria o que deixa claro que desta maneira – para muitos é forçoso reconhecer – que todos estes eventos deram causa objetivamente ao resultado.

Transportando isso para a prática, imagine a seguinte situação: A toma café de manhã, depois pede a um taxista para levá-lo a uma loja de armas, devidamente autorizada pelo Estado para a prática de tal comércio, local em que compra um revólver e em seguida,

³ Eliminação hipotética: método desenvolvido por Julius Glaser, que se traduz em uma fórmula física, na qual se for excluído a conduta e o resultado deixar de acontecer é porque esta foi causa do resultado. De outra forma se excluir a conduta e o resultado ainda acontecer é porque esta não é causa do resultado. Trata-se de mera constatação de ordem física e por isso, pelo emprego deste conceito de ordem física dentro do Direito, resulta uma das críticas acerca do uso da teoria da equivalência dos antecedentes. SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva*, 2007, p. 13.

⁴ *regressus ad infinitum*: regresso ao infinitum.(COSTA, 2002, p. 336).

ainda no táxi pede novamente para ser levado a um determinado endereço e lá acaba disparando um tiro mortal contra B que falece.

Pela teoria adotada por nosso Código Penal de forma objetiva dentre as condutas de A somente a de tomar café não contribui para o resultado, vez que, mesmo excluindo tal conduta ainda assim o resultado ocorreria então todas as demais são causas, isso porque, se eliminarmos mentalmente da cadeia causal qualquer uma daquelas (pegar o táxi, comprar a arma e disparar) o resultado não ocorreria.

Desta forma, é possível dizer ainda, que existem outras causas implícitas como a concepção de A por seus pais ou a concepção de seus pais por seus avós, chegando à conclusão que existiria uma fila infinita de idosos ascendentes de A, considerados objetivamente como causadores do resultado (*regressus infinitum*), isso se seguirmos à risca os preceitos da teoria da *conditio sine qua non*.

Para evitar tais absurdos os defensores da teoria da equivalência dos antecedentes se valem do uso do dolo ou da culpa para livrar da responsabilização penal: o taxista, o vendedor de armas, os pais os avós e uma linha de proporções infinitas de ascendentes que poderiam ser considerados como causadores do resultado.

No entanto, às vezes o uso destes critérios (dolo ou culpa) cria embaraços que os próprios defensores desta teoria não conseguem explicar, como os que serão discutidos no tópico 5 (cinco) deste capítulo. Além de ter de reconhecer que tirando a parte subjetiva (dolo ou culpa) há a sombra do regresso ao infinito.

Neste mesmo sentido leciona (CAPEZ, 2006, p. 176): “O problema é que nem sempre se pode postular o socorro para o dolo e a culpa, ou seja, nem sempre neles podemos buscar escape solucionando a questão”.

1.3 Nexo causal e nexo normativo

Como forma de escapar desta incômoda situação os defensores da *conditio sine qua non*, dizem que além desta relação causa e efeito (nexo causal), para que alguém seja responsabilizado pela prática de um crime é preciso verificar o nexo normativo (dolo ou culpa), de forma que somente serão responsabilizados aqueles que agiram com culpa (*lato sensu*).⁵

Esta saída construída evita grandes catástrofes, ou melhor, desta maneira, a teoria da *conditio sine qua non* não chega a causar uma tragédia, de forma que seus defensores dizem que não importa se os pais são causadores do resultado praticado pelo filho vinte anos depois do ato de amor que o gerou, pois o que importa é que eles não respondem pelo crime por falta do nexo normativo, porém o uso do nexo normativo não é suficiente para solucionar todos os casos, como já foi dito, e é isso que se pretende demonstrar neste estudo apresentando uma solução jurídica e não física (mera constatação) para tal crise.

1.4 Superveniência causal

Causa é toda ação ou omissão, ou seja, condição que atua paralelamente à conduta, interferindo no processo causal, de forma que esta interferência venha de algum modo contribuir ou não para a produção do resultado.

As causas podem ser divididas em dependentes e independentes:

Dependentes: são aquelas que estão ligadas ao resultado, isto é, estão na linha de desdobramento causal da conduta. Exemplo: atirar em alguém terá como desdobramento o impacto do projétil e a perfuração de órgãos vitais e conseqüente morte.

Independentes: são aquelas que por si só podem produzir um resultado, porém, elas ainda se dividem em absolutamente independente e relativamente independente.

⁵ *Lato sensu*: em sentido amplo e geral. (COSTA, 2002, p. 349).

A causa absolutamente independente não tem nenhuma relação com a conduta praticada pelo agente, ela produz sozinha o resultado, ou seja, é qualquer outra causa que não se origina da conduta analisada.

Já a causa relativamente independente possui uma relação ainda que mínima com a conduta praticada pelo agente, porém por si só é capaz de produzir o resultado. Apesar de produzir o resultado sozinha se origina da conduta inicial analisada.

A partir dessa visão inicial sobre as causas será dada ênfase neste estudo as causas supervenientes, preexistentes e concomitantes relativamente independentes, já que as outras causas (dependentes e absolutamente independentes) são irrelevantes para este estudo.

As dependentes porque já caracterizam quem é o causador do resultado de imediato não havendo, portanto, o que discutir, da mesma forma as absolutamente independentes por estar fora da série causal a causa analisada.

1.4.1 Causas supervenientes relativamente independentes

O legislador pátrio apesar de adotar a teoria da *conditio sine qua non* para aferir o nexo de causalidade, abandonou-a nas situações que ocorrem as chamadas causas supervenientes relativamente independentes, pois neste caso o uso da culpa (*latu sensu*) não resolve a situação, como por exemplo, no caso repetido na doutrina e citado por este doutrinador, quando diz que (JESUS, 2002, p.7-8):

Em exemplo já citado, imagine que a vítima, dolosamente atingida a tiros de revólver, seja internada num hospital, onde ocorre um incêndio, e venha a falecer exclusivamente em consequência das queimaduras. Aplicado literalmente o dogma causal, o autor dos disparos responderia pelo evento morte. Diante desse exagero, o legislador brasileiro, restringindo a aplicação da teoria da conditio sine qua non, abriu-lhe uma única exceção no § 1º do art. 13: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”. O parágrafo

disciplina apenas as causas supervenientes. E as anteriores e concomitantes?

De acordo com o exemplo supracitado, para a teoria da equivalência dos antecedentes, aquele que efetuou os disparos é autor do homicídio, mesmo este tendo sido causado pelas queimaduras provindas do incêndio no hospital, pois usando a eliminação hipotética verifica-se que, sem a conduta de disparar o resultado não ocorreria.

Desta maneira a conduta de disparar objetivamente contribuiu para o resultado, e quando do uso da saída clássica do nexu normativo verifica-se que o agente agiu com dolo cumprindo então o que a teoria da *conditio sine qua non* precisa para considerar alguém culpado pelo fato – existência de nexu causal e nexu normativo – desta forma, operou-se a mera constatação de ordem física.

Neste caso, o legislador brasileiro abandonou a referida teoria, criando uma exceção a regra (§ 1º do art. 13 do Código Penal brasileiro). Em outras palavras, no Brasil adota-se a teoria da equivalência dos antecedentes, porém quando houver causas supervenientes relativamente independentes, ela não deverá ser usada e sim a teoria da causalidade adequada de modo que, sendo assim, o autor dos disparos não mais responderá pela morte da vítima.

A teoria da causalidade adequada também recebe várias críticas com relação a sua aplicação, por também utilizar critérios físicos, baseando-se em probabilidades que não possuem uma definição lógica de como em um caso concreto isto se dará. Neste sentido, o texto abaixo também diz ser ineficaz a teoria da causalidade adequada, quando analisada, nos seguintes termos (PAGLIUCA, 2006, p. 77):

Para essa escola, a causa é o antecedente não apenas imprescindível, mas também o mais adequado para a produção do resultado. Isto significa que não devem ser considerados todos os antecedentes necessários e imprescindíveis à produção do resultado, mas aqueles que, além disso, forem úteis, ou seja, com probabilidade de produzirem o resultado, segundo uma valoração posterior do fato naturalístico, uma vez que, somente com isso, se poderia trabalhar sobre quais as causas que se adequaram ao resultado e a ele deram impulso.

Essa teoria também foi alvo de críticas, pois não apontou os critérios de probabilidade, deixando sempre margem para o julgador analisar fatos passados considerados no presente.

1.4.2 Causas preexistentes e concomitantes relativamente independentes

Nas causas preexistentes e concomitantes o legislador se silenciou devendo então ser empregada a teoria da equivalência dos antecedentes. De modo que, só pelo fato de ter que recorrer à outra teoria fica demonstrado que ela não responde de forma satisfatória a todos os questionamentos.

Da análise das causas preexistentes pelo prisma do dogma causal, surgem outros problemas acerca de sua utilização, como no caso do hemofílico e cardíaco, exemplos usados pela doutrina que demonstram o equívoco que o uso da teoria adotada por nosso Código pode causar (JESUS, 2002, p. 9):“HEMOFILIA. A golpeia B, hemofílico, que vem a falecer em consequência dos ferimentos, a par da contribuição de sua particular condição fisiológica”.

Fazendo uma análise do fato narrado pelo professor Damásio, suponha que em uma ocorrência de vias de fato, na qual A provoca um leve ferimento no braço de B, que é hemofílico e em razão de tal doença preexistente este sofre uma grave hemorragia e vem a falecer. Seria justo considerar A como autor do homicídio?

Da mesma forma, suponha-se que um cardíaco conduzindo seu carro pela rodovia é surpreendido por outro condutor que não respeita a distância de segurança entre a frente de sua carreta e a traseira do veículo do cardíaco, o que causa grande susto neste, que rapidamente para seu veículo no acostamento e ainda sob o efeito da emoção causada pelo evento vem a sofrer uma fulminante parada cardiovascular, que redundará em sua morte.

Neste caso, de acordo com a teoria da *conditio sine qua non* o condutor da carreta foi causador do homicídio, vez que, sem aproximar-se demasiadamente da traseira do veículo do cardíaco o resultado não ocorreria, logo sua conduta é objetivamente tida como causadora do resultado.

Também neste caso, o uso do nexu normativo não afasta a responsabilidade do o condutor da carreta, pois sua conduta foi imprudente, ou seja, houve culpa (*stricto sensu*),⁶ seria justo também, nesta formulação hipotética, a responsabilização deste pela morte do cardíaco? Estes são problemas que a teoria da *conditio sine qua non* não resolve de forma satisfatória.

1.5 Formulação de outras hipóteses que não são solucionadas mesmo com o uso do nexu normativo

A teoria da equivalência dos antecedentes é alvo de muitas críticas, pelo que foi exposto *supra*⁷ e também por não responder adequadamente as hipóteses que serão formuladas *in fine*,⁸ criando embaraços que nem seus maiores defensores conseguiram solucionar de forma segura e plausível.

Quando a teoria da *conditio sine qua non*, diz que causa é qualquer ação ou omissão sem a qual o resultado não ocorreria e usa o critério da eliminação hipotética vê-se que, sob o prisma objetivo e também em algumas situações específicas, mesmo em uma análise subjetiva, isso poderá acarretar resultados desagradáveis ou no mínimo estranhos, de acordo com essa constatação de ordem física observemos os seguintes casos hipotéticos a seguir.

A constatação de que esta teoria é uma ciência física e não jurídica, encontra-se de falta de solução que ela apresenta para um exemplo clássico apontado pela doutrina,⁹ que é o caso de um bosque onde são comuns tempestades com descargas elétricas frequentes e um filho interessado na herança do pai incentiva-o a visitar uma torre do bosque, em tais condições nebulosas.

Um dia o pai ao visitar o bosque vem a ser atingido por uma descarga elétrica, tal fato fatídico acarreta sua morte, neste caso a teoria adotada pelo nosso Código Penal não

⁶ *Stricto senu*: no sentido restrito; em sentido estrito. Isto é no caso desta culpa significa: negligência, imprudência e imperícia (Art. 18, II, do Código Penal brasileiro). (COSTA, 2002, p. 370).

⁷ *Supra*: acima. (COSTA, 2002, p. 371)

⁸ *In fine*: no fim. Final de um parágrafo, de um capítulo, ou de um livro. (COSTA, 2002, p. 339)

⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria da Imputação Objetiva*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

consegue dar uma resposta, vez que, sem o incentivo do filho o resultado não ocorreria, logo sua conduta é causadora do resultado morte pelo ângulo objetivo.

Acontece que, neste caso, a solução encontrada pela teoria da *conditio sine qua non* – uso do dolo ou culpa – não resolve o problema, pois o filho teve em sua conduta a vontade que caracteriza o dolo. Então, este é um dos problemas que tal estudo monográfico pretende responder.

Outro exemplo em que o uso do dolo ou da culpa não resolve a caracterização do nexo de causalidade é o do peixe fugu assassino conhecido no Brasil como baiacu. É de conhecimento de todos, que este espécime de peixe possui uma glândula com veneno, que quando rompida e entornado seu suco na carne deste, torna esta, imprópria ao consumo humano, devido é claro as propriedades do veneno que podem matar, ou seja, se aquele que trata o peixe não possuir uma certa habilidade o conteúdo com o veneno mortífero pode vaziar e causar a morte de quem saboreá-la.

A partir do que foi dito *supra*, imagine que um casal em viagem a Fortaleza encontram uma barraca que possui um cozinheiro que prepara o tal prato e a esposa desejando a morte de seu cônjuge, para ficar com o amante, o incentiva a saborear referido prato na esperança de que o cozinheiro se atrapalhe na hora de tratar o animal e contamine sem perceber a carne que será servida a seu esposo. O que vem a ocorrer, em uma de suas visitas a fatídica barraca.

À luz do que prega a teoria da equivalência dos antecedentes, o incentivo da esposa é causa para o resultado morte, isto porque, sem este evento o resultado não teria ocorrido, pois o marido não teria deglutido o prato mortífero.

Nesta formulação hipotética verifica-se também, que o uso do nexo normativo (dolo ou culpa) como forma de excluir a responsabilização da esposa da pelo homicídio não é suficiente para a resolução da questão, uma vez que houve dolo em sua conduta.

O direito penal não pode se ocupar em punir pensamentos, porém, observar-se-á que ela agiu com vontade, pois quis resultado morte quando o incentivou a tomar aquela refeição e neste caso, portanto, segundo o que prega a *conditio sine qua non* a esposa deveria ser

processada por homicídio doloso o que soa ridículo, pois em nenhum momento pode controlar os acontecimentos, pois poderia muito bem o cozinheiro não ter errado no trato do peixe e assim sua vontade não seria satisfeita.

Desta forma, para a teoria da equivalência dos antecedentes o delito de homicídio se configurou, vez que, houve a ligação da conduta com o resultado, pois a partir da eliminação hipotética, como já dissemos, sem o seu incentivo o resultado não ocorreria, logo este evento é causa do crime e também houve a configuração de seu objetivo (dolo) que era a morte do marido.

Daí conclui-se que esta deverá responder perante a Justiça por homicídio doloso, engano este que é facilmente resolvido com a aplicação da teoria da imputação objetiva, na qual há um novo enfoque do nexo causal.

É possível ainda encontrar mais problemas quanto ao uso da teoria da equivalência dos antecedentes, como no caso dos seguintes exemplos: no primeiro caso suponha-se que *A* almoçou em uma churrascaria e depois seqüestrou *B*, quando este estava prestes a entrar em um avião no aeroporto de Goiânia com destino a Manaus.

Ocorre que no trajeto para o cativo *B* tenta fugir e *A* efetua um disparo contra *B* e isto provoca sua morte, porém a imprensa noticia minutos depois que o mesmo avião sofreu uma pane no ar e caiu matando todos os passageiros.

Deste modo, usando a eliminação hipotética verificaremos que almoçar em uma churrascaria não pode ser causa do resultado, pois mesmo não praticando tal conduta ainda assim o resultado ocorreria.

Porém o mais impressionante é que se eliminarmos as outras condutas de *A* iremos chegar à conclusão no mínimo estranha de que, mesmo não havendo interferência deste com o seqüestro e o disparo, ainda assim o resultado morte ocorreria, vez que, o referido avião iria cair matando todos os passageiros, dentre eles obviamente estaria *B*, sendo assim, com o emprego literal da *conditio sine qua non*, concluir-se á que de acordo com o critério da eliminação hipotética, *A* não responderia pelo resultado, uma vez que suas ações não foram causa do resultado, pois de qualquer forma o resultado morte ocorreria?

No segundo caso, suponha-se que o Brasil esteja em guerra declarada com a Bolívia, (neste caso a Constituição Federal prevê a possibilidade de pena de morte) ¹⁰ e o presidente boliviano foi capturado e condenado à pena capital, porém no momento em que o carrasco se prepara para efetuar disparos de fuzil contra o condenado se aproxima um fazendeiro brasileiro que possuía terras na Bolívia, que foram tomadas pelo Governo de Evo Morales, e inimigo declarado deste acaba efetuando os disparos antes do carrasco o que obviamente lhe causa a morte.

Neste caso utilizando a teoria da equivalência dos antecedentes e da eliminação hipotética de forma literal, poderia-se chegar a conclusão de que a ação do fazendeiro não é causa para o resultado, vez que, ainda que este não tivesse disparado contra Evo Morales, ainda assim ele morreria. A partir de tal exemplo vê-se a confusão e a insegurança que uma ciência física pode trazer para o direito.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Art. 5º, XLVII, “a”, p. 26.

2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A NOVA VISÃO SOBRE O NEXO CAUSAL

2.1 Considerações iniciais sobre a teoria da imputação objetiva

Tal pensamento surgiu no Direito Penal na década de trinta, já no século XX, por intermédio das obras de Karl Larenz e Richard Honig. Sem embargo, à época, não modificaram a estrutura da imputabilidade causal com o efeito que se esperava. Desta maneira ensina (CAPEZ, 2006, p. 174):

A teoria da imputação objetiva: o desenvolvimento desta teoria pode ser atribuído originalmente aos estudos de Karl Larenz (1972) e Richard Hoing (1930), os quais partiram da premissa de que a equivalência dos antecedentes era muito rigorosa no estabelecimento do nexo causal, na medida em que se contentava com a mera relação física de causa e efeito. Originária de um período de acentuado positivismo jurídico (foi criada em 1853), em que os juízes eram escravos e não interpretes da lei, e cumpriam-na cegamente sem se importar com seu conteúdo, a conditio sine qua non, calcada em uma lei física (da causa e efeito), acabava por criar uma cadeia de causalidade tamanha, que acabava por levar, consoante expressão de Trager, ao chamado regressus ad infinitum.

Por sorte, pelos idos de 1970, o alemão Claus Roxin deu novo impulso às teorias de Honig e Larenz, aclarando os conceitos e tornando-os mais aperfeiçoados ao Direito Penal. De igual modo se posicionou Gunther JaKobs.

No Brasil, chegou a cerca de 10 anos e já são vários os seus defensores, dentre os quais destaca-se o professor Luis Greco que é responsável pela tradução da obra de Claus Roxin, e autor de outras obras sobre o tema como, por exemplo, *Um panorama sobre a teoria da imputação objetiva*.

Há também doutrinadores bem conhecidos no Direito Penal como os professores Fernando Capez e Damásio Evangelista de Jesus, este último além de discutir a imputação

objetiva em sua doutrina de Direito Penal, também possui uma obra própria discutindo o assunto.

Por se tratar de um tema novo, a teoria da imputação objetiva é vista com certo receio, o que parece ser natural nestas circunstâncias, é claro.

Como teoria para aplicação em todo o Direito Penal, parece ainda não estar pronta, devido sua imaturidade, pois muito ainda preciso ser feito.

Apesar da jovialidade citada *supra*, é possível encontrar alguns de seus conceitos já definidos e pacificados, que poderiam muito bem de início servir para solucionar algo que há muito tempo tira o sono dos pensadores do Direito Penal – o estabelecimento do nexo de causalidade – tornando mais eficaz e segura a forma de estabelecê-lo.

Com o uso da teoria da imputação objetiva, será possível fazer uma análise jurídica da ligação entre a conduta e o resultado, criando uma nova visão sobre o nexo causal, ou seja, será possível apreciar a conduta e o resultado sob um novo enfoque (risco proibido e risco permitido) deixando de lado a mera constatação de ordem física, que ainda prevalece em nosso Direito Penal.

Desta forma, sua aplicação poderia acabar com a antiga polêmica acerca do *regressus ad infinitum*, sobre este regresso ao infinito é preciso observar e analisar o seguinte ensinamento (CAPEZ, 2006, p. 175):

Observa Gunther Jakobs que a aplicação da teoria causal leva a conduta até Adão, Eva e a serpente do paraíso (Gênesis, Capítulo 3), pois, se o primeiro não tivesse mordido o fruto proibido, nada teria acontecido. A cadeia infinita antecedente causal só não leva à responsabilização de todos, em face da ausência de nexo normativo (exclusão de dolo e culpa), imprescindível para a infração penal. Desse modo, os pais só não respondem pelo crime cometido pelo filho, porque não atuaram com dolo ou culpa em relação ao resultado. Nexo causal, porém, existiu porque, se não fossem os pais, não haveria o filho, e, se ele não existisse, não teria cometido o crime; logo, os genitores concorreram, pelo menos do ponto de vista causalnaturalístico, para a ocorrência do ilícito.

Com base nesta constatação é que este estudo pretende demonstrar, uma saída que possa ser útil criando uma nova visão para estabelecer o nexu causal, isso resolveria as formulações hipotéticas não solucionadas de forma eficiente pela teoria da equivalência dos antecedentes, como foi discutido no capítulo anterior.

2.2 Conceito

A imputação objetiva é a relação entre acontecimento e vontade. Significa, na verdade, atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco proibido e a produção de um resultado jurídico.¹¹

Não tem nada a ver com responsabilidade penal objetiva, ou seja, não se trata de imputar a alguém a prática de um crime sem culpa *lato sensu*.

Trata-se sim, neste caso, de considerar aquele que praticou uma conduta criadora de risco proibido como causador do resultado, desta maneira, quem tiver praticado uma conduta através de um risco permitido, não poderá ser causador do resultado, vez que a proposta inicial, nesta nova visão é fazer com que a imputação objetiva seja requisito para o estabelecimento do nexu causal.

Sendo assim, quando não houver imputação objetiva do resultado, o fato será considerado atípico, pois na falta deste requisito não existirá o nexu causal, que é um dos elementos do tipo.¹²

Um conceito de forma sintética é feito pelo professor (GRECO, 2005, p. 09):

Sintetizando: a teoria da imputação objetiva é algo por um lado simples, porque ela enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação

¹¹JESUS, 2002, p. 280.

¹² Grifo nosso, elementos do tipo: conduta, resultado, nexu causal e tipicidade – a falta de qualquer destes elementos torna o fato atípico.

objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.

Na prática, se for aplicado o conceito traçado *supra* aos primeiros exemplos que foram criados neste trabalho, quando da crítica a teoria da *conditio sine qua non* é possível encontrar de início a solução para a intrincada questão do *regressus ad infinitum*.

Assim, condutas como: o fabrico de uma arma, a venda da arma por uma loja autorizada para esse tipo de comércio, o transporte do homicida, sua concepção por seus pais, ou a concepção de seus pais por seus avós, são todos estes eventos tolerados pelo Direito Penal e por convenção social são considerados como riscos que a sociedade pode e deseja suportar.

De forma que, em sendo o risco permitido, não há que se falar em imputação objetiva do resultado, ou seja, todas essas condutas que para a *conditio sine qua non* eram tidas como causadoras do resultado, para a teoria da imputação objetiva são condutas atípicas.

Na verdade, a teoria da imputação objetiva, tem a missão de restringir a atribuição da imputação, delimitando as fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido.

Para a teoria da imputação objetiva cada um responde por suas obras e não por obras de outras pessoas, como pode ocorrer em alguns casos analisados pelo prisma do dogma causal.¹³

2.3 A criação de riscos

A sociedade está rodeada de riscos, mas eles às vezes são necessários para a sua evolução, ou seja, um ato de amor que coloca um filho no mundo é um risco, vez que os pais não podem garantir que no futuro ele não se transforme em um homicida, como também é um

¹³ Grifo nosso, dogma causal: Uma ciência trazida para o direito que tenta explicar o nexos causal através das leis físicas, verdades absolutas.

risco a fabricação de automóveis, aviões, aeronaves e armas, no entanto, estes riscos são tolerados em face do desenvolvimento social.

O Direito Penal não deve se ocupar com esses riscos, pois do contrário seria necessário que se paralisasse a construção de automóveis, navios, aeronaves, armas, entre outros, como também seria necessário que se esterilizasse toda a humanidade para evitar o risco de colocar no mundo um possível homicida e, desta maneira, estaríamos extintos dentro de uns 80 (oitenta) anos.

Em nossa sociedade existem outras condutas perigosas que são reguladas pelo ordenamento jurídico, como o serviço de eletricidade, gás, reações nucleares, produtos químicos, entre outros, que exigem conhecimento técnico e anos de aplicação técnica e acadêmica.

Existem, ainda, outros acessíveis aos indivíduos integrados na sociedade, como dirigir um veículo automotor, ou uma motocicleta, que, mesmo de acordo com as regras regulamentares, trazem riscos tanto ao condutor como aos pedestres.

Ora, se assim não fosse, impossível seria a convivência em sociedade, como já citado *supra*.

Atividades que não são consideradas perigosas, também oferecem riscos. Numa missa, por exemplo, pode-se adquirir uma gripe, ou uma micose ao cumprimentar o “próximo” apertando-lhe a mão.

Jesus (2002) cita,¹⁴ ainda, as touradas, corrida de automóveis, domadores de animais, submeter-se a uma cirurgia, como comportamentos autorizados por nosso ordenamento jurídico.

Todas essas condutas humanas estão incluídas no rol denominado pela doutrina da teoria da imputação objetiva como risco permitido.

¹⁴ JESUS, 2002, p. 281.

O risco permitido, porém, não impede que determinada conduta tenha um resultado naturalístico danoso tipificado no ordenamento jurídico como crime. É possível citar vários exemplos, tais como acidentes automobilísticos, ferroviários, aviários que se vê diariamente em telejornais.

A evolução histórica seja da medicina, seja engenharia, aviação civil e outros setores, decorrentes do progresso da ciência e da tecnologia, refletem na sociedade aumentando o âmbito do risco permitido.

Proibições existentes em um passado não muito distante, atualmente mostram-se ridículas, tais como uso do telefone e uso do avião.

Por outro lado, toda e qualquer conduta que se mostre evidentemente perigosa, como as que visivelmente atentam contra bens protegidos pela norma (ex: a conduta de atirar com arma de fogo contra alguém), é considerada risco proibido, e sendo, portanto este realizado haverá a imputação objetiva, tornando o fato típico.

Nesse sentido é preciso observar com atenção a seguinte exemplificação (JAKOBS, 2007, p. 42):

Exemplificando com um exemplo, significa dizer o seguinte: cria um risco não permitido quem conduz um automóvel em estado de embriaguez, quem o conduz em velocidade muito alta ou quem infringe qualquer outro preceito que regule tráfego viário, na medida em que esse referido preceito não só pretenda facilitar a administração desse âmbito vital, mas que, ademais, tenha por finalidade limitar o perigo – ainda que este seja só abstrato – de que se produza o resultado de um delito de lesão; de modo correlato comporta-se de maneira não permitida quem manipula de modo contrário às disposições pertinentes materiais venenosos, radioativos ou que escondam outro tipo de perigo; quem vende armas a pessoas não habilitadas para adquiri-las; quem presta falso testemunho ante um tribunal; quem sendo comerciante não conserva os livros de comércio; quem se embriaga até cair em estado de inimputabilidade, e, assim, até enumerar todas as normas dirigidas contra as colocações em perigo que recolhem a descrição da configuração do comportamento.

O risco permitido possui conceito ontológico e axiológico. É ontológico porque sua presença em determinadas situações deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo.

É axiológico, uma vez que o limite entre o que admite e o que se proíbe derivam das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.

2.4 Diferença entre risco proibido e risco permitido

Por risco proibido entende-se aquele que criar uma ação ou omissão perigosa e o ordenamento social, através principalmente, do Direito penal, traz tipificados estes riscos que identificam uma conduta como causadora de uma lesão ao bem jurídico tutelado.

Neste conceito está o cerne, ou a regra de ouro de toda a discussão a respeito da aplicação da teoria da imputação objetiva,¹⁵ principalmente com relação ao tema em estudo neste trabalho, isto é, para se aferir então o nexos de causalidade é preciso que a conduta analisada crie um risco juridicamente proibido e que este resulte em um resultado também jurídico.

Para melhor compreensão mister se faz a análise da explanação *in finea* respeito do risco proibido (GRECO, 2005, p. 9):

O direito penal apenas proíbe ações perigosas – esta idéia é o fundamento político criminal do requisito que estamos examinando, a criação do risco. Ela é necessária, porque apenas a sua presença no seio do tipo garantirá que não se proíbam ações não perigosas para o bem jurídico, porque, por ex., animadas de uma vontade a ele contrária. No finalismo radical da escola de Armin Kaufmann, que reduzia o injusto ao desvalor de intenção, qualquer finalidade inimiga do bem jurídico já realizava o tipo. Para usar um exemplo folclórico: colocar o nome de alguém na boca do sapo, para que esse alguém morresse, seria já uma ação de homicídio, criminalmente proibida. Afinal, “até mesmo a tentativa supersticiosa é um injusto”. Se

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico atipicidade material do fato. *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, n. 202 - 15 jun. 2005.

repudiamos essa consequência, se vemos em tal modelo “talvez uma boa explicação do pecado, mas não do injusto”, é porque intuitivamente consideramos que a intenção, por si só, não basta para fundamentar o ilícito. A imputação objetiva diz que aquilo que falta, entre outras coisas, é primeiramente que a ação seja perigosa.

O risco permitido, por sua vez é aquele risco tolerado socialmente, de forma que sua criação não pode ser entendida como algo nocivo à sociedade, isso porque, às vezes ele é imprescindível para o próprio desenvolvimento social ou porque aquele que o praticou se limitou a exercer apenas seu papel social.

Por este prisma entende-se que convidar alguém para comer um peixe em uma peixaria na praia, mesmo sabendo que o peixe que irá ser servido pode matar quando não tratado adequadamente é um risco, porém este risco é permitido por convenção social, pois o consumo de tal iguaria é algo normal na sociedade.

Do que foi dito *supra* a respeito do risco permitido já é possível então dizer que o fato da esposa convidar o marido para comer um peixe não a torna causadora e nem tão pouco, responsável pelo resultado morte, pois ela se limitou a fazer um convite que foi aceito e o risco deste convite é tolerado pela sociedade como já discutido. Desta maneira, de início, a aplicação da teoria da imputação objetiva resolve este caso de forma satisfatória, diferentemente se aplicarmos somente os conceitos da *conditio sine qua non*, conforme já demonstrado.

Ainda com relação à diferença entre os riscos é preciso dizer que esta não se encontra na gravidade do perigo criado (JESUS, 2002, p. 41):

A diferença entre risco permitido e proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se se acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado. Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser encontrada na Constituição Federal. Esses critérios são os seguintes: a utilidade social, a inevitabilidade do risco e as necessidades de certas empresas.

2.5 Resultado dentro do âmbito de proteção da norma causado por uma conduta

Em algumas situações não basta para a configuração da imputação objetiva, somente a existência do risco proibido, isto porque, às vezes, podem ocorrer situações a partir da criação de um risco proibido que poderão causar resultados que não correspondem a este risco criado por uma conduta dolosa ou culposa.

Nesse sentido, concordando com o que foi dito acima explica o professor (CAPEZ, 2006, p. 180):

Não basta, contudo, que a conduta seja socialmente indesejada e crie um risco proibido. É também necessário que o resultado esteja inserido no âmbito de proteção da norma. Por exemplo: uma namorada ciumenta que surpreende seu amado em colóquio com outra pessoa. Dominada pelo egoístico sentimento de posse, traduzido pelo ciúme, efetua diversos disparos com animus necandi em direção ao fujão, vindo a acertá-lo na região glútea. Certa de tê-lo matado, se evade. A vítima é levada ao nosocômio mais próximo, mas contrai infecção hospitalar e morre. Existe nexo causal físico, pois, se não fossem os tiros, o namorado não entraria no hospital, não contrairia infecção e não morreria. O risco criado foi proibido, pois não é uma conduta socialmente padronizada atirar nos outros. Entretanto, a morte não é um desdobramento causal normal para quem recebe um tiro no pé, situando-se assim, fora do âmbito de risco provocado pela conduta. Pela imputação objetiva, a agressiva moça responderá por tentativa de homicídio, rompendo-se o nexos causal.

Em outras palavras, para considerar alguém como causador do resultado é preciso que sua conduta seja de fato a responsável pela configuração do resultado, sendo assim, alguém que a partir de um disparo de uma arma de fogo atinja outrem mortalmente, criou um risco proibido e o resultado está dentro do âmbito de proteção da norma causado pela conduta (matar alguém art. 121 do CP), desta forma, pode se dizer que houve a imputação objetiva do resultado a conduta e por consequência o nexos causal.

Neste sentido, discorrendo e analisando o ressaltado dentro do âmbito de proteção da norma causado por uma conduta, leciona este doutrinador, quando diz que (JESUS, 2002, p. 86):

Como vimos, a imputação objetiva requer a verificação de a conduta haver criado um perigo juridicamente reprovável ao bem jurídico e de o resultado produzido corresponder à realização do risco juridicamente proibido (relação de risco-resultado). Essa valoração deve ser ex post. Se o resultado jurídico foi causado por um risco diferente daquele produzido pela conduta desaprovada, não pode ser atribuído a seu autor. Em conseqüência, o resultado é objetivamente atípico quando não corresponde ao gênero de risco criado pelo agente. Como ensina CLAUS ROXIN, “a imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado se tenha realizado precisamente o risco proibido criado pelo autor.

Tratando do mesmo tema só que com uma nomenclatura diferente – fim de proteção da norma – e não resultado fora do âmbito de proteção da norma causado por uma conduta, o professor Luis Greco, discorre sobre um exemplo já citado e explica com mais detalhes com se da o resultado fora do âmbito de proteção da norma causado por uma conduta (GRECO, 2005, p. 103):

Tomemos, agora, o caso clássico do incêndio no hospital: a vítima, esfaqueada pelo autor, é hospitalizada, vindo a falecer em razão de um incêndio no hospital. Aqui, muitas vezes argumenta-se com a previsibilidade ou com o fim de proteção da norma, para excluir a imputação do resultado morte. Apesar de esta argumentação não deixar de ter um núcleo acertado, ela padece de alguns defeitos, que me parecem, porém, remediáveis. É necessário complementá-la, mencionando que a proibição de esfaquear outrem quer evitar (entre outras coisas) que esta pessoa morra em razão das lesões – por hemorragia, infecção etc. -, sendo estes os cursos causais possíveis que legitimam a proibição. O incêndio no hospital, porém, não seria um curso causal capaz de legitimá-la, porque o homem prudente, posicionando-se ex ante, não teria qualquer razão para imaginar que o hospital pegaria fogo. Ou seja, não é para salvar alguém de incêndio que a conduta de esfaqueá-lo está proibida. Noutras palavras: não há realização do risco, porque o que ex post ocorreu não foi aquilo que, ex ante justificava a proibição; mais concretamente, porque o curso causal que atingiu o bem jurídico não foi aquele que a proibição da conduta almeja evitar, e sim um outro.

Noutras palavras, à guisa de síntese: para saber se um risco proibido está ou não compreendido no fim de proteção da norma, o que interessa é se ele

foi realmente criado. Trocando em miúdos, isso significa que, em primeiro lugar, veremos o que efetivamente ocorreu, mais especificamente o bem lesionado e o curso causal de que resultou essa lesão. Depois. Perguntamos se a proibição almejava preveni-los, ou de eles só teriam sido evitados por acaso.

Na prática essa exigência para que haja a imputação objetiva resolve as questões relativas às causas preexistentes, concomitantes e supervenientes.

Como já foi dito no capítulo anterior, com relação às causas supervenientes relativamente independentes, o legislador pátrio criou o §1º do artigo 13 do Código Penal, como forma de dizer que, nestas situações, abandona-se a teoria da *conditio sine qua non*, vez que seu uso, neste caso, poderia se converter em um exagero ou até mesmo injustiça, apesar disso, ficaram ainda as causas preexistentes e concomitantes que são ainda analisadas observando os critérios do dogma causal.

Sob o prisma da teoria da imputação objetiva e adotando o critério do resultado dentro do âmbito de proteção da norma para seu estabelecimento, resolver-se-á tanto a questão das causas supervenientes (que gerou a criação do § 1º do art. 13 do CP, adotando outra teoria), como também solucionam as questões relativas às causas preexistentes e concomitantes. Esta outra teoria é da causalidade adequada sobre a qual, tal comentário é feito (PAGLIUCA, 2006, p. 77):

Teoria da causalidade adequada: para essa escola, a causa é o antecedente não apenas imprescindível, mas também o mais adequado para a produção do resultado. Isto significa que não devem ser considerados todos os antecedentes necessários e imprescindíveis à produção do resultado, mas aqueles que, além disso, forem úteis, ou seja, com probabilidade de produzirem o resultado, segundo uma valoração posterior do fato naturalístico, uma vez que, somente com isso, se poderia trabalhar sobre quais as causas que se adequaram ao resultado e a ele deram impulso. Essa teoria também foi alvo de críticas, pois não apontou os critérios de probabilidade, deixando sempre margem para o julgador analisar fatos passados considerados no presente.

Transportando tudo isso para a prática, perceber-se-á que no exemplo citado no capítulo anterior relacionado às causas supervenientes relativamente independentes (para as quais o legislador percebendo as falhas da *conditio sine qua non* adotou a teoria da

causalidade adequada), com a nova visão sobre o nexu causal este problema é solucionado com eficiência, sem a necessidade de usar outra teoria na busca de uma solução satisfatória.

Na ocasião foi dito que, no caso de alguém sofrer uma lesão na perna e ser socorrido ao hospital, vindo a falecer em consequência exclusiva de queimaduras advindas de um incêndio. Neste caso usando os critérios da *conditio sine qua nom* o autor da lesão seria causador do resultado, uma vez que se retirarmos da série causal a conduta de lesionar a vítima, esta não iria ao hospital e não morreria queimada.

Com o uso da teoria da imputação objetiva aquele que lesionou, a perna de outrem praticou um risco proibido, pois o Direito Penal proíbe e tipifica esta conduta no art. 129 do CP (lesão corporal). Porém, o resultado surgiu em virtude das queimaduras, ou seja, não está dentro do âmbito de proteção da norma.

A conduta neste caso ocasionou somente lesões e estas nunca poderiam levar a vítima à morte, pensando de forma contrária, o Direito Penal traria uma insegurança jurídica, pois vincularia o autor das lesões a uma cadeia infinita de situações que poderiam ocorrer com a vítima após o fato.

Com relação às causas preexistentes que ainda estão sob a égide da *conditio sine qua nom* será causador do resultado, por exemplo, aquele que lesionar levemente o braço de um hemofílico e este vier a morrer em virtude de uma hemorragia.

Para a teoria da imputação objetiva o risco provocado por aquele que lesionou o hemofílico é um risco proibido, porém o resultado morte está fora do âmbito de proteção da norma causado pela conduta, isto é, cometeu um risco proibido, mas não sabendo da condição preexistente (hemofilia) responde somente por aquilo que o risco proibido provocaria se não houvesse tal doença que levou a vítima à morte.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado e também soluciona de forma satisfatória o caso da vítima que morre em razão de uma parada cardiovascular, quando da ultrapassagem perigosa feita por outro veículo que se aproximou demasiadamente da traseira do veículo conduzido pelo cardíaco.

2.6 Solução para a formulação de outros problemas hipotéticos

Neste tópico discutir-se-ão algumas hipóteses formuladas no primeiro capítulo que não foram solucionadas a contento pela teoria da equivalência dos antecedentes, utilizando para isso a aplicação da teoria da imputação objetiva, esperando desta maneira, criar um novo enfoque sobre a figura do nexos causal.

No início deste estudo monográfico ficou claro que para a teoria da *conditio sine qua non* tudo, absolutamente tudo, que de qualquer modo concorrer para a eclosão do resultado será causa deste. Partindo deste raciocínio verifica-se que não há uma separação entre causa, concausa, causa mais importante ou menos importante. Contribuiu de algum modo é causa.

Este raciocínio, sem o uso do dolo ou da culpa, apresenta a figura do regresso ao infinito, porém nem sempre o uso do nexos normativo é suficiente para solucionar todos os questionamentos e formulações hipotéticas conforme já foi dito.

Então pretende a teoria da imputação objetiva dizer que o risco criado pelo filho que convidou o pai para ir ao bosque em períodos chuvosos é um risco permitido, vez que desempenhou apenas um papel social, ou seja, um convite.

Assim, não há que se falar em imputação objetiva do resultado, uma vez que o risco criado pelo filho é um risco permitido e/ou tolerado pela sociedade e desta maneira, limitando-se apenas a fazer o convite o fato será atípico, pois conforme proposto neste estudo a imputação objetiva funcionará como requisito para se estabelecer o nexos causal, portanto, sua falta, causará a atipicidade vez que o nexos causal é um dos elementos do tipo.

Em resumo, a teoria da imputação objetiva, resolve este caso de forma satisfatória com critérios jurídicos e não físicos como vimos quando da aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, que não solucionou adequadamente esta formulação hipotética.

De igual forma, também a teoria da imputação objetiva irá dizer que a esposa imbuída da vontade de matar não é causadora do resultado com sua conduta de convidar o

marido para comer peixe em uma peixaria, mesmo que o cozinheiro erre no trato do peixe e rompa uma bolsa de veneno mortífero, conforme discutido no capítulo anterior.

Para a teoria da imputação objetiva este risco não é proibido, pois na mesma peixaria outras pessoas vão e comem do mesmo peixe sem que ocorra nem sequer um leve mal estar, portanto, este risco é tolerado.

Ao pensar como prega a teoria da *conditio sine qua non*, pode-se chegar a conclusão de que desejando a morte do marido como desejava a esposa, esta poderia acontecer de outra forma, com outros riscos existentes na sociedade antes do acontecimento fatídico como: a condução do veículo no trânsito, um atropelamento ao atravessar uma avenida ou até mesmo um tombo na escada, tudo isso antes de chegar à peixaria para a qual convidara a esposa que o marido fosse. Também seria possível que o mesmo morresse asfixiado com uma espinha do peixe entalada na garganta.

Usando os critérios da *conditio sine qua non*, como já foi discutido, a esposa seria causadora do resultado, pois houve nexo causal, uma vez que usando do singelo critério da eliminação hipotética, sem seu convite o marido não teria entrado no carro, não teria atravessado a avenida, não teria descido as escadas, não morreria asfixiado com espinhas do peixe nem se quer iria comer o peixe fugu. Além de ser causadora, também neste caso, teria de responder por homicídio doloso uma vez que sua conduta estava eivada de dolo (nexo normativo).

3 CONSEQÜÊNCIA DO ACOLHIMENTO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1 A ausência de imputação objetiva gera a atipicidade do fato

A falta da imputação objetiva trará uma conseqüência importantíssima, principalmente com relação ao desdobramento deste estudo, já que foi dito que esta seria requisito para se estabelecer o nexu causal e em sua falta o fato seria atípico.

Para demonstrar de que forma a falta da imputação objetiva levará a atipicidade do fato mister se faz a análise dos elementos do tipo.

No ordenamento jurídico pátrio para que um fato possa ser considerado como típico é preciso que o mesmo preencha todos os elementos do tipo, pois na falta de qualquer destes o fato será é claro atípico.

Os elementos do tipo de acordo com a visão finalista adotada pelo legislador brasileiro são:

- A- Conduta (dolosa ou culposa)
- B- Resultado
- C- Nexu causal
- D- Tipicidade

Será feito sobre cada um dos elementos do tipo, *supra*, breves comentários, uma vez que o objetivo deste estudo não é discuti-los, mas sim o nexu causal isoladamente, daí conclui-se que tais comentários não adentrarão nos vários conceitos que as diversas teorias que tratam destes, pois se assim o fizesse estaria fugindo do tema proposto.

A conduta é a ação ou omissão humana, consciente e voluntária dirigida a uma finalidade. Na prática trata-se do apertar o gatilho disparando contra alguém no homicídio, subtração, no furto ou roubo, etc.

O resultado é a manifestação no mundo exterior provocado pela conduta, por exemplo, a perda patrimonial no furto, ou roubo; a conjunção carnal no estupro, a morte no homicídio, a ofensa a integridade física nas lesões.

O nexos causal que, diga-se de passagem, é o que interessa neste estudo, é a ligação entre a conduta e o resultado, ou como nas palavras do professor (CAPEZ, 2006, p. 155): “É o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquele deu ou não causa a este”.

A tipicidade é o enquadramento legal do fato que já pressuponha a existência da conduta, resultado e nexos causal a um tipo legal. Ex: o artigo 121 do Código Penal *in verbis*: “Art. 121. Matar alguém”. Ocorrendo este fato através de uma conduta (dolosa ou culposa) e havendo nexos causal entre a conduta e o resultado, haverá também a tipicidade, vez que há previsão legal para este crime conforme exemplificado.

A tipicidade nada mais é do que a consagração de um princípio constitucional¹⁶ “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”.

Após esta breve explanação acerca dos elementos do tipo e para uma melhor compreensão da atipicidade ou tipicidade do fato é necessário que se faça a seguinte formulação hipotética:

Imagine que Beltrano mate Cicrano a tiros de revólver. Há a conduta (disparo dos tiros), o resultado (morte), o nexos causal (a vítima faleceu em consequência dos ferimentos produzidos pelos tiros) e o mais importante, no caso, deste estudo – nova visão sobre o nexos causal – o risco provocado é um risco proibido com imputação objetiva do resultado a conduta, e por último houve o enquadramento de tudo isso a um tipo legal (artigo 121 do CP),

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003, artigo 5º, XXXIX, p. 26.

que é o último elemento – tipicidade – para que então se possa dizer que este fato ocorrido é típico.

Na falta de qualquer um dos elementos aduzidos nesta formulação o fato seria atípico, ou seja, transportando tudo isso para a prática imagine que, mesmo havendo a conduta de atirar, o resultado morte e a tipificação (artigo 121 do CP) e faltasse a imputação objetiva – requisito para a existência do nexos causal – isto é, o tiro acertou no pé de cicrano, porém este morreu em virtude de traumatismo craniano após ser arremessado para fora de tal veículo, na falta deste requisito o fato será então atípico vez que faltou nexos causal entre a conduta de cicrano e o resultado morte.

Sendo assim, neste exemplo citado, é preciso reforçar que com a nova visão não haverá nexos causal (atipicidade do fato) uma vez que não houve ligação entre a conduta de atirar e o resultado, pois conforme já visto apesar de beltrano ter praticado um risco proibido este encontra-se fora do âmbito de proteção da norma, havendo imputação objetiva somente com relação a lesões corporais, desta forma, o nexos causal não preencheu o requisito necessário para seu estabelecimento logo a atipicidade do fato.

Pois bem, em resumo, ocorrendo um fato é preciso analisar se houve conduta, resultado, nexos causal, e tipicidade para que se possa dizer que este fato é típico, ou seja, será preciso que ocorram esses quatro elementos do tipo, a falta de um deles então tornará o fato atípico.

Do exposto *supra* pode-se dizer que a criação de risco permitido é atípica, ainda que produza um resultado jurídico. De modo que não existirá delito por ausência de fato típico.

Também é possível chegar a mesma conclusão quando da análise do trecho descrito *in fine*, com a relação a consequência da ausência de imputação objetiva (JESUS, 2002, p. 71):

Para nós a ausência da imputação objetiva conduz à atipicidade da conduta ou do resultado. De modo que a criação do risco permitido, ainda que se transforme em afetação do bem juridicamente protegido, é atípica. Não se trata de causa de justificação (excludente da antijuridicidade). Por exemplo, uma conduta que leva alguém a submeter-se a um risco normal na vida em

sociedade, o chamado “risco tolerado” ou “permitido”, não gera adequação típica, i. e., não constitui nenhum tipo incriminador. Com efeito, induzir uma pessoa a colocar-se em tal situação que venha a correr um risco natural na vida social, tolerado e permitido pela ordem jurídica, não pode configurar tipo penal incriminador. Trata-se de uma permissão genérica para qualquer conduta que se encontre na zona de tolerância, ao contrário do que ocorre nas causas de justificação, onde circunstâncias de fato é que conduzem à permissão do comportamento. Outras vezes, a conduta é típica e o resultado, atípico.

Assim, de acordo com o pensamento do professor Damásio é possível concluir que, não há tipicidade do fato quando se induz alguém a se colocar em situação de risco de forma que este seja um risco natural na vida social, tolerado e permitido pela ordem jurídica.

No mesmo sentido concordando que a ausência da imputação objetiva gera a atipicidade do fato diz (GOMES, 2005, p. 44):

Mas sob qual fundamento isso seria possível? A resposta só pode ser encontrada na teoria da imputação objetiva que depois da II Guerra Mundial, foi reintroduzida no âmbito penal pelo funcionalismo (tanto moderado – Roxim – quanto radical – Jakobs). Quem cria um risco permitido não responde pelo fato praticado. O risco permitido exclui a imputação objetiva. Logo, a tipicidade. A regra de ouro da imputação objetiva é a criação ou incremento de um risco proibido (isto é, risco juridicamente desaprovado) – (cf. GRECO, 2005, p.19 e ss.).

Neste artigo – Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico atipicidade material do fato – o professor Luiz Flávio Gomes faz uma análise da ação ajuizada no STF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF), feita pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde,¹⁷ na qual estes, pedem a desconsideração do crime de aborto, quando comprovado cientificamente ser o feto anencefálico, ou seja, má formação do cérebro que impossibilite a vida deste, ou diga-se de passagem pode durar poucos dias ou poucos minutos após o parto.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Teoria constitucionalista do delito. *Revista Jurídica Consulex*, ano X, n. 218, 15 fev.2005.

O referido professor entende que no caso do aborto anencefálico não há que se falar em descumprimento de preceito fundamental, vez que isso seria resolvido facilmente com a aplicação da teoria da imputação objetiva.

Conforme já visto e demonstrado a criação do risco permitido é atípica, sendo que ao analisar o caso do aborto anencefálico veremos que o risco criado pela mãe é permitido, uma vez que fique comprovada cientificamente a inviabilidade da vida do feto após o parto.

Obrigar alguém no terceiro mês de gravidez a esperar mais seis meses para dar a luz a um feto que não sobreviverá é continuar no retrocesso do pensamento jurídico.

A atipicidade pode ocorrer tanto na conduta como no resultado, ou melhor, a conduta pode ser típica, mas o resultado não ou vice-verso.

Noutras palavras, existem situações na ligação da conduta com resultado (nexo causal), que acontecerá a primeira, mas o segundo não corresponderá a esta, de forma que pode-se dizer que houve tipicidade na conduta, porém não houve no resultado, ou pelo contrário pode haver atipicidade da conduta com tipicidade do resultado.

Transportando tudo isso para a prática, no caso da atipicidade da conduta, diz (JESUS, 2002, p. 71): “1º) atipicidade da conduta. Exs.: direção normal no trânsito; comportamento dirigido a reduzir a afetação do bem jurídico, princípio de confiança etc.”

Neste exemplo, trazido pelo professor Damásio, imagine que alguém dirigindo dentro das normas estabelecidas pelo Código de Trânsito vem a atropelar uma criança que inadvertidamente se jogou debaixo do pneu do veículo para buscar uma bola, sendo que deste evento sobrevém a morte instantânea da criança.

Para a teoria da imputação objetiva o fato é atípico por atipicidade da conduta, uma vez que dirigir um veículo é um risco, mas este é tolerado quando realizado de acordo com normas.

Apesar do resultado morte ter ocorrido não há que se falar em imputação objetiva do resultado à conduta, pois esta é atípica.

Com relação à atipicidade do resultado também exemplifica (JESUS, 2002, p. 71):

2º) atipicidade do resultado. Exemplo:

CASO DA NOTÍCIA QUE MATA. A mãe, ao tomar conhecimento da morte do filho por atropelamento culposo, sofre um colapso cardíaco e morre. A conduta do motorista atropelante é típica em termos de crime de homicídio culposo no trânsito. O segundo resultado, porém, i. e., a morte da mãe da primeira vítima, deve ser considerado atípico em face do comportamento culposo do condutor: a segunda morte não se encontra no âmbito de incriminação da norma penal (art. 302 do Código de Trânsito, Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997), que só aceita a tipicidade dos eventos diretos. Trata-se de um resultado atípico.

Diante deste exemplo fica claro que às vezes pode ocorrer uma conduta proibida, mas que crie um resultado atípico.

Existirá principalmente estas circunstâncias nos casos hipotéticos que foram discutidos no capítulo anterior deste trabalho que versam sobre o âmbito de proteção da norma, nestes sempre ver-se-á uma conduta típica com um resultado atípico.

3.2 Celeridade

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (Reforma do Poder Judiciário) acrescentou o seguinte inciso ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 *in verbis*: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa nova vertente criada pelo constituinte derivado vai ao encontro com uma nova visão, que pede a instrumentalidade do processo e por consequência dos procedimentos, encaixando se perfeitamente no tema em estudo, portanto, este trabalho pode contribuir para o

que prega a lei maior servindo de mecanismo para alcançar tal ideal, conforme será demonstrado.

No novo cenário mundial, no qual, a violência se apresenta como figura perene no seio social é preciso criar formas para que o Estado consiga dar uma resposta célere aos acontecimentos sociais (conflitos de interesses).

Esta celeridade deve ser entendida como fator primordial no campo penal, pelo fato deste tratar de questões importantíssimas para as pessoas, no momento que define o que pode ou não ser feito e a punição devida para o descumprimento, que na maioria das vezes redundam-se em restringir as liberdades individuais.

A imputação objetiva pode ser ferramenta útil nesta empreitada, vez que com seu emprego haverá sensivelmente uma diminuição do campo de responsabilização, desta forma, a resposta dada pelo Estado será mais rápida.

Conseguindo em um prazo reduzido responder de forma satisfatória aos conflitos sociais, logo automaticamente estaremos no tópico seguinte, qual seja, o que tratará da pacificação social justa.

3.3 Pacificação social justa

É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem.

Por insatisfação, entende-se um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou ameaça de uma carência.

As insatisfações devem servir de justificativa, para que o Estado atue com sua atividade jurídica eliminando do seio social tais sentimentos e este estudo, pode contribuir com essa idéia, no momento em que facilita o entendimento entre o que é justo e o que é

injusto, facilitando a forma de determinar o conhecimento sobre a causação do resultado e por consequência a responsabilização penal.

A vida em sociedade se mostra bem pior quando os estados pessoais de insatisfação estão todos fadados a se perpetuar em decepções permanentes e inafastáveis, trazendo uma insegurança; e o Estado, legislando e exercendo seu papel jurisdicional, pode oferecer com isso a promessa de pôr fim a esses estados.

Eis então, que o Estado poderá definir de forma clara condutas como favoráveis ou desfavoráveis (risco permitido e risco proibido – atipicidade ou tipicidade) à vida em grupo, acenando com recompensas ou castigos (sanções). Na medida em que tais critérios forem utilizados ficar-se-á mais próximo da tão sonhada pacificação social justa.

Com o uso da novel teoria como proposto neste estudo, sem sombra de dúvidas, a pacificação social – objetivo do Estado – poderá ocorrer mais facilmente, isso porque, dada a celeridade na responsabilização com uma forma jurídica e mais segura de determiná-la, será possível que o Estado mostre para a sociedade que é eficiente e justo na hora de responsabilizar alguém penalmente pela prática de um crime.

De forma que, esta decisão segura, além de mostrar claramente quais condutas redundarão em resultados jurídicos, criará também uma espécie de coerção, pois todos na sociedade saberão claramente que existe um Estado capaz e eficiente na hora de determinar quem poderá ser responsabilizado pela prática de um crime.

Com essa nova visão todo cidadão terá em mente que se praticar um risco proibido irá ser causador do resultado provocado por este, na medida em que agora o critério é jurídico e não físico (dogma causal).

Desta maneira, as pessoas conseguirão compreender melhor até que ponto poderão praticar riscos que não as tornem causadoras de um resultado lesivo ao bem jurídico.

A pacificação social se dará principalmente, porque o Estado usando agora critérios jurídicos poderá então determinar o seguinte: estes são riscos proibidos, em os praticando, vocês cidadãos poderão ser responsabilizados e estes são riscos permitidos que eu Estado e vocês sociedade podem suportar em razão do nosso próprio desenvolvimento.

O Direito Penal tem ferramentas capazes de auxiliar nesta missão, pois tipifica diversos riscos que o Estado considera como proibido (Código Penal e Leis das Contravenções Penais) e a sociedade por convenção social também mostra os riscos que podem ser tolerados.

Uma sociedade que conhece seus direitos e deveres se mostrará mais pacificada, pois isto, sem sombra de dúvidas será fator preponderante para a solução das lides.

Nada melhor que trazer para o Direito Penal conceitos e critérios jurídicos capazes de massificar o entendimento sobre a lei daqueles vivem sobre normas de um contrato social.

Continuar utilizando critérios físicos é permanecer na contramão do avanço do pensamento jurídico e por conseqüência ter-se-á uma dificuldade em pacificar a sociedade, vez que os critérios físicos empregados atualmente não trazem uma certeza sobre a aplicação do Direito Penal no campo do estabelecimento da ligação entre a conduta e o resultado conforme o que foi demonstrado nas formulações hipotéticas discutidas nos capítulos anteriores.

O âmago da questão, portanto, encontra-se no plano jurídico e não na área das ciências físicas (dogma causal e critério da eliminação hipotética), reside em estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo valorativo (risco proibido, risco permitido e âmbito de proteção da norma).

Em síntese, o que se busca é uma solução jurídica e justa suficiente e capaz de dar uma contribuição para trazer a pacificação social tão almejada para a sociedade.

4 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O ESTABELECIMENTO DO NEXO CAUSAL CRIANDO A NOVA VISÃO

4.1 Considerações gerais

Como forma de cumprir o prometido neste estudo – aferir o nexo causal sob uma nova ótica – mister se faz apresentar os requisitos necessários para estabelecê-lo.

Com este objetivo será discutido nos tópicos subseqüentes mais de um requisito para estabelecer o nexo causal. Diferentemente do que prega a teoria da *conditio sine qua non*, vez que para esta teoria o estabelecimento do nexo causal deve ser feito somente sob o ângulo físico naturalístico, ou seja, não fazendo nenhuma distinção entre causa, concausa, causa mais importante ou causa menos importante.

Portanto, para a *conditio sine qua non* contribuiu para o resultado é causa e pronto, encerrando a questão com apenas este requisito o que pode levar ao perigo do *regressus ad infinitum*, conforme o exposto *in fine* (SALLES JÚNIOR, 1999, p. 42):

A teoria da equivalência dos antecedentes causais é criticada. O argumento é no sentido de que o regressus ad infinitum (o regresso ao infinito), incluindo como agentes todos aqueles que houverem contribuído de forma material para o resultado final. Haveria extensão exagerada e eventual inclusão de pessoas estranhas ao fato como responsáveis.

Portanto, para a *conditio sine qua non* o único requisito necessário para o estabelecimento do nexo causal é o fato da conduta ter contribuído de algum modo para a produção do resultado (mera constatação de ordem física), assim sendo, ocorrendo tal conduta será esta causadora do resultado. O problema, então é dolo e da culpa, porém como já foi discutido este critério de utilização da culpa *lato sensu* não resolve de forma eficaz todos os questionamentos que podem surgir.

Matéria da mais alta relevância como é o estabelecimento do nexu causal, não pode ficar a mercê de apenas um requisito, ainda mais porque este traz em si um caráter de dogma, vez que utiliza critérios físicos dentro do Direito criando na causação do resultado uma verdade como sendo absoluta e, portanto, inalterável.

Com intuito de criar então uma nova visão deste instituto da mais alta relevância é preciso de início a implantação da teoria da imputação objetiva como critério para que se estabeleça de fato o causador objetivo do resultado, desta maneira, acabar-se-á com discussões que a anos dividem as opiniões dos operadores do direito.

Para que esta empreitada seja factível é necessário então dizer quais os requisitos a imputação objetiva exige para se considerar uma conduta como sendo obra de uma pessoa e é justamente isso que se procurará demonstrar nos tópicos seguintes.

4.2 Que a conduta tenha criado um risco proibido

Como já discutido, o risco proibido, pode ser entendido como aquele risco perigoso praticado fora dos padrões sociais e legais. Este, portanto, é o primeiro requisito que deve ser analisado, ou seja, faz-se uma indagação: se a conduta realmente criou um risco proibido?

O Tribunal de Justiça de Goiás se pronunciou em maio de 2007 a respeito deste assunto, quando julgava uma Apelação criminal Nº 30.459-1/213 (200603831308) da Comarca de Vianópolis, em que figurava como apelante Cleiton Adelino Rodrigues e apelado o Ministério Público. Nesta oportunidade o apelante estava recorrendo por ter sido condenado com incurso no art. 302, caput, da lei 9.503/97, a pena de 2 (dois) anos de detenção e na suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículos automotores pelo prazo de 6 (seis) meses, em virtude de atropelamento no trânsito, que causou o óbito da vítima.

Acontece que a defesa alegou que o apelante não teria concorrido nem com dolo ou culpa, porém a partir da análise da perícia o relator vota mantendo a decisão de primeira instância, justificando que de acordo com a nova teoria o apelante estava conduzindo seu

veículo sem observar as normas gerais de circulação e conduta, não respeitando os devidos cuidados objetivos necessário, em síntese este criou um risco proibido e assim votou o relator (GOIÁS, 2007, p. 67):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. ART. 302, CAPUT, DA LEI 9.503/97. IMPRUDÊNCIA COMPROVADA.

Aplica-se a teoria da imputação objetiva, quando o agente cria ou incrementa risco juridicamente intolerável e não permitido ao bem jurídico protegido. Age com imprudência o motorista que ao trafegar sem atenção e os devidos cuidados indispensáveis para o tráfego no local provoca acidente no trânsito.

APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.

Portanto, a visão do Relator demonstra que mesmo sem estar prevista em nossa legislação, apenas com poucos estudos doutrinários a seu respeito, a teoria da imputação objetiva pode dar a solução para algumas questões que inadequadamente analisadas causam confusão jurídica na hora de estabelecer o nexo de causalidade. Através do voto transcrito acima é possível dizer que houve a criação de um risco proibido e que este se verificou quando o apelante conduziu seu veículo sem a atenção e os devidos cuidados indispensáveis para o tráfego no local vindo a atingir a vítima. Desta forma, neste caso em análise cumpriu-se o primeiro requisito para considerar alguém como causador de um resultado, qual seja a criação de um risco proibido.

Se não preenchido este primeiro requisito não haverá imputação objetiva, isto é, não se estabelecerá o nexo causal e por conseqüência, conforme demonstrado no capítulo anterior, o fato será atípico.

Neste caso, a falta deste requisito se dá porque o risco praticado era um risco permitido.

Na prática, isto quer dizer que, para a teoria da imputação objetiva não haverá a necessidade de se questionar se o pai ou mãe tiveram dolo ou culpa no homicídio praticado por seu filho vinte anos após o ato de amor que o gerou, pois como já tratado, este é um dos

riscos que a sociedade por convenção entendeu como sendo permitido, ou seja, um risco suportável em face do seu próprio desenvolvimento.

Desta forma, os pais jamais serão considerados como causadores do resultado, pois para a teoria da imputação objetiva não há a necessidade de postular socorro ao dolo e a culpa, como maneira de eximir os pais da responsabilidade, uma vez que, se quer, foram causadores do resultado.

Neste caso, a análise a ser feita é jurídica, isto é, da verificação da possibilidade da criação de um risco ser causador de um resultado, e não física como a do dogma causal, na qual o ato de amor dos pais é causa do resultado, pois o eliminando mentalmente da cadeia causal¹⁸ não existiria o filho, portanto, ver-se-á que o resultado não ocorreria da maneira que ocorreu, logo pelo ângulo físico e naturalístico eles deram causa ao resultado morte, restando ao dolo e a culpa resolver tal contradição.

4.3 Que o resultado esteja dentro do âmbito de proteção da norma causado pela conduta.

Este segundo requisito exige que para considerar alguém como causador do resultado, além deste ter cometido um risco proibido é preciso que o resultado advindo de sua conduta seja somente aquele que sua conduta seria capaz de criar.

Desta maneira, resultados ocorridos fora do âmbito de proteção da norma causado pela conduta farão com que este seja atípico, pois faltará um dos requisitos para a imputação objetiva.

Em outras palavras, neste caso, o resultado causado pela conduta tem de estar dentro de uma linha imaginária de desdobramento causal da conduta, previsível, esperada.

¹⁸ Grifo nosso, cadeia causal: série de condutas, eventos, atos que somados ou isoladamente podem ter contribuído para a produção de um resultado.

Por exemplo, não haverá imputação objetiva, por falta deste requisito quando a conduta do agente não corresponder ao resultado: imagine que um assaltante iniciante, com um estilete na mão resolva praticar um roubo em frente a uma academia e escolha mal a vítima, um sujeito jovial e muito forte que acabara de sair da academia, momento em que o jovem criminoso anuncia o roubo – É um assalto! – ameaçando de longe a vítima com o estilete. Porém, apesar de ser três vezes maior que o assaltante a vítima sofre um ataque cardíaco fulminante morrendo ali mesmo.

Desta maneira, pode-se dizer que não houve imputação objetiva do resultado morte, pois este resultado não estava na linha de desdobramento normal causado pela conduta do agente, que apenas, apontou o estilete e anunciou o roubo. No entanto, é preciso dizer que para a teoria da imputação objetiva houve outro delito, qual seja, o de tentativa de roubo, vez que o criminoso iniciante realizou um risco proibido estampado na lei como crime (art. 157 do CP), e o resultado só não ocorreu por circunstâncias alheias a sua vontade (art. 14, II do CP).

4.4 Que a ação não tenha sido praticada a próprio risco

Quando a ação é praticada a próprio risco da vítima, neste caso, faltará este que é o último requisito para que se possa dizer que houve imputação objetiva do resultado à conduta, conforme expressa (GRECO, 2005, p. 62-63):

Outra conquista da teoria da imputação objetiva foi redescobrir a relevância do comportamento da vítima para a tipicidade. Hoje costuma-se admitir que quem se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima não pode ser punido caso as coisas de fato acabem mal. Estes casos são denominados de contribuições a uma autocolocação em perigo. Exemplificando A convence B a escalar o Everest, e B vem a falecer neste empreendimento, A não será punível por homicídio, nem mesmo se secretamente quisesse a morte.

Desta forma é preciso entender que ocorrendo a criação de um risco proibido e mesmo que o resultado esteja dentro do âmbito normal de proteção da norma causado pela

conduta, se o resultado advir de uma ação a próprio risco da vítima, não há que se falar em imputação objetiva.

Na prática, ocorre da seguinte maneira: suponha que um traficante venda droga para um viciado e que os dois façam consumo da mesma; ocorre que o traficante usa moderadamente da substância entorpecente, enquanto o viciado por sua conta exceda na quantidade inalada, ingerida, ou aplicada e venha em decorrência disso sofrer uma overdose com morte instantânea.

A partir da formulação hipotética supracitada, não há como considerar o traficante como o causador do resultado, mesmo o seu risco sendo proibido e estar numa linha de desdobramento causal da conduta, pois faltou para haver a imputação objetiva um último requisito, qual seja a ação não ser a próprio risco.

O traficante então responderá por tráfico de drogas, pois este é um risco proibido e está dentro do âmbito de proteção da norma causado pela conduta e por último a conduta de tráfico é uma ação a próprio risco, porém, criada pelo traficante.

A teoria da imputação objetiva embora, não adotada em nosso Estatuto Repressivo, já é utilizada por nossos Tribunais devido à vastidão de estudos a seu respeito e logicamente por utilizar critérios jurídicos na hora de estabelecer o causador do resultado, ou seja, nos casos que a *conditio sine qua nom* não dá uma resposta satisfatória.

Exemplo disso é o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que trata do tema aqui discutido. Numa situação em que o órgão ministerial pede condenação de uma Comissão de Formatura por entender que houve relação de causalidade entre conduta desta em não viajar a ingestão de bebidas e o resultado morte de um dos formandos que embriagado caiu na piscina e morreu, de maneira que esta deveria em concurso responder por homicídio culposo, uma vez que houve ligação entre a conduta e o resultado pelo prisma da *conditio sine qua nom* e culpa em sentido estrito, ou seja, imprudência e/ou negligência.

Tal equívoco é facilmente resolvido pela aplicação da teoria da imputação objetiva como critério para que se estabeleça o nexu causal, conforme ficou demonstrado no referido

acórdão, desta maneira então se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2006, p. 245):

4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.

Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.

Da análise desta decisão colegiada percebe-se que os ministros corrigem um erro causado pela teoria da *conditio sine qua nom*, através da nova visão sobre o nexo causal, uma vez que a vítima ingeriu por sua conta substância psicotrópica, com isso, criou uma ação a próprio risco havendo, portanto, atipicidade na conduta da comissão de formatura. Ademais, organizar uma festa é um risco, mas este é entendido como tolerado, pois por convenção social determinamos que este risco é suportável, ou seja, permitido em face de aumentarmos as relações entre os indivíduos que vivem em sociedade.

CONCLUSÃO

Ao término deste estudo conclui-se que de fato a teoria adotada por nosso Código Repressivo (Teoria da Equivalência dos Antecedentes - Art. 13 do Código Penal) apresenta uma crise, no mínimo relativa, pois conforme demonstrado ela não chega a causar uma tragédia na busca do descobrimento do causador objetivo de um resultado, porém, não apresenta respostas satisfatórias com relação a algumas formulações hipotéticas na hora de estabelecer o nexu causal, que é justamente a missão para a qual foi criada.

Ficou claro que a crise relatada acima não chega a criar absurdos jurídicos injustificáveis, mas no mínimo em algumas situações é possível perceber algumas de suas fragilidades, ou até mesmo inconveniências, como por exemplo, a questão tão discutida pela doutrina e demonstrada neste estudo monográfico, relacionada ao fato de que o emprego da teoria da Equivalência dos Antecedentes ou *conditio sine qua nom* poderia levar a busca pelo causador de um resultado a uma cadeia infinita, isto é, a uma série ou cadeia causal de proporções infinitas, também chamada de *regressus ad infinitum*.

Analisando a forma pela qual a *conditio sine qua nom* busca o causador objetivo de um resultado foi possível dizer que o método utilizado é mecanicista, ou melhor, físico, naturalístico, vez que nesta empreitada tal teoria trabalha com o chamado critério de eliminação hipotética, que nada mais é do que uma fórmula matemática utilizada dentro do direito para interpretar fatos jurídicos, o que demonstra certo contra-senso, isto é, o direito não é uma ciência exata, principalmente o Direito Penal, em especial o estabelecimento do nexu causal, que poderá determinar sobre a possibilidade ou não de se imputar a alguém um fato criminoso como sendo obra sua.

O legislador fez a opção de criar o § 1º do Art. 13 do Código Penal para dizer que não haverá nexu causal quando ocorrer a chamada causa superveniente relativamente independente e para isso ele adotou outra teoria (causalidade adequada), somente este fato isoladamente já demonstra claramente que a *conditio sine qua nom* não é suficiente para todos os questionamentos.

Apesar de o legislador ter corrigido o erro descrito acima com relação às causas supervenientes relativamente independentes, ele não disse nada em relação às causas concomitantes e preexistentes relativamente independentes, que em algumas situações também mereceriam ter o nexu casual rompido.

Em algumas formulações hipotéticas a teoria adotada por nosso Estatuto Repressivo não apresentou bons resultados, como no caso do seqüestro de um passageiro prestes a entrar em um avião, isso porque tecnicamente o seqüestrador após matar o passageiro não responderia pelo resultado morte, e é forçoso ter de reconhecer isso, mas seguindo os rigores da *conditio sine qua nom* o é, pois se for aplicado o critério de eliminação hipotética como manda a teoria adotada perceber-se-á que o tiro disparado pelo seqüestrador não é causa do resultado, uma vez que de qualquer maneira o passageiro morreria, pois o avião em que iria entrar cairia e mataria todos os passageiros.

Confirmada a crise existente na teoria adotada para estabelecer o nexu causal foi preciso então, apontar uma solução para matéria de tão alta relevância ao Direito Penal de forma que uma nova visão fosse criada.

A teoria da imputação objetiva surge então como alternativa a esta causalidade. Pretendendo substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado. Sua missão é exatamente a de resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta. Assim, apresenta-se, no futuro, como substituta da doutrina da causalidade material, procurando dar melhor explicação a questões que a *conditio sine qua nom* não conseguiu resolver.

Em outras palavras, a teoria da imputação objetiva pretende de fato retirar do nexu causal a questão física ou matemática na hora de estabelecê-lo, utilizando para isso critérios jurídicos como o da criação de um risco proibido, de forma que quando criado este, haverá nexu causal entre a conduta e o resultado, logo o resultado será imputado de forma objetiva como sendo obra de quem criou o risco proibido.

Com esta nova visão o problema do *regressus ad infinitum* é eliminado, já que com a utilização do critério do risco proibido ao invés da eliminação hipotética somente serão causadores aqueles que realmente criaram este tipo de risco ao bem jurídico tutelado pela

norma. De outra forma, aqueles que se limitaram à prática de um risco permitido não poderão ser considerados como causadores do resultado, uma vez que a criação deste tipo de risco é tolerável pela sociedade, ou seja, são riscos que a sociedade por convenção legal resolveu suportar ao bem do seu próprio desenvolvimento.

É preciso também esclarecer, que em caso de haver a imputação objetiva, isso não significa que irá necessariamente ocorrer a responsabilização de quem criou o risco proibido, ou seja, para que alguém seja responsabilizado ainda será necessário observar se houve dolo ou culpa, por isso diz-se que a teoria da imputação objetiva não pode ser confundida com responsabilidade penal objetiva, sua missão é encontrar o causador de um resultado, então ela será requisito para que haja nexos causal, para responsabilizar alguém haverá a necessidade de se verificar a incidência do nexo normativo.

Em síntese, fabricar, bem como vender uma arma de forma legal é um risco, no entanto, este é permitido, do mesmo modo como todas as condutas que podem criar um risco permitido não serão levadas em conta para fins de considerar que houve ligação entre elas e os resultados. O resultado disto é que estas condutas toleradas serão consideradas imediatamente como atípicas, neste caso, não haverá necessidade de postular socorro ao dolo e a culpa como faz a teoria adotada por nosso Código Repressivo.

A atipicidade do fato será então uma das conseqüências do acolhimento da nova teoria. Visto que para um fato ser crime, primeiro é preciso verificar se ele é típico e para isso ele precisa preencher os elementos do tipo: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. A falta de qualquer destes elementos torna o fato atípico, desta forma a falta da imputação objetiva vai romper o nexo causal e sem este haverá atipicidade do fato.

Também será possível verificar uma pacificação social justa em tempo hábil, uma vez que todos na sociedade saberão os riscos que poderão e os que não poderão praticar, isso porque não será necessário fazer uma análise ou juízo físico, naturalístico antes de praticar um fato, pois a questão agora é jurídica.

Além da criação do risco proibido, a teoria da imputação objetiva ainda exige mais dois requisitos para que haja nexo causal que são: que o resultado esteja dentro do âmbito de proteção da norma e que a ação não tenha sido criada a próprio risco.

Ao final deste estudo é possível dizer que ficou demonstrada certa crise na teoria adotada por nosso Código Penal e que a teoria da imputação objetiva traz consigo várias vantagens, como explanado no corpo deste cansativo, mas gratificante trabalho. As críticas foram feitas com fundamento.

A teoria da imputação objetiva não deve ser desmerecida pelo simples fato de ser uma teoria relativamente nova (60 anos), representar mudanças, um reaprendizado que os conservadores se negam a aceitar. Vale aqui lembrar o mito da Caverna de Platão, no qual os que se encontravam dentro da caverna, recusavam-se a ver a realidade que estava fora da caverna e se libertar da ignorância, matando aquele que lhes trouxe notícias de um novo mundo.

Neste sentido é preciso encerrar dizendo que este estudo não visa obrigar ninguém a concordar com os preceitos da nova teoria, mas sim divulgá-la, pois pelo menos é preciso conhecê-la para firmar sua posição, no mundo jurídico de hoje não é mais possível ignorá-la. É necessário conhecê-la para admiti-la ou até mesmo contestá-la. Enfim, em virtude de tudo que foi discutido é possível dizer que a sedução e/ou fascínio que o tema trazia no início deste estudo se transformou em certeza real, em afeição e em entusiasmo, de que em um futuro breve tal teoria possa ser adotada em nossa legislação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Luiz Flávio Gomes. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. *Código Penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flávio Gomes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Diário de Justiça 10 de abril de 2006*, Acórdão Quinta Turma Criminal, Ministro relator: Arnaldo Esteves Lima. São Paulo, 10 abr. 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Wagner Veneziani. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: WVC Ed., 2000.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. *Diário de Justiça de 18 maio de 2007*, Acórdão da Primeira Câmara Criminal, desembargador relator: G. Leandro S. Crispim, São Paulo, 18 maio 2007.

GRECO, Luís. *Um panorama sobre a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Lumem, 2005.

GOMES, Luís Flávio. *Funcionalismo e imputação objetiva do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Teoria constitucionalista do delito. *Revista Jurídica Consulex*, ano X, n. 218, 15 fev.2005;

_____. Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico atipicidade material do fato. *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, n. 202, 15 jun. 2005.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código Penal anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direito penal*. 27. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Rideel, 2006.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

ZAFARONE, Eugenio Raúl; PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Revisado por

Célia Romano do Amaral Mariano
Biblioteconomista CRB/1-1528