

SEM REVISÃO

O declínio do dogma causal

Fernando Capez

Promotor de Justiça – SP

Para Juarez Tavares, não se deve a Stuart Mill e Von Buri a primeira formulação desta teoria, mas a Julius Glaser, em 1858. Von Buri teria apenas introduzido a teoria na jurisprudência. Do mesmo modo, o critério da eliminação hipotética não provém do sueco Thyrén, mas também de Glaser.⁽¹⁾

Da mesma forma, Mir Puig, para quem: “*La teoría de la condición o de la equivalencia de las condiciones, ideada por el procesalista Julius Glaser y adoptada por el magistrado de Tribunal Supremo alemán del Reich, Von Buri, sostiene que es causa de um resultado de la cual há dependido su producción, com independencia de su mayor o menor proximidad o importancia*”.⁽²⁾

Seja como for, as principais críticas dirigidas a este princípio dizem respeito, não só a possibilidade objetiva do regresso causal até o infinito, mas também a algumas hipóteses não solucionadas adequadamente pelo emprego da *conditio sine qua non*. São essas as principais dificuldades:⁽³⁾

1ª) Dupla causalidade alternativa: ocorre quando duas ou mais causas concorrem para o resultado, sendo cada qual suficiente, por si só, para a sua produção. A e B, sem que um saiba da conduta do outro, ministram veneno a C, com o intuito de matá-lo. Cada uma das doses é suficiente, por si só, para produzir o evento letal. Se aplicarmos a eliminação hipotética, nenhuma das duas poderá ser considerada causa. Senão vejamos: suprimida a conduta de A, ainda assim o resultado ocorreria, já que a dose ministrada por B era suficiente para matar a vítima; eliminada a conduta de B, ainda assim o resultado teria ocorrido, pois a dose aplicada por A também era suficiente por si só para a produção do evento. Em tese, por incrível que pareça, segundo o critério da eliminação hipotética, nenhuma das duas condutas poderia ser considerada causa, pois mesmo que suprimida uma delas hipoteticamente da cadeia causal, o resultado ainda assim teria ocorrido. Poderíamos, em resposta a esta crítica, fazer a seguinte afirmação: causador do resultado é aquele, cuja dose, efetivamente, produziu, por uma ou por outra razão, a morte (se foi a dose ministrada por A, este é o autor; se foi a de B, este responde pelo resultado), devendo o

(*) Fernando Capez é professor de Direito Penal e Processo Penal do Complexo Jurídico Damásio de Jesus desde 1990.

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

outro ser punido pela tentativa. Não se provando qual das doses acarretou a morte, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*, e a nenhum dos autores será imputado o resultado, respondendo ambos por tentativa (a chamada autoria incerta). Mesmo assim, é forçoso reconhecer: ainda que suprimida a conduta de um dos autores, o resultado teria sido causado pela do outro. Outro exemplo interessante é a morte do Imperador César, assassinado com 23 (vinte e três) punhaladas. Neste caso, ainda que se eliminasse um dos golpeadores, o resultado teria ocorrido, o que representa uma falha na explicação do nexos causal pela teoria da *conditio sine qua non*.⁽⁴⁾

2ª) Dupla causalidade com doses insuficientes: e se no mesmo exemplo, as doses fossem insuficientes, por si sós, para levar ao resultado morte, mas somadas, acabassem por atingir o nível necessário e assim, produzir a fatalidade? Nesse caso, nem a conduta de A, nem a de B, sozinhas, levariam ao resultado. Eliminada qualquer uma delas, o resultado desapareceria, pois somente juntas são capazes de provocar a morte. Ora, pelo critério da eliminação hipotética, ambas devem ser consideradas causa, pois excluída uma ou outra da cadeia causal, o resultado não ocorreria. Parece estranho não considerar como causa a hipótese anterior, em que as condutas tinham, isoladamente, idoneidade para produzir a morte, e considerar neste caso, em que, sozinhas, as condutas nada produziriam (podendo até mesmo cogitar-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio, na medida em que falta a um ou outro comportamento capacidade para gerar, isoladamente, o resultado visado).

3ª) O resultado que ocorreria de qualquer modo: se um médico acelera a morte, de um paciente terminal, que já está com danos cerebrais irreversíveis, desligando o aparelho que o mantinha vivo, não poderá ser considerado causador do homicídio, pelo critério da eliminação hipotética, já que, mesmo suprimida a sua conduta da cadeia causal, ainda assim a morte acabaria acontecendo, mais cedo ou mais tarde. Haverá nexos causal, é certo, mas por influência de outras teorias que entram para socorrer a da equivalência dos antecedentes (é o caso do princípio da alteração posterior, pelo qual o médico responde pelo resultado porque seu comportamento alterou o estado de coisas no mundo naturalístico).

4ª) Decisões corporativas: uma empresa, por meio de um órgão colegiado, constituído de vários diretores, decide lançar um produto que provoca danos ao meio ambiente. Qualquer um dos votantes, poderia dizer que, ainda que não tivesse votado, os demais o teriam feito, de modo que, mesmo eliminada a sua conduta, ainda assim o resultado teria ocorrido.

5ª) Cursos causais hipotéticos ou desvios de cursos causais: o ladrão principiante, trêmulo e inseguro, aponta um estilete para um homenzarrão

empolado e anuncia o assalto. A vítima, surpreendentemente se apavora, sofre um infarto e morre. Damásio de Jesus cita o caso da vítima que, fugindo de perseguição empreendida por dois agentes, acaba por ser atropelado. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, aplicando o critério da *conditio sine qua non*, entendeu haver nexos causal. Na hipótese, dois rapazes e uma mulher se dirigiam, em um automóvel, para um motel, localizado na rodovia Presidente Dutra. No caminho a moça mudou de idéia e, aproveitando-se da parada do carro no acostamento, saiu correndo e ao tentar atravessar a estrada, foi atropelada e morta. Do mesmo modo que correu para o meio da pista e foi colhida por um veículo, poderia ter fugido para o mato e ser picada por uma cobra. Em qualquer caso, se não fosse a conduta dos agentes, esta não teria fugido, e se não tivesse fugido, não teria sido atropelada e morta. Reconheceu-se o nexo causal.⁽⁵⁾ Outro problema é o da vítima que leva um tiro no pé, entra no hospital, sofre infecção hospitalar e morre, entendendo a jurisprudência tratar-se de causa dependente, sem ruptura da causalidade.⁽⁶⁾ Aplicada a equivalência dos antecedentes, em todos esses casos haveria nexo causal, o que não se afigura muito apropriado.

O principal problema, no entanto, é a exclusiva dependência no nexo normativo, para que não ocorram absurdos jurídicos. O que tem isentado de responsabilidade o tataravô pelo crime praticado pelo tataraneto, ou o fabricante de automóveis pelos acidentes, é a ausência de dolo ou culpa. No plano objetivo, porém, a *conditio sine qua non* admite a relação causal. Na entrada deste terceiro milênio, continuar admitindo no direito uma teoria que pertence ao campo das ciências físicas, desprovida de conteúdo axiológico, é caminhar na contra-mão da evolução do pensamento jurídico e filosófico.

A teoria da causalidade adequada seria uma opção?

Como tentativa de limitar o insaciável apetite do dogma causal, foi concebida a teoria da causação adequada.

Von Kries usou os critérios da probabilidade e possibilidade como limite ao determinismo, causal, afirmando escapar aos juízos de possibilidade e de probabilidade, por exemplo, a morte de um passageiro atingido por um raio no caminho que, por haver dormido o cocheiro, seguiu equivocadamente.

Aplicando a teoria da equivalência dos antecedentes, tem-se que, se o condutor não tivesse adormecido, a carruagem não teria seguido o caminho errado e, não tomando rumo diverso, o raio não cairia sobre a cabeça do passageiro, matando-o.

Mediante um critério puramente físico, naturalístico, não há como recusar a existência entre um liame causal entre a conduta omissiva do cocheiro e a morte do viajante. A causalidade adequada, contudo, temperando os exces-

sos decorrentes da *conditio sine qua non*, vai afastar, do ponto de vista jurídico, a relação de causa e efeito, por considerar a absoluta imprevisibilidade e improbabilidade entre uma efêmera soneca e um relâmpago assassino.

Ficam, portanto, descartadas, já na dita sede, todas aquelas ações caracterizadas por uma mínima possibilidade objetiva de realização do evento, mas presididas por vontade de causação do mesmo. Por exemplo, no caso da morte de um homem, atingido por um raio em um bosque, lugar que havia sido mandado por um inimigo precisamente para este fim. Não será possível, à luz da causalidade adequada, atribuir nexos causal, ainda que pela teoria da eliminação hipotética, fosse possível estabelecer um vínculo físico-naturalístico.

Resulta, assim, que solução final da subsunção dependerá de uma série de fatores normativos a estabelecer a relevância do nexos causal para o direito penal, independentemente de sua real existência no plano naturalístico.

A partir de tantas constatações, considera-se que somente pode ser causa a conduta que, isoladamente, tenha probabilidade mínima para provocar o resultado. Se entre o comportamento do agente e o evento houver uma relação estatisticamente improvável, aquele não será considerado causa deste.

Ocorre que tal assertiva pode provocar problemas dogmáticos capazes de levar a distorções e injustiças. Senão, confira-se a seguinte hipótese: um condutor de um veículo, cujos freios estão gastos, dá causa a uma colisão com a traseira de um caminhão. Tal caminhão estava excepcionalmente trafegando na rodovia naquele dia, em que tal tráfego é proibido para veículos maiores, devido a uma autorização especial. Era o único em toda a estrada. Os freios não funcionaram não somente devido a seu estado, mas também porque o auto passou sobre uma poça de óleo que acabara de ser derramada. O acompanhante do motorista, justamente no instante do acidente resolveu regular o cinto de segurança e, por esta exclusiva razão, chocou-se contra o vidro dianteiro, tendo recebido uma pancada no pulmão. Para sua infelicidade o impacto foi exatamente no pulmão no qual já existia um problema de insuficiência respiratória. Levado a um hospital, é submetido a uma cirurgia, mas o plantonista do dia não tinha tanta experiência em cirurgias de pulmão, pois embora clínico geral, sua especialidade era cardiologia. Devido a todos esses fatores, tragicamente coincidentes, a vítima vem a falecer. Estatisticamente, a chance ter morrido nessas condições era a de uma em um milhão (foi muito azar).

Em outro exemplo: *“si un veneno común, en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de su constitución modificada a través de es adicción, no surte efecto en el estómago – como suele – sino en el esófago (o no antes de los intestinos), a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar razón para no imputar el resultado”*.⁽⁷⁾

Nesses casos, a teoria da condição adequada excluiria indevidamente onexo causal, em face da improbabilidade do resultado. O motorista negligente e o autor do envenenamento não responderiam pela morte da vítima, o que não nos parece justo, nem correto.

Não parece ser a melhor solução.

A lei das probabilidades, da mesma forma que a da causa e do efeito pertencente à ciência diversa da jurídica e, se adotada, poderia levar a soluções no mínimo arriscadas. Como bem lembra Antônio Magalhães Gomes Filho, em sua primorosa obra, “Direito à Prova no Processo Penal”, tratando de processo penal, mas em raciocínio que se ajusta perfeitamente ao campo penal, as conseqüências da adoção de uma teoria probabilística poderiam ser preocupantes e insatisfatórias. No processo *People v. Collins*, a jurisprudência norte-americana empregou de forma equivocada, como critério de avaliação das provas, o chamado julgamento *by mathematics* ao seguinte caso: “uma senhora foi assaltada em Los Angeles e declarou ter percebido uma moça loira fugindo; uma vizinha da vítima também afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros e “rabo de cavalo”, sair do local do crime e entrar em um automóvel, dirigido por um homem negro com barba e bigode; dias depois, policiais conseguiram prender um casal com essas características, mas no julgamento, tanto a vítima como a testemunha não puderam reconhecê-los; ... a acusação serviu-se então, de um perito matemático que, com base nas características apontadas – automóvel amarelo, homem com bigode, moça com rabo de cavalo, loira, negro com barba e casal negro-branca no carro –, e aplicando a esses dados as respectivas probabilidades de ocorrência, fundadas em estatísticas, multiplicou-se para extrair a conclusão que somente existia uma possibilidade, em doze milhões, que um casal preenchesse todos esses requisitos. Com base nisso, o júri condenou os acusados. A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão dos jurados, entendendo inadmissível o argumento trazido pelo perito matemático, por várias razões: primeiro, porque não havia base probatória suficiente para amparar as possibilidades individuais alegadas pela acusação, depois, porque mesmo que estivessem corretas, a multiplicação delas seria possível se cada um dos fatores fosse absolutamente independente. Além disso, também restava a hipótese de que a dupla criminoso não tivesse efetivamente as características indicadas pelas testemunhas ou que houvesse na área de Los Angeles outro casal com características semelhantes...”⁽⁸⁾

A teoria da causalidade ou condição adequada é válida como questionamento da equivalência dos antecedentes, mas também peca por não evidenciar o caráter valorativo da ciência jurídica como fator preponderante da definição do nexocausal objetivo.

Nesse ponto, é superada em muito pela imputação objetiva.

O surgimento desta teoria parte da premissa de que a equivalência dos antecedentes, adotada pelo código penal é muito rigorosa no estabelecimento do nexa causal, na medida em que se contenta com a mera relação física de causa e efeito.

A *conditio sine qua non*, do ponto de vista puramente objetivo, nada resolve em termos de *regressus ad infinitum*. O regresso causal até Adão, Eva e a serpente do Paraíso (Gênesis, Capítulo 3) existe no plano naturalístico e a cadeia infinita antecedente de responsabilidade só consegue ser evitada pela ausência de nexa normativo (exclusão de dolo e culpa), imprescindível para a infração penal. Deste modo, os pais só não respondem pelo crime cometido pelo filho, porque não atuaram com dolo ou culpa em relação ao resultado, entretanto, nexa causal houve.

Foi visando a conter os excessos do dogma causal material, mediante a substituição de uma teoria sem qualquer conteúdo axiológico (plano do “ser”), por outra de cunho valorativo (“deve ser”), de um critério regido pela física, por outro regulado pelo direito, que surgiu a teoria da imputação objetiva: como verdadeira alternativa à causalidade.⁽⁹⁾

É que, com a equivalência dos antecedentes, a parede de contenção do *jus puniendi* reside exclusivamente na imputação subjetiva (ausente o nexa normativo, não há responsabilização do agente).

Somente não resultam absurdos da *conditio sine qua non*, como a responsabilização dos avós pelo crime cometido pelo neto, exclusivamente devido à ausência do dolo e da culpa. Relação causal, porém, para a referida teoria, existiu, uma vez que sem os avós não haveria os pais e sem estes, o delinquente não nasceria e não cometeria o crime.

A solução, por conseguinte, parece insatisfatória do ponto de vista do enquadramento objetivo, sendo necessário para não incriminar o vovô e a vovó pelo crime cometido pelo netinho recorrer ao nexa normativo, no caso, inexistente.

O nexa causal, por si só, não resolve.

Em outras palavras: a questão da imputação do resultado objetivamente ao agente, isto é, independentemente de se falar de dolo ou culpa, não está solucionada de modo satisfatório pela teoria aparentemente em vigor (equivalência dos antecedentes). Dependendo apenas da ausência do elemento psicológico (dolo) e do normativo (culpa) da conduta não se afigura dogmaticamente correto e nem justo... muito menos prudente.

Essa tomada de consciência já ocorrera na Alemanha, em meados do século passado, quando, em primeiro lugar, despertou a vontade e a necessida-

de de limitar a causalidade, sem que fosse preciso recorrer à análise de dolo e culpa. A razão foi simples: naquele país, antes da reforma penal de 1953, havia responsabilidade objetiva quando ao resultado agravador, no caso dos detidos qualificados pelo resultado, ou seja, o agente respondia pelo mesmo, ainda que não o tivesse causado dolosa ou culposamente. Bastava o nexos causal.

“En esta situación legislativa, la cualificación por el resultado dependía en exclusiva de si había sido causado, de modo que, con arreglo a las máximas de la teoría de la equivalencia, se respondía también por la cualificación aun cuando en una consideración valorativa el autor no fuera responsable del resultado, p. ej., a causa de predominar la propia culpa de la víctima o a causa de una desgraciada concurrencia de circunstancias en el caso”.⁽¹⁰⁾

Não podendo a intrigante hipótese ser resolvida pelo auxílio do nexos normativo, não restou outra estrada, senão a de enfrentar o problema de ser injusta a própria vinculação objetiva do resultado ao agente.

O dogma da causalidade precisava ser revisto.

Depender só da ausência de dolo ou culpa já se mostrava insuficiente e perigoso. Nasceu então, a idéia de limitar o nexos causal, conferindo-lhe um conteúdo jurídico e não meramente naturalístico. Não bastaria mais o simples elo físico ditado pelas leis da causa e do efeito, pois se o nexos causal não tiver relevância jurídica, não haverá causalidade.

Como lembra Damásio de Jesus, “o positivismo do século XIX insistia na adoção do princípio natural de que todo conseqüente deveria possuir um antecedente preciso e determinado. No século XX, porém, a teoria da relatividade colocou em xeque essa regra, pondo em debate o tema da probabilidade, segundo a qual há sempre margem de indeterminação nas relações. Nada é absoluto. Trazida a discussão para as ciências sociais, esclareceu-se que não era admissível falar em causalidade nos fatos da vida em sociedade, uma vez que neles há essencialmente o fenômeno da interação, sendo inadequado estabelecer uma relação de causa e efeito”.⁽¹¹⁾

Criou-se então, a teoria da imputação objetiva, denominação que revela a preocupação de se trabalhar a dogmática no sentido de apontar respostas mais justas e adequadas para a própria atribuição objetiva do resultado, independentemente, de pedir socorro para o dolo e a culpa.

Sua meta principal é a de reduzir o âmbito de abrangência da equivalência dos antecedentes e, desta maneira, “restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito”.⁽¹²⁾ “Pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre conduta e resultado”.⁽¹³⁾

Nada tem a ver com responsabilidade sem dolo ou culpa, ou sem culpabilidade. Nem tampouco com imputabilidade penal. Consiste em atribuir um fato típico a seu autor do ponto de vista da causação objetiva, mediante critérios jurídico-valorativos e não categórico-naturalísticos. “Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”.⁽¹⁴⁾

Mediante essa interessante conjugação, a substituição deixa de ser um processo meramente mecânico, para incorporar um processo mental de adequação, em que será levado em conta muito mais do que a mera correspondência exterior e formal entre conduta e descrição típica, ou do que a verificação da causalidade, mediante processos de ordem físico-naturalística. Ao contrário da *conditio sine qua non*, torna-se insuficiente a ligação físico-naturalística entre conduta e acontecimento concreto.

Postula-se a exclusão do fato típico, quanto, a despeito de ser realizada a conduta formalmente descrita no tipo penal, o agente tiver se comportado dentro de seu papel social, ou seja, fizer exatamente o que a sociedade dele espera, não criando uma situação de risco intolerável. Quando a sua conduta nada mais representar do que um comportamento absolutamente normal e esperado, não haverá fato típico, por ausência desta nova elementar.⁽¹⁵⁾

Partindo de um prosaico exemplo, Jakobs proporciona uma imediata compreensão dos efeitos da imputação objetiva no moderno direito penal: um agricultor adquire uma nova máquina de aragem do solo; um de seus empregados, por curiosidade laborativa, a toca e acaba ferido. Inicia-se, então, uma teia de causalidades: a vítima deu causa à autolesão, uma vez que tocou imprudentemente a máquina; o agricultor também deu causa ao ferimento, pois, se não tivesse comprado o maquinário, o resultado não teria ocorrido, além do que, deveria ter tomado todas as cautelas para que ninguém dela se aproximasse; finalmente, o fabricante além de ter sido o criador do aparato mecânico, sem o qual não existiria a lesão, deveria ter cuidado para que todas as peças perigosas fosse seguras, quaisquer que sejam as condições de funcionamento.

Surgem então, as alternativas punitivas: responsabilidade da vítima, do patrão ou do fabricante? Responsabilidade de todos? Ou de nenhum, tratando-se de mero caso fortuito (*desgracia*)? De acordo com Jakobs existe a firme *convicción de que estas preguntas no pueden ser contestadas sin tener en cuenta el estado de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta...*⁽¹⁶⁾

Deste modo, uma sociedade saturada pela técnica esperará de um fabricante de máquinas que este não crie novos riscos, e, portanto, lhe imporá o dever de garantir a plena incolumidade de quem as usa, independente da forma com que se dê o manuseio.

Ao contrário, uma sociedade que está necessitando de avanços técnicos tolerará os riscos, ante a imprescindibilidade de se obter a evolução tecnológica necessária para atingir o progresso. Eventuais acidentes serão debitados na relação custo-benefício. As futuras e possíveis vítimas de um acidente no manuseio são ainda desconhecidas, dado que não se conhece o que está por vir, e este risco é assumido por todo o corpo social, ante o reconhecimento geral de que, sem se arriscar, não será possível evoluir.

Antes, portanto, de se estabelecer até onde vai a imputação penal pelo resultado, é necessário extrair da sociedade quais são os seus anseios, sendo imprescindível estabelecer o papel social que cada um representa, firmando-se, a partir daí, as responsabilidades individuais. Aquele que concorre para uma lesão, mas apenas cumprindo, rigorosamente, o papel social que dele se espera, não pode ser incluído na relação causal para fins de aplicação do direito penal.

A conclusão de Günther Jakobs é a de que a mera causação do resultado, ainda que dolosa, resulta de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar por si só, a imputação. Sim, porque o direito penal tivesse por fim eliminar todo e qualquer risco resultante do contrato social, mediante a prevenção geral e especial (previsão *in abstracto* e aplicação efetiva da sanção penal), a sociedade ficaria completamente paralisada.

Pode-se, assim, afirmar que a finalidade da imputação objetiva do comportamento é a de considerar penalmente relevantes apenas aquelas condutas que se desviam do papel social que se espera de determinado agente.

As expectativas acerca deste desempenho é que dão à ação um significado socialmente relevante e, por conseguinte, penalmente considerável. Importa mais o conceito social e normativo definidor dos limites de cada atuação, do que a capacidade pessoal do autor, de modo que o motorista que se conduz em excesso de velocidade incorre em um desvio de conduta, não interessando se assim procede dada a sua extrema perícia.

Em outras palavras, quem se mantém dentro do papel que dele se aguarda, não responde pelo resultado, tendo sido mero causador de *una amalgama heterogênea de dados que no han adquirido significado social, pois sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible.*⁽¹⁷⁾

Convém ressaltar que a relevância social será considerada não apenas em função da gravidade do dano ou da importância do bem jurídico, mas também de acordo com o grau de agressão ao conceito de justiça do homem comum, ou seja, será socialmente inadequada a conduta que venha a colidir com o sentimento geral de justiça, empregando-se aqui, o senso comum, que toda pessoa medianamente equilibrada possui.

O risco permitido, portanto, não é conceituado pela técnica, mas pelo sentimento social daquilo que cada um espera do outro, no sentido de uma convivência salutar e pacífica.

Ocorre, assim, uma proibição de regresso em relação ao comportamento padronizado, o qual, por ser esperado, acaba se tornando inócuo e não ingressa na cadeia de causalidade, nem como participação de menor importância, pois uma sociedade que está necessitada de que se *ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aun, que requiere en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a ua prohibición de regresso.*⁽¹⁸⁾

Se o risco decorre de uma conduta norma e socialmente adequada, ou mesmo permitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico, não se poderá atribuir eventual dano daí decorrente ao seu autor. O direito não pode permitir um comportamento e depois censurá-lo. Além disso, o banimento da responsabilidade objetiva de todos os sistemas criminais modernos impede que se atribua um resultado jurídico lesivo, quando sua ocorrência estiver fora do âmbito do risco provocado pela conduta.

Como se percebe, a referenciabilidade social aparece como instrumento hermenêutico para a formação normativa e a definição do risco proibido.

Um fabricante de armas cria um risco que a sociedade aceita, quando permite a sua produção. Os crimes que venham a ser praticados com as armas produzidas não podem ser imputados ao industrial, pois a colocação dos instrumentos vulnerantes em sociedade é um risco aceito e permitido. Pondera-se, em uma relação de custo-benefício, se vale a pena correr certo perigo para, em contrapartida, estimular a economia, gerar empregos e alimentar o progresso. A morte de alguém provocada por arma de fogo será, por conseguinte, um fato atípico em relação ao fabricante (não há regresso causal em relação a este). Cabe à sociedade decidir se quer menos perigo e menos progresso ou se busca um desenvolvimento mais acelerado, à causa de correr mais riscos.

Foi exatamente neste sentido que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, aplicando postulados da imputação objetiva, no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Social Liberal (PSL), quando liminarmente, suspendeu os efeitos da Medida Provisória nº 2.045/2000, a qual proibia o registro de armas de fogo, por considerar não haver razoabilidade na norma impugnada, uma vez que ela, apesar de não proibir a comercialização de armas de fogo, praticamente a inviabilizava, sem produzir, em contrapartida, benefícios sociais que compensassem o sacrifício (ADInMC nº 2.290-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18.10.2000, Informativo STF nº 16, de 20.10.2000, nº 207, pág. 1).

Em outras palavras, reconheceu a mais alta Côrte de Justiça do Brasil, que os riscos provocados pelas armas produzidas são normais dentro da evolução dinâmica da sociedade e, por essa razão, no que tange ao fabricante, são riscos permitidos que levam à desconsideração do nexos causal objetivo em relação a eventuais delitos praticados com tais instrumentos.

Ao contrário da equivalência dos antecedentes, não será sequer necessário indagar acerca do dolo ou culpa, pois a questão se resolve no plano da imputação do fato ao agente, sob o aspecto objetivo. Se o risco era tolerado socialmente, não haverá causalidade.

Hipótese idêntica é a da indústria automobilística, pois, pela imputação objetiva (ao contrário da equivalência dos antecedentes) não há nexos causal entre os acidentes de veículos e a conduta do fabricante. Quando a coletividade aceitou a produção de automóveis, conhecia os riscos decorrentes do tráfego rodoviário, os quais foram sopesados e aceitos como necessários para o desenvolvimento.

Com efeito, risco existe em toda hora e lugar. Sem correr algum risco a humanidade não caminha. Ninguém sairia de casa e mesmo nela ficando, ainda assim, estaria sujeito a algum infortúnio. Qualquer contato social traz algum risco: um abraço, o tráfego ferroviário, rodoviário ou aéreo, a regular prática desportiva etc. Se acaso algum dano derivar de tais práticas, desde que desempenhadas dentro do que se espera, o mesmo será considerado como uma normal decorrência da vida em sociedade, não podendo ser imputado ao autor. O fato, por conseguinte, será atípico. Como diz Jesús-Maria Silva Sánchez, vivemos todos em uma sociedade de riscos.⁽¹⁹⁾ Na mesma linha, Cuesta Aguado, quando afirma: “...*toda la vida en sociedad suporta la asunción de ciertos riesgos, los cuales están admitidos por la sociedad y permitidos por el ordenamiento jurídico. La intervención penal sólo empieza a partir del momento que se excede el riesgo permitido*”.⁽²⁰⁾

Certos comportamentos, dada a sua importância para a sociedade ou a sua absoluta contextualidade, nada mais representam do que atos normais da vida cotidiana, os quais, ainda que provoquem naturalisticamente algum dano, não podem ser atribuídos ao autor. Uma sociedade que não tolera nenhum risco, também não progride.

Deveria ser proibida a construção de automóveis, porque propiciam grande número de acidentes de trânsito; de aviões, porque podem vir a ocorrer desastres, e, assim por diante? Evidentemente, não é o caso. Uma sociedade que não está disposta a assumir nenhum risco derivado do avanço tecnológico, ficará eternamente estagnada no atraso.

Imagine-se voltar ao tempo das carruagens para eliminar completamente o risco de acidentes automobilísticos. Nem pensar. Os riscos devem ser assumidos em prol do desenvolvimento da humanidade.

O que deve ser feito é cobrar de cada um, de acordo com o papel social que representa, cujos limites serão estabelecidos pela aspiração geral dos membros da coletividade. Ao construtor, basta que o veículo funcione corretamente, devendo os condutores zelar pela efetiva segurança própria e dos demais; estes, por sua vez, devem respeitar seus deveres de autoproteção, sem necessidade de uma cautela extraordinária para tutelar a imprudência alheia.

Assim, *“una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por conseguinte, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad”*.⁽²¹⁾

Só haverá, portanto, a imputação do resultado ao autor do fato, se o resultado tiver sido provocado por uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido ou se o agente, com seu comportamento, tiver aumentado a situação de risco proibido e, com isso, gerado o resultado. Em contrapartida, se, a despeito de ter fisicamente contribuído para a produção do resultado, o autor tiver se conduzido de modo a ocasionar uma situação de risco tolerável ou permitido, o resultado não lhe poderá ser imputado.

Como lembra Wolfgang Frisch, *elemento básico para la teoría actual de la imputación es el entendimiento de que la producción de consecuencias típicas no le es imputable a una persona simplemente porque ésta haya provocado las consecuencias de modo causal. Mas bien es necesario, además, que las consecuencias producidas de modo causal representen la realización de un peligro creado por el autor y desaprobado en el tipo penal respectivo. Por consiguiente, el agente debe haber creado, antes de nada, mediante su conducta causal para la producción del resultado, un peligro desaprobado (de la realización de ciertos resultados) en el sentido del tipo penal respectivo*.⁽²²⁾

Atualmente, a imputação objetiva “é amplamente dominante na doutrina, especialmente na Alemanha e na Espanha. Na América Latina, entretanto, é objeto de pequena consideração. No Brasil, no término do segundo milênio, ainda é quase desconhecida”.⁽²³⁾

Segundo informa Wolfgang Frisch a teoria da imputação objetiva *ha emprendido una marcha triunfal sin precedentes em la teoría del Derecho penal de Alemania, Austria y Suiza*.⁽²⁴⁾

Trata-se de uma teoria ainda em discussão no Brasil, mas que não depende de reforma do Código Penal para ser adotada, pois a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, ao prever o princípio da reserva legal, acometeu à lei, por meio de tipos penais, definir os crimes. A imputação objetiva é um elemento normativo implícito em todo o tipo, cuja ausência implica em exclusão de elementar e conseqüente atipicidade do fato.

Do ponto de vista dos fins precípuos de um direito penal mais garantista dos direitos fundamentais do jurisdicionado, a imputação objetiva constitui um componente relevantíssimo a propiciar uma interpretação evolutiva do ordenamento jurídico, mediante o emprego de um mecanismo hermenêutico muito mais célere e eficaz do que os lentos e burocráticos trâmites legislativos.

A necessidade de uma constante atualização do aparato legal, de acordo com as intensas transformações sociais está a exigir uma maior flexibilidade do intérprete, de acordo com fundamentos jurídicos e sociais, para delimitar o alcance da norma, de acordo com as peculiaridades de cada caso e o momento sócio-cultural de uma dada sociedade. Não se trata de descumprir a lei, mas de interpretá-la segundo as condições da época.

Falar em imputação objetiva, por conseguinte, é pensar em fornecer ao juiz e aos operadores jurídicos em geral, importantíssimo elemento de contenção típica e acompanhamento das contínuas modificações sócio-culturais.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) J. TAVARES. “Teoria do Injusto Penal”, Del Rey, 2000, págs. 210 e 211.
- (2) SANTIAGO MIR PUIG. “*Derecho Penal: parte general*”. Barcelona, 5ª ed., 1998, pág. 218.
- (3) J. TAVARES. “Teoria do Injusto Penal”, Del Rey, 2000, págs. 210 e 211.
- (4) SANTIAGO MIR PUIG. “*Derecho Penal: parte general*”. Barcelona, 5ª ed., 1998, pág. 220.
- (5) DAMÁSIO E. DE JESUS. “Imputação Objetiva”, Saraiva, 2000, págs. 89/91.
- (6) RT 700/317, 596/411, 580/372, 528/320, 455/276; RJTJSP 25/565; RJDTACrimSP 11/109.
- (7) GÜNTHER JAKOBS. “*Derecho penal, Fundamentos y teoría de la imputación*”, Marcial Pons, 2ª ed., 1997, traducción Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, págs. 240 e 241.
- (8) ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. “Direito à Prova no Processo Penal”, São Paulo, RT, 1997.
- (9) JUAN BUSTOS RAMÍREZ. “*La imputación objetiva*”, in “*Teorías actuales en el Derecho penal*”. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pág. 211.
- (10) GÜNTHER JAKOBS. “*Derecho penal: parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*”, Marcial Pons, 2ª ed., 1997, traducción Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo, pág. 238.
- (11) DAMÁSIO E. DE JESUS. “Imputação Objetiva”, Saraiva, 1ª ed., 2000, pág. 23.
- (12) J. TAVARES. “Teoria do Injusto Penal”, Del Rey, 2000, pág. 222.
- (13) DAMÁSIO E. DE JESUS. “Teoria da Imputação Objetiva”, pág. 23.
- (14) *Idem*, pág. 33.
- (15) Cf. GÜNTHER JAKOBS. “*La Imputación Objetiva*”, trad. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1ª ed., 1996, 1ª reimpressão, 1997.

- (16) GÜNTHER JAKOBS. “*La imputación objetiva en derecho penal*”. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 15, 16 e 17.
- (17) JAKOBS, ob. cit., pág. 24.
- (18) Ob. cit., pág. 34.
- (19) JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ. “*La expansión de Derecho penal: aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*”. Madrid, Civitas, 1999, pág. 24.
- (20) PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO. “*Tipicida e Imputación Objetiva*”. Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1995, pág. 148.
- (21) GÜNTHER JAKOBS. “*La Imputación Objetiva*”, trad. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1ª ed., 1996, 1ª reimpresión, 1997, pág. 17.
- (22) WOLFGANG FRISCH. “*Tipo Penal e Imputación Objetiva*”. Traductores Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid, Editorial Colex, 1995, pág. 34.
- (23) DAMÁSIO E. DE JESUS. “*Imputação Objetiva*”. Cit., pág. 24.
- (24) WOLFGANG FRISCH. “*Tipo Penal e Imputación Objetiva*”. Traductores Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid, Editorial Colex, 1995, pág. 27.