

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

André Estefam Araújo Lima

NEXO DE CAUSALIDADE:
O ART. 13 DO CP E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

André Estefam Araújo Lima

NEXO DE CAUSALIDADE:
O ART. 13 DO CP E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Prof. Doutor Dirceu de Mello.

SÃO PAULO
2008

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho à memória de meu pai,
O faço também em homenagem à minha querida mãe,
A meus filhos, Rafael e André, presentes de Deus,
E à minha amada esposa, sem a qual nada disto seria possível...*

RESUMO

Este trabalho examina a relação de causalidade à luz da teoria da imputação objetiva, buscando verificar, sob diferentes aspectos, qual o critério ideal para se atribuir determinado resultado normativo a um comportamento penalmente relevante. Cuidou-se de discorrer sobre a função do Direito Penal (sob a ótica da dogmática e da legislação brasileira) para, a partir daí, encontrar-se as bases sobre as quais se pretende construir uma correta teoria da imputação. Foi analisada a evolução dos sistemas penais, desde o clássico até o funcionalista, de modo a averiguar o enfoque que se deu, dentro deles, ao nexos causal. O argumento central do trabalho consiste em firmar posição no sentido de que o nexos de causalidade não pode ser considerado sob uma abordagem exclusivamente naturalística, sob pena de se converter o Direito Penal em apêndice das Ciências Naturais. Para isso, é necessário, em primeiro lugar, definir qual o sistema em que se deve ancorar a estrutura do crime. Deve-se, então, considerar as peculiaridades existentes em nosso ordenamento jurídico, o qual normatizou o nexos de causalidade no Código Penal (art. 13). A partir destas premissas, este estudo propõe uma harmonização entre a relação de causalidade material, conforme acolhida pelo Código, e a teoria da imputação objetiva, como fator adequado a restringir injustiças decorrentes da regra prevista no Texto Legal.

Palavras-chave: Nexos causal. Teoria da Imputação Objetiva. Restrição à relação de causalidade material.

ABSTRACT

This work examines the relation of causality through the theory of objective imputation, searching to verify under different approaches, which is the ideal criterion to attribute a normative result to a criminally relevant behavior. It was taken care of to discourse on the function of the Criminal law (under the optics of the doctrine and the Brazilian legislation) for, from then on, meeting the bases on which it intends to construct a correct theory of the imputation. It was analyzed the evolution of the criminal systems, since the “classic” until the “funcionalist”, in order to verify the approach that it was given, through them, to the causal nexus. The central argument of the work consists of firming position in the direction of that the causality nexus cannot be considered under an exclusively natural approach, otherwise it is to become the Criminal law into an appendix of Natural Sciences. In order to achieve this, it is necessary, in first place, to define in which system should the structure of the crime anchor. It must, then, be considered the existing peculiarities in our legal system, which contains the nexus of causality in the Criminal Code (art. 13). From these premises, this study considers a harmonization between the material relation of causality, as stated on the Code, and the theory of the objective imputation, as an adequate factor to restrict decurrent injustices of the rule foreseen in the Legal Text.

Key-words: Causal nexus. Theory of the objective imputation. Restriction to the material relation of causality.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL | 9 |
| 1.1 O desafio do Direito Penal | 9 |
| 1.2 A História do Direito Penal e sua função..... | 12 |
| 1.2.1 A Escola Clássica..... | 13 |
| 1.2.2 A Escola Positiva ou Positivista | 16 |
| 1.2.3 A Terceira Escola | 19 |
| 1.2.4 As demais Escolas e a sua superação..... | 20 |
| 1.3 Breve história do Direito Penal positivo brasileiro (codificado)..... | 22 |
| 1.3.1 As ordenações do Reino de Portugal..... | 22 |
| 1.3.2 O Código Criminal do Império..... | 27 |
| 1.3.3 O Código Penal de 1890..... | 34 |
| 1.3.4 A Consolidação das Leis Penais | 36 |
| 1.3.5 O Código Penal de 1940..... | 36 |
| 1.3.6 A Reforma de 1984 | 37 |
| 1.3.7 Síntese conclusiva | 38 |
| 1.4 A proteção de bens jurídicos (Roxin) | 39 |
| 1.4.1 Bem jurídico: dificuldade conceitual..... | 39 |
| 1.4.2 O Direito Penal como responsável pela proteção subsidiária de bens jurídicos..... | 42 |
| 1.4.3 Crítica à posição de Roxin..... | 43 |
| 1.5 A garantia da vigência da norma (Jakobs)..... | 43 |
| 1.6 A vigência da norma como o “bem jurídico” do Direito Penal (Bacigalupo)..... | 45 |
| 1.6.1 A busca de um Direito Penal racional | 45 |
| 1.6.2 O desafio político do Direito Penal | 47 |
| 2 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL | 49 |
| 2.1 Os primórdios | 49 |
| 2.2 As teorias sobre a relação de causalidade | 50 |
| 2.3 A teoria da equivalência dos antecedentes ou da <i>conditio sine qua non</i> e as causas independentes | 55 |
| 2.4 Qual o problema central: causalidade ou imputação?..... | 58 |
| 2.5 A relação de causalidade no contexto dos sistemas penais e da estrutura do crime..... | 61 |
| 2.5.1 Sistemas penais: o pensamento sistemático | 61 |
| 2.5.2 O sistema clássico (Liszt/Beling/Radbruch)..... | 62 |

| | |
|---|------------|
| 2.5.3 O sistema neoclássico (Frank/Mezger) | 66 |
| 2.5.4 O sistema finalista (Hans Welzel) | 67 |
| 2.5.5 O sistema funcionalista (Roxin/Jakobs)..... | 71 |
| 2.6 A relação de causalidade nos Códigos Penais brasileiros..... | 74 |
| 2.7 A relação de causalidade no Código Penal de 1969 e no Código Penal Tipo para a América Latina..... | 80 |
| 2.8 A relação de causalidade nos crimes omissivos..... | 82 |
| 2.9 A passagem da causalidade física para a causalidade normativa..... | 90 |
| 3 A RELAÇÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO CRITÉRIO DE RESTRIÇÃO DO NEXO CAUSAL | 92 |
| 3.1 O que é a relação de imputação objetiva (<i>objektiven Zurechnung</i>)?..... | 92 |
| 3.2 Histórico da teoria geral da imputação objetiva | 92 |
| 3.3 A opinião de Roxin | 94 |
| 3.3.1 Os níveis de imputação conforme Roxin | 95 |
| 3.4 A visão de Jakobs | 99 |
| 3.5 Uma visão possível à luz do ordenamento penal pátrio | 102 |
| CONCLUSÕES | 107 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 109 |

INTRODUÇÃO

O problema da imputação, isto é, de definir quais são os critérios adequados para que se possa atribuir a alguém determinado resultado, sempre acompanhou a história da humanidade.

A dogmática penal passou a dar enfoque científico à questão, no século XIX, quando os juristas adotaram como critério de imputação o nexo de causalidade, sob uma abordagem natural, erigindo-o a verdadeiro dogma.

A partir daí, surgiram diversas teorias que se preocupavam em explicar a relação de causalidade sob a ótica criminal, dentre as quais se destacam, por sua maior aceitação, a teoria da causalidade adequada e a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. A influência desta no pensamento dos juristas do Direito Penal sempre foi marcante. Em nosso país, de igual forma, tanto que, em 1940, foi ela incorporada à nossa legislação (art. 11, *caput*, do CP/40, que corresponde ao atual art. 13, *caput*, do CP – e ao vigente art. 29, *caput*, do Código Penal Militar).

Cumprе mencionar que a teoria da equivalência dos antecedentes mostra-se como dado irrefutável de lógica, mas conduz a evidentes exageros, tendo a doutrina sempre procurado corrigi-los com teorias auxiliares (como a proibição do regresso, a teoria da ausência do dolo, entre outras).

Desde a década de 1920, e, com maior ênfase, a partir da década de 1970 na Alemanha, e de 1990 no Brasil, o dogma da causalidade passou a ser objeto de questionamento. Dentro dessa perspectiva, o problema central deixa de ser definir qual a melhor teoria para explicar a relação de causalidade, para se ater na procura do critério mais apropriado para se atribuir a alguém determinado resultado, independentemente do nexo causal.

Em outras palavras, trata-se de estabelecer um conjunto de critérios jurídicos adequados para se poder imputar a alguém determinado resultado, de modo justo e consentâneo com as limitações inerentes ao Direito Penal.

Nesse contexto é que se manifesta a teoria da imputação objetiva, adotada no presente trabalho. O escopo deste estudo é justamente o de apresentar a mencionada teoria como critério adequado para restringir a relação de causalidade

material exposta na legislação penal pátria (CP, art. 13, *caput* e art. 29, *caput*, do CPM).

Assim, com a intenção de fornecer as bases adequadas sobre as quais se deve erigir a estrutura do crime e, dentro dela, os critérios corretos para a imputação, investiga-se, no primeiro capítulo deste trabalho, a função do Direito Penal, sob três enfoques: o das “Escolas Penais”, o do Direito Penal positivo brasileiro e o da ótica da moderna dogmática.

No capítulo seguinte, por sua vez, analisa-se a relação de causalidade propriamente dita (nos crimes comissivos e omissivos), partindo de uma sucinta exposição da mesma na filosofia, seguindo a apresentação de Paulo José da Costa Júnior, em sua obra clássica, de 1964 (*Do nexo causal – aspecto objetivo do crime*). Em seguida, há uma explanação dos sistemas penais e suas concepções sobre a estrutura do crime, e, por conseguinte, a compreensão da relação de causalidade em cada um deles. Por fim, estuda-se o tratamento que nossa legislação codificada deu ao tema do nexo causal ao longo do tempo.

Já no terceiro e derradeiro capítulo, examina-se a teoria da imputação objetiva, como critério jurídico de atribuição de responsabilidade. Apresentam-se as visões de seus principais autores, Claus Roxin e Günther Jakobs, com a preocupação de apontar diferenças entre seus pensamentos. Encerrando o estudo, sugere-se uma compatibilização entre a teoria da imputação objetiva e a nossa realidade dogmática e legislativa. A referida teoria, em suma, é apresentada como fator adequado à construção de um Direito Penal orientado pela imposição de limitações materiais, ou seja, pela dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III).

1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O Direito Penal dos povos é um pedaço da história da humanidade.¹

1.1 O desafio do Direito Penal

O Direito Penal encontra suas raízes na origem de toda organização social. Desde os primórdios, nas mais primitivas sociedades, sempre se viu, nos diferentes níveis de cultura e organizações sociais, a idéia de imposição de uma “pena pública”. Cuida-se de tradição milenar, indicativa de que todas as organizações sociais sempre estiveram ligadas ao Direito Penal (STRATENWERTH, 2005).

Nos dias atuais, a presença do Direito Penal se mostra mais viva e, por que não, necessária. “Se não houvesse o Direito Penal, a sociedade sentir-se-ia desprotegida, pois incapacitada de responder por meio da ameaça de sanções aos atos lesivos que desestabilizam a convivência social” (REALE JÚNIOR, 2004, p. 09).

O Direito Penal, contudo, não é a panacéia para a cura de todos os males sociais. Sua função jamais pode ser a de instituir uma sociedade sem crime. Tal idéia, além de utópica, culminaria na instalação de um absurdo totalitarismo ou de um estado policalesco, afinal, “o preço da liberdade é o eterno delito” (REALE JÚNIOR, 2004, p. 11).

Toda comunidade possui normas de conduta e, com elas, sanções decorrentes de sua violação. Ocorre que há sanções das mais diversas naturezas, desde aquelas puramente sociais como a censura pública ou o desprezo social, até as que possuem caráter normativo, *v.g.*, a nulidade do ato jurídico, o dever de indenizar o lesado, a rescisão do contrato, entre outros.

¹ Esta citação, feita por Roberto Lyra (1977, p. 37), não contém indicação de fontes, apresentando-se, tão-somente, como uma transcrição do pensamento de Tobias Barreto.

O ordenamento jurídico, portanto, contém uma considerável diversidade de “respostas” (quase sempre eficazes) à infração de uma norma de conduta, que independem do Direito Penal.

Assim sendo, as penas severas inerentes a este ramo do Direito (notadamente a morte² ou a privação da liberdade) devem encontrar um especial fundamento, isto é, uma justificativa convincente, no plano social e jurídico. Ora, se é possível sancionar eficientemente uma conduta com punições outras que não as duras penas criminais, por que se haveria de aplicar as últimas?

Há, por assim dizer, algumas zonas de consenso, ou seja, alguns comportamentos aos quais a aplicação do Direito Penal está fora de qualquer objeção³, *v.g.*, um estupro com resultado morte ou latrocínio; e outros que, indiscutivelmente, devem ficar de fora do âmbito deste ramo jurídico, como o descumprimento de uma simples cláusula contratual sem má-fé dos envolvidos.

Nesse contexto, cumpre ao jurista do Direito Penal dar uma resposta à inquietante pergunta: o que legitima a imposição das penas criminais, ou, sob quais pressupostos materiais se pode infligir uma sanção penal?⁴

A construção de uma teoria do crime desenvolvida com rigor científico, ou mesmo a adoção de um processo penal garantista e informado pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros, não se mostra suficiente se o legislador puder incriminar comportamentos desprovidos de lesividade social, socialmente adequados ou que somente violem normas puramente éticas, religiosas, morais ou ideológicas.

O legislador, com efeito, não possui “carta-branca” para punir, como ilícitos penais, quaisquer comportamentos. Em sua função seletiva, não lhe é dado erigir como conteúdo de normas penais condutas incapazes de abalar a configuração da sociedade.

² Nos países que admitem a pena capital. Não é o caso do Brasil (cf. art. 5º, XLVII, da CF).

³ Deve-se registrar que há autores que apregoam um verdadeiro “abolicionismo penal”, como Hulsman. Hodiernamente, essa postura não tem granjeado muitos adeptos, havendo quem a considere um pensamento isolado.

⁴ A proposta deste trabalho consiste em analisar a relação de causalidade dentro de um enfoque preocupado com a busca dos pressupostos materiais de imputação. O nexos de causalidade não pode ser considerado, segundo cremos, sob uma abordagem exclusivamente naturalística, sem que os juristas se ocupem de estabelecer critérios jurídicos de imputação. Vale dizer, o objeto da Ciência Jurídica é regular comportamentos, de modo a permitir o funcionamento da sociedade, sem perder de vista a procura do *justo*. (V. item 1.6.2 deste trabalho).

É importante ter em mente que os limites à faculdade estatal de punir, notadamente no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser orientados pelo absoluto respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Devem, além disso, observar que nosso país constitui-se num Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º). A dignidade da pessoa humana encontra-se definida como **fundamento** da República Federativa do Brasil, consistindo em valor que embasa nosso sistema de direitos fundamentais.

A noção de dignidade da pessoa humana produz reflexos em todo o ordenamento jurídico, sempre de modo a garantir o desenvolvimento livre e pleno da personalidade do indivíduo (projeção cultural do princípio). Nosso Estado Democrático de Direito, de sua parte, calcado na dignidade do ser humano, deve assegurar o primado dos direitos fundamentais, removendo obstáculos à sua concretização, sendo-lhe vedado adotar práticas que lhes sejam lesivas.

Como postulado fundamental, peculiar ao Estado de Direito democrático, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite *minimo vital* à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade *a priori*, positivado jurídico-constitucionalmente. [...] É, pois, um atributo ontológico do homem como *ser integrante da espécie humana* – vale em si e por si mesmo. (PRADO, 2007, p. 138, grifo do autor)

Retomando a questão fundamental de saber quais são os limites à atuação do direito de punir estatal, calha a lembrança feita por Roxin (2006, p. 33):

Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual. [...] Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada.

1.2 A História do Direito Penal e sua função

A procura por uma resposta à questão acima formulada tem feito os juristas se debruçarem intensamente sobre a História e a função do Direito Penal (ou a finalidade da pena criminal)⁵.

Franz von Liszt, em 1881, louvando o estudo da História do Direito Penal, ponderou, em seu *Tratado de Direito Penal* (2003, p. 74):

[...] como nos mostra o caminho que em toda a parte e em todos os tempos a pena seguiu em sua evolução, poderá indicar-nos também a direção em que é dado esperar no futuro uma reforma eficaz da legislação penal e destarte ser o guia e o conselheiro de uma Política Criminal que tenha consciência do seu fim e saiba ao mesmo tempo prender-se prudente e avisadamente ao passado.

Semelhante lição ensinou Tobias Barreto, sustentando que o método de indagação e estudo do Direito Penal deve ser o histórico-filosófico, único pelo qual se poderia chegar a “conhecer os verdadeiros fatores das leis penais” (2000, p. 188-189).

Tomando como ponto de partida a obra de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria)⁶, é possível efetuar uma breve síntese das diferentes visões a respeito do assunto, como se verá a seguir.

⁵ A função do Direito Penal ou a finalidade da pena criminal (assuntos correlatos) constituem objeto de preocupação não só de juristas, mas também de grandes filósofos, como Rousseau, Kant, Hegel, entre outros.

⁶ “Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, nasceu em Milão (1738) e foi educado em Paris pelos jesuítas, tendo se dedicado ao estudo da Literatura e da Matemática. Recebendo a influência de filósofos como Montesquieu (*O espírito das leis* e *Cartas Persas*) e de Helvetius (1715-1771) (*Del'Esprit*), chegou a fazer parte da redação de um jornal (*Il Caffè*) que surgiu de 1764 a 1765. Preocupado com as violências físicas e morais praticadas em nome da justiça criminal, porém temeroso pela divulgação de suas idéias libertárias, Beccaria imprimiu o seu livro secretamente, em Livorno. [...] As múltiplas influências de sua generosa obra fizeram de Beccaria um guia permanente para os estudiosos e profissionais do Direito e do Processo Penal até os dias correntes, passados dois séculos de sua primeira edição. Já naquele tempo, na Rússia de Catarina II, em uma célebre *Instrução*, proposta em 1765 (um ano após o livro), pode-se ler o seguinte: ‘A experiência de todos os séculos prova que a pena de morte jamais tornou uma nação melhor’ [...]” (DOTTI, 2003, p. 145).

1.2.1 A Escola Clássica

No final do século XVIII, Beccaria publicou seu “pequeno grande livro”, *Dos delitos e das penas*, e, com isto, fundou o que, posteriormente, se convencionou denominar *Escola Clássica*, *Idealista*, ou *Primeira Escola*⁷.

A *Primeira Escola* surgiu na Itália, de onde se espalhou para todo o mundo, principalmente para a Alemanha e para a França⁸. Pode ser subdividida em dois períodos: a) teórico ou teórico-filosófico (Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria⁹); e b) prático ou ético-jurídico (Francesco Carrara e Enrico Pessina).

A expressão *Escola Clássica* foi cunhada por Ferri, em tom discretamente pejorativo, senão irônico. Este autor assim se pronunciou (1996, p. 55, grifo nosso):

Em seguida à generosa e eloqüente iniciativa de CESARE BECCARIA, nos últimos anos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, o estudo teórico da justiça penal – que já tinha iniciado procedentes mas incompletas sistematizações – determinou, sobretudo na Itália e depois na Alemanha, França e outros países, a formação de uma grande corrente científica, que em toda a parte se chamou a “Escola Clássica Criminal”, **desde que eu assim a denominei, e com sentimento de admiração [...]**

Roberto Lyra ponderou, em função disso, que: “em conseqüência do mais paradoxal dos paradoxos, [a *Escola Clássica*] recebeu a certidão de nascimento das mãos de seus demolidores.” (*apud* MARQUES, 1997, p. 103, parêntese nosso).

⁷ A designação “Escola Penal” ou “Escola Criminal” compreende um agrupamento de idéias sobre alguns dos mais importantes problemas penais, por meio de um método científico semelhante. Jiménez de Asúa (*apud* PRADO, 2001, p. 73) definiu “Escola Penal” como “o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções”. Já Aníbal Bruno (1959, p. 77), de sua parte, conceituou as “Escolas Penais” como “corpos de doutrina mais ou menos coerentes sobre os problemas em relação com o fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetivos do sistema penal”. Tais “Escolas” surgiram a partir do século XVIII, quando teve início a fase humanitária e científica do Direito Penal. As principais foram a *Escola Clássica*, a *Escola Positiva*, e a *Terceira Escola* ou *Escola Eclética*. Destas, as duas primeiras apresentam posturas lógica e filosoficamente bem definidas, cada uma delas correspondendo a uma diferente “concepção de mundo”. A terceira, por sua vez, traz como que uma fusão das anteriores.

⁸ Pode-se apontar como data de seu início o ano de 1764, quando do lançamento da obra de Beccaria, *Dos delitos e das penas* (“*Dei delitti e delle pene*”).

⁹ Beccaria é considerado o fundador da moderna ciência do direito penal.

Tal Escola, especialmente por intermédio de seu precursor – Beccaria, sofreu influência decisiva do pensamento científico dominante à época, sobretudo de Montesquieu, Rousseau e Voltaire (cf. SIRVINKAS, 2003).

Característico da escola penal clássica é, antes de mais nada, o *método de trabalho*. O que hoje pode parecer uma verdade apodíctica, ou seja, que o jurista deva tomar como ponto de partida de toda construção, o direito positivo *vigente*, foi, para os cultores da escola clássica, premissa metodológica quase desconhecida. Trabalhavam baseados em *critérios de razão*, e não sobre dados de uma experiência jurídica. Somente para sufragar conclusões a que chegavam racionalmente, invocavam, às vezes, o direito positivo. (BETTIOL, 2000, p. 29, grifos do autor)

Roberto Lyra (1946, p. 99) corrobora esta assertiva ao dizer que os clássicos, no seu entender, foram “mais ou menos, jusnaturalistas, aceitando, em regra, o predomínio de normas absolutas e eternas sobre as leis positivas”.

Este método de trabalho é perfeitamente compreensível, quando examinado à luz da época em questão. Diante de leis draconianas, excessivamente rigorosas, de penas desproporcionais, de tipos penais vagos, enfim, de uma “situação de violência, opressão e iniquidade, a que chegara a Justiça penal na Idade Média” (BRUNO, 1959, p. 80) não poderia ser outra a metodologia. Os juristas precisavam se apoiar em conceitos extralegais para, então, buscar construir um sistema penal racional e justo.

A pedra fundamental da Escola em estudo foi lançada por Beccaria, em sua obra clássica. Já no prefácio, destaca-se a metodologia citada, quando ele afirma que (2002, p. 11, parêntese nosso):

[...] essas leis [*referindo-se às normas vigentes na Europa*], produto dos séculos mais bárbaros, são examinadas neste livro no que diz interesse ao sistema criminal; e ousa-se expor-lhes as desordens aos responsáveis pela felicidade pública, por meio de um estilo que afasta o vulgo ilustrado e impaciente.

E, mais adiante, arremata: “Seria, pois, um erro atribuir princípios contrários à **lei natural** [...]” (BECCARIA, 2002, p. 13, grifo nosso).

Beccaria ponderava que os homens se reuniram em sociedade de modo a sofrer o mínimo possível, e, com vistas ao exercício de sua liberdade, abriram mão de uma parcela por meio do contrato social. Nesse sentido, não admitia que a pena pudesse ter caráter puramente retributivo, servindo como castigo e tortura a um ser sensível, como então se pensava. Para este grande jurista, a pena tinha por fim a exemplaridade, isto é, transmitia a idéia de que o temor do castigo afastaria a tentação do delito.

Na síntese de Smanio (1997, p. 15) a respeito desta Escola:

[...] as leis que versassem sobre matéria criminal deveriam prevenir os abusos cometidos pelas autoridades, fundamentando-se a legitimidade do direito de punir no contrato social, ou seja, na tutela do direito de terceiros, bem como afirmando-se o critério da utilidade das penas, como o da prevenção geral, considerando-se úteis todas as penas que não visassem impedir violações futuras do ordenamento jurídico.

Carrara, um dos maiores expoentes da *Escola Clássica*, autor do célebre *Programma del corso di Diritto Criminale*, fixou como princípio fundamental, do qual se poderia deduzir toda a ciência criminal, o seguinte: o crime não é um ente de fato, mas um ente jurídico (cf. GARCIA, 1954)¹⁰, definido como: “uma infração, por ato humano externo, positivo ou negativo e moralmente imputável, de uma lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos” (*apud* GAROFALO, 1997, p. 41).

Desse modo, o crime não é uma ação, “mas uma infração; não um fato do homem, na sua realidade fenomênica, definido pelos fatores que o condicionem, nem no seu conceito ou no seu tratamento influi a consideração da natureza do criminoso como um ser natural, mas como um ser moral” (BRUNO, 1959, p. 90).

A pena, por sua vez, nesse contexto dogmático, constitui retribuição pelo mal praticado. O homem, sendo dotado de **livre-arbítrio** (este a razão de ser da responsabilidade criminal), deve sofrer as conseqüências de suas escolhas erradas.

¹⁰ Tobias Barreto, crítico feroz da legislação criminal do Império, citando o conceito de delito de Carrara, aduziu que: “o momento da legalidade é pois essencial ao conceito de delito. Foi o que fez Carrara dizer que o crime é uma *entidade jurídica*; expressão que tem quase tanta graça, para não dizer tanto senso, como, por exemplo, se alguém dissesse que o beribéri, a tísica, a meningite, a hepatite e todas as demais doenças conhecidas e classificadas pela medicina, são *entidades médicas*. Mas posta de lado a casca metafísica, o miolo é aproveitável, o fundo da tese é verdadeiro” (2000, p. 240, grifos do autor).

Se uma pessoa, agindo de modo livre e consciente, violar a lei penal, sofrerá o castigo correspondente, por intermédio da pena.

Como salientou Bettioli (2000, p. 32, grifo do autor):

A pena é, para os clássicos, uma medida *repressiva, aflitiva, pessoal*, aplicada ao autor de um crime, que tenha agido com capacidade para entender e de querer. As várias teorias formuladas pelos clássicos movem-se entre os extremos da imputabilidade e o da pena retributiva pelo que, frente a uma concepção que ponha em dúvida a liberdade do querer ou atribua à pena tarefas que não encontrem seu apoio lógico na teoria da culpa, podemos tranqüilamente afirmar que estamos fora do campo de ação do classicismo que, no esforço de salvaguardar a soberania da lei contra qualquer arbítrio, restringia os poderes do juiz no campo da penalidade, transformando-o em mero executor do legislador.

1.2.2 A Escola Positiva ou Positivista

O avanço das ciências humanas e biológicas operado no final do século XIX marcou a decadência da *Escola Clássica*. Nesse sentido, destaca Roberto Lyra (1946, p. 101, grifos do autor):

[...] inspirada na filosofia e nas ciências positivas (COMTE, DARWIN, SPENCER, HAECKEL), principalmente a doutrina da evolução, surgiu, na Itália, entre 1875 e 1880, a *Escola Positiva*, também chamada *Segunda Escola*, *Escola Italiana*, *Escola Moderna*, *Escola Antropológica*, *Nova Escola*.¹¹

Vale dizer que a mesma influência das bases filosóficas alheias vista na *Escola* anterior foi observada na *Escola Positiva*.

Ferri (1996, p. 61), um dos maiores representantes deste pensamento, procurou minimizar os reflexos das demais ciências no pensamento da *Escola Positiva*, dizendo que:

¹¹ Ferri indica os anos de 1876 a 1880 como sendo os do surgimento da *Escola Positiva*.

A Escola Criminal Positiva não perfilha nem modela nenhum sistema filosófico ou social, a começar pela “filosofia positiva” (COMTE, SPENCER, ARDIGÓ, etc.), nem nenhuma doutrina biológica (DARWIN, LAMARCK, MOLLESCOTT, etc.). Ela apareceu quando as outras doutrinas desses grandes pensadores estavam em pleno apogeu e por isso – como todas as ciências biológicas e sociais – não deixou de lhes sentir o reflexo.

Além disso, cumpre lembrar que os anseios frente ao Direito Penal eram outros. Já não se via mais o antigo absolutismo do Estado ou o antigo arbítrio, violência e injustiça penal da época da Idade Média. A maior preocupação na segunda metade do século XIX era a crescente criminalidade: “Os homens sentiam-se solidários com a ordem social e jurídica, e desejosos de opor proteção eficaz à ameaça do crime” (BRUNO, 1959, p. 97).

Para Ferri (1996, p. 62), a distinção maior entre as duas escolas reside menos nas conclusões particulares e mais no **método**¹²:

[...] – dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica, – indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto o “crime” como entidade jurídica, esta, ao contrário, “o delinqüente” como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado.

Ao voltarem os olhos ao delinqüente, os positivistas centraram sua análise na morfologia e na psicologia. Analisaram a criminalidade, observando suas causas, e se utilizaram, com freqüência, da estatística¹³.

Note-se que a *Escola Clássica* via o crime como “entidade jurídica”, enquanto a *Escola Positiva* o encarava como fato social e humano. Roberto Lyra, representante do positivismo no Brasil, asseverou que, ao assim procederem, os positivistas contemplavam o delito em “seu aspecto real”, isto é, como um “fenômeno natural e social” (*apud* PRADO, 2001, p. 50).

¹² Na síntese de Ferri (1996, p. 65), suas principais idéias eram as seguintes: o criminoso deve ser o centro da ciência criminal; a pena e sua execução devem ser individualizadas; a tarefa da justiça penal não é moral, ética ou filosófica, mas prática, no sentido de “organizar a defesa social repressiva contra a delinqüência”; imposição ao condenado não só da pena, mas do dever de indenizar o dano *ex delicto*; a pena deve ser proporcional à gravidade do crime, mas também adaptada à periculosidade do agente.

¹³ Lombroso, médico que integrou o exército italiano, realizou a medição antropométrica de mais de 3.000 soldados. Vide BONFIM; CAPEZ, 2004. p. 79.

Com referência ao fundamento da pena, a Escola Positivista discordava seriamente da Clássica. A questão do livre-arbítrio, defendida pelos clássicos, era completamente rejeitada em nome de um verdadeiro determinismo.

Ou o homem nasce livre e deve ser punido conforme suas escolhas voluntárias ou, desde o nascimento, já está determinado a ser um criminoso, em função de sua raça, sua psicologia, sua fisionomia e demais fatores biológicos e sociais. Para os positivistas (com diferentes matizes), a segunda assertiva era a verdadeira.

Ademais, segundo os positivistas, a *Escola Clássica*, com seu método dedutivo ou de lógica abstrata, perdera de vista o “protagonista vivo e presente” da justiça penal, isto é, o criminoso. Sendo esta uma das razões pelas quais suas proposições teriam contribuído para um “contínuo aumento da criminalidade e da recidiva” (FERRI, 1996, p. 59).

Em função desse quadro, Ferri, Garofalo e, sobretudo, Lombroso reagiram com a criação da antropologia criminal, ciência auxiliar do Direito Penal. Embora louváveis suas intenções (redução da criminalidade, defesa social, entre outras), o que chama mais atenção são os exageros a que chegaram.

Na célebre classificação de criminosos desenvolvida por Lombroso e aplaudida pelos demais positivistas, havia, ao lado do criminoso louco, habitual, ocasional e passional, a famigerada figura do **criminoso nato**¹⁴, uma variedade particular da raça humana! Diz-se que fora em 1871, ao abrir o crânio de um criminoso chamado Vilela e verificar determinadas anomalias, que Lombroso teve sua inspiração (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 79)¹⁵.

Além disso, partindo de seu método indutivo (em contraposição ao método dedutivo da Escola anterior), chegaram ao absurdo de traçar características morfológicas dos delinqüentes.

Acrescente-se, ainda, o fato de que, nesta Escola, a pena não tinha papel retributivo, mas fundamentalmente preventivo. Não sendo possível corrigir os

¹⁴ A expressão “criminoso nato” não foi criada por Lombroso, mas por Cubí y Soler, em 1844, como assinala Jiménez de Asúa (1950, p. 90, nota 39). Vide BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 83. Ressalte-se, contudo, que Cubí y Soler consideravam o termo impróprio, ao contrário de Lombroso.

¹⁵ No Brasil, o primeiro crítico de Lombroso, como reconheceu Jiménez de Asúa, foi Tobias Barreto, o qual, depois de ler *O homem delinqüente*, concluiu: “O conhecimento exato do criminoso não se compõe somente de dados psicológicos, fornecidos pela observação interna, direta ou indireta, mas é igualmente certo que não se compõe só de dados craniométricos, dinamométricos, oftalmoscópicos e todos os mais epítetos sesquipedais, de que sói usar a tecnologia medical” (BARRETO, 1926 *apud* LYRA, 1946, p. 113).

criminosos, serviria como instrumento de defesa social. A sanção aplicável não se balizava somente pela gravidade do ilícito, mas, sobretudo, pela periculosidade do agente.

1.2.3 A Terceira Escola¹⁶

Do profundo e acirrado debate entre a *Escola Clássica* e a *Positiva* surgiu a *Terceira Escola*, também chamada de *Escola Eclética*, *Crítica*, *Sociológica* ou do *Naturalismo Crítico*, a qual procurava fundir as demais e, a partir daí, criar uma terceira concepção.

Da *Escola Positiva*, adotaram as “premissas acerca da gênese natural da criminalidade, com o propósito de utilizar os dados da antropologia e da sociologia criminal, pondo em maior relevo o delinqüente perante o crime”; da *Clássica*, conservaram o princípio de uma diferenciação entre delinqüentes imputáveis e não imputáveis, admitindo, contudo, “que também destes se deve ocupar a lei penal, porém com medidas que são providências de segurança e por isso mesmo substancialmente diversas das penas, que representam o castigo proporcionado à culpa” (FERRI, 1996, p. 76).

Basileu Garcia (1954, p. 106) observou que:

Os ecléticos sustentaram, tal como queria a Escola Positiva, a necessidade das investigações de ordem antropológica e sociológica, de que é inseparável o método positivo. Mas, por outro lado, dissentindo dos positivistas, repeliram a concepção de criminalidade congênita e consideraram o delito juridicamente, prosseguindo na minuciosa elaboração dogmática empreendida, com tanta maestria, pelos clássicos. E, evidentemente, aprofundando o estudo do Direito Penal como ciência normativa, não poderiam dispensar o método dedutivo, que pressupõe regras das quais do raciocínio se extrai as devidas conseqüências.

¹⁶ Seu fundador foi Manuel Carnevale (*Una terza scuola di diritto penale na Italia* – julho de 1891), seguido por Bernardino Alimena e Giambattista Impallomeni.

Na síntese de Lyra (1946, p. 103-104), suas principais idéias eram:

- 1) método positivo nas ciências penais e lógico-abstrato no direito criminal;
- 2) indagação, tanto da culpa moral como do estado perigoso; 3) o delito como fenômeno natural e como ente jurídico; 4) penas e medidas de segurança, como duplo meio de luta contra o crime.

Luiz Régis Prado (2001, p. 50), por sua vez, acrescentou, ainda, como pertencentes à Terceira Escola, as seguintes concepções:

A responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre-arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: o homem está determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de se deixar levar pelos motivos [...]; o delito é contemplado no seu aspecto real – fenômeno natural e social; a pena tem uma função defensiva e preservadora da sociedade.

1.2.4 As demais Escolas e a sua superação

Imprescindível se faz acrescentar que, além das Escolas Clássica, Positivista e da Terceira Escola, não se pode olvidar a existência de outras, como a “Escola Moderna Alemã”¹⁷, cujo principal representante fora Franz von Liszt; a “Escola

¹⁷ As características mais importantes da “Escola Moderna Alemã” eram: “a) a *adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental* – o primeiro para o Direito Penal e o segundo para as demais ciências criminais. Prega a necessidade de distinguir o Direito Penal das demais ciências criminais, tais como Criminologia, Sociologia, Antropologia etc.; b) *distinção entre imputáveis e inimputáveis* – o fundamento dessa distinção, contudo, não é o livre-arbítrio, mas a normalidade da determinação do indivíduo. Para o imputável a resposta penal é a pena, e para o perigoso, a medida de segurança, consagrando o chamado duplo-binário; c) *o crime é concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico* – embora considere o crime um fato jurídico, não desconhece que, ao mesmo tempo, é um fenômeno humano e social, constituindo uma realidade fenomênica; d) *função finalística da pena* – a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela pena finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delinqüente. Mesmo sem perder o caráter retributivo, prioriza a finalidade preventiva, particularmente a prevenção especial; e) *eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração* – representa o início da busca incessante de penas alternativas às penas privativas de liberdade de curta duração, começando efetivamente a desenvolver uma verdadeira política criminal liberal” (BITENCOURT, 2007, p. 61, grifos do autor).

Técnico-Jurídica”¹⁸, que possuía em Arturo Rocco seu maior expoente; a “Escola Correccionalista”¹⁹, de Karl Roder; e a “Escola da Defesa Social”²⁰, de Felipe Gramatica, Adolphe Prins e Marc Ancel (v. BITENCOURT, 2007).

O estudo das “Escolas Penais” constitui, sem dúvida, base fundamental para a compreensão da função do Direito Penal (e da finalidade da pena). Tal análise é, em certa medida, a percepção de um momento histórico, refletido no mundo do Direito Penal.

Nos dias de hoje, contudo, encontra-se superado o conflito doutrinário exposto acima, notadamente entre as Escolas “Clássica” e “Positiva”.

Conforme observava Salgado Martins (1957, p. 83), há mais de meio século:

Atualmente, com o progresso verificado nas ciências que estudam o homem e a sociedade e com a tendência predominante na inteligência moderna para a síntese do conhecimento, não seria sequer defensável uma posição ortodoxa ou rigidamente clássica ou positivista com relação aos problemas do Direito Penal. Não se compadece nem mesmo com a mentalidade contemporânea o sectarismo de princípios e o absolutismo de soluções apresentados por uma e outra escola, naquilo que é essencial ou fundamental ao Direito repressivo: a noção do crime, do delinqüente e da pena.

Magalhães Noronha (1993, p. 43) igualmente ponderou, mais recentemente, que: “A ortodoxia é inconciliável com o conteúdo e a finalidade do direito penal”, bem como, “um Código não se deve escravizar a preconceitos das escolas”.

¹⁸ Conforme síntese de Bitencourt (2007, p. 62): “Pode-se apontar como as principais características da Escola Técnico-Jurídica: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma conseqüência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva – deve ser aplicável aos inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); e) método técnico-jurídico; e f) recusa o emprego da filosofia no campo penal”.

¹⁹ Sua maior característica foi estabelecer que a correção do delinqüente constituía a verdadeira finalidade da pena criminal. Além disso, dentre os ideais dessa Escola destacam-se: “a) a pena idônea é a privação de liberdade, que deve ser indeterminada; b) o arbítrio judicial deve ser ampliado em relação à individualização da pena; c) a função da pena é de uma verdadeira tutela social; d) a responsabilidade penal como responsabilidade coletiva, solidária e difusa” (BITENCOURT, 2007, p. 64).

²⁰ De acordo com Bitencourt (2007, p. 64, grifo do autor), “esse movimento político-criminal pregava uma nova postura em relação ao homem delinqüente, embasada nos seguintes princípios: a) filosofia humanista, que prega a *reação social* objetivando a proteção do ser humano e a garantia dos direitos do cidadão; b) análise crítica do sistema existente e, se necessário, sua contestação; c) valorização das ciências humanas, que são chamadas a contribuir, interdisciplinarmente, no estudo e combate do problema criminal”.

1.3 Breve história do Direito Penal positivo brasileiro (codificado)

[...] como poderemos saber se o direito penal é uma conquista das idéias esclarecedoras dos tempos modernos sobre as doutrinas viciosas do passado, ou se é a continuação dessas doutrinas rudes e bárbaras, como as sociedades em que dominavam, sem conhecer a sua história? Como explicar os textos, as suas disposições, os seus preceitos, sem conhecer o passado? É necessário, portanto, estudar a história do direito penal para bem conhecer a este. (CAMARGO, J. A., 2005, p. 28-29)

1.3.1 As ordenações do Reino de Portugal

Não se pode compreender um fenômeno sem conhecer a sua história, e, a do Direito Penal brasileiro inicia-se com a colonização²¹. Consoante Aníbal Bruno (1959, p. 155): “Colônia de Portugal nos primeiros tempos, é com as leis e costumes da metrópole que o Brasil inicia a sua história jurídica”.

As Ordenações do Reino, nossos primeiros diplomas jurídicos, são consideradas as fontes primitivas de nosso Direito Penal (cf. BRUNO, 1959).

Deve-se frisar, entretanto, que, antes da chegada de Cabral, aqui já vigorava um direito consuetudinário, praticado nas tribos indígenas. João Bernardino Gonzaga²² deteve-se cuidadosamente no assunto, na obra *O Direito Penal Indígena*, onde aponta a mescla de costumes, mitos e tabus observados pelos silvícolas, assim como seus usos e regras jurídicas.

Na visão do autor, o índio brasileiro era pouco misericordioso²³ e extremamente vingativo. Argumenta que, para o aborígine, a retaliação mostrava-se sempre obrigatória, “de cunho sagrado, e nada autoriza a crer que atendesse ao requisito da culpabilidade”. Em apoio à sua tese, cita, dentre outros, os relatos de Evreux (“[...] entre todos os vícios a que estão sujeitos estes bárbaros, sobressai a vingança, que nunca perdoam, e praticam logo que podem, embora as boas

²¹ Observe-se que o Direito Penal Indígena, com sua mescla de mitos, costumes e tabus, não exerceu qualquer influência no Direito Penal brasileiro dos dias atuais.

²² Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

²³ Nesse aspecto, o autor discorda de Assis Ribeiro e de historiadores que vislumbravam, nos costumes indígenas, senso de justiça e misericórdia.

aparências com que tratam seus inimigos reconciliados [...]”); e Thevet (“[...] jamais se conseguirá reconciliar o ofendido com o ofensor. Essa obstinação adquirem e conservam os índios, de pais a filhos. Vê-los-eis ensinar as crianças [...] a vingar-se dos inimigos, ou a morrer, de preferência a perdoar a quem quer que seja”) (GONZAGA, [s.d.], p. 105 e segs.).

Esse conjunto de regras consuetudinárias, no entanto, nada influenciou em nossas leis penais. Por esse motivo, inclusive, Sílvio Romero²⁴ (1997) declarou que a história do Direito brasileiro constitui um capítulo do Direito português na América.

À época do descobrimento, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas ou Código Afonsino, cuja publicação ocorrera entre 1446 e 1447, constituindo, no dizer de Cândido de Almeida Mendes, “um acontecimento notável na Legislação dos Povos Cristãos. Foi um incontestável progresso, e revela os adiantamentos que Portugal tinha em sua Jurisprudência, como a outros respeitos” (*apud* PINHO, 1973, p. 05)²⁵.

²⁴ Sílvio Romero nasceu em 21 de abril de 1851, na cidade de Lagarto, Sergipe. Contemporâneo de Tobias Barreto e seu contemporâneo na Faculdade de Direito do Recife (quando Romero ingressou, Barreto cursava o quarto ano), formaram a “Escola do Recife”. Mais tarde, já deputado federal, contribuiu na elaboração do Código Civil de 1916.

²⁵ “[...] em virtude do requerimento dos povos em Cortes, d. João 1º mandou compilar a legislação pelo cavaleiro e regedor da Corte, dr. João Mendes, cujo trabalho, por morte deste, foi concluído pelo jurisconsulto conselheiro dr. Ruy Fernandes, sendo em 1446, publicado como lei nacional, no reinado de d. Afonso 5º, com a denominação de Ordenações Afonsinas. Nesse Código ou Ordenações foram compilados e traduzidos literalmente muitos títulos e uma parte considerável das leis de Justiniano, com várias declarações tiradas das glosas de Acúrsio, das opiniões de Bártolo e das doutrinas dos sabedores antigos que as interpretavam e explicavam. E foi determinado que o mesmo direito de Justiniano, glosas e opiniões de Acúrsio e Bártolo constituíam direito subsidiário” (CAMARGO, J. A., 2005, p. 88). O citado autor sintetizou as características das Ordenações Afonsinas, que em boa parte foram reproduzidas nas que lhe sucederam: “A vingança arbitrária e caprichosa, o terror, o ódio, a sanha, a infâmia, o sangue, o confisco de bens, as torturas, as mutilações e a morte para os mais leves crimes, tais são as bases da punição deste Código. Com efeito, em cada uma de suas páginas, e em quase todos os delitos, encontram-se estas palavras aterradoras: morra naturalmente e os seus bens sejam confiscados; sofra pena corporal a nosso arbítrio, ou dos juizes; seja cruelmente atormentado, para exemplo de todos que da punição souberem; morra por isso; sejam difamados para sempre, de guisa que não possam ter honra, nem ser aportelados nos lugares onde viverem; seja açoitado por toda a vila com pregão, deitando-se-o para sempre fora da terra; seja queimado e feito pelo fogo em pó, de forma que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória; seja nosso cativo de modo que possamos fazer dele mercê a quem nos aprouver, como coisa nossa que fica sendo; seja açoitado publicamente e cortem-lhe a língua na praça junto ao pelourinho; seja levado ao pé da forca com o barão na garganta, a fim de pagar ali o furto e, se não pagar, enforcuem-no; porque a sanha sói a embargar o coração, ‘enquanto que homem não pode ver diretamente as coisas ao condenar’. Nos crimes de lesa-majestade então é estabelecido tudo o que há de odioso e bárbaro. O seu processo é uma verdadeira tortura. Não é só isso, para os nobres, fidalgos de solar, cavaleiros d’espadas douradas, doutores, vereadores e vassallos, as penas eram enfraquecidas, e às vezes o dinheiro as fazia desaparecer. Para o plebeu ou vilão, que não participava da mais diminuta partícula do poder, nem gozava de influência, os horrores, as torturas, o escárnio e desprezo público!” (2005, p. 100-101).

Vinte e um anos após o descobrimento, sobrevieram as Ordenações Manuelinas ou Código Manuelino, o qual em muito se assemelhava à legislação revogada (cf. PINHO, 1973)²⁶. Note-se, contudo, que, até 1530, a Justiça Penal no Brasil se fazia ao arbítrio dos titulares das capitanias. Conta-se que Martim Afonso obteve do governo português “carta branca para processar e julgar, inapelavelmente, aplicando a pena de morte” (LYRA, 1955, p. 58).

O Código Manuelino teve vida relativamente longa (para os padrões legislativos atuais), pois foi revogado somente em 11 de janeiro de 1603²⁷ (pouco mais de oitenta anos depois de sua entrada em vigor), quando D. Felipe III (ou D. Felipe II, de Portugal) promulgou as Ordenações Filipinas ou Código Filipino, cuja longevidade em nossas terras quebrou recordes; a parte penal, constante do Livro V, vigorou por mais de duzentos anos, chegando a se estender até 1830²⁸, quando da promulgação do Código Criminal do Império, a primeira legislação penal “genuinamente brasileira”.

O Livro V das Ordenações Filipinas, também conhecido como *Libris Terribilis*, continha as seguintes características:

- 1) Buscava promover a intimidação pelo terror.

A punição mais freqüente era a morte. O legislador finalizava a descrição da maioria dos comportamentos incriminados com a expressão *morra por ello*, ou *morra por isso*.

²⁶ As “Ordenações Manuelinas” foram mandadas organizar por D. Manuel, o Venturoso, que encarregou uma comissão composta pelo chanceler-mor e desembargador Ruy Botto. Revisaram-na, além de Ruy Botto, o bacharel João Cotrim, João de Faria, Pedro Jorge e Christovão Esteves. Começaram a serem impressas entre 1512 e 1513, mas sua edição definitiva data de 1521, segundo registro de Pinho (1973). “As Ordenações Manuelinas são as mesmas Afonsinas, com poucas modificações” (CAMARGO, J. A., 2005, p. 102).

²⁷ Deve-se ressaltar que, segundo registro de Ponte (2002, p. 28), também vigoraram no Brasil, de 1569 a 1603, o Código de D. Sebastião. Cuida-se de uma compilação de leis extravagantes, não incluídas nas Ordenações Manuelinas, que se mandou elaborar por D. Sebastião, tendo o trabalho ficado a cargo de Duarte Nunes do Lião. Essa compilação de leis divide-se em seis partes, sendo a quarta toda dedicada ao direito penal (cf. CAMARGO, J. A., 2005).

²⁸ Depois de proclamada a independência do Brasil, editou-se a Lei de 20 de outubro de 1823, a qual ratificou a vigência do Livro V das Ordenações Filipinas em nossas terras. Foram mantidas, portanto, as penas nela cominadas (morte natural; morte natural para sempre; morte natural cruelmente; morte pelo fogo, até ser feito o condenado em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória; açoites, com ou sem baraço; pregão pela cidade ou vila; degredo para as galés; degredo, perpétuo ou temporário, para a África, para a Índia, para o Brasil (*sic*), para o Couto de Castro Marim, para o reino ou fora da vila, e termo, ou fora do bispado; mutilação das mãos; da língua; queimaduras com tenazes ardentes; capela de chifres na cabeça – aplicado aos maridos condescendentes; polaina ou enxavaria vermelha na cabeça – aplicada às alcoviteiras; confisco, como pena principal ou acessória, ou multa).

Não só as condutas mais graves, como o crime de lesa-majestade (Título VI), a falsificação de moeda (Título XII), o estupro (Título XVIII), o homicídio (Título XXXV), o roubo (Título LXI) ou o falso testemunho (Título LIV) eram sancionadas com a pena capital, mas outras como a feitiçaria (Título III), a bigamia (Título XIX) e o ato de, “*em desprezo do Rey*”, quebrar ou derrubar alguma imagem de sua semelhança ou armas reais postas em sua honra e memória²⁹.

Havia quatro espécies de pena capital, como relata Cândido Mendes (*apud* RIBEIRO, 1943, p. 140): *morte natural cruelmente* (“com todo o cortejo das antigas execuções, o que dependia da ferocidade do executor, e capricho dos Juízes, que neste ou em outros casos tinham arbítrio”); *morte natural de fogo* (“a queima do réu vivo, mas por costume e prática antiga primeiramente se dava garrote aos réus, antes de serem lançados às chamas”); *morte natural* (“expiava o crime, sendo enforcado no Pelourinho, seu cadáver era levado pela confraria da Misericórdia, e no cemitério sepultado”); e *morte natural para sempre* (“o padecente ia à forca da cidade, onde morria, e ficava pendente até cair podre sobre o solo do patíbulo, insepulto, despindo-se seus ossos da carne, que os vestia: ali se conservaram até a tarde do 1º de novembro, e conduzidos pela Confraria da Misericórdia em suas tumbas, para a Igreja, e no dia seguinte os soterravam”).

2) Confundiam-se crime, moral e pecado.

Punia-se com morte, *v.g.*, quem dormisse com mulher casada (Título XXV). Apenava-se com determinação de utilizar capela de chifres o marido condescendente (MENDES *apud* RIBEIRO, 1943, p. 141). Também era crime, embora sancionado com pena pecuniária e degredo, o ato de “*arrenegar, descrer, ou pezar de Deos, ou de sua Santa Fé, ou disser outras blasfêmias [...]*” (Título II).

3) As penas impostas eram, em sua maioria, cruéis: morte precedida de tortura, morte para sempre, mutilação, marca de fogo, açoite, degredo, entre outras.

²⁹ Trata-se de uma modalidade do crime de lesa-majestade (Título VI, item 8), apenado com morte natural cruelmente ou “morte para sempre”, em que o agente era morto, esquartejado, seus restos mortais expostos, seus bens confiscados, atingindo-se a infâmia decorrente do crime até sua quarta geração.

4) Algumas penas eram impostas com total arbítrio pelo julgador.

Confira-se neste trecho do Título VII:

[...] O que disser mal de seu Rey, não seja julgado por outro Juiz, senão per elle mesmo, ou per as pessoas, a quem o elle em special commeter. E ser-lhe ha dada a pena conforme a qualidade das palavras, pessoa, tempo, modo e tenção com que forem ditas. A qual pena poderá se estender até a morte inclusive, tendo as palavras taes qualidades, porque a mereça [...]

Os arruaceiros, por sua vez, eram punidos com prisão “até a nossa mercê”, isto é, por tempo indeterminado, a critério do julgador (Título XLVI).

5) A desigualdade de tratamento entre os delinqüentes.

A discriminação levava em conta diversos fatores, tais como religião, nacionalidade (os judeus e mouros recebiam tratamento degradante – Título XCIV – “*dos mouros e judeus, que andão sem sinal*”) e, notadamente, condição social (v.g., Título LXXX – item 10, sob a rubrica “*Privilegios*”).

6) A falta de uma parte geral.

Ressente-se o texto de uma parte geral. Dos 146 títulos, apenas um cumpre claramente esse papel, ao descrever uma circunstância que agrava a pena de vários crimes. Trata-se do Título XXXVII – “*Aleivosia*”, isto é, “*huma maldade commetida atraiçoeiramente sob mostrança de amizade*”, que representava um esboço de agravante genérica.

7) A aglutinação de normas penais e processuais.

O Livro V fazia as vezes de Código Penal e Processual Penal. Havia títulos dedicados exclusivamente a normas adjetivas (v.g., Títulos CXVII – “*Em que casos se devem receber querellas*”; CXXII – “*Dos casos, em que a Justiça ha lugar, e dos que se appellará por parte da Justiça*”; CXXIV – “*Da ordem do Juízo nos feitos crimes*”; entre outros, que previam normas de cunho adjetivo); noutros, normas materiais e instrumentais surgiam fundidas no mesmo tópico (v.g., Título VI, que, ao definir o crime de lesa-majestade, ocupou-se de estabelecer regras processuais: “*porém, se a testemunha for inimigo capital do accusado, ou amigo special do*

accusador, seu testemunho não será muito crido, mas sua fé deve ser minguada, segundo a qualidade do ódio, ou amizade”).

Ante o exposto, conclui-se que a função do Direito Penal não era outra senão intimidar pelo terror, sem qualquer preocupação humanitária ou eqüitativa.

1.3.2 O Código Criminal do Império

A entrada em vigor do “velho” Código Criminal³⁰ representou enorme avanço em nosso *ius positum*. Com efeito, saímos da “Idade das Trevas” em matéria penal e, guiados pelos faróis do Iluminismo, com as idéias de Beccaria³¹ e Bentham³², dentre outros, ingressamos no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa.

Como assevera Miguel Reale, é notório que nenhuma regra jurídica pode ser compreendida “sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas” (1953, p. 506).

Tobias Barreto já ponderava que:

A ciência do direito criminal, como todas as ciências, deve ter um método de indagação e de estudo. É o método histórico-filosófico, por meio do qual é só que se pode chegar a conhecer os verdadeiros fatores das leis penais. A velha inimizade entre o *filosófico* e o *histórico* não tem mais significação. (2000, p. 188, grifos do autor)

Assim, mostra-se fundamental compreender o momento histórico e a perspectiva filosófica em que o Código Criminal foi elaborado.

O Brasil havia acabado de se tornar independente. Uma nova legislação criminalurgia, pois:

³⁰ Expressão de Sílvia Romero.

³¹ O italiano Cesare Bonesanna, filho de uma família aristocrata, nasceu em 1738 e faleceu em 1794. Sua obra *Dei delitti e delle pene (Dos delitos e das penas)* revolucionou o pensamento criminal.

³² Jeremy Bentham (1748-1832), filósofo inglês, notabilizou-se por suas teorias, que buscavam uma modificação na estrutura do sistema legal, e pela criação do utilitarismo.

Por um lado, a situação de vida política autônoma da nação, que exigia uma legislação própria, reclamada mais ainda pelo orgulho nacional e a animosidade contra tudo o que podia lembrar o antigo domínio; do outro lado, as idéias liberais e as novas doutrinas do Direito, do mesmo modo que as condições sociais do tempo, bem diferentes daquelas que as Ordenações foram destinadas a reger. (BRUNO, 1959, p. 164)

No mesmo sentido, Salgado Martins³³ (1957, p. 96) destacou que, à época:

[...] começavam a surgir os grandes movimentos de renovação das idéias jurídicas e políticas. A obra dos enciclopedistas franceses prega a filosofia política do individualismo. A revolução francesa universaliza os direitos do homem e do cidadão. Nesse clima de inquietação espiritual, afirmava-se a autonomia do indivíduo contra todas as formas de opressão. E, como é, justamente, no campo do direito penal, que mais vivamente repercutem as idéias políticas, não poderia ele furta-se à influência das reformas e revoluções que estas renunciavam e promoviam. Os estadistas brasileiros do 1º império também sentiram a mesma inquietação e se preparavam para dotar o país com as leis que a sua nova estrutura social e política exigia, de modo que os fatos encontrassem, em ordenamento jurídico mais adequado, as condições que propiciassem o desenvolvimento pacífico do país e as manifestações do espírito e das peculiaridades nacionais.

Ademais, nossa primeira Constituição fora outorgada em 25 de março de 1824, e consagrara princípios penais incompatíveis com o Código Filipino, cuja vigência estendia-se por força da Lei de 27 de setembro de 1823³⁴, de D. Pedro I, que revigorou as disposições do Livro V das Ordenações.

Observe-se que a Constituição de 1824, ainda que outorgada após D. Pedro I ter destituído a Assembléia Constituinte, era pródiga na previsão de direitos e garantias aos cidadãos brasileiros, como se nota em seu art. 179:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá efeito retroactivo.

³³ Professor catedrático em Direito Penal da Faculdade de Direito de Porto Alegre da Universidade do Rio Grande do Sul.

³⁴ Outra lei, de 20 de outubro de 1823, restabeleceu as penas do Livro V das Ordenações Filipinas.

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguem pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

VI. Qualquer pôde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

[...]

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

[...]

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

[...]

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum, confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadéas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes. [...]

Vale acrescentar que, na Europa, importantes juristas, como Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) e Jeremias Bentham, dentre outros, influenciaram decisivamente a nova roupagem do Direito Penal da época, o que veio a se refletir em nossa legislação criminal.

Foi, pois, a necessidade que obrigou os homens a cederem parte de sua liberdade, e é certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima porção possível que baste para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo mais é abuso e não justiça; é fato e não direito. As penas que excedem a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por natureza; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável seja a sua segurança e maior a liberdade que o soberano conserva para os súditos. (BECCARIA, 2002, p. 20)

A “mão” de Beccaria é percebida em diversos preceitos garantistas da Constituição do Império, como os incisos I e III do art. 179, que previam as seguintes regras: “Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma

cousa, senão em virtude da Lei” e “*a sua disposição não terá efeito retroactivo*”. Já a visão utilitarista de Bentham mostra-se clara no texto do art. 179, inciso II, da Constituição do Império: “*nenhuma lei será estabelecida sem utilidade publica*”³⁵.

E sob tais influências, cumprindo o comando constitucional inserido no inciso XVIII, do art. 179 da Constituição (“*Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade*”), foi promulgado o Código Criminal de 1830, resultado de dois projetos, um de Bernardo Pereira de Vasconcelos (que prevaleceu), e outro de José Clemente Pereira.

O Código Criminal do Império foi considerado, à sua época, inovador. Nas palavras de Vicente de Paulo Vicente de Azevedo³⁶: “Se na realidade um Código Penal fosse (no entender de Nicola Nicolini) termómetro por que se pode aferir o grau de civilização de um povo, - o Brasil de 1830 deveria hombrear, com as mais cultas nações européas, senão sobrepujal-as” (1931, p. 19).

Roberto Lyra³⁷ assim enumerou suas virtudes:

1) no esboço de indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando já os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; 2) na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3) na previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesas e napolitana, e adotada muito tempo após; 4) no arbítrio judicial, no julgamento de menores de 14 anos; 5) na *responsabilidade sucessiva*, nos crimes por meio de imprensa, antes da lei belga e, portanto, é esse sistema brasileiro e não belga, como é conhecido; 6) a indenização do dano *ex delicto* como instituto de direito público, também antevisão positivista; 7) na imprescritibilidade da condenação. (1946, p. 89, grifo do autor)

³⁵ Muito embora a maioria dos autores atribua a origem de tal disposição constitucional à doutrina utilitarista de Bentham, há quem pense de modo diverso. Joaquim Augusto de Camargo objeta que: “Não podemos admitir semelhante opinião, porque a utilidade de que trata o legislador brasileiro, no § 2º do art. 179 da Constituição do Império (referindo-se ao inc. II do citado artigo), não é a mesma da escola de J. Bentham. Se consultarmos os escritos de Bentham, reconheceremos que a sua doutrina se reduz ao seguinte: como o poder social não pode exercer os direitos que lhe competem senão nos casos em que a utilidade geral o exige, conclui-se que a mesma utilidade geral é o princípio gerador de todo o direito. Em que, porém, consiste essa utilidade geral? Diz ele: essa utilidade geral consiste no bem do maior número” (2005, p. 160-161).

³⁶ Membro do Ministério Público de São Paulo e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. O autor exerceu o magistério na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (livre-docente) e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (onde foi professor catedrático).

³⁷ Nascido em 19 de maio de 1902, e falecido 80 anos depois, Roberto Lyra Tavares foi um dos nossos maiores juristas no século passado. Hungria o chamou de “diamante da mais pura água”. Formou-se em Direito, aos 18 anos de idade. Ingressou no Ministério Público do então Distrito Federal, em 1929, onde ocupou o cargo de Procurador-Geral de Justiça. Tornou-se famoso não só como penalista, mas como grande tribuno do Júri. Destacou-se, ainda, no magistério. Entre suas obras, há clássicos, como *Comentários ao Código Penal*, que escreveu juntamente com Hungria, Fragoso, Aníbal Bruno e outros, e *Teoria e Prática da Promotoria Pública* (PENTEADO, 2003).

Ao elenco acima, outras duas características podem ser acrescentadas, quais sejam, a criação do sistema do dia-multa³⁸, e a clareza e a concisão de seus preceitos³⁹.

Muitos, também, eram seus defeitos. Magalhães Noronha⁴⁰ (1993, p. 56) assim os sintetizou:

Não definira a culpa, aludindo apenas ao dolo (arts. 2º e 3º), embora no art. 6º a ela já se referisse, capitulando mais adiante crimes culposos (arts. 125 a 153), esquecendo-se, entretanto, do homicídio e das lesões corporais por culpa, omissão que veio a ser suprida pela Lei n. 2.033, de 1871. [...] Espelhara-se também na lei da desigualdade no tratamento iníquo do escravo. Cominava penas de galés e de morte. [...] Não separa a Igreja do Estado, continha diversas figuras delituosas, representando ofensas à religião estatal.

Roberto Lyra (1977, p. 43) fazia coro a tal crítica, comentando que:

O código proibia a celebração em casa ou edifício com qualquer lugar, do culto de outra religião que não a do Estado (art. 276). A igreja anglicana participava do privilégio da extraterritorialidade. Era também vedada "a propaganda de doutrinas que, diretamente, destruam as verdades fundamentais da existência de Deus e da imortalidade da alma" (art. 278). Verdades fundamentais são a de que o homem não pode ser explorado pelo homem e a de que todos os homens nascem livres e iguais. Não há propaganda capaz de destruir verdades. Verdades ditas pela onipotência e pela onisciência não precisam do poder e da ciência dos homens. O fato é que os interesses eclesiásticos (não os religiosos) impeliram o legislador a mais essa prova de descrença em Deus e de crença em César.

Com o devido respeito aos penalistas mencionados, no tocante à relação entre Estado e Igreja, faz-se necessário um esclarecimento. Embora censurável a

³⁸ Como assinala Luiz Régis Prado (2001), a bem da verdade histórica, é preciso ressaltar que foi o Diploma em estudo que apresentou o primeiro esboço do sistema do dia-multa, que, por isso, deveria chamar-se *sistema brasileiro*.

³⁹ Cf. MARQUES, 1997. José Frederico Marques nasceu em Santos, em 14 de fevereiro de 1912. Aos 20 anos, formou-se em Direito, na Faculdade do Largo de São Francisco. Ingressou na carreira da magistratura paulista em março de 1938, tornando-se desembargador em 1957. Debutou no magistério em 1950, como professor de Direito Penal da Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁴⁰ Ex-Membro do Ministério Público de São Paulo e Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

postura do legislador criminal, o Código foi elaborado, neste aspecto, em consonância com a Constituição Imperial, que estabeleceu, logo no Título I, a religião católica como a oficial. O legislador, portanto, apenas obedeceu a um preceito hierarquicamente superior (v.g., art. 5º: “A *Religião Catholica Apostolica Romana* continuará a ser a *Religião do Imperio*. Todas as outras *Religiões* serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”; e art. 179, inciso V: “Ninguem póde ser perseguido por motivo de *Religião*, **uma vez que respeite a do Estado**, e não offenda a *Moral Publica*”)⁴¹.

Não se pode olvidar, ainda, que, ao tempo da proclamação da Independência e durante o século XIX, a Igreja desempenhou um papel fundamental ao auxiliar o Estado brasileiro em sua organização política, na implementação do respeito às normas nos mais longínquos rincões brasileiros e, como consequência, na manutenção da unidade de nosso país⁴².

Cumprir mencionar que o maior crítico do referido Código foi Tobias Barreto⁴³. Esse grande jurista, tido como o mais competente penalista do Império, escreveu um interessante estudo a seu respeito, intitulado *Comentário Teórico e Crítico do Código Criminal Brasileiro*⁴⁴, no qual tratou de diversos de seus dispositivos legais.

O Código Criminal do Império foi promulgado em 16 de dezembro de 1830, e publicado em 8 de janeiro de 1831. Compunha-se de quatro “partes”: I) *Dos Crimes e das Penas*; II) *Dos Crimes Públicos*; III) *Dos Crimes Particulares*; IV) *Dos Crimes Policiais*. A Parte I fazia as vezes de Parte Geral. As Partes II e III correspondiam à Parte Especial do Código. A Parte IV definia as contravenções penais.

A Parte Geral (ou “Parte I”) recebeu, como já ressaltado, grande influência de Beccaria, como se nota na sua emblemática denominação: “*Dos crimes e das penas*”, de modo semelhante ao “pequeno grande livro” do Marquês. Continha dois títulos: I) *Dos crimes*, subdividido em quatro capítulos: I) *Dos crimes e dos*

⁴¹ Grifo nosso.

⁴² Para maiores detalhes, vide CARVALHO, José Murilo de. *D. Pedro II* (Coleção Perfis Brasileiros). São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

⁴³ Nascido em Campos, Sergipe, em 07 de junho de 1839, faleceu precocemente aos 50 anos de idade. Foi membro da Academia Brasileira de Letras, onde ocupou a cadeira nº 38. Além de escritor e poeta, foi professor de Filosofia, de Latim, de Direito na Faculdade do Recife, advogado, juiz municipal e deputado provincial. Sofreu preconceito à sua época, talvez por ser mulato, talvez pela contundência e pelo ineditismo de suas idéias. Considerado um germanista consciencioso, importou para nossas terras muitas teorias oriundas da Alemanha.

⁴⁴ Trata-se de uma obra inacabada. O texto foi compilado e organizado postumamente por seu discípulo Sílvio Romero e se encontra na obra *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

criminosos (arts. 1º a 13); II) *Dos crimes justificáveis* (art. 14); III) *Das circunstâncias agravantes e atenuantes dos crimes* (arts. 15 a 20); e IV) *Da satisfação* (arts. 21 a 32); e II) *Das penas*, com seu capítulo único: “*Da qualidade das penas, e da maneira como se hão de impôr e cumprir*” (arts. 33 a 64)⁴⁵. Encerrava-se a “Parte Geral” com as disposições gerais (arts. 65 a 67).

Tobias Barreto, referindo-se às influências filosóficas recebidas pelo Código de 1830, destacou que:

O nosso Código, como quase o geral dos códigos, não fez órgão de nenhum sistema filosófico sobre o *jus puniendi*. Consciente ou inconscientemente, admitiu idéias de procedência diversa. A disposição dos arts. 1º e 2º, § 1º é a consagração da *positividade* de todo o direito criminal. O art. 33, que reconheceu o princípio das penas *relativamente determinadas*, pôs-se de lado das teorias *utilitárias*. Dir-se-ia um eco longínquo do art. 16 da *Declaration des droits de l’homme*; - “La loi ne doit décerner, que des peines strictement et evidemment necessaires; les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société”. (2000, p. 198-199, grifos do autor)

Com respeito à função do Direito Penal, o Código, em boa parte, refletia o pensamento dominante da dogmática jurídica de então, para quem a sociedade era concebida como uma “sociedade de sujeitos obrigados a *obedecer à autoridade*. Por isso, o *delito era um ato de desobediência* em que o fundamental era a *atitude interior* de rebeldia” (BACIGALUPO, 2006, p. 28-29, grifos do autor).

Pode-se dizer, em síntese, que a função do Direito Penal, a partir do que se procurou implementar com o Código Criminal do Império, consistia em reforçar a obediência à autoridade, muito embora por meio de uma legislação mais humanitária e eqüitativa (cf. GARCIA, 1954).

⁴⁵ O Capítulo I, do Título II, da Parte I deveria, a rigor, denominar-se Capítulo único.

1.3.3 O Código Penal de 1890

Conforme aponta Basileu Garcia (1954, p. 124-125):

Proclamada a República em 1889, intensificou-se a tendência, havia muito existente, de reforma da legislação criminal. Sem embargo de ter sido, quando surgiu, um Código progressista, o do Império precisava ser abrogado (*sic*), mesmo porque haviam decorrido 60 anos após sua promulgação. As leis envelhecidas tornam-se inábeis para regular as mutáveis necessidades da vida social.

Salgado Martins (1957, p. 98) observou que:

Sobrevindo a abolição da escravatura em 1888 e repercutindo sobre a lei penal, principalmente quanto às penas cominadas aos crimes cometidos pelos escravos, JOAQUIM NABUCO sugeriu no parlamento imperial que fosse reeditado o Código Criminal, expungindo-se do seu âmbito as disposições insubsistentes por força das condições sociais e econômicas, criadas pelo abolicionismo.

A tarefa de modificar a legislação foi incumbida a Baptista Pereira, mesmo antes da Proclamação da República. Com o advento da “nova” forma de governo, o mister foi mantido, e, o então Ministro da Justiça, Campos Sales, determinou ao Conselheiro Pereira, que o fizesse com urgência.

A celeridade imprimida em sua elaboração, segundo opinião unânime de nossos penalistas, aliada à falta de debate de idéias – pois o trabalho, embora meritório, foi obra de um homem só (cf. MARTINS, 1957) – , ocasionaram uma série de defeitos no Código de 1890. Reflexo maior das falhas (numerosas para alguns⁴⁶)

⁴⁶ Carvalho Durão e João Monteiro foram seus maiores críticos. O primeiro publicou vários artigos sob o pseudônimo de *Solus*, apontando falhas no Código (cf. PONTE, 2002, p. 30). O último chegou a chamar o Código Penal de 1890 de “o pior de todos os códigos conhecidos” (vide NORONHA, 1993, p. 58). Hungria, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 1943, asseverou que os defeitos se deviam mais à precariedade da cultura jurídica da época, onde a “oratória pomposa ocupava o lugar da pesquisa científica e bem orientada”, do que propriamente a imperfeições de seus dispositivos legais (vide TOLEDO, 2000, p. 61; HUNGRIA, 1977, p. 347).

foi o fato de que, tão logo entrara em vigor, iniciaram-se as tentativas de reformulá-lo, das quais merecem destaque o Projeto de João Vieira de Araújo⁴⁷, de Galdino Siqueira⁴⁸, e o do desembargador Virgílio de Sá Pereira⁴⁹.

O então projeto de Código Penal da República foi convertido em Lei de 11 de outubro de 1890, por força do Decreto nº 847. “Pelo Decreto n. 1.127, de 6 de dezembro do mesmo ano, marcou-se o prazo de seis meses para a sua execução no território nacional” (MARQUES, 1997, p. 123).

Estruturava-se em quatro livros: a) Livro I: *Dos Crimes e das Penas*; b) Livro II: *Dos Crimes em Espécie*; c) Livro III: *Das Contravenções em Espécie*; e d) Livro IV: *Disposições Gerais*.

O Livro I, correspondente à Parte Geral, compreendia seis títulos: a) Título I: *Da aplicação e dos efeitos da lei penal* (arts. 1º a 6º); b) Título II: *Dos crimes e dos criminosos* (arts. 7º a 23); c) Título III: *Da responsabilidade criminal; as causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes* (arts. 24 a 35); d) Título IV: *Das circunstâncias agravantes e atenuantes* (arts. 36 a 42); e) Título V: *Das penas e seus efeitos, da sua aplicação e modo de execução* (arts. 43 a 70); e f) Título VI: *Da extinção e suspensão da acção penal e da condenação* (arts. 71 a 86).

Jiménez de Asúa (1950, p. 1046) ensina que, à época da elaboração do “Código Republicano”, “*se realizaban los esfuerzos de Italia para dictar un Código penal unitário y el Código de 1889, afortunado documento entonces, em que el espíritu neoclásico se plasmaba en artículos, influyó de modo decisivo en la reforma brasileña*”.

Salgado Martins (1957, p. 99) confirmou o diagnóstico de Asúa ao asseverar que “o legislador de 90 inspirou-se nos princípios da escola clássica, estabelecendo estrita proporcionalidade entre delito e pena. Na determinação da pena, adotou um critério de absoluta rigidez, com o fim de excluir qualquer arbítrio judicial”.

⁴⁷ Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife, deputado federal e magistrado.

⁴⁸ Desembargador do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal. Nasceu em Mococa, São Paulo, em 23 de janeiro de 1874. Foi professor catedrático de Direito Penal e Prática de Processo Penal na Faculdade de Direito de Niterói, Rio de Janeiro. Antes de magistrado, foi Promotor Público durante 21 anos.

⁴⁹ O Desembargador Virgílio de Sá Pereira elaborou, em 1935, a pedido do Governo Vargas, um projeto de reforma do Código Penal. Seu trabalho foi merecedor de diversos encômios. Viam-se no texto nítidas influências da Escola Positiva. Como destaca Dotti, “a influência exercida pela Escola Positiva ficou bem delineada através da orientação adotada em importantes setores como a classificação dos delinqüentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e indeterminação da pena, o emprego das medidas de seguranças, etc. O projeto foi considerado como uma das melhores leis penais do futuro por penalistas de renome internacional” (2003, p. 197).

Ressalte-se que, no contexto do pensamento clássico, a pena tinha caráter eminentemente retributivo (v. item 1.2.1 deste trabalho).

1.3.4 A Consolidação das Leis Penais

A Consolidação das Leis Penais, elaborada pelo desembargador Vicente Piragibe, representou, como se sabe, uma compilação do texto do Código Penal de 1890 com todas as suas alterações posteriores. Não se cuida, portanto, de uma nova legislação penal, muito embora seja referência obrigatória, dada a importância do trabalho de Piragibe.

1.3.5 O Código Penal de 1940

Em 1º de janeiro de 1942, entrava em vigor, no Brasil, um novo Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

O Código fora elaborado na vigência da Constituição de 1937 (a “Polaca”⁵⁰). À época, o Ministro da Justiça Francisco Campos determinou ao jurista Alcântara Machado a tarefa de preparar um projeto de Código Penal, o qual foi concluído em abril de 1940. Seu trabalho foi revisto por uma comissão integrada por Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Roberto Lyra, sob a presidência do Ministro Francisco Campos⁵¹.

De modo geral, a doutrina qualifica o Código de 1940 como “ecclético”, uma vez que teria logrado conciliar o pensamento neoclássico e o positivismo. Aliás, sua

⁵⁰ A Constituição de 1937 foi apelidada de “Polaca” pela influência que recebeu da Constituição da Polônia. Adotava um conjunto de normas similares àquelas vigentes nos estados totalitários da Europa. Hélio Silva (*apud* PIERANGELI, 2001, p. 77) afirmou que ela “corresponde à tendência fascizante da época, quando se encontram no auge os regimes de Hitler na Alemanha e Mussolini na Itália, repercutindo intensamente em Portugal (Salazar), na Espanha (Franco), na Romênia (Antonescu), na Hungria (Horthy) e na Polônia (Pilsudski). Deste modo, a Constituição de 1937 rompeu, no Brasil, com a tradição liberal imperial de 1824 e liberal republicana de 1891 e 1934”.

⁵¹ Há quem inclua na comissão revisora a participação de Antônio José da Costa e Silva. Este, contudo, nega ter tomado parte na empreitada, afirmando apenas que dera algumas contribuições ao trabalho (cf. PIERANGELI, 2001).

Exposição de Motivos consigna que “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”. Tal advertência resgata o escólio de Tobias Barreto: “Com efeito os códigos não têm seguido exclusivamente esta ou aquela teoria; pelo contrário encontra-se neles uma combinação mais ou menos harmônica das conseqüências dedutíveis, se não de todas, ao menos da maior parte delas” (2000, p. 197).

Ao Direito Penal, neste contexto legislativo, atribuía-se finalidade retributiva e preventiva. A adoção do sistema do duplo binário (art. 78, incisos IV e V, do Código de 1940), assim como a aplicação de medidas de segurança aos casos de crime impossível (arts. 14 e 76, parágrafo único) e a participação impunível (art. 27 e 76, parágrafo único), bem o demonstravam.

1.3.6 A Reforma de 1984

Na reforma de 1984⁵², a qual resultou na modificação da Parte Geral, percebe-se uma tentativa de adaptar o Código à dogmática vigente, notadamente de inspiração finalista e, sobretudo, de conferir às penas criminais o papel de ressocialização (cujo principal instrumento foi o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade⁵³).

Como destacou Francisco de Assis Toledo (*apud* PIERANGELI, 2001, p. 85), presidente da comissão responsável pela feitura do projeto que resultou na Lei nº 7.209/84, “a reforma penal, presentemente, como em outras épocas, decorreu de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento [...]”.

⁵² A legislação penal brasileira sofreu várias tentativas de reforma, tendo algumas prosperado e outras não. Exemplo de insucesso foi o Código Penal de 1969, resultante de projeto elaborado por Nelson Hungria, que, depois de sucessivos adiamentos de sua *vacatio legis*, acabou sendo revogado sem nunca ter entrado em vigor. Em 1977 (Lei nº 6.416), ocorreu uma tentativa bem sucedida de modificação de leis penais e processuais penais, tornando-as mais condizentes com o desenvolvimento da ciência penal da época (PIERANGELI, 2001).

⁵³ Há diversos traços na Parte Geral do Código Penal que indicam o caminho da ressocialização, mas certamente a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), elaborada e aprovada juntamente com a nova Parte Geral (e, portanto, parte integrante da “reforma”), é o diploma que mais se alinha com esse pensamento (vide art. 1º da LEP: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” – grifo nosso).

A filosofia que se buscou imprimir ao Direito Penal, por meio da reforma, pode ser resumida novamente nas palavras de Toledo (*apud* PIERANGELI, 2001, p. 86): “Por isso a comunidade não tem apenas o direito de castigar, mas até o dever de realizar o castigo de tal maneira que não impeça uma ressocialização”.

1.3.7 Síntese conclusiva

Muito embora a determinação da função do Direito Penal seja missão afeta à dogmática penal, não é possível chegar a qualquer conclusão sem analisar as principais características desse tipo de legislação.

É certo que a legislação criminal, sobretudo a codificada, representa um retrato do momento histórico de um povo e de sua evolução em matéria científica e filosófica.

Ao tempo das Ordenações do Reino, via-se que o Direito Penal cumpria a função de atemorizar os cidadãos, submetendo-os à vontade da Coroa Portuguesa. A partir da edição do Código Criminal do Império, nota-se uma radical mudança de enfoque, de modo a se promover uma humanização do Direito Penal, não obstante se encarasse o crime como ato de desobediência e a pena como a resposta (racional) à rebeldia do autor.

O Código Penal de 1890, afoitamente elaborado, como se viu, teve inspiração nitidamente clássica⁵⁴. O vigente Código Penal, por sua vez, em sua redação original, foi grandemente influenciado pela Escola Clássica, mas adotou diversos postulados da corrente positivista⁵⁵.

Na Reforma da Parte Geral, por derradeiro, imprimiu-se ao Direito Penal uma função “terapêutica”, consubstanciada na ressocialização como meta principal da pena (notadamente a privativa de liberdade) e sua execução.

⁵⁴ Sobre as linhas gerais da Escola Clássica, v. item 1.2.1 deste trabalho.

⁵⁵ V. item 1.2 deste trabalho.

1.4 A proteção de bens jurídicos (Roxin)

1.4.1 Bem jurídico: dificuldade conceitual

Como ressalta Hassemer (2005, p. 56, grifo do autor):

O conceito de bem jurídico deve-se à idéia de bem do *Iluminismo*. Ele foi formulado e fundamentado por PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH por volta do século XIX, como arma contra uma concepção moralista do Direito Penal. A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente "bens jurídicos". Com isso foi introduzida a mudança para um sistema do Direito Penal orientado empiricamente, mesmo que ainda necessitasse de muitas lutas para atrair a atenção do legislador penal e dos juristas sobre as conseqüências de seus procedimentos.

De acordo com o magistério de Stratenwerth (2005, p. 65, grifos do autor):

O conceito de "bem" foi introduzido na discussão jurídico-penal por *BIRNBAUM* em 1834, com a expressa finalidade de alcançar uma definição "natural" de delito, independente do direito positivo. Até hoje, entretanto, esta pretensão não foi atingida. Para *BINDING*, que foi quem realmente impôs o conceito de "bem jurídico", o único fator determinante era a decisão do legislador de outorgar proteção jurídica a um bem. Em contraposição, foi sobretudo *VON LISZT* e a doutrina neokantiana do Direito Penal, representada entre outros por *M. E. MAYER* e *HONIG*, os que buscaram desenvolver parâmetros "pré-legais". *VON LISZT* definiu bens jurídicos como "interesse humanos" que decorrem da vida, apesar de nunca se haver logrado oferecer com precisão quais interesses merecem proteção penal e quais não; foi natural, contudo, apoiar-se em condições *materiais* da vida do homem. As doutrinas neokantianas, de sua parte, para definir o conteúdo do bem jurídico, fizeram referência às idéias valorativas previamente dadas pela cultura, com o que fortaleceram novamente a importância dos pontos de vista *normativos*, mas não puderam aportá-los à teoria do bem jurídico.

A visão de autores clássicos como Liszt, que procuraram fundamentar o conceito em interesses humanos, mostra-se hoje superada (STRATENWERTH, 2005, p. 68-69):

[...] é impossível fazer declarações de validade geral acerca da questão de quais são os interesses humanos que são suficientemente importantes a ponto de merecerem proteção penal e contra quais formas de ameaça esta deve se dirigir. Isso pode ser comprovado por meio de uma consideração ao indivíduo. A questão de quais de seus “bens” aparecem como dignos de proteção e que grau a eles corresponde na hierarquia de interesses está sujeita tanto a mudanças históricas, como à possibilidade e à medida de perigo ao qual a conduta humana possa expô-los. Pense-se apenas na problemática das ingerências da tecnologia genética no genoma humano. Nessa medida, nos vemos em meio a convicções valorativas em geral divididas e também controversas, sobre as quais deveria haver uma confrontação em discurso público, que, sem embargo, não pode fundamentar de uma maneira vinculante.

No pensamento neokantista, do mesmo modo que no positivismo jurídico de Von Liszt, também não se via no conceito de bem jurídico a pretensão de limitar a liberdade de decisão do legislador na sanção de normas penais (BACIGALUPO, 2006).

Sob tal ótica, os bens jurídicos constituíam-se de interesses humanos referidos culturalmente em função de necessidades individuais. Quando tais necessidades fossem socialmente dominantes, tornar-se-iam valores culturais e, neste caso, converter-se-iam em bens jurídicos, desde que se reconhecesse a necessidade de sua existência e de se lhes conferir adequada proteção jurídica.

Para o finalismo ontologiscista de Hans Welzel, o bem jurídico correspondia ao bem vital para a comunidade ou para o indivíduo que, em razão de sua significação social, torna-se merecedor de proteção jurídica. Disse o autor:

O Direito Penal deve proteger, antes de mais nada, determinados bens vitais para a comunidade (valores materiais), como, por exemplo, a integridade do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc. (os chamados bens jurídicos) [...] Assim assegura a vigência dos valores de fundo ético-sociais de caráter positivo [...] (1997, p. 2)

Assis Toledo, partindo a concepção de Welzel, conceitua bens jurídicos como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (2000, p. 16).

Mais recentemente, a noção de bem jurídico foi associada à idéia de lesividade social, para a qual, segundo Hassemer (2005, p. 57, grifo do autor):

Nem toda lesão de um interesse humano (de um bem jurídico) provoca uma reação do Direito Penal, senão somente algumas que do mesmo modo também tem *caráter socialmente prejudicial*, que, portanto, excedem o conflito entre o autor e a vítima, os prejuízos individuais da vítima.

Não se vê na dogmática, todavia, uma noção precisa de bem jurídico, senão aproximações segundo diversos pontos de vista. Como ressalta Prado (2003, p. 44): “Apesar de o postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos ter a concordância quase total e pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico”⁵⁶.

E, nas diferentes opiniões, não se encontram pressupostos **claros** que visem a conferir ao legislador arestas em sua liberdade de decisão sobre quais condutas pode incriminar.

Registre-se, para encerrar, que a nós parece fora de dúvidas que a missão crucial do jurista do Direito Penal, muito mais do que simplesmente definir o que é bem jurídico, deve ser encontrar quais são os limites para a sua proteção por meio das normas penais.

⁵⁶ René Ariel Dotti inicia sua obra *Curso de Direito Penal: Parte geral* com a seguinte colocação: “A missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade” (2003, p. 3, grifo do autor).

A perspectiva doutrinária que procura estabelecer como aresta a referência a valores constitucionais, neste sentido, mostra-se de todas as concepções, a preferível⁵⁷.

1.4.2 O Direito Penal como responsável pela proteção subsidiária de bens jurídicos

Segundo Roxin (2006, p. 32), a função do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos:

Os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal. [...] Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível, através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas.

Complementa, ainda, o autor (2006, p. 35):

⁵⁷ Luiz Regis Prado, em sua obra *Bem jurídico-penal e constituição*, adere a esta concepção arrematando na conclusão de seu trabalho que: “Do exposto ressaí que a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas, por exemplo, administrativamente. A lei penal, advirta-se, atua não como *limite* da liberdade pessoal, mas sim como seu *garante*. Por derradeiro e em suma, o remate do raciocínio é o de que as relações entre as teorias constitucionais amplas e restritas não são de antagonismo, mas de *complementaridade*. Isso resulta no agasalho de uma diretriz constitucional de natureza eclética ou intermediária – de *justo meio* e não *hermética* –, que privilegia o texto constitucional, *prima facie* a concepção de Estado Democrático e Social de Direito, o bem jurídico (substancial) ancorado na realidade sócio-individual, complementada, ainda, por elementos de uma visão metodológica própria e de peculiar *natureza* do bem jurídico-penal, numa *enformação* que se compatibiliza com os modernos postulados da ciência do Direito Penal e da Política Criminal” (2003, p. 111). Devemos frisar, contudo, que, para nós, o fundamental não é saber se o Direito Penal protege bens jurídicos, como afirma a maioria dos autores, ou a garantia da vigência da norma, mas, como já dissemos neste estudo, cumpre delimitar quais normas (ou quais bens) são dignos de proteção por meio do Direito Penal. Destarte, somos da opinião de que o Direito Penal deve encampar somente a proteção de normas jurídicas (ou de bens jurídicos) referidas expressa ou implicitamente no Texto Constitucional.

[...] a finalidade do direito penal [...] é caracterizada como “proteção subsidiária de bens jurídicos”. São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência de medidas sócio-políticas menos gravosas. De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.

1.4.3 Crítica à posição de Roxin

Em que pese a ênfase que Roxin deposita em sua noção de bem jurídico, não se pode dizer, com segurança, que o conceito por ele proposto apresenta-se como condicionador da legislação criminal.

O próprio Roxin o reconhece (*apud* BACIGALUPO, 2006, p. 40):

[...] ainda não se esclareceu se a limitação à proteção de bens jurídicos, que se alcança a respeito da concreção do conceito material de delito, tem um efeito somente político-criminal ou jurídico-vinculante com a consequência da invalidade da norma penal que se choque contra tal premissa.

A proteção de bens jurídicos, desse modo, não se mostra necessariamente como pressuposto de legitimidade do Direito Penal (BACIGALUPO, 2006).

1.5 A garantia da vigência da norma (Jakobs)

Günther Jakobs, Professor Catedrático de Direito Penal na Alemanha, atribui ao Direito Penal finalidade diversa da que a quase unanimidade dos autores lhe incumbem. Para este autor, não se trata de proteger bens jurídicos. Deve o Direito Penal, isto sim, garantir a **vigência da norma**, por meio da asseguuração de expectativas normativas.

Para Jakobs (1996), cumpre ao Direito Penal, por meio da pena, contradizer uma contradição, isto é, a pena criminal contém uma mensagem de contradição a

um ato que contradisse uma norma determinante da identidade da sociedade. O Direito Penal, dessa forma, confirma a identidade da sociedade. O sentido principal da pena é uma autoconfirmação do ordenamento jurídico; seus sentidos secundários são aqueles ligados à psicologia individual ou social, inibindo comportamentos criminosos. Quando se aplica uma pena por meio de um procedimento, o Direito Penal restabelece, no plano comunicativo, a vigência da norma, perturbada pelo cometimento da infração penal.

Jakobs (2003, p. 93) aduz que “[...] a garantia jurídico-penal da norma deve garantir a segurança de expectativas”. Nesse sentido, “a pena deve reagir mediante um comportamento que não possa ser interpretado como compatível com um modelo de mundo esboçado pela norma”.

O pensamento desse autor deve ser compreendido com vistas à sua concepção de sociedade e do papel que as normas exercem em sua configuração:

A sociedade é a construção de um contexto de comunicação que de qualquer modo poderia estar configurado de modo diverso daquele que se encontra configurada no caso concreto (não fosse assim, não se trataria de uma construção). Posto que se trata de uma configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio de normas, e não por determinados estados ou bens (ainda que, certamente, pode ser que em alguns aspectos possa deduzir-se a própria norma de modo correto a partir de seu reflexo, isto é, a partir de bens). O contexto de comunicação deve ser capaz de manter sua configuração diante de modelos divergentes, caso se pretenda evitar que toda divergência seja tomada como começo de uma evolução, e inclusive há que se assegurar os requisitos da evolução, pois do contrário, não se poderia distinguir o que é evolução do que é apenas casual.

Uma parte das normas aqui tratadas advém do mundo racional, dentro do qual se produz, na era moderna, a comunicação que é de entendimento comum, e que não necessita de uma estabilização especial: esta parte das normas se encontra assegurada de modo suficiente pela via cognitiva; quem não a aceite, pode ser compreendido em algumas sociedades particulares, mas somente nestas.

Para dizê-lo com um exemplo: quem não viva sobre a base de uma imagem de mundo mais ou menos acertada a partir do ponto de vista das ciências naturais, perderá de pronto na sociedade moderna ocidental todas aquelas oportunidades que se estimam vantajosas; dito de modo mais concreto: as casas cujos cálculos de estática são incorretos não se sustentam em seus alicerces, e quem oferecer bruxaria para tanto, encontrará, de qualquer modo, seguidores à margem da sociedade.

Outra parte de normas constitutivas da sociedade carece por completo de tal força genuína para se auto-estabilizar; concretamente, todas aquelas normas que conforme a concepção da sociedade não podem ser representadas como leis naturais, e no momento atual tampouco como leis reveladas, mas como normas feitas, ainda que feitas com boas intenções. Enquanto que as normas do primeiro tipo conformam uma base do comportamento obrigada para todo aquele a quem resultam acessíveis – e

quem não tem acesso a elas é socialmente incompetente –, sobre as normas do segundo tipo cabe dispor subjetivamente, ao menos no caso concreto. Referindo-me ao último exemplo: ninguém pode querer seriamente começar a construção de uma casa pelo primeiro piso, mas é possível desejar e inclusive realizar uma construção em local proibido pelo Direito urbanístico. Isto pode se resumir com a seguinte fórmula: uma vontade defeituosa baseada em um conhecimento defeituoso é sinal de incompetência e acarreta em maior ou menor grau a uma *poena naturalis*, enquanto que o defeito volitivo isolado não carece temer *per se* as conseqüências negativas derivadas do comportamento.

Precisamente por conta da evidente contingência destas normas, é dizer, por força de – *sit venia verbo* – a indemonstrabilidade da vontade correta em relação com as normas jurídicas, e também morais, sua vigência há de se garantir de outro modo, precisamente por meio de uma sanção. No caso das normas jurídico-penais, portanto, por intermédio da pena imposta em um procedimento formal. Desde o final do Direito natural, a pena já não se impõe a sujeitos irracionais, mas a sujeitos refratários. A sanção contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que esta afirmação é irrelevante. (1996, p. 26-28)

Pode-se concluir, em resumo, que, no pensamento de Günther Jakobs, “a finalidade da pena é a manutenção estabilizada das expectativas sociais dos cidadãos. [...] *O direito penal, portanto, protege a validade das normas e essa validade é o ‘bem jurídico do direito penal’*” (BACIGALUPO, 2005, p. 184, grifo nosso).

1.6 A vigência da norma como o “bem jurídico” do Direito Penal (Bacigalupo)

1.6.1 A busca de um Direito Penal racional

Toda a dogmática sempre demonstrou séria preocupação com a construção de um Direito Penal racional.

As concepções dominantes, ao centrarem a racionalidade do Direito Penal na temática relativa à finalidade da pena, baseiam-se em uma “racionalidade instrumental”, isto é, na visão de que o Direito Penal pode ser um meio (ou instrumento) adequado para se lograr um fim (a imposição de um castigo, a

prevenção do delito, a proteção de bens jurídicos, a ressocialização, entre outros). Isso depende, contudo, de uma demonstração empírica quase irrealizável⁵⁸.

Daí decorre a seguinte conclusão: se não é possível comprovar empiricamente que o Direito Penal é um meio para se alcançar o fim que o legitima, não tem sentido basear sua racionalidade a partir da ótica de uma racionalidade instrumental.

A construção de um Direito Penal racional depende, desse modo, de uma mudança de enfoque, na qual se abandona a idéia de racionalidade instrumental em nome de uma **racionalidade comunicativa**⁵⁹.

A função da pena, nesse contexto, é a de servir como uma resposta expressiva de desautorização e ratificação da norma vigente. O Direito Penal, então, passa a cumprir um papel ligado à garantia da vigência da norma (Jakobs).

”Somente sobre as bases de uma compreensão comunicativa do delito”, diz Jakobs, “entendido como afirmação que contradiz a norma e a pena entendida como resposta que confirma a norma pode se falar em uma relação iniludível entre ambas, e nesse sentido, em uma relação racional” (1996, p. 18).

Prossegue o autor dizendo que: “o Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma, toda vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como conseqüência de sua infração” (1996, p. 19).

Nas palavras de Bacigalupo (2006, p. 41), “a vigência da norma”, sob o influxo da racionalidade comunicativa, torna-se “o bem jurídico do Direito Penal”.

⁵⁸ “As teorias preventivas”, declarou Hassemer, “não são mais do que a esperança de uma solução” (*apud* BACIGALUPO, 2006, p. 35).

⁵⁹ Segundo Habermas, citado por Bacigalupo (2006, p. 31): “A racionalidade comunicativa permite uma orientação segundo pretensões de validade, mas ela mesma não proporciona uma orientação para resolver problemas práticos – a razão comunicativa não é informativa, nem é diretamente prática.” O penalista argentino esclarece que, para Habermas, a racionalidade consiste na “disposição de um sujeito com capacidade lingüística e capaz de ação de adquirir e utilizar conhecimentos falíveis”. Habermas esclarece que: “Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência impõem entender o conhecimento como conhecimento de algo do mundo objetivo, a racionalidade se refere à orientação do sujeito isolado em suas representações e manifestações. A razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e resultado, que regulam as relações do sujeito agente com respeito ao mundo dos possíveis objetos ou fatos. Mas, do mesmo modo que conosco, contudo, concebemos o conhecimento como algo transmitido comunicativamente, a racionalidade se refere à capacidade de orientação a respeito de pretensões de validade ou afirmação, apoiadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios no procedimento argumental da introdução direta ou indireta de pretensões a respeito da verdade de proposições, correção normativa, verdade subjetiva e harmonia estética” (*apud* BACIGALUPO, 2006, p. 31).

Essa linha de pensamento é exposta pelos adeptos da teoria da prevenção geral positiva (Jakobs, Hassemer e Bacigalupo), para a qual a pena criminal reforça a autoridade do direito e a vigência da norma jurídica:

A pena é coação [...] Em primeiro lugar, é coação enquanto portadora de um significado, portadora de uma resposta ao fato: o fato, como ato de pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. (JAKOBS, 2005b, p. 20, tradução livre)

Deve-se frisar que adotar a prevenção geral positiva não significa abandonar a humanização da pena ou deixar de imprimir à sua execução um sentido de ajuda ou tratamento. Estas, entretanto, são funções latentes e não centrais da pena criminal (cf. BACIGALUPO, 2006).

1.6.2 O desafio político do Direito Penal

Quer se entenda que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos ou a garantia da vigência da norma⁶⁰, persiste ainda seu desafio político: quais normas (ou quais bens jurídicos) pode o Direito Penal legitimamente proteger? Qual modelo de Direito Penal é compatível com um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º)?

Nesse sentido, insere-se a discussão do presente trabalho.

A relação de causalidade material, como critério de imputação do resultado à conduta, não satisfaz as exigências de um Direito Penal colocado no contexto do art. 1º do Texto Maior. Não se pode conferir à imputação, destarte, um caráter

⁶⁰ Não há confundir-se o desafio dogmático (proteção de bens jurídicos ou garantia da vigência da norma) com o desafio político. Aliás, como assinala Bacigalupo, “a suposta oposição entre proteção da vigência da norma e a do bem jurídico não é tão dramática como se costuma apresentar e, muito provavelmente, tampouco tem o significado ideológico que freqüentemente se lhe assinalam. Por que razão a vigência da norma não poderia ser um bem jurídico?” (2006, p. 41).

puramente naturalístico, porquanto o Direito Penal não lida com seres inanimados, regidos por uma relação de causalidade “cega”.

Conforme se procurará demonstrar, ainda que não se possa abrir mão da apreciação da relação de causalidade fundada na teoria da *conditio sine qua non* (por força do disposto no art. 13, *caput*, do CP e do art. 29, *caput*, do CPM), deve-se acolher a teoria da imputação objetiva como corretivo ao dogma da causalidade.

Por fim, nas palavras de Antônio Luís Chaves Camargo (2002, p. 191):

A teoria da imputação objetiva reformula a teoria do delito, exigindo um esforço de cada jurista penal, para poder estabelecer as esferas de responsabilidade, com a aplicação mais adequada da lei penal, com respeito incondicional aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

2 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

2.1 Os primórdios

Em sua obra intitulada *Do Nexo Causal – aspecto objetivo do crime*, Paulo José da Costa Júnior faz interessante relato sobre a evolução do nexos de causalidade na Filosofia.

Diz Costa Júnior (1964, p. 79): “Que é que se deve entender por causa? Esta não é a sede apropriada para tentar resolver tão intrincado assunto”. E, citando Virgílio, arremata: “*felix qui potuit rerum cognoscere causas*”.

Ensina, ainda, o autor, que Aristóteles⁶¹ distinguia quatro causas:

Formal, material, eficiente e final. Designou-as, porém, com expressões diferentes desses adjetivos empregados pela escolástica. Entre outros usou os substantivos: essência, forma, paradigma (“causa formalis”), natureza, substância (“causa materialis”), princípio do movimento (“causa efficiens”), fim (“causa finalis”). As duas primeiras causas são constituídas pelos conceitos de forma e matéria, criados por Aristóteles ao estudar o problema da mudança. A matéria é o substrato que suporta as determinações, é o permanente sob a mudança. Mas para que a nova determinação possa ser atribuída à matéria é preciso que, de algum modo, nela já esteja antes da mudança. Ou seja: matéria é a potência. A forma é o que a matéria se torna em sua mudança; é o determinado; é, no plano abstrato, a diferença; no plano do vir-a-ser, é o ato. É o cognoscível em si, do ponto de vista lógico; e, do ontológico, é o que já de mais real. Se a matéria é o múltiplo e o disperso, a forma é o uno e o simples. A forma já é algo do espírito. Com este, ela é “a quantidade suprimida”. É o objeto da intuição intelectual e do conceito, a essência da coisa no pensamento. (COSTA JÚNIOR, 1964, p. 79)

Vale dizer que o significado que Aristóteles atribuía à expressão “causa” não coincide com o conceito de causa das ciências naturais, que muito influenciou o Direito Penal, desde meados do século XIX.

Costa Júnior (1964, p. 81) prossegue citando as causas segundo a escolástica (“*prima causa*”, “*causa principalis*” e “*causa instrumentalis*”, que

⁶¹ “É extremamente difícil dar uma definição filosófica de causa e já Aristóteles nos alertava sobre a delicadeza de formulá-la” (ASÚA, 1951, p. 424).

correspondem, respectivamente, “àquela que não tem causa”, àquela que é o “artífice”, e ao “instrumento”). Menciona, ainda, Santo Tomás, para quem existe a “causa que produz e a que deixa realizar-se algo: ‘*causa directe*’ e ‘*causa indirecte*’”, além das causas “*univoca*” e “*aequivoca*”, “*adductiva*” etc. Em Descartes, a expressão *causa* também se utiliza na relação lógica, como sinônimo de razão. Depois, Leibnitz, Wolff e Schopenhauer seguem a linha de Descartes, mas conferem à causa um “conteúdo mais real”.

Kant, por seu turno, afirma que: “O conceito de causa significa uma particular modalidade de síntese, na qual a qualquer coisa, A, se opõe, segundo uma regra, qualquer coisa inteiramente diferente, B” (*apud* COSTA JÚNIOR, 1964, p. 82). Para John Stuart Mill, “causa só podia ser identificada ao antecedente invariável do fenômeno conseqüente chamado efeito” (*apud* COSTA JÚNIOR, 1964, p. 82).

Diante do exposto, segundo Costa Júnior, é necessário, em primeiro lugar, distinguir *causa* de *causalidade*. *Causa* indica um “elemento da representação”, distinto do *efeito*, que a ele se une por meio de uma relação: a *causalidade*. A Filosofia e a Sociologia sempre demonstraram grande preocupação em conceituar a *causalidade* ou o *princípio da causalidade* (Kant), não só nas relações naturais mas também nas humanas. Essa abordagem interessa particularmente ao Direito e, sobretudo, ao Direito Penal, como se verá adiante.

É mister frisar, em síntese conclusiva, que a teoria da causalidade jurídico-penal não pertence, propriamente, à seara da Filosofia Geral nem à das Ciências Naturais, porquanto se ocupa de estabelecer um vínculo gnoseológico entre conduta e resultado, a fim de que se possa justificar, concorrentemente com os demais requisitos do crime, a responsabilidade jurídico-penal do autor (MAURACH, 1962).

2.2 As teorias sobre a relação de causalidade

O estudo das diversas teorias elaboradas dogmaticamente para explicar a relação de causalidade permite distinguir dois grandes grupos: o da teoria que não faz qualquer distinção entre os fatores que antecederam o resultado (teoria da condição simples), e o daquelas que dão aos antecedentes diferente hierarquia (teorias da condição qualificada ou individualizadoras).

A teoria da condição simples, isto é, que não estabelece níveis de importância entre os antecedentes do resultado, é mais conhecida como teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes.

Boa parte dos autores atribuem-na a Von Buri e Stuart Mill, muito embora haja quem a considere concebida, originariamente, por Glaser⁶².

Para esta teoria, todo o fator que exercer influência em determinado resultado, ainda que minimamente, será considerado sua causa. Para Stuart Mill, no dizer de Costa Júnior, qualquer distinção entre causa e condição é “arbitrária e destituída de base científica” (1964, p. 92).

⁶² Costa Júnior, em nota de rodapé (n. 38) da obra *Do nexo causal* (1964, p. 91), aponta que Maurach, em seu *Tratado de Direito Penal*, atribui a Glaser a elaboração da teoria para o Direito Penal austríaco. De fato, Maurach diz textualmente que: “Fundada por Glaser (para o direito penal austríaco), introduzida por Buri na prática do RG, se caracteriza esta teoria por uma sugestiva clareza no modo de abordar os problemas e nas conclusões alcançadas. A causa do evento se averiguará exclusivamente abstraindo-a a partir do resultado. Não se distinguirá entre ‘causas’ e ‘condições’ do resultado típico (‘equivalência’, pois, de causas e condições): causa do resultado é toda a condição que não pode ser suprimida (em um ‘processo hipotético de eliminação’) sem que fique excluído o resultado na sua configuração concreta” (1962, p. 229). Tobias Barreto faz coro ao dizer, referindo-se a Glaser, que “ele estabelece um princípio fecundo, cuja aplicação pode ser um meio seguro de chegar ao termo desconhecido do problema. Tal me parece esta síntese: ‘Se se busca abstrair, diz ele, o pretendido autor de um crime dado da soma dos fatos que o constituem, e mostra-se que, não obstante, o resultado aparece, que, não obstante, a seriação das causas intermédias permanece a mesma, então é claro que o ato criminoso ou a sua imediata consequência, não pode ser posta à conta deste indivíduo” (2000, p. 304). Roxin (2002a, p. 275) confirma ser considerado Glaser “o primeiro defensor da teoria da equivalência”, pois já escrevia em 1858: “Para a verificação do nexo causal existe [...] um ponto de apoio seguro; se se excluir mentalmente o suposto autor da soma dos acontecimentos, e ficar demonstrado que ainda assim o resultado ocorre, que ainda assim a cadeia de causas intermediárias permanece a mesma, então está claro que o fato e o resultado não podem ser considerados em efeito desta pessoa. Se, por outro lado, ficar demonstrado que, uma vez excluída esta pessoa do cenário dos acontecimentos, o resultado não podia ocorrer, ou tivesse de ocorrer de uma maneira completamente diversa: então é justo considerá-lo efeito da atividade da pessoa”. Roxin, contudo, adverte que “a fundamentação mais profunda da teoria da equivalência remonta [...] a Maximilian von Buri, sob cuja influência, enquanto conselheiro do Tribunal do Império, a teoria se consolidou desde bem cedo também na jurisprudência: primeiro na decisão RGSt 1, 373, e a partir daí de maneira constante; em muitos casos utiliza-se da idéia da *conditio sine qua non* sem que se recorre à fórmula especial da ‘exclusão mental’. Esta aparece pela primeira vez no ano de 1910, em RGSt 44, 137 (139): ‘só se pode falar em lesões corporais seguidas de morte se as lesões não puderem ser excluídas mentalmente, sem que ao mesmo tempo o resultado morte seja eliminado’, a partir daí começou ela a ser utilizada em numerosos julgados” (2002a, p. 275-276).

Sob o enfoque da *conditio sine qua non*⁶³, haverá relação de causalidade entre todo e qualquer fator que anteceder o resultado e nele tiver alguma interferência. O método utilizado para se aferir o nexos de causalidade é o da eliminação hipotética, vale dizer, quando se pretender examinar a relação causal entre uma conduta e um resultado, basta eliminá-la hipoteticamente e verificar, após, se o resultado teria ou não ocorrido exatamente como se dera. Assim, se depois de retirado mentalmente determinado fator, notar-se que o resultado **não** teria se produzido (ou não teria ocorrido exatamente do mesmo modo), poder-se-á dizer que entre a conduta (mentalmente eliminada) e o resultado houve nexos causal. Por outro lado, se a conclusão for a de que, com ou sem a conduta (hipoteticamente retirada) o resultado teria se produzido do mesmo modo como se deu, então ficará afastada a relação de causalidade⁶⁴.

Essa teoria já sofreu várias objeções, dentre as quais se podem apontar: a) a de confundir a parte com o todo; e b) a de gerar soluções aberrantes, mediante um regresso ao infinito ou produzindo um ciclo causal interminável.

Diz-se que a teoria da equivalência confunde “a parte com o todo”, porquanto “se causa é o conjunto das condições, como poderá ser considerada causa uma condição isolada? Em outras palavras: se $E = a + b + c$, $E = a$. Aí está o salto mortal da doutrina, no plano lógico” (COSTA JÚNIOR, 1964, p. 94).

As soluções aberrantes decorrentes da teoria da *conditio sine qua non* referem-se a um exagero nos antecedentes e um excesso nos conseqüentes. Os casos em que há exagero nos antecedentes correspondem ao chamado *regressus ad infinitum*. São exemplos clássicos: a discussão da relação de causalidade entre a fabricação da arma de fogo e o homicídio praticado com o instrumento bélico; o nexos causal entre a confecção de uma cama por um marceneiro e o estupro nela

⁶³ A teoria da equivalência dos antecedentes possui ampla aceitação entre aqueles que defendem ser o nexos de causalidade o método adequado para a imputação do resultado a uma conduta. Eis o testemunho de Maurach, com relação à Alemanha: “No presente [referindo-se ao estado da teoria do crime na década de 1960], reina acordo em torno do ponto de vista precisamente sobre a teoria da *conditio sine qua non*” (1962, p. 225; parêntese nosso). Seu tradutor (Juan Cordoba Roda) o confirma na prática da jurisprudência espanhola de então: “A teoria da condição ou da equivalência é dominante na prática espanhola” (MAURACH, 1962, p. 230). Em nosso país, desde a entrada em vigor do Código Penal de 1940, notadamente por força de seu art. 11, *caput* (que corresponde ao art. 13, *caput*, do Código Penal vigente), a teoria da *conditio* possui ampla aceitação entre nossos doutrinadores e na jurisprudência. Cumpre fazer menção a uma das poucas vozes divergentes, a de Paulo José da Costa Júnior, que, na obra *Do nexos causal – aspecto objetivo do crime* (1964), expressamente critica a opção de nosso legislador, apresentando predileção pela teoria da causalidade adequada.

⁶⁴ *Sublata causa tollitur effectus* (suprimida a causa, cessa o efeito).

cometido; a relação sexual entre os pais que conceberam o criminoso e o delito por ele praticado...

Os excessos nos conseqüentes referem-se aos “cursos causais extraordinários”⁶⁵. São exemplos: a imputação da morte decorrente do incêndio no hospital ao agente que atropelou a vítima culposamente, fazendo com que ela fosse internada no nosocômio; a atribuição da morte de um paraplégico durante desabamento em um estabelecimento fechado a quem deu causa à sua condição de deficiente físico em anterior acidente, caso se constate que o falecido teria sobrevivido se não tivesse reduzida sua mobilidade.

Dentre as teorias da condição qualificada ou individualizadoras, merece destaque a teoria da causalidade adequada. A maioria dos autores atribui sua criação a um fisiólogo, Von Kries⁶⁶. Segundo ela, somente se reputa causa o antecedente adequado à produção do resultado. “Para que se possa considerar um resultado como causado por um homem, faz-se mister que êste, além de realizar um antecedente indispensável, desenvolva uma atividade adequada à concretização do evento” (COSTA JÚNIOR, 1964, p. 98).

Causa, portanto, é apenas o antecedente adequado à produção do resultado, segundo uma regularidade estatística. O nexó de causalidade não se afere por meio da simples eliminação hipotética, mas por intermédio de um juízo de prognose póstuma objetiva. Em outras palavras, para se verificar a relação de causalidade entre conduta e resultado, deve-se analisar se, no momento da conduta, o resultado se afigurava como provável ou possível, segundo um prognóstico capaz de ser realizado por uma pessoa mediana, baseado no *quod plerumque accidit*.

Em resumo: o julgador, retrocedendo no tempo até o momento da conduta, e colocando-se no lugar do agente, analisa os fatos, já verificados, como se ainda devessem verificar-se (“nachträgliche Prognose”). Emite, então, um juízo que é o corolário de um silogismo, cuja premissa maior é constituída pelo conhecimento das leis da natureza (conhecimento nomológico), e cuja premissa menor é integrada pelas condições particulares em que se encontrava o agente (conhecimento ontológico). E êste juízo é o futuro do passado (COSTA JÚNIOR, 1964, p. 99)

⁶⁵ Na doutrina brasileira, os casos que se aludem como “cursos causais extraordinários” costumam ser referidos como causas supervenientes relativamente independentes à conduta. Registre-se que os autores estrangeiros também usam a expressão “cursos causais hipotéticos” para se referir a tais grupos de casos.

⁶⁶ Como anota Costa Júnior, há autores que sustentam ter sido ela concebida por Von Bar (1964, p. 98, nota de rodapé n. 67).

A teoria em questão também sofreu diversas objeções. Houve, em primeiro lugar, quem julgasse supérfluo o exame do que já aconteceu como se não houvesse, ainda, ocorrido. Forte crítica, contudo, foi a que apontou ser impossível determinar, com a precisão estatística que a teoria sugere existir, o grau de possibilidade para que uma conduta produza determinado resultado. Houve, por fim, quem a taxou de ser responsável por uma ampliação excessiva das causas de irresponsabilidade penal, gerando um excesso de absolvições (COSTA JÚNIOR, 1964)⁶⁷.

Há, ainda, outras teorias individualizadoras, todas derivadas, em certa medida, da teoria da causalidade adequada. São elas: a teoria da condição perigosa – Grispigni, a da causa humana exclusiva – Antolisei, e a da causalidade jurídica – Maggiore (*apud* COSTA JÚNIOR, 1964).

Para a teoria da condição perigosa, os antecedentes do resultado não se encontram em plano de equivalência, devendo o Direito Penal ocupar-se somente das causas que possam ser consideradas como condições perigosas.

Pela teoria da causa humana exclusiva, por sua vez, deve-se diferenciar a causalidade humana da mecânica, porquanto o ser humano é provido de consciência e vontade e, assim, pode antever, dentro de certo limite, os efeitos que podem derivar de suas ações ou omissões. O que escapar do controle humano deverá ser considerado fato excepcional, no qual não se fará presente a relação de causalidade.

Já conforme a teoria da causalidade jurídica, deve-se diferenciar a causalidade científica da naturalística, metafísica ou filosófica. Cumpre ao jurista, então, na diversa gama de causas, identificar aquelas a que, segundo seu juízo, se possa atribuir relevância.

Hungria (1958, p. 61-63, grifos do autor) indica, ainda, as teorias da eficiência (“causa é a condição mais eficaz”); da causa próxima (“*in jure non remota causa, sed proxima spectatur*”). É preciso distinguir entre *causa* [causa imediata] e *condição* [causa remota]); da causa decisiva (“causa é o *elemento dinâmico* que decide da

⁶⁷ Costa Júnior manifesta expressa predileção em favor da teoria da causalidade adequada em detrimento da equivalência dos antecedentes: “Concluindo: a doutrina da causalidade adequada mostra-se completa em relação aos crimes qualificados pelo resultado, aos delitos omissivos, à co-autoria, à tentativa impossível, à conceituação do perigo e a muitos outros institutos de Direito Penal. Não é, porém, uma teoria propriamente causal. Trata-se mais de uma concepção de relevância jurídica. Contudo, apesar de suas naturais deficiências, afigura-se-nos preferível à teoria da equivalência” (1964, p. 102).

espécie do efeito. Os *elementos estáticos* são simples *condições* e, como tais, juridicamente imponderáveis"); do equilíbrio ("causa é a *fôrça última* que, rompendo o equilíbrio entre os elementos favoráveis [positivos] e os contrários [negativos], produz o evento"); da condição insubstituível ("só é causa a condição indispensável em relação ao evento"); do movimento atual ("causa é o *movimento atual*, em contraposição ao estado inerte"); da causa típica ("não existe propriamente um problema de causalidade, mas apenas a questão de *enquadramento* [*Subsumptio*] do fato no tipo penal, mediante a interpretação do texto legal, especialmente do sentido do 'verbo' que preside à configuração do crime"); da causa relevante para o Direito Penal ("só é juridicamente relevante a causa idônea [a idoneidade, aqui, diversamente da teoria de Von Kries ou da causalidade adequada, não é necessária para a existência do nexu causal, mas para a relevância jurídico-penal]"); da tipicidade condicional ("existe nexu causal, em direito penal, quando entre uma determinada conduta *típica* e um determinado evento, consistente em particular modificação do mundo externo, existe uma relação que tenha os característicos de *sucessão, necessidade e uniformidade*").

2.3 A teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non* e as causas independentes

Desenvolveu-se, no âmbito da teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*, o estudo das causas independentes. Cuida-se de fatores que podem interpor-se no nexu de causalidade entre a conduta e o resultado, de modo a influenciar no liame causal.

A doutrina distingue causas dependentes e independentes. As primeiras seriam as que têm origem na conduta do sujeito e inserem-se dentro da sua linha de desdobramento causal natural, esperada. São elementos situados no âmbito do *quod plerumque accidit*, isto é, decorrências normais ou corriqueiras da conduta (como ocorre no caso da morte por choque hemorrágico subsequente a um ferimento pérfuro-inciso profundo; ou, ainda, segundo nossa jurisprudência, na hipótese da morte por conta de infecção hospitalar).

Quanto às causas independentes, são as que, originando-se ou não da

conduta, produzem por si só o resultado. Elas configuram um fator que está fora do *quod plerumque accidit*, ou seja, não pertencem ao âmbito do que normalmente acontece. São eventos inusitados, inesperados, dos quais se pode citar a morte provocada por sangramento oriundo de uma pequena ferida incisa, em vítima hemofílica.

De acordo com a teoria da equivalência e seu juízo de eliminação hipotética, quando o resultado for produto de causas dependentes, o agente por ele responderá.

No que concerne às causas independentes, entretanto, se faz necessário distinguir entre as causas absolutamente e as relativamente independentes da conduta.

Por causas absolutamente independentes, entendem-se as que produzem por si só o resultado, não possuindo qualquer origem ou relação com a conduta praticada. Nesse caso, o resultado ocorreria de qualquer modo, com ou sem o comportamento realizado (eliminação hipotética), motivo pelo qual fica afastado o nexo de causalidade (fazendo com que não se possa imputar o resultado ao autor da conduta).

As causas absolutamente independentes da conduta dividem-se em preexistentes ou anteriores (quando anteriores à conduta), concomitantes ou simultâneas (quando ocorrem ao mesmo tempo), e posteriores ou supervenientes (quando se verificam após a conduta praticada). A título de ilustração, citam-se alguns exemplos: a) efetuar disparos de arma de fogo, com intenção homicida, em pessoa que falecera minutos antes (a morte anterior configura causa preexistente); b) atirar em pessoa que, no exato momento do tiro, sofre ataque cardíaco fulminante e que não guarda relação alguma com o disparo (o infarto é a causa concomitante); c) administrar veneno na comida da vítima, que, antes que a peçonha faça efeito, vem a ser atropelada (causa superveniente; nesse caso, o agente só responde pelos atos praticados, ou seja, por tentativa de homicídio)⁶⁸.

Já as causas relativamente independentes, por seu turno, são as que, agregadas à conduta, conduzem à produção do resultado. Com base na teoria da equivalência dos antecedentes, a presença de uma causa desta natureza não exclui o nexo de causalidade.

⁶⁸ Mencionamos tais exemplos em nossa obra *Direito Penal: Parte geral* (Coleção Curso e Concurso). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

Do mesmo modo que as causas absolutamente independentes, elas também se dividem em preexistentes ou anteriores, concomitantes ou simultâneas e supervenientes ou posteriores.

A título de exemplo, observem-se os seguintes casos hipotéticos: a) efetuar ferimento leve, com instrumento cortante, num hemofílico, que sangra até a morte (a hemofilia é a causa preexistente, que, somada à conduta do agente, produziu a morte). Note-se que, nesse exemplo, pressupõe-se que o sujeito tenha efetuado um golpe leve no ofendido, que não produziria a morte de uma pessoa saudável; b) efetuar disparo contra a vítima que, ao ser atingida pelo projétil, sofre ataque cardíaco, vindo a morrer, apurando-se que a **soma** desses fatores produziu a morte (considera-se, nesse caso, que o disparo, isoladamente, não teria o condão de matá-la, o mesmo ocorrendo com relação ao ataque do coração – causa concomitante); c) após um atropelamento, a vítima é socorrida com algumas lesões ao hospital; no caminho, a ambulância explode, ocorrendo a morte (a explosão da ambulância é a causa superveniente que, aliada ao atropelamento, deu causa à morte do ofendido)⁶⁹. Deste último exemplo há algumas variantes dignas de menção: a vítima chega ileso da ambulância ao hospital, que se incendia; a vítima chega sem outras lesões ao hospital, mas falece por decorrência de um erro médico; ou, ainda, depois de ser atendida no nosocômio, tem uma de suas pernas amputadas como conseqüência da gravidade dos ferimentos e, depois de receber alta, morre num incêndio ocorrido no interior de um teatro, de onde não conseguiu fugir em razão de sua reduzida capacidade de locomoção.

Em todos os casos retratados no grupo das causas relativamente independentes da conduta, há nexos causais entre esta e o resultado (pela teoria da *conditio*). A imputação do resultado ao agente, todavia, exigirá outro elemento, de caráter subjetivo, consistente em se verificar se a causa era por ele conhecida (o que conduzirá à responsabilização a título de dolo), ou, ao menos, previsível (indicativo de culpa). Sem tais requisitos, por óbvio, ter-se-ia a responsabilidade objetiva do agente, algo repudiado de há muito no campo do Direito Penal.

As situações designadas como causas relativamente independentes supervenientes da conduta correspondem àquilo que os autores estrangeiros

⁶⁹ Mais uma vez, mencionamos tais exemplos em nossa obra *Direito Penal: Parte geral* (Coleção Curso e Concurso). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101.

denominam “cursos causais extraordinários ou hipotéticos”. São casos em que não haverá imputação pela teoria da imputação objetiva (como se verá adiante). De qualquer modo, vale consignar que tais casos se enquadram no art. 13, § 1º, do CP, que expressamente exclui a responsabilidade do agente.

2.4 Qual o problema central: causalidade ou imputação?⁷⁰

O escorço das diversas teorias sobre a relação de causalidade pode fazer crer seja esta o aspecto fundamental para se atribuir a alguém determinado resultado. O nexos de causalidade, contudo, independentemente da teoria em que se funde, não passa de um instrumento para se responder à questão, esta sim crucial, consistente em saber **quais são os critérios adequados para a imputação**. Isto é, sobre quais bases deve-se erguer o aspecto objetivo do crime, permitindo que determinado resultado possa ser considerado “obra” de alguém e, como consequência, a ele atribuído (imputado)?⁷¹.

A rigor, cumpre advertir que, toda teoria do crime é um meio técnico-jurídico de imputação, ou seja, para se estabelecer a quem se deve imputar determinados fatos penalmente relevantes.

⁷⁰ Kelsen, em sua clássica *Teoria pura do direito*, advertia que causalidade e imputação não se confundem: “Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como *imputação*” (2003, p. 86). Mais adiante, arremata que: “A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado com uma determinada consequência. O sentido da ligação, porém, é – como já vimos – diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando é A, B deve ser” (2003, p. 100). Deve-se sublinhar que o conceito kelseniano de imputação não é o adotado no presente trabalho. Quando falamos de imputação, referimo-nos ao conjunto de critérios normativos pelos quais se pode atribuir determinado resultado a uma pessoa (e, como reflexo disto, as consequências jurídicas previstas em lei para quem produzir este resultado).

⁷¹ A sobrelevada importância dada ao nexos causal, como verdadeiro dogma e resposta única à imputação, pode ser vista no pensamento dogmático nacional e também estrangeiro. A título de exemplo, Maurach diz que: “Apesar de a ação e o resultado se encontrarem, na estrutura do crime, em planos distintos, aquele como conceito da vida anteposto ao tipo, e este como culminação do tipo criado pelo legislador, deve existir entre ambos uma linha de conexão que mostre a causação do resultado típico precisamente pela atuação da vontade. A elaboração de tal enlace ideal entre ação e resultado típico é o assunto próprio da teoria do *nexos causal*” (1962, p. 221, grifo do autor). Jimenez de Asúa, de sua parte, assevera, na introdução do capítulo intitulado “*A relação de causalidade*”, que: “para que o resultado possa ser imputado a alguém, é preciso que exista um nexos causal ou uma relação de causalidade entre a conduta de um ser humano e o resultado sobrevivendo” (1951, p. 422).

Imputar, dizia Berner (*apud* BACIGALUPO, 2005, p. 177), significa “pôr nas costas de um sujeito algo objetivo”⁷².

Desde as primeiras décadas do século passado, estabeleceu-se, dogmaticamente, outro campo de discussão. Ao invés de se determinar qual a melhor teoria sobre a relação de causalidade, procurou-se estabelecer qual o melhor critério de imputação.

Coube a Richard Honig, inspirando-se em Karl Larenz, explorar este campo fértil de discussão científica na seara do Direito Penal, posteriormente desenvolvido por Claus Roxin.

Com efeito, o civilista Karl Larenz, na década de 1920, resgatou o conceito de imputação, quando então havia nítido predomínio do dogma da causalidade. Baseando-se numa concepção hegeliana de imputação, sustentou que:

A imputação não significa outra coisa senão o intento de diferenciar o *próprio* fato dos eventos *casuais*. Quando afirmo que alguém é o autor de um evento, quero dizer que esse evento é seu próprio fato, com o que quero dizer que ele não é obra da casualidade, mas de sua própria vontade. (*apud* BACIGALUPO, 2005, p. 178, grifos do autor)

Na síntese de Prado e Carvalho (2002, p. 31):

Para Larenz, a imputação objetiva descreve aquele juízo pelo qual determinado fato surge como obra de um sujeito, ou seja, a imputação nada mais é do que a tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais.

Seguindo o caminho trilhado por Larenz, Honig introduziu, no âmbito do Direito Penal, o tema da imputação, como aspecto central e anterior à causalidade:

⁷² Segundo Kant: “Imputação (*imputatio*) em sentido moral é um juízo mediante o qual alguém é visto como o autor (*actio libera*) de uma ação, que então se denomina fato (*factum*) e está sob a égide das leis” (*apud* BACIGALUPO, 2005, p. 177). Para Kelsen, “a imputação não consiste noutra coisa senão nesta conexão entre o ilícito e a consequência do ilícito” (2003, p. 91). Remetemos o leitor à nota n. 70, em que ressalvamos não termos adotado, neste trabalho, o conceito kelseniano (ou mesmo o kantiano) de imputação.

Dado que a intervenção final nos eventos naturais constitui a essência da conduta humana, a *finalidade objetiva* é o critério para a imputação de um resultado e, por vezes, para sua delimitação a respeito dos eventos causais. *Imputável, de acordo com ele, é aquele resultado que pode ser pensado como finalmente realizado.* (PRADO e CARVALHO, 2002, p. 35; grifos dos autores)

É de ver que Honig, diversamente de Larenz, direcionava seu foco para a imputação do resultado (e não do comportamento).

Os juízos de imputação propostos por Larenz e Honig intentavam corrigir a amplitude do nexos de causalidade (notadamente, daquele fundado na teoria da *conditio sine qua non*). Para isto, contudo, ao invés de elaborarem diferentes teorias sobre a relação de causalidade, abandonaram-na em nome de um juízo que a precede: o da imputação.

Merece registro, ainda, a obra de Hardwig, na década de 1950, retomando, como fizera Honig vinte anos atrás, o tema da imputação, quando só se falava em nexos de causalidade. Para ele, “a imputação significa a verificação de uma relação positiva, de um nexos, entre um acontecimento e uma pessoa, no sentido de reconhecer ou reprovar a conduta da pessoa, seguindo um complexo de normas da razão” (*apud* GRECO, 2002, p. 48). Greco aduz que:

[...] podemos ressaltar aquilo que, de uma perspectiva atual, sobressai como *relevante* no trabalho de Hardwig, um trabalho que, apesar de seus méritos, teve pouca penetração e influência na doutrina de sua época. O primeiro desses méritos é ter voltado a falar em imputação numa época em que tal palavra encontrava-se riscada do vocabulário dos penalistas. O segundo é ter ele elevado a idéia de imputação a um lugar central na teoria do delito, antecipando alguns esforços atuais, como os de Jakobs, para o qual a teoria do delito nada mais representa que uma teoria da imputação. Em terceiro lugar, Hardwig trabalhou, de modo, ao que parece, pioneiro, com as idéias de evitabilidade/dirigibilidade no âmbito da imputação; idéias que depois seriam retomadas por vários autores, em especial por Otto, e que até hoje desempenham um papel de destaque nas discussões. E, por fim, no conceito de causalidade normativo-final se vê um claro precursor da teoria do aumento do risco, criada por Roxin poucos anos mais tarde, em 1962. (2002, p. 52-53, grifo do autor)

Como se verá adiante, essa linha de pensamento frutificou no terreno do chamado “sistema funcionalista”, no qual se concebeu a atual teoria da imputação objetiva do resultado.

2.5 A relação de causalidade no contexto dos sistemas penais e da estrutura do crime

2.5.1 Sistemas penais: o pensamento sistemático

Cabe definir, de início, o que se entende por “sistema” e, em seguida, o significado de “sistema penal”.

Kant definia sistema como unidade dos múltiplos conhecimentos a respeito de uma idéia.

Bertalanffy (2003, p. 56), em sua teoria geral dos sistemas, conceitua-o como “um complexo de elementos interatuantes”, sendo que tal *interação* significa que os elementos se relacionam de tal modo que o comportamento de cada um numa dada relação é necessariamente diferente de seu comportamento em outra.

Já no âmbito jurídico, deve-se entender por sistema, o conjunto de normas (princípios e regras), ordenadas de maneira lógica e concatenada entre si.

A construção de um pensamento sistemático tem ocupado grande parte dos trabalhos científicos em Direito Penal. Argumenta-se que tal forma de pensar permite uma aplicação segura e previsível do Direito Penal, evitando-se o acaso e a “loteria” nas decisões dos tribunais.

Liszt (*apud* ROXIN, 2002b, p. 34) afirmava, no começo do século passado, que: “[...] somente a ordenação dos conhecimentos em um sistema garante aquele domínio sobre todas as particularidades, seguro e sempre disposto, sem o qual a aplicação do Direito é sempre um diletantismo, abandonada ao acaso e à arbitrariedade”.

Welzel (1997, p. 01), na década de 1960, reiterando uma tese que já sustentava há anos, assim ponderava: “[...] (o Direito Penal) como ciência sistemática para a base de uma Administração da Justiça uniforme e justa, pois somente o conhecimento das relações internas do Direito eleva sua aplicação para um patamar acima do acaso e da arbitrariedade”.

Roxin (2002a), desde a década de 1970 até os dias atuais, defende com ênfase o emprego do pensamento sistemático⁷³, enumerando-lhe algumas vantagens: a) *a facilitação do exame de casos* – o aplicador do direito, em face de um caso concreto, irá examinar cada requisito do crime de modo ordenado: 1) fato típico, 2) antijuridicidade, 3) culpabilidade (como pressuposto de aplicação da pena); b) *a ordenação do sistema como pressuposto de uma aplicação uniforme e diferenciada do direito* – a construção de um sistema dá bases seguras e uniformes, evitando uma solução improvisada e imprevisível dos problemas penais – a Justiça Penal deixa de ser uma “loteria”; c) *simplificação e melhor manuseabilidade do direito* – o aplicador do direito terá sua tarefa facilitada, pois conseguirá solucionar rapidamente os casos concretos (assim, por exemplo, diante de um caso de sonambulismo, no qual não existe conduta penalmente relevante, ficará dispensado o exame da tipicidade, antijuridicidade e da culpabilidade); d) *o contexto sistemático como diretriz para o desenvolvimento praeter legem do Direito* – a fixação de bases sistemáticas permite extrair fundamentos que extravasam os preceitos meramente legais, auxiliando na solução de problemas não antevistos pelo legislador.

2.5.2 O sistema clássico (Liszt/Beling/Radbruch)

Denomina-se sistema clássico aquele resultante das lições de Franz von Liszt e Ernest Beling, com contribuições de Gustav Radbruch.

Sua origem remonta ao final do século XIX, quando da publicação do *Tratado* de Von Liszt. Representou uma verdadeira revolução, tanto na abordagem científica do Direito Penal, quanto na preocupação com a construção de uma sólida teoria do delito.

A estrutura do crime, apresentada por Von Liszt de modo claro, didático e sistematicamente estruturado, produziu enormes avanços no campo dogmático.

⁷³ Roxin (2002a) admite riscos no pensar sistemático, embora conclua que estes são ínfimos diante das vantagens que ele traz. Tais perigos seriam: a) desatenção à justiça do caso concreto – por mais que se busque a formulação de um sistema penal abrangente, jamais será possível dar solução justa a todo e qualquer caso concreto; b) redução de possibilidades de solução dos problemas – o atrelamento a um sistema limita a busca de formas diferenciadas de resolução de questões penais; c) deduções sistemáticas ilegítimas do ponto de vista político-criminal – o que decorre da diversidade de premissas que leva à construção de algumas conclusões, tornando-as inaplicáveis politicamente a casos diversos; e d) utilização de conceitos demasiado abstratos.

Atribui-se a esta fase da dogmática, por exemplo, o mérito de espancar de vez a responsabilidade penal objetiva, visto que o dolo e a culpa foram erigidos a elementos essenciais do crime (como espécies de culpabilidade), sem os quais ele não existe.

O conceito clássico de delito [...] estava influenciado de modo decisivo pelo naturalismo do final do séc. XIX, que desejava submeter as ciências humanas ao ideal de exatidão das ciências naturais, alicerçando, em razão disso, o sistema jurídico-penal em dados da realidade mensuráveis e empiricamente comprováveis. (ROXIN, 2002a, p. 201)

O sistema clássico incorporou duas importantes teorias: a teoria causal ou naturalista da ação (ação como inervação muscular, produzida por energias de um impulso cerebral, que provoca modificações no mundo exterior – Von Liszt); e a teoria psicológica da culpabilidade (culpabilidade como vínculo psicológico que une o autor ao fato, por meio do dolo ou da culpa).

Para os penalistas clássicos, o crime continha dois aspectos, a saber, um objetivo, composto do fato típico e da antijuridicidade, e outro subjetivo, integrado pela culpabilidade.

O fato típico, por sua vez, continha os seguintes elementos: ação; tipicidade; resultado (modificação causal no mundo exterior provocada pela conduta); e **nexo de causalidade** (orientado segundo a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*).

A antijuridicidade apresentava-se como conseqüência inerente à tipicidade. O fato típico presumia-se antijurídico, salvo quando presente alguma causa justificante – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito. Tais causas possuíam somente elementos (ou requisitos) objetivos, de modo que prescindiam, para sua constatação, da presença de elementos subjetivos; em outras palavras, atuava em legítima defesa mesmo aquele que desconhecia totalmente a existência de uma agressão injusta contra si ou terceiro, desde que objetivamente a repelisse.

A culpabilidade era compreendida como o vínculo psicológico que unia o autor ao fato por intermédio do dolo ou da culpa. A imputabilidade do agente, entendida como capacidade de ser culpável, atuava como seu pressuposto.

Como ensina Ponte (2002, p. 20), “a culpabilidade consistiria exclusivamente na referência psíquica do agente a certos acontecimentos externos a sua pessoa. Seria o nexó psíquico entre o mundo sensível do autor e o resultado típico, tanto nos crimes dolosos quanto nos culposos”.

Em que pese o fato de muitas das idéias elaboradas pelos clássicos ainda serem defendidas (com razão) nos dias de hoje, dentre elas a negação da responsabilidade penal objetiva, muitas foram alvo de críticas, as quais levaram a um aperfeiçoamento.

Calha, aqui, um parêntese. Como aponta Bacigalupo (2006, p. 20), o desenvolvimento do Direito Penal pode certamente ser entendido à luz da “teoria das gerações” de Ortega y Gasset: “Cada geração consiste em uma peculiar sensibilidade, em um repertório orgânico de íntimas propensões, quer dizer que cada geração tem sua vocação própria, sua histórica missão”.

Não há dúvida de que todas as gerações darão suas contribuições à ciência como um todo e, em particular, à ciência do Direito Penal. Sob esta perspectiva, as gerações podem sempre ser consideradas “cumulativas”, já que partem de um esquema anteriormente apresentado e, com a referência em mestres que os antecederam, fornecem suas contribuições para o avanço da dogmática penal.

Assim, “A dogmática de hoje, de qualquer modo, não é a negação do passado, é a que teriam feito nossos antepassados se vivos fossem” (BACIGALUPO, 2006, p. 20).

Feita esta breve advertência, cumpre indicar algumas das críticas sofridas pelo sistema clássico.

Os autores clássicos davam à ação uma definição exageradamente ampla, compreendendo a ação em sentido estrito (isto é, um fazer) e a omissão (não-fazer), ambas consideradas causais (teoria causal ou naturalista da ação), ou seja, produtoras de modificações no mundo exterior.

Note-se que a omissão não dá ensejo a relações de causalidade do ponto de vista natural, visto que consiste em um “nada”, e do “nada, nada vem” (*ex nihilo, nihil*). O não-agir não constitui causa real e efetiva de algum evento. Aquele que não age, quando muito, deixa de interferir numa relação de causalidade preexistente, mas não cria uma por si só. Por esse motivo, *v.g.*, a pessoa que presencia um homicídio praticado por terceiro e nada faz, embora pudesse fazê-lo, não pode ser

considerada responsável pela morte da vítima, a não ser que possua algum dever jurídico de impedir esse resultado (como um policial em serviço).

A omissão penalmente relevante não é causal, mas **normativa**, isto é, baseia-se na existência de um dever jurídico (ou normativo) de agir, visando afastar o resultado (v. art. 13, § 2º, do CP vigente).

Para os clássicos, a intenção (dolo) do agente somente deve ser examinada no âmbito da culpabilidade (e não quando da verificação da conduta). Ao separarem a intenção da conduta, separaram em teoria o que, na realidade, não se dissocia.

Como ponderou Welzel (1997), todas as pessoas, em função de seus conhecimentos prévios sobre as relações de causa e efeito, podem antever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de seus atos e, desta forma, os dirigem a uma dada finalidade. A conduta humana penalmente relevante não pode ser analisada sem a intenção que a moveu.

Com a inserção do dolo no âmbito da culpabilidade, os clássicos encontraram dificuldades para explicar o crime tentado, em que o componente anímico mostra-se fundamental para o enquadramento típico do fato. Sem o exame da intenção, não há como descobrir qual fato típico ocorreu e, por vezes, nem sequer é possível determinar se ocorreu ou não algum fato penalmente típico.

Além disso, a outorga de natureza psicológica à culpa foi outro ponto frágil dentro do sistema clássico. Sabe-se que a culpa, diversamente do dolo, não tem cunho subjetivo, mas normativo. Seu exame requer um juízo de valor, em que se compara a diligência empregada pelo agente que causou o resultado, com aquela que deveria ter sido adotada por uma pessoa de mediana prudência e discernimento.

Outro aspecto falho logo apontado pela doutrina, notadamente a alemã, consistiu na falta de uma solução satisfatória para os casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica (em nosso CP, v. art. 22). Nestas situações, poder-se-ia verificar a presença de todos os elementos estruturais da teoria do crime, o que impunha concluir, no plano teórico, que houve crime e, portanto, o agente é merecedor de pena. No entanto, em tais casos, a aplicação da pena criminal mostrava-se injusta.

Na tentativa de aperfeiçoar muitos dos aspectos acima indicados, os autores propuseram algumas reformulações dogmáticas, dando nascimento a outro sistema penal, o neoclássico.

2.5.3 O sistema neoclássico (Frank/Mezger)

O pensamento chamado “neoclássico” diverge do anterior, em primeiro lugar, por seu aporte filosófico. Enquanto os clássicos tinham inspiração no positivismo de Augusto Comte, os neoclássicos se viram grandemente influenciados pelo neokantismo e pela filosofia de valores.

Com respeito à estrutura do crime, diversos aspectos sujeitos a críticas, conforme se apontou no item anterior (2.5.2), foram aperfeiçoados.

No que tange à culpabilidade, ocorreu um avanço considerável. Reinhard Frank reformulou a noção de culpabilidade à medida que vinculou a ela a idéia de **reprovabilidade**. Para Frank, só se poderia considerar culpável um comportamento reprovável socialmente, ou seja, digno de censura.

Assim, *v.g.*, aquele que age sob coação moral irresistível, pratica um fato típico e antijurídico, mas desprovido de culpabilidade (a despeito de agir com dolo), dada a não-reprovabilidade de seu comportamento. Não há como censurar aquele que, na situação concreta, em face dos fatores externos que o pressionavam, não possuía outra alternativa de conduta⁷⁴.

Dessa premissa, Frank concluiu por acrescentar, na estrutura da culpabilidade, um elemento: a exigibilidade de conduta diversa. Assim, no pensamento neoclássico, a culpabilidade compunha-se de três elementos: a imputabilidade, o dolo ou culpa, e a exigibilidade de outra conduta.

Em função da reestruturação promovida no campo da culpabilidade, perdeu espaço a teoria psicológica (integrante do sistema clássico), entrando em seu lugar a teoria psicológico-normativa ou normativa da culpabilidade.

“Para os adeptos da teoria psicológico-normativa, a culpabilidade é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológico, e seus elementos psicológicos, quais sejam, dolo e culpa, estão no agente do crime, enquanto seu elemento normativo está no juiz” (PONTE, 2002, p. 21).

Figuravam, então, como alguns dos pilares deste sistema, a teoria causal ou naturalista da ação e a teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

Neste contexto da evolução dogmática, houve tentativas de lapidar outros

⁷⁴ O conceito de culpabilidade consolidado por Frank, somente em tempos recentes, sofreu tentativas de reformulação, permanecendo durante muitos anos como um consenso dogmático (ROXIN, 2002a).

aspectos da teoria do delito, como o tratamento do erro de proibição. Para tanto, recorreram os neoclássicos à teoria do *dolus malus*, propondo que o dolo deveria ser normativo (ou híbrido), vale dizer, integrado pela consciência e voluntariedade do ato, mais a consciência da ilicitude da conduta. Assim, aquele que agisse desprovido do conhecimento da ilicitude do ato não atuava dolosamente⁷⁵.

Com respeito ao nexos de causalidade, pode-se afirmar que poucas modificações foram introduzidas.

No âmbito das idéias de Von Liszt, como se viu anteriormente, a teoria do delito dava primazia ao elemento objetivo (sobre o subjetivo) e, ademais, propunha uma teoria **geral** da causalidade, uma vez que esta, até então, somente se mostrava problemática em certos tipos de delitos, como o homicídio e as lesões corporais (cf. BACIGALUPO, 2006).

A crítica elaborada sob a perspectiva filosófica do neokantismo não modificou de maneira substancial a concepção de Von Liszt, porquanto apenas explicou a relação de causalidade como um fenômeno cultural e não meramente causal. Já que para os neoclássicos, como colocou Grünhut (1930 *apud* BACIGALUPO, 2006, p. 29), “a sociedade não é algo dado e determinado – como acreditava Von Liszt – mas um conceito valorativo.”

2.5.4 O sistema finalista (Hans Welzel)

A dogmática convencionou indicar como marco do sistema finalista, o ano de 1931, quando Hans Welzel publicou um trabalho intitulado *Causalidade e omissão*.

As idéias de Welzel influenciaram de modo decisivo todo o pensamento dogmático, a partir da metade do século passado.

Grande parte do que se passa no campo da Ciência do Direito Penal é conseqüência do que sucede no contexto das idéias da filosofia e das ciências sociais (cf. BACIGALUPO, 2006). O sistema finalista de Welzel aproxima-se filosoficamente das “doutrinas fenomenológico-ontológicas que buscavam encontrar

⁷⁵ Tal solução não ficou isenta de questionamentos, visto que o dolo (elemento anímico) passara a conter um componente normativo (a consciência da ilicitude). Além disso, dava-se ênfase à consciência atual da ilicitude, quando o fundamental era perquirir a respeito da consciência potencial da ilicitude (como demonstrou Hans Welzel).

certas leis estruturais da essência humana e torná-las o fundamento das ciências que se ocupam do homem” (ROXIN, 2002a, p. 202).

Um dos fundamentos da doutrina de Welzel, no que se refere à estrutura do crime, consistiu na afirmação de que a finalidade é a espinha dorsal da conduta humana.

Segundo o autor, todos os homens dirigem seus comportamentos finalisticamente, baseados em seus conhecimentos prévios sobre as relações de causa e efeito, de modo que podem antever, dentro de limites, as possíveis conseqüências de seus atos.

Da constatação empírica de que ninguém age sem ter, por detrás, uma intenção, por mais singela que seja, Welzel reformulou o conceito de dolo e de conduta, e reestruturou os elementos da teoria do delito.

Sendo a intenção a espinha dorsal da conduta, não se pode analisar a ação humana sem perceber o intuito que a moveu. Nos sistemas anteriores, a conduta era desprovida de qualquer finalidade, pois o dolo somente era analisado no campo da culpabilidade.

Como conseqüência, Welzel passou a sustentar que o dolo (e a culpa) deveriam fazer parte do fato típico, e não da culpabilidade. O fato típico, então, passou a ser integrado de: a) conduta (dolosa ou culposa); b) tipicidade; e c) resultado naturalístico e nexa de causalidade (nos crimes materiais ou de resultado).

No que tange à antijuridicidade, a mudança sensível residiu na afirmação de que as causas de justificação deveriam conter não só requisitos objetivos, mas também subjetivos. Assim, por exemplo, age em legítima defesa aquele que repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, utilizando-se moderadamente dos meios necessários, desde que o faça com a intenção de salvaguarda de um direito seu ou de outrem.

Hans Welzel verificou, ainda, que o dolo não poderia ser integrado por elementos de natureza normativa. Em seu conteúdo somente cabiam a consciência e a voluntariedade do ato (“dolo natural” ou “dolo neutro”). A consciência da ilicitude fora, então, “retirada” do dolo, mas mantida na culpabilidade.

O autor, ademais, propunha que o cerne da questão não era examinar se o agente possuía consciência atual da ilicitude do ato praticado, mas sim, consciência potencial do caráter de ilicitude de seu comportamento.

A culpabilidade, conforme seu modo de entender, teria os seguintes

elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Imprescindível observar que as inovadoras idéias de Welzel resultaram em duas novas teorias: a teoria finalista da ação e a teoria normativa pura da culpabilidade, como dois dos pilares do sistema finalista.

Entende-se por teoria finalista da ação aquela que sustenta ser a conduta humana, um acontecer **final**, e não meramente causal. A finalidade se mostra presente porque o ser humano, graças ao seu saber causal (conhecedor das leis da causa e efeito), pode direcionar seus atos para a produção de um resultado **querido**. Ação e finalidade, portanto, são inseparáveis.

Com a inserção do dolo e da culpa na seara do fato típico, a doutrina passou a estruturar de maneira diferenciada o fato típico do crime doloso e o fato típico do crime culposo.

O último era composto pelos seguintes elementos: a) conduta voluntária; b) resultado involuntário; c) tipicidade; d) relação de causalidade (material); e) quebra do dever de cuidado objetivo (dever de não lesar bens alheios, exigido de pessoas de mediana prudência e discernimento); e f) previsibilidade objetiva do resultado (possibilidade de antever o evento segundo o que normalmente acontece – *quod plerumque accidi* – e de acordo com o critério de uma pessoa de mediana prudência e discernimento).

Com as lições de Welzel, todos os elementos da culpabilidade continham natureza normativa, porquanto exprimiam um juízo de valor (daí sua teoria ter sido denominada de “normativa pura da culpabilidade”). Além disso, segundo o escólio desse penalista, todas as discriminantes putativas deveriam ser tratadas na esfera da culpabilidade (“teoria extremada ou extrema da culpabilidade”)⁷⁶.

⁷⁶ A teoria extremada ou extrema da culpabilidade constitui uma das variantes da teoria normativa pura da culpabilidade. Difere da teoria limitada da culpabilidade justamente no que concerne ao tratamento das discriminantes putativas. A teoria extremada considera que todas as discriminantes putativas traduzem casos de erro de proibição e, portanto, devem ser tratadas à luz da culpabilidade. Para a teoria limitada, contudo, é preciso distinguir se o erro do agente incidiu nos pressupostos fáticos da causa de justificação, o que produziria um caso de erro de tipo (permissivo), ou nos limites normativos da excludente de antijuridicidade, o que resultaria num caso de erro de proibição (indireto). Segundo acreditamos, o Código Penal vigente adotou a teoria limitada da culpabilidade, consoante se nota no tratamento dado ao assunto no art. 20, § 1º, e no item 17 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral. Reconhece-se, entretanto, que a questão é controvertida. Há autores, como Mirabete (1998) que afirmam ter nosso Código se filiado à teoria extremada da culpabilidade, e os que, como Luiz Flávio Gomes (1994), dizem termos acolhido uma abordagem diversa das acima sintetizadas, uma vez que o erro contido no art. 20, § 1º, não poderia ser qualificado quer como erro de tipo, quer como erro de proibição, isto é, seria um erro *sui generis*.

Isso valia tanto para os casos em que o agente se equivocasse a respeito dos pressupostos fáticos de uma causa de justificação (discriminante putativa por erro de tipo ou erro de tipo permissivo), quanto para a hipótese em que seu equívoco atingisse os limites normativos de uma excludente de ilicitude (discriminante putativa por erro de proibição ou erro de proibição indireto).

Vale acrescentar que o sistema finalista de Hans Welzel influenciou em boa parte a doutrina nacional, a partir da década de 1970, destacando-se os trabalhos de Luis Luisi, René Ariel Dotti e Damásio de Jesus.

Houve, de igual modo, quem o criticasse. Hungria, em texto que questionava vários aspectos da teoria de Hans Welzel, declarou:

Como toda a vez que a Europa acende fogo, a América Latina há de emitir fumaça, é escusado dizer que já chegou até o Brasil a teoria finalista, tendo havido mesmo quem dissesse que ela que é a solução definitiva de fundamentais problemas até hoje insolúveis do tecnicismo jurídico. (1967, p. 9)

Durante muitos anos, as críticas sofridas por este sistema eram fundamentalmente intra-sistemáticas, ou seja, questionavam aspectos relativos à coerência interna do sistema e assinalavam eventuais incompatibilidades entre ele e o texto legal. Cite-se, a título de exemplo, Hungria:

Ninguém jamais contestou que a ação voluntária se dirija necessariamente a um fim, devendo este, *sub specie juris*, como reconhecem os finalistas, ser *juridicamente* relevante; mas é bom de ver que isso não impede, de modo algum, que, na análise conceitual da estrutura jurídica do crime, se separe da “ação” a sua “direção finalística”, para, atendendo-se ao critério de classificar homogeneamente os elementos de um todo, inserir a direção finalística (representada no pensamento do agente) no elemento subjetivo ou psíquico, enquanto a ação se há de incluir no elemento objetivo ou físico. Não há razão alguma, de irredutível necessidade, para que o dolo dos finalistas, de caráter puramente psicológico, não permitindo distinguir entre o estrangular uma criança e o dar uma esmola, seja indistacável da ação, como se não se pudesse tratar separadamente o espírito e o sangue, o anímico e o corporal. Com esse dolo acrômico, sob o ponto de vista ético-jurídico, os finalistas não vacilam em chegar à conclusão paradoxal de que os próprios inimputáveis (o louco, o idiota, a criança, o ébrio) poderiam praticar crimes dolosos, pois mesmo eles são capazes de ação finalística. O que até agora se chamou “culpabilidade”, cujas formas são o dolo e a culpa *stricto sensu*, não seria mais que a *reprovabilidade* da conduta e a consciência ou possibilidade de consciência da contrariedade ao direito ou da ilicitude jurídica. (1967, p. 8-9, grifos do autor)

Somente no último quarto do século passado, é que as suas bases filosóficas foram objeto de questionamento, dando origem ao “funcionalismo”. Observe-se em Roxin:

[...] eu mesmo defendo uma extensa introdução de dados empíricos na sistemática e na dogmática das teorias gerais do direito penal. Mas oponho-me à maneira como isso é feito pela teoria finalista da ação e suas pretensões quase de direito natural, oposição essa que articularei em três pontos.

Primeiramente, é até possível que a estrutura da ação, enquanto o único dado lógico-real descoberto pelo finalismo, influencie marcadamente a construção do sistema jurídico-penal, mas ela em nada contribui para impedir infiltrações ideológicas no âmbito da dogmática penal.[...]

Em segundo lugar, a ação final, se tomada como fundamento empírico-ontológico do direito penal e oposta aos pontos de partida normativos, compreende apenas um aspecto limitado da realidade, abrangendo de modo bastante incompleto o substrato fático dos acontecimentos jurídicos penalmente relevantes. [...]

Em terceiro lugar, é verdade que a teoria finalista da ação gera conseqüências para a estrutura do delito que influenciaram extensamente a jurisprudência e a legislação alemãs (e as brasileiras). Assim, a chamada teoria da culpabilidade, que não atribui qualquer relevância para o dolo. [...]

A teoria finalista da ação chega, assim, a resultados práticos, mas estes resultados não são, de modo algum, necessariamente corretos, e sim em parte corretos e em parte errôneos. Isso também refuta as pretensões quase jusnaturalistas dos resultados obtidos. (2006, p. 57-58)

Destaque-se, por derradeiro, que, voltando os olhos para o intra-sistemático, a teoria finalista da ação continuava sendo uma teoria da transformação do mundo exterior, de modo que pouco avanço se produziu em matéria de relação de causalidade.

2.5.5 O sistema funcionalista (Roxin/Jakobs)

A elaboração de um pensamento sistemático, como se viu acima, constitui preocupação quase unânime na evolução recente do Direito Penal. Há, contudo, um ponto fundamental de discórdia: trata-se de definir se elementos relativos à política criminal devem influenciar a construção do sistema jurídico-penal (tendência mais

recente), ou se a dogmática penal deve ser totalmente alheia a tais considerações (concepção tradicional).

Durante o século passado, a grande maioria dos autores propôs que a “missão do trabalho sistemático em Direito Penal deve ser alheia e, além disso, contrária, a toda espécie de finalidade político-criminal” (ROXIN, 2002b, p. 33, síntese do autor sobre o pensamento sistemático de Liszt). Essa visão carrega, indiscutivelmente, uma influência do positivismo jurídico, segundo o qual a esfera jurídica deve ser analisada sem qualquer influência das dimensões sociais ou políticas.

Disso resulta uma sistemática que, certamente, conduz a soluções inequívocas e uniformes na aplicação do Direito Penal, mas, não necessariamente, justas.

Preocupando-se com esse problema, Jescheck (1969 *apud* ROXIN, 2002b, p. 37) propôs que o importante deve ser sempre a “solução da questão de fato”, devendo as exigências sistemáticas ocupar segundo plano na aplicação do Direito Penal.

Roxin, na mesma esteira, aduz que os problemas político-criminais configuram o conteúdo próprio da teoria geral do delito. O sistema jurídico-penal, desse modo, deve ser orientado pela busca de soluções justas (isto é, político-criminalmente satisfatórias), não se admitindo mais a separação entre dogmática penal e política criminal, como tradicionalmente concebida. Assim, para Roxin (2002b, p. 49):

[...] o caminho correto só pode consistir em deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal, em que sua fundamentação legal, sua clareza e legitimação, sua combinação livre de contradições e seus efeitos não estejam sob o enfoque das abordagens do sistema formal positivista proveniente de LISZT.

[...]

A vinculação entre Direito e a utilidade político-criminal não podem se contradizer, mas devem harmonizar-se em uma síntese, do mesmo modo que o Estado de Direito e o estado social não formam em verdade contrastes inconciliáveis, mas uma unidade dialética. Uma ordem estatal sem uma justiça social não forma um Estado material de Direito.

A partir da unidade sistemática entre política criminal e dogmática penal, Roxin (2002b, p. 58) estrutura sua teoria do crime afirmando que todas as “categorias concretas do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) devem sistematizar-se, desenvolver-se e contemplar-se desde o início sob o prisma de sua função político-criminal”.

“A construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais” (ROXIN, 2002a, p. 205).

Essa abordagem é designada por **funcionalismo** (análise da teoria do crime segundo a função político-criminal do Direito Penal)⁷⁷. O funcionalismo contém dois componentes nucleares:

1) **A teoria da imputação ao tipo objetivo** (ou teoria da imputação objetiva), que condiciona a imputação de um resultado ao tipo objetivo à criação de um perigo não permitido dentro do alcance do tipo.

A imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica (risco não permitido, alcance do tipo), abstraindo de suas variadas manifestações ônticas. (ROXIN, 2006, p. 79-80)

2) **Expansão do conceito de culpabilidade para uma idéia de responsabilidade**, resultando daí que aquela, como condição indispensável para imposição da pena, deve aliar-se a necessidades preventivas da sanção penal (a culpabilidade e as exigências de prevenção limitam-se reciprocamente, e alguém só será penalmente responsável, se ambas concorrerem simultaneamente).

⁷⁷ Em *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Jakobs define o funcionalismo como “aquela teoria segundo a qual o Direito Penal encontra-se orientado a garantir a identidade normativa, a constituição e a sociedade” (1996, p. 15).

No dizer de Roxin (2002b, p. 59):

A categoria delitiva que tradicionalmente denominamos culpabilidade tem em realidade muito menos a ver com a averiguação do poder agir de outro modo, algo empiricamente difícil de se constatar, mas sim com o problema normativo de saber se, e até que ponto, nos casos de circunstâncias pessoais irregulares ou condicionadas pela situação, convém impor-se uma sanção penal a uma conduta que, a princípio, está ameaçada com uma pena.

Além de Claus Roxin, há outro penalista adepto do funcionalismo. Trata-se de Günther Jakobs.

Há uma diferença fundamental, todavia, entre a concepção destes autores, porquanto divergem quanto à missão do Direito Penal. Para Roxin, trata-se da proteção subsidiária de bens jurídicos (funcionalismo racional-teleológico). Para Jakobs, não é a proteção de bens jurídicos, mas a garantia da vigência e do respeito às normas⁷⁸ (funcionalismo sistêmico) – v. item 1.4, do presente trabalho.

Pode-se dizer, ainda, que o funcionalismo de Roxin é moderado em comparação ao de Jakobs, uma vez que aquele admite seja o Direito Penal submetido a limites exteriores ao sistema penal. Na concepção de Jakobs, entretanto, nota-se um funcionalismo monista ou exacerbado, em que o sistema penal considera-se fechado (autopoiético), não se admitindo ingerências externas como fatores que o limitariam. Apenas em Roxin é que o funcionalismo encontra limites na realidade empírica.

2.6 A relação de causalidade nos Códigos Penais brasileiros

A preocupação com a relação de causalidade em Direito Penal coincide, em boa parte, com o início do período científico do Direito Penal (final do século XVIII).

⁷⁸ Uma das conseqüências práticas da diferença entre os pensamentos desses autores, resulta que Roxin propõe limitações materiais expressas ao direito de punir estatal, relacionadas com a dignidade da pessoa humana (e com a proteção subsidiária de bens jurídicos), o que não se vê em Jakobs.

As Ordenações do Reino de Portugal, que vigoraram no Brasil até 16 de dezembro de 1830, não dedicaram uma linha sequer ao assunto⁷⁹.

Nosso Código Criminal de 1830 representou, como se sabe, enorme avanço para o Direito Penal pátrio. Sua Parte Geral, contudo, não se dedicava ao exame do nexos de causalidade. Na Parte Especial é que se viam, incidentalmente, referências à relação de causalidade entre a conduta e o resultado (naturalístico).

Com base nos arts. 194 e 195 do Código Imperial, inseridos na Seção referente ao homicídio, nota-se que a aferição relativa ao nexos causal ficava a cargo de auxiliares do juízo, e que, havendo dúvidas a respeito, decidia-se pela aplicação de pena mais branda (prisão com trabalho por dois a dez anos⁸⁰). O art. 195 do Código era assim redigido: “*O mal se julgará mortal a juízo dos facultativos; e, discordando estes, ou não sendo possível ouvir-os, será o réo punido com as penas do artigo antecedente*”.

Tratamento similar ocorreu no Código Penal de 1890, pois este também não se referia ao nexos causal em sua Parte Geral⁸¹.

Salgado Martins (1957, p. 99) assinala que este Código: “Adotou, no tocante à relação de causalidade, um critério individualizador, distinguindo entre a causa e condição”. Diz-se individualizadora a teoria que apresenta condições qualificadas, isto é, que outorgam graus de hierarquia diferentes aos diversos antecedentes de um resultado.

⁷⁹ Recorde-se que, como visto anteriormente (item 1.3.1), o Livro V das Ordenações do Reino, o qual tratava da matéria penal, sequer possuía uma subdivisão entre normas penais e processuais. Além disso, não havia divisão entre regras gerais (“Parte Geral”) e normas especiais (“Parte Especial”).

⁸⁰ A pena cominada ao homicídio era de morte, galés perpétuas ou prisão com trabalho por no mínimo vinte anos, sendo “qualificado” o crime (art. 192); ou galés perpétuas ou prisão com trabalho por no mínimo seis anos, quando “simples” (art. 193). A pena mais branda a que o texto se refere é a do art. 194 do Código, assim redigido: “*Quando a morte se verificar, não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o ofendido não applicasse toda a necessaria diligencia para removel-o. Penas – de prisão com trabalho por dous a dez annos*”.

⁸¹ O equívoco de se disciplinar o nexos de causalidade casuisticamente na Parte Especial do CP foi apontado com precisão por Maurach (1962, p. 223): “Não há qualquer dúvida que a causalidade não pode situar-se na Parte Especial, como atributo de particulares grupos de delitos, regulando casuisticamente. A questão referente a quando uma determinada manifestação de vontade representa a causa de um resultado típico constitui problema pertencente à estrutura geral do delito. Isto não afeta o fato de que as questões de causalidade possam ser de interesse apenas de um reduzido grupo de crimes, a saber, aqueles fatos puníveis nos quais o resultado típico, longe de estar incluído na ação tipificada, pode ser separado idealmente, como característica objetiva do tipo, da manifestação de vontade. Assim, a morte da vítima como resultado de uma lesão, a produção do prejuízo patrimonial no estelionato como consequência da disposição produzida pelo engodo (estas infrações eram designadas, primitivamente, como delitos com ‘resultado exterior’)”.

A observação de Salgado Martins fora feita com fulcro no art. 295 do Código Penal de 1890, o qual dispunha sobre o conceito de “lesões mortais” para fins de homicídio, estatuinto que:

Para que se repute mortal, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensável que seja causa eficiente da morte por sua natureza e sede, ou por ter sido praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado morbido anterior concorram para torná-la irremediavelmente mortal.

Hungria (1958, p. 63-65, grifos do autor) fez profunda crítica ao tratamento que nosso primeiro Código Penal republicano deu ao tema:

Como é sabido, o Código de 1890, ainda adstrito a distinções medievais entre *causa lethalis absoluta* e *causa lethalis relativa* ou *causa per se* e *causa per accidens*, concedia *privilegium* ao homicídio doloso *concausal*, isto é, reduzia aprioristicamente a pena quando, para o resultado “morte”, tivessem concorrido as *condições personalíssimas* do ofendido ou a *inobservância*, por parte deste, do *regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado*. Era uma solução injustificável, nada mais traduzindo que uma aberrante condescendência para com o criminoso. Se o agente procede *necandi animo* (isto é, como dolo, direto ou eventual, distintivo do homicídio), que importa, sob o duplo ponto de vista da *imputatio facti* e da *imputatio juris*, a preexistência, concomitância ou superveniência de uma causa que, embora alheia ao cálculo do agente, favoreça ou condicione a eficiência letal da lesão infligida, sem ultrapassar a órbita do perigo criado por esta ou incidindo na sua linha de desdobramento físico? Argumenta-se que em tal caso, não obstante a existência do *animus occidendi*, o evento “morte” do ponto de vista objetivo, não pode ser imputado *exclusivamente* à conduta do agente e, assim, a pena deve ser diminuída. Afeiçoando-se a tal critério, o antigo Código, entretanto, não lhe prestava estrita fidelidade: reduzia a pena na hipótese das “condições personalíssimas do ofendido” (isto é, condições anátomo-fisiológicas *anormais* ou *excepcionais*; mas não *patológicas*) e na de “inobservância do regime médico-higiênico”, mas equiparava à lesão mortal *per se* a que produz a morte por coeficiência da “constituição ou estado mórbido anterior” da vítima (isto é, causas *patológicas*). Era evidente o ilogismo, desde que idêntico, em qualquer dessas hipóteses, o grau de cooperação da *concausa*: tanto faz que a morte tenha resultado da concorrência, por exemplo, do estado hemofílico ou diabético do ofendido, quanto da fragilidade congênita do seu osso frontal, atingido pelo golpe, ou de um processo infeccioso conseqüente à lesão recebida e mal cuidada. No caso de “inobservância do regime médico-higiênico”, a redução da pena era maior do que no das “condições personalíssimas”, por entender-se que se apresentava ainda menos íntima a coligação entre o fato do agente e a *concausa*. Era a preocupação de miúdo *objetivismo* para a graduação da punibilidade, a redundar no despropósito de se considerar a inevitabilidade do resultado letal como uma *condição de menor punibilidade* do homicídio doloso ou de admitir-se uma estranha compensação entre o dolo do agente e a negligência da vítima.

Mais adiante, a Consolidação das Leis Penais, em 1932, não trouxe qualquer modificação no regramento do nexu causal.

O tratamento dado pela legislação à relação de causalidade era um retrato do pensamento jurídico-penal do século XIX, em que, até Von Liszt, somente se concebia a relação de causalidade como problema específico de alguns crimes. Não havia, até o citado tratadista, uma teoria geral da causalidade no campo da teoria do delito (BACIGALUPO, 2006).

Em 1940, com a edição do Código Penal, deu-se importante mudança no panorama legislativo pertinente à relação de causalidade. Com efeito, a matéria passou a ser tratada na Parte Geral, em dispositivo especialmente dedicado ao tema:

Relação de causalidade

Art. 11. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Parágrafo único. A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Nosso Direito Positivo incorporava a conhecida *teoria da equivalência dos antecedentes* ou *conditio sine qua non*. Por meio dela, o estabelecimento da relação de causalidade dá-se mediante um processo de eliminação hipotética.

Por tal procedimento, quando se pretender averiguar a relação de causalidade entre um fator e algum resultado, basta eliminar mentalmente este fator, e verificar se o resultado teria (ou não) ocorrido da forma como se deu. Caso a resposta seja afirmativa, isto é, verifique-se que o resultado teria se produzido de qualquer forma, não haverá nenhuma relação de causalidade, e o fator considerado será absolutamente irrelevante. Se, por outro lado, notar-se que o resultado não teria ocorrido, o nexu causal estará estabelecido. Assim, por exemplo: “A” envenena “B”, que vem a falecer em razão da peçonha. O nexu causal é evidente, pois se “A” não houvesse ministrado o veneno, “B” não teria morrido.

Nossos comentadores sempre ponderaram que a teoria da equivalência dos antecedentes, embora representasse “irrefutável dado de lógica”, deveria ser adotada no campo do Direito Penal com cautela. Hungria (1958, p. 66) advertia: “desde que não se confundam a causalidade objetiva e a causalidade subjetiva (culpabilidade), a *imputatio facti* e a *imputatio juris*”.

O saudoso penalista esclarecia, ainda, que:

Após a averiguação de um evento penalmente típico na sua objetividade, tem-se de apurar, não somente se foi *causado* por alguém, mas, também, se o agente procedeu *dolosa* ou *culposamente*. O requisito da culpabilidade é, sob o prisma jurídico-penal, um corretivo à excessiva amplitude do conceito de causa (no sentido puramente lógico). (HUNGRIA, 1958, p. 66, grifos do autor)

Damásio de Jesus (2005), de igual modo, pondera no mesmo sentido, embora, com mais acerto, esclareça que a verificação do dolo e da culpa, imprescindível como sempre, não faz parte da culpabilidade (causalismo), mas do fato típico (finalismo).

O argumento acima retratado traduz uma preocupação unânime da doutrina, consistente em evitar um regresso ao infinito, que a teoria poderia acarretar. Seria absurdo, por exemplo, punir-se como partícipe de um estupro, o carpinteiro que fabricou o leito em que a violência sexual fora praticada ou, ainda, condenar os pais pelo crime cometido por seu filho, simplesmente porque o geraram...

Deve-se frisar, inclusive, que o próprio legislador, ao editar a regra acima transcrita, notando o exagero a que poderia chegar (o mesmo exagero que fizera Honig, na Alemanha, dar o primeiro passo para a teoria da imputação objetiva), criou uma exceção à equivalência dos antecedentes, no parágrafo único do art. 11⁸²: “A *superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou*”.

O citado dispositivo contempla as chamadas concausas ou causas relativamente independentes supervenientes à conduta, ou, na terminologia de Honig, os **cursos causais extraordinários (ou hipotéticos)**. O exemplo tradicional

⁸² Corresponde ao atual art. 13, §1º, do CP, com sutil modificação redacional.

é o seguinte: “A” atropela “B” culposamente. Este é levado de ambulância ao hospital, onde vem a morrer em razão de um incêndio.

A Reforma de 1984 pouco inovou no assunto⁸³. A redação do art. 11, *caput*, do CP/40 foi reproduzida no atual art. 13, *caput*. O art. 13, § 1º, do CP atual dispõe, de modo quase idêntico ao art. 11, parágrafo único, do CP/40, que: “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.*”⁸⁴

Há que se registrar ter o legislador acrescentado, no dispositivo que cuida do nexo de causalidade (atual art. 13), o tratamento aos crimes omissivos impróprios, para os quais condicionou a imputação à existência de um dever jurídico antecedente⁸⁵.

A exposição permite concluir que nosso ordenamento penal consagra, no plano legislativo, a teoria da equivalência dos antecedentes, com a exceção relativa às causas supervenientes relativamente independentes à conduta.

Mister consignar a opinião de Costa Júnior, para quem nosso Código Penal não acolheu a teoria da equivalência dos antecedentes, ao menos não em sua concepção “pura”.

Segundo o autor (2008, p. 78), “O Código vigente acolheu, como limite, a teoria da equivalência causal. Mas, a fim de que a condição possa ser considerada causa, exige um *quid plus* (algo a mais): a adequação da condição”. E termina: “Em resumo: condição (positiva) + adequação = causa (positiva)”.

Logo, causa é a condição adequada, vale dizer, idônea, possível, não excepcional. Se se pretendesse dar uma rotulagem à teoria abraçada pelo Código, poder-se-ia dizer: condicionalidade adequada. No clássico exemplo do hospital que se incendia, onde vem a perecer o paciente ferido lá internado, a conduta anterior (lesões sofridas) constitui condição do evento. Tal condição, entretanto, não chega a transformar-se em causa porque, mercê de uma valoração póstuma, a conduta não se mostrou idônea a produzir o resultado final. (COSTA JÚNIOR, 2008, p. 78)

⁸³ O atual art. 13, *caput*, do CP corresponde, *ipsis literis*, ao art. 11, *caput*, do CP/40.

⁸⁴ A Reforma de 1984 introduziu a expressão “relativamente” (“causa *relativamente* independente”). De modo equivocado, contudo, manteve a referência à causa que produziu “*por si só*” o resultado (sugerindo que poderia estar indicando uma causa *absolutamente* independente). V. COSTA JÚNIOR, 2008.

⁸⁵ V. art. 13, § 2º, do CP vigente.

2.7 A relação de causalidade no Código Penal de 1969 e no Código Penal Tipo para a América Latina

Em 1963, a convite do governo Jânio Quadros, o então Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Nelson Hungria, recebeu a incumbência de elaborar um anteprojeto de Código Penal. Seu trabalho resultou no Decreto-lei nº 1.004, de 1969.

Surgia, então, a perspectiva de mudança de nosso Código Penal. Como se sabe, entretanto, este Código teve longo período de *vacatio legis* (com sucessivos adiamentos), e acabou sendo revogado, ao tempo do governo de Ernesto Geisel, sem nunca ter entrado em vigor. Durante o longo período que antecedeu a expectativa de vigência deste Código, o texto de 1940 sofreu diversas alterações, quando, enfim, entendeu-se que o atual encontrava-se mais atualizado que o vacante.

O Código de 1969 dava à relação de causalidade tratamento semelhante ao do Código de 1940, com o acréscimo da disciplina da causalidade da omissão (de modo muito próximo ao que se deu com a Reforma de 1984).

Deve-se destacar que, em 1969, foi editado, igualmente, o Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 1969), que se encontra em vigor e, no tocante ao nexos causal, dispõe (de modo idêntico ao que dizia o Código de 1969) que:

Relação de causalidade

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores, imputam-se, entretanto, a quem os praticou.

§ 2º. A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Nota-se, do exame do texto legal, que a legislação castrense também baseia o juízo de imputação na relação de causalidade. Percebe-se, ainda, que esta se funda na teoria da *conditio sine qua non*. Aliás, a redação do *caput* do art. 29 do Código Penal Militar é idêntica à do art. 13, *caput*, do Código Penal atual.

O mesmo se pode dizer do art. 29, §1º, acima reproduzido, e do art. 13, §1º, do Código Penal comum.

Percebe-se, entretanto, tênue distinção redacional entre o art. 29, § 2º, do Código Penal castrense e o art. 13, §2º, do Código Penal, no que diz respeito ao dever jurídico de evitar o resultado decorrente da “ingerência na norma”. O Código Militar emprega a fórmula “*quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência (referindo-se ao resultado)*”, enquanto que o Código Penal diz: “[...] *quem: c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*”.

Também na década de 1960, por iniciativa do Instituto de Ciencias Penales de Santiago do Chile, formou-se uma comissão com integrantes de diversos países da América Latina, com o escopo de elaborar um Código Penal Tipo para a América Latina.

A comissão responsável pelo exame da relação de causalidade reuniu-se no Rio de Janeiro (houve diversas reuniões temáticas em diferentes cidades de países latino-americanos). Decidiu-se, contudo, que esta matéria não deveria ser disciplinada no âmbito do Código Penal Tipo, razão pela qual nenhum de seus dispositivos contém referência ao assunto.

Cláudio Heleno Fragoso (1977), analisando a legislação penal latino-americana, disse a respeito do Código Penal Tipo, em tom pessimista, que:

O CP Tipo para a América Latina constitui generosa inspiração do Instituto de Ciencias Penales, de Santiago do Chile, em 1963, e após imenso trabalho, no curso de vários anos, não conduziu a resultados satisfatórios. O sistema de trabalho adotado, com a busca de soluções legislativas com critérios democráticos, em grandes assembléias heterogêneas, sem qualquer base criminológica, tinha que conduzir a fórmulas de compromisso inadequadas, que geralmente se inspiram na doutrina italiana e germânica que hoje domina a ciência do direito penal nesta parte do mundo. Concluída apenas a Parte Geral, nela não se encontram soluções inovadoras para os grandes problemas do direito penal de nosso tempo.

2.8 A relação de causalidade nos crimes omissivos

Cumprido recordar, de início, que os crimes omissivos são aqueles que contêm, como comando implícito na lei, normas de caráter mandamental ou imperativo, isto é, um *facere*. Assim, quando a lei incrimina a omissão de socorro (CP, art. 135), está ordenando a todos por ela atingidos que, nas situações descritas no tipo penal, ajam, prestem socorro, façam aquilo que a norma os impele.

Os crimes omissivos dividem-se em próprios ou puros, e impróprios, impuros ou comissivos por omissão.

Vale dizer que o debate a respeito da relação de causalidade somente tem razão de ser nos últimos, já que os primeiros são crimes de mera conduta, ou seja, o tipo penal incrimina um comportamento, sem fazer qualquer alusão a resultados materiais (ou naturalísticos⁸⁶). Em outras palavras, não importa saber sobre a relação de causalidade, que constitui um elo de ligação entre conduta e resultado (naturalístico) em crimes que deste são desprovidos⁸⁷.

Quanto aos crimes omissivos impróprios, impuros ou comissivos por omissão, são aqueles fatos punidos a título de comissão, a quem se imputa o resultado previsto no tipo penal, por ter se omitido e, com isto, não impedido a sua produção.

O legislador brasileiro, até antes do CPM (Decreto-lei nº 1.001, de 1969) e do CP de 1969 (Decreto-lei nº 1.004, de 1969), havia silenciado a respeito do assunto (ao menos não ditou normas expressas a respeito).

Ao tempo das Ordenações do Reino, via-se a incriminação de atos comissivos em alguns dispositivos, como no caso do Título CV das Ordenações Filipinas, no qual eram punidos os que *"encobrissem os que querem fazer mal"*.

O Código Criminal do Império, em seu art. 2º, § 1º, definia o crime como *"toda ação ou **omissão** voluntária contrária às leis penais"* (grifo nosso).

Na Parte Especial do Código de 1830, havia delitos omissivos, como o caso da falta de exação no cumprimento dos deveres (art. 153).

⁸⁶ Por resultado naturalístico ou material entende-se a modificação no mundo exterior produzida pela conduta.

⁸⁷ "O problema não se apresenta, porém, em todo o campo omissivo. Desponta somente nos crimes omissivos espúrios. Nos delitos propriamente omissivos, pelo contrário, onde o evento oferece um conteúdo meramente jurídico, a questão não se põe. Neles, não se recorre à causalidade para atribuição material do fato, dada a ausência do segundo termo relacional: a transformação do mundo exterior" (COSTA JÚNIOR, 1964, p. 125).

No Código Penal de 1890, o tema era tratado no ser art. 2º: "*A violação da lei penal consiste em ação ou omissão*". O art. 338 deste Código incriminava a "*omissão de declarações no registro civil*". No âmbito da Consolidação das Leis Penais de 1932, foi mantido o citado art. 2º.

A discussão acerca da relação de causalidade nos crimes omissivos impróprios dava-se no campo dogmático, com acirrado debate entre as teorias causal ou naturalista da omissão e jurídica ou normativa da omissão (adotada no CPM, no CP de 1969 e na Reforma de 1984).

Para a teoria causal ou naturalista da omissão, esta constitui um fenômeno causal, assim como ocorre com a ação. Com outras palavras: seria possível estabelecer uma relação de causalidade entre um *non facere* e um resultado naturalístico. Tal se daria sempre que o omitente pudesse agir para evitar o resultado e nada fizesse nesse sentido, permitindo, com sua inação, que o evento ocorresse.

Segundo a teoria normativa da omissão, não há relação de causalidade entre um não-agir e um resultado material. O vínculo que permite imputar um resultado a quem se omitiu não é naturalístico, mas normativo; decorre da violação de um dever jurídico de agir para evitar o resultado.

A discussão científica sobre a causalidade da omissão teve início, no registro de Von Liszt, no século XIX. Assim resumiu o autor (2003, p. 230):

Ao passo que Feuerbach, Spangenberg, Martin e outros não suscitaram sequer a questão da causalidade na omissão, e somente estudaram a omissão sob o ponto de vista de sua ilegalidade e criminalidade, os sucessores daqueles criminalistas começaram a colocar a questão num terreno falso. *Ex nihilo nihil*, eis o pensamento que serviu de ponto de partida. Luden e Zirkler declararam categoricamente que a omissão é "um operar de outro modo". Krug, Glaser, von Bär e Merkel viram, ao contrário, na ação que precede a omissão o momento causal; mas caíram em insolúveis contradições com o princípio fundamental da teoria da culpa – a culpa deve existir no momento do movimento corpóreo. De modo essencialmente diverso trataram a questão von Buri, Ortman, Binding, Hälschner, Janka, Bünger, procurando encontrar o momento causal na omissão mesma. Formar a resolução criminoso, conter o impulso para a atividade é destruir o obstáculo que se opõe ao resultado e destarte o produzir (teoria da interferência). Semelhantemente Berger, Geyer e Aldosser (causalidade física). Também Olshausen pode, se bem o compreendemos, ser contemplado neste número. Mas esta opinião soçobra de encontro ao fato de que um tal fenômeno todo interno não se dá na omissão culposa, e na dolosa é difícil, senão impossível, demonstrá-lo.

No Brasil, Tobias Barreto dedicou-se ao estudo da relação de causalidade nos crimes comissivos por omissão, ao tempo da vigência do Código Criminal de 1830. Disse, então:

Assim pois uma vez admitindo o nexu de causalidade entre o crime e a vontade consciente do sujeito criminoso, o modo de causar é indiferente. Nada importa que os meios empregados sejam positivos ou negativos. O direito só quer saber se o fenômeno, que ele qualifica de delito, é um efeito deliberado da atividade voluntária deste ou daquele indivíduo. E tanto basta para legitimar o conceito dos crimes comissivos, omissivamente praticados. (2000, p. 154).

E, ainda:

[...] Sendo assim, a questão, que nos detém, se reduz aos seguintes termos: é possível que uma omissão do homem, do mesmo modo que a sua ação seja causal? Pode haver um nexu de causalidade entre um acontecimento, ofensivo do direito, e uma omissão, ou um *deixar de praticar* da parte do indivíduo? E mais restritamente à matéria discutida: pode dar-se o nexu causal entre uma omissão e uma violação das leis penais? Eis o *punctum saliens*; e a afirmativa é irrecusável. (2000, p. 302, grifo do autor)

Tobias Barreto, confessado adepto da teoria causal ou naturalista da omissão, intentou confirmar sua tese com alguns exemplos, dos quais se transcreve o seguinte:

M, em viagem para um certo lugar, tem de passar necessariamente pela porta da casa de N, que mora à margem de um rio, sobre o qual há uma ponte de trânsito geral e quotidiano. Sucede, porém, que nesse dia a ponte se acha deteriorada e não é transitável sem perigo. M ignora, mas N conhece esse estado; e não só deixa de advertir o transeunte da catástrofe iminente, como ainda se compraz em assistir ao espetáculo, dizendo cinicamente: vejamos a queda daquele demônio. Dito e feito; M cai da ponte arruinada e quebra uma perna. Não haverá imputabilidade criminosa no proceder de N? Eu acho na verdade justo o que diz von Buri, que seria muito longe com o princípio de direito, que faz a qualquer responsável pelo resultado de um ato, que ele pudera, querendo, ter evitado, se se transportasse esse princípio, sem limitação alguma, do domínio da ética para o do direito penal. Mas também me parece inquestionável que seria difícil de conservar-se num certo pé de ordem e tranqüilidade uma sociedade, onde fatos de semelhante natureza tivessem por único óbice, ou

por corretivo único a voz da consciência moral, que é relativa às individualidades, segundo a educação, o seu temperamento e suas paixões habituais (2000, p. 307)

Muito embora se atribua ao Código Penal de 1940 a pecha de não ter cuidado da questão da causalidade nos crimes omissivos, um dos responsáveis por sua elaboração e o maior dentre seus comentadores, Hungria, a via tratada no *caput* do art. 11.

O Código, como se vê do art. 11, não distingue, em matéria de causalidade, entre ação e omissão. A eficácia causal da omissão, no entanto, tem sido objeto de infindáveis controvérsias. [...] Tendo adotado a *teoria da equivalência*, que não distingue entre *causa* e *condição*, o Código não podia deixar de reconhecer a identidade causal entre a ação e a omissão. Não conservou ele, entretanto, um dispositivo que o Projeto Alcântara fora buscar no Código italiano (e já reproduzido no Código uruguaio): “Não impedir um evento que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo” (ulteriormente, o dispositivo foi assim modificado: “Faltar à obrigação jurídica de impedir o evento equivale a causá-lo”). Fez bem a Comissão Revisora em riscar o dispositivo. Desde que se reconhece, do ângulo de vista lógico (como já fazia o Projeto Alcântara), que a omissão é *causal*, redundava numa incoerência declarar-se, em seguida, que a omissão *equivale* a *causa*. E inteiramente ocioso é dizer-se que a omissão só tem relevância penal, como causal, quando represente o descumprimento de um dever jurídico. Ora, também a ação só tem sentido penal, como causa, quando é contrária ao dever jurídico. O evento lesivo resultante de uma omissão *lícita* não pode entrar na estrutura de um crime: é *objetivamente lícito*. Quando existe o dever jurídico de impedir o evento? Pode ele resultar: a) de um mandamento, expresso ou tácito, da ordem jurídica; b) de uma relação contratual; c) de uma situação de perigo, que se tenha precedentemente criado, ainda que sem culpa. Assim, a omissão é *causa* do evento criminoso (imputável a título de dolo ou culpa, segundo for a omissão dolosa ou culposa) [...] (1958, p. 70, grifos do autor)

É interessante destacar que Hungria afirmava ser a omissão causal, mas expressamente vinculava a imputação de um resultado ao omitente somente quando este possuía o dever jurídico de evitá-lo.

Paulo José da Costa Júnior (1964, p. 134) sustentou ponto de vista diverso, em sua obra *Do nexo causal – aspecto objetivo do crime*. Para ele, vê-se na omissão, sem prejuízo de sua natureza normativa, um “momento naturalístico”. Disse, então, o autor que, “apesar de a omissão não se poder consubstanciar em causa do evento, poderá condicioná-lo. O diagnóstico, porém, da condicionalidade

omissiva, só poderá ser realizado através do filtro normativo” (1964, p. 135). Afirmou, ademais, que o dispositivo contido no Projeto Alcântara Machado, do qual Hungria elogiava a supressão no Código de 1940, era indiscutivelmente necessário.

Assentando-se numa falsa premissa, contida na parte final do art. 11, o legislador brasileiro suprimiu dispositivo que não poderia de forma alguma suprimir. Indispensável, pois, o § do art. 40 do estatuto peninsular. Sem ele, não se promove a condicionalidade (*rectius*: quase condicionalidade) omissiva à categoria de causa. Necessário, portanto, o decreto de promoção normativa. Ausente a ficção legal, a omissão perde sentido. Dilui-se. Desnor-teia-se.

Por outro lado, é inaceitável a assertiva de que não só a omissão, como também a ação “só tem sentido penal, como causa, quando contrária ao dever jurídico”.

No crime comissivo, uma única violação se perpetra: da norma principal. No crime comissivo-omissivo, duas: da principal e da acessória, que estabelece o dever de agir. Quando se diz, portanto, que a omissão só tem sentido quando coligada a uma norma (jurídica ou extrajurídica), pretende-se referir à acessória, que estabelece a obrigação específica de agir. Em outros termos: a omissão exige, afora a norma principal, outra, secundária, em que se contém o dever específico de impedir o evento. A norma principal é comum aos crimes comissivos e aos comissivos-omissivos. A norma acessória é privativa destes últimos.

Observe-se que, no Código de 1969, cujo anteprojeto fora elaborado por Hungria, adotava-se textualmente a tese segundo a qual só se poderia imputar ao omitente o evento, se ele pudesse e **devesse** agir para evitar o resultado, estabelecendo-se, ademais, em quais casos se dava tal dever jurídico⁸⁸.

Von Liszt, nas primeiras edições de seu *Tratado*, chegara a declarar ser a omissão um fenômeno causal. Posteriormente, reformulou seu pensamento (2003, p. 232). O autor adotava concepção próxima da teoria normativa da omissão:

⁸⁸ Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 declarou-se que: “*Não se encontram tipificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época [...] como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu violando o seu dever de garantidor [...] o dever jurídico de impedir o resultado surge basicamente com a lei, com o contrato, ou com a atividade causadora do perigo, mesmo sem culpa [...] não é propriamente do contrato que surge o dever jurídico, mas de sua projeção social, como espécie de direito público, exercendo-se não em relação aos outros contratantes, mas ao corpo social*”.

O Direito só se ocupa com a omissão *injurídica*. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que obriga a operar. *Non facere quod debet facere*, podemos dizer com a L. 4, D., 42, 8, de toda pessoa que incorre em omissão.

Mas o dever jurídico que obriga a operar pode ter diversos fundamentos. Pode resultar:

1º. de um preceito positivo da ordem jurídica [...]

2º. da ação anterior que indica a atividade ulterior como conforme ao dever e como contrário a ele o abandono da direção assumida. Especialmente a provocação não culposa de um resultado injurídico origina a obrigação de obviar, quanto for possível, as conseqüências posteriores.

Assiste razão a Von Liszt, pois, de fato, a relação de causalidade importa num processo de modificação no mundo exterior, por meio de ações e reações, ou, de causas e efeitos. A omissão, *per se*, não presta qualquer contribuição ao evento.

O pensamento de Von Liszt, no tocante à exigência de deveres jurídicos de agir para evitar o resultado, originou-se da teoria formal das fontes do dever. Esta teoria parte do pressuposto de que, para impedir algum resultado, uma omissão deve ser:

[...] equivalente à sua causação, quando o ato de impedimento do resultado proviesse de uma *lei* ou de um *contrato* (que também faz lei entre as partes) ou quando o perigo da produção do resultado fosse conseqüência de um fato posterior do omitente (casos chamados de *ingerência*). (BACIGALUPO, 2005, p. 494, grifos do autor)

A teoria formal das fontes do dever vê-se incorporada nas lições de numerosos penalistas. Segundo Bacigalupo, ela tem sua origem remota em Feuerbach e na concepção liberal do direito:

[...] cujo ponto de partida supõe que o “cidadão não esteja originariamente obrigado a omitir, razão pela qual o crime omissivo pressupõe sempre um fundamento jurídico (lei ou contrato), mediante o qual se fundamenta a obrigação de agir. Sem este não se chega a ser delinqüente por omissão”. A incorporação dos casos de *ingerência* é posterior e somente pôde encontrar o fundamento que permitisse afirmar sua equivalência com a ação mediante a “teoria da causalidade da ação executada no lugar da omitida”, que afirmava que a ação positiva realizada no lugar da imposta pelo ordenamento jurídico *era a causa* do resultado (teoria do *aliud agere*). Esta tese de Luden foi, de modo geral, rejeitada: resultava evidente que se a outra ação era suprimida mentalmente, segundo a fórmula da teoria da

equivalência dos antecedentes, o resultado teria ocorrido de qualquer forma. A partir de então, o problema dos casos de ingerência não encontrou nenhuma solução plausível no âmbito da teoria formal das fontes do dever. Na dogmática espanhola, de qualquer forma, é de se destacar o ponto de vista de Gimbernat Ordeig, que vem a sustentar que a ingerência é, praticamente, a única fonte do dever que pode fundamentar os crimes culposos comissivos por omissão. (2005, p. 494, grifos do autor)

Tal teoria fora considerada por demais restrita e não abarcava situações que, segundo o sentimento de justiça, deveriam ser consideradas como fontes geradoras do dever jurídico de evitar o resultado. Isto se via, notadamente, segundo aponta Bacigalupo, nos casos de “relações estritas de convivência” e de laços em que se estabelecia a obrigação de impedir um resultado mediante uma “livre aceitação”, sem a existência de um negócio jurídico celebrado nos moldes da lei civil (2005, p. 495).

Hans Welzel equiparava os crimes omissivos próprios e impróprios quanto à estrutura do tipo, afirmando que a distinção se dava notadamente no que se refere à posição de garante⁸⁹, exigida somente nos últimos (desse modo, aderiria à teoria normativa da omissão, muito embora considerasse a omissão, assim como a ação, como condutas finalisticamente orientadas)⁹⁰.

Ao discorrer a respeito da posição de garante, Welzel a identificava nos seguintes casos: a) relação de garante decorrente de um preceito normativo; b) da assunção anterior, pelo sujeito, da garantia da não-ocorrência do resultado (que poderia advir de um contrato celebrado entre autor e vítima ou de uma ação fática de assunção deste dever); c) a posição de garante oriunda de um atuar precedente perigoso (ingerência): “quem com seu agir, ainda que sem culpa, tenha dado lugar ao perigo iminente de um resultado típico, tem que impedir a produção deste resultado” (1997, p. 254); d) pode, ainda, a relação de garante ser fruto de uma “especial relação de lealdade”. Welzel considera esta última categoria, juntamente com a ingerência, “a mais problemática” (1997, p. 257).

A dogmática atual abandonou a teoria formal das fontes do dever. Mais recentemente, vê-se ênfase na teoria funcional das fontes do dever. Nesta

⁸⁹ A posição de garante, nas lições de Welzel, designava a relação do sujeito com o bem jurídico. Sua tese era mais ampla que a citada teoria formal das fontes do dever.

⁹⁰ Welzel explicava a omissão à luz de uma finalidade potencial (e não atual). A omissão não representava um mero não-fazer, mas um fazer não-fazer, uma ação possível segundo o domínio final do fato por uma pessoa concreta (cf. DOTTI, 2003, p. 310).

concepção, a posição do garante dá-se como que numa função defensiva ou protetora do bem jurídico tutelado. Saliente-se que as teorias baseadas nas fontes do dever (formais ou funcionais) e na posição de garante podem ser consideradas teorias normativas da omissão (ao lastrearem a responsabilidade do omitente não em pressupostos causais, mas jurídicos).

Esse foi o caminho seguido pelo legislador brasileiro. A Reforma de 1984 (art. 13, § 2º) incorporou a solução contida no Código de 1969 (e já adotada expressamente no vigente Código Penal Militar). O legislador, neste passo, acolheu a teoria normativa da omissão, estabelecendo que ao omitente somente se imputará um resultado naturalístico quando este podia e devia agir para evitá-lo. Diz o Código, ainda, que o dever jurídico de agir para evitar o resultado dar-se-á quando houver:

a) *Dever legal ou imposição legal*: isto é, quando o agente tiver, por lei, obrigação de proteção, cuidado e vigilância (como no caso dos pais com relação aos filhos ou do diretor do presídio no tocante aos presos);

b) *Dever de garantidor ou “garante”*: ou seja, quando o agente, de qualquer forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (não apenas contratualmente, como propunha Hungria, em seus *Comentários*). É o caso do médico plantonista; do guia de alpinistas; do salva-vidas, com relação aos banhistas; da babá, para com a criança;

c) *Ingerência na norma*: quando o agente criou, com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado (por exemplo: o nadador exímio, que convida para a travessia de um rio pessoa que não sabe nadar, torna-se obrigado a evitar seu afogamento; a pessoa que joga um cigarro aceso em matagal obriga-se a evitar o incêndio).

Há autores, entretanto, que não concordam com a tese (amplamente majoritária) de que nosso Código adotara a teoria normativa da omissão.

Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, citados por Flávio Ribeiro Costa (2007), aduzem que:

Volveu-se, neste passo, seguindo a linha dos legisladores atuais, a fórmula que se continha no Código de 1969, para disciplinar a relevância etiológica da omissão, estabelecendo-se os destinatários do preceito primário, para o que se concretizou, em elenco, o prévio dever de agir. O conteúdo da norma, contudo, não implica a adesão, pura e simples a um conceito normativo, mesmo porque, mantida a referencia, de origem naturalística, à omissão no

caput, as hipóteses em que se instaura o dever de agir melhor se ajustam à antijuricidade do que ao tipo. O legislador, nesta matéria, como em outras, não assumiu compromisso doutrinário que transcendesse a sua tarefa específica (cf. Trabalho apresentado ao colóquio nacional preparatório do 12º Congresso Internacional de Direito Penal, in *Revista de Direito Penal*, n. 33)

A solução adotada pelo legislador pátrio afina-se com os conceitos da teoria da imputação objetiva, no sentido de estabelecer critérios jurídicos de imputação. Ora, as situações contidas nas alíneas do § 2º do art. 13 do CP nada mais são do que critérios jurídicos para se imputar um resultado naturalístico a uma omissão. Isto demonstra que a simples verificação da relação de causalidade entre uma conduta (no caso omissiva, mas isto também vale para a comissiva) e um resultado não é suficiente para se permitir atribuir ao agente a realização do tipo objetivo.

Deve-se concluir ponderando que a teoria da imputação objetiva, sustentada neste trabalho como corretivo adequado ao nexos de causalidade nos crimes materiais (vide item 3, a seguir), também se aplica aos crimes omissivos impuros. Isto vale, notadamente, para os critérios que se extraem da teoria. Como recorda Antônio Luís Chaves Camargo (2002, p. 71):

Na atualidade, entretanto, foi superado este debate (referindo-se à discussão em torno de quais crimes se aplica a teoria da imputação objetiva), e Jakobs propõe a aplicação da imputação objetiva a todos os tipos da parte especial, incluindo os dolosos e culposos, bem como os omissivos.

2.9 A passagem da causalidade física para a causalidade normativa

Nos sistemas penais clássico, neoclássico e finalista, assim como na evolução recente de nosso Direito Penal positivo, preponderou, como visto, a concepção de que a imputação entre a conduta e o resultado deveria se dar por meio de uma relação de causalidade material (física), baseada na equivalência dos antecedentes. Isto é verdade tanto nos crimes comissivos quanto omissivos.

À luz do funcionalismo, contudo, predomina uma orientação, segundo a qual a relação de imputação há que se embasar em critérios jurídicos (e não naturalísticos, naturais ou físicos).

Tendo em conta a diferença de enfoque acerca do nexo de causalidade posta em relevo pela comparação dos sistemas penais, deve-se esclarecer que a chamada causalidade naturalística, natural ou física distingue-se da normativa, posto que aquela se estabelece no campo natural e no campo sociológico.

Nesta ordem de idéias, pode-se dizer que se entende por causalidade sociológica “*as relações que efetivamente se dão* na realidade social, não as relações *que se devem dar*” Já a causalidade natural cuida-se daquela que pode figurar como o “componente do suporte fático” (VILANOVA, 2000, p. 61, grifos do autor).

Analisando a causalidade natural ou naturalística no campo do delito, Vilanova (2000, p. 62, grifo do autor) prossegue, ponderando que:

Há uma relação de causalidade natural entre a conduta (ação/omissão) e o resultado, que serve de suporte fático para a consequência punitiva. Mas a relação causal naturalística ingressa na hipótese: qualifica-se, torna-se relevante para o sistema jurídico. *Há uma juridicização da relação causal.* É a norma do sistema que convoca a causalidade, por um critério de valor – o ser injusta a imputação sem o sujeito da imputação ser agente causal. Como injusto o é que, sobrevindo à causa inicial, outras causas intervenientes (que interrompam a série causal originária e instaurem outra série causal) lhe sejam imputadas.

Daí se vê que o problema central que compete ao jurista é o de estabelecer sob quais condições deve se erigir a **causalidade jurídica** (ou, como preferimos, imputação segundo critérios jurídicos), calcada na busca de soluções **justas**. Mais do que procurar um suporte lógico ou didático (como é aquele fundado na causalidade material e na equivalência dos antecedentes), deve-se encontrar uma sustentação compatível com um modelo de Direito (Penal) eqüitativo e orientado pela dignidade da pessoa humana.

3 A RELAÇÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO CRITÉRIO DE RESTRIÇÃO DO NEXO CAUSAL

3.1 O que é a relação de imputação objetiva (*objektiven Zurechnung*)?

De modo sucinto, pode-se dizer que a teoria geral da imputação objetiva (conforme concebida por Roxin), consiste num conjunto de pressupostos jurídicos que condicionam a relação de imputação (atribuição) de um resultado jurídico (ou normativo) a um determinado comportamento (penalmente relevante).

Luís Greco (2002, p. 15) a conceitua como: “o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação uma causação típica, a saber, a criação e realização de um risco não permitido em um resultado”.

3.2 Histórico da teoria geral da imputação objetiva

Coube a Claus Roxin, precursor da teoria, indicar sua árvore genealógica. Segundo ele, quem primeiro introduziu, no âmbito do Direito, o conceito da imputação de uma conduta a um resultado como problema de cunho jurídico (e não naturalístico) foi o civilista Karl Larenz, em 1927.

Este autor definira o conceito de imputação para o Direito, em sua tese de doutorado, intitulada *A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva* (“*Hegels Zurechnunglehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*”). Nesta obra, Larenz demonstra intensa preocupação em estabelecer os pressupostos *jurídicos* adequados para se determinar quais conseqüências de nossos atos podem nos ser atribuídas como *obras nossas* e quais são *obras do acaso*.

Richard Honig, em 1930, trouxe para o Direito Penal a mesma preocupação de Larenz, em seu artigo *Causalidade e imputação objetiva* (“*Kausalität und objektive Zurechnung*”). Honig tomou como ponto de partida a polêmica existente entre a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade

adequada⁹¹, no que concerne à busca do critério acertado para se atribuir um resultado a uma pessoa. O autor concluiu que a aferição da relação de causalidade *material* não poderia ser (mais) considerada como um dos aspectos centrais da Teoria do Delito. No lugar de pressupostos causalísticos (ou materiais), deveria o jurista valer-se de requisitos *jurídicos* para se estabelecer um liame entre ação e resultado.

Em 1970, Claus Roxin escreveu suas *Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal*, em obra que comemorava os 70 anos de nascimento de Honig (*"Festschrift für Richard M. Honig"*). No ensaio mencionado, Roxin resgatou o pensamento de Honig quanto à rejeição da importância da causalidade material, e elaborou as bases fundamentais da "moderna" teoria da imputação objetiva (calcada no princípio do risco).

[...] a questão jurídica fundamental não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados. A alteração da perspectiva que aqui se leva a cabo, da causalidade para a imputação, faz com que o centro de gravidade se desloque, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa: segundo esta, a questão de saber se é possível imputar a um homem um resultado como obra sua, depende, desde o início, dos critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos. Por conseguinte se, como faz Honig, colocarmos no centro de toda a discussão jurídico-penal "o juízo de imputação com o seu caráter específico e basicamente distinto do juízo causal", tal implica a tese, hoje muito discutida, da normatividade do conceito jurídico-penal de ação (ROXIN, 1998, p. 145-146)

A principal diferença entre a moderna teoria da imputação objetiva (Roxin) e sua concepção original (Larenz e Honig) consiste em:

⁹¹ Pela teoria da causalidade adequada, pode-se dizer, em síntese, que somente haverá relação de causalidade entre uma conduta e um resultado, se aquela se mostrar como a causa mais adequada a produzi-lo, segundo um juízo de probabilidade. Esta teoria baseia-se num juízo de prognose póstuma-objetiva, em que se verifica, em primeiro lugar, se uma pessoa dotada de conhecimentos medianos poderia antever o resultado como provável ou possível na situação em que o agente se encontrava. Se a resposta for afirmativa e, portanto, o resultado puder ser antevisto como provável ou possível diante da conduta praticada, ficará estabelecida a relação de causalidade.

Primeiramente, a formulação moderna trabalha com a idéia de risco, de perigo, ainda não presente de forma explícita nas primeiras construções; em segundo lugar, a formulação moderna desenvolve uma série de critérios de exclusão da imputação, enquanto as teorias primitivas esgotavam-se, fundamentalmente, em excluir os resultados imprevisíveis (GRECO, 2002, p. 15)⁹².

3.3 A opinião de Roxin

Claus Roxin procura elaborar uma **teoria geral da imputação objetiva**, aplicável aos crimes materiais. Para o autor, a imputação objetiva deve **substituir** a relação de causalidade, abandonando-se o “dogma da causalidade”.

Esta redução da possibilidade objetiva com base no princípio do risco, possibilita uma divisão do nosso critério que poderia permitir elaborar, para os crimes de resultado, uma teoria geral da imputação completamente desligada do dogma causal. (ROXIN, 1998, p. 148-149)

Roxin qualifica a teoria da equivalência de “invenção metodologicamente infeliz”, já que:

[...] necessita de inúmeras correções, cuja dificultosa fundamentação anula a vantagem da simplificação conseguida através da aplicação da teoria da condição; além disso, coloca novos problemas, os quais ficam excluídos à partida se os critérios de imputação orientados para a realidade se aplicarem. (1998, p. 151)

No Brasil, Damásio de Jesus crê que a teoria da imputação objetiva virá a substituir a relação de causalidade material, embora admita que, no estágio atual de sua evolução, serve ela de complemento à causalidade objetiva.

⁹² Isto é, cuidavam dos chamados “cursos causais extraordinários”.

[A teoria da imputação objetiva] pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica [normativa] entre a conduta e o resultado. Tem a missão 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 o finalismo não conseguiu resolver. No momento, sem prescindir da causalidade objetiva, é seu complemento, atuando na forma de critério restritivo do dogma causal material (2007, p. 23-24, parênteses nossos).

3.3.1 Os níveis de imputação conforme Roxin

Roxin (2002a, p. 267-268), deve-se frisar, de início, entende que a imputação ao tipo objetivo constitui problema ligado aos crimes que exigem:

Um resultado espaço-temporalmente distinto da ação do autor. Nos delitos de simples atividade, como a violação do domicílio (§ 123) ou o falso testemunho (§ 154), a imputação ao tipo objetivo esgota-se na subsunção sob os elementos específicos do tipo em questão. [...] Nos delitos de resultado, pelo contrário, é de se decidir de acordo com regras gerais se a lesão ao objeto da ação (por ex., a uma pessoa nos §§ 212, 213, ou a uma coisa, no § 313), pode ser imputada ao acusado como obra sua; se não for este o caso, não terá ele matado, lesionado, danificado, etc., no sentido da lei⁹³.

Em sua teoria geral da imputação objetiva (ligada aos crimes materiais ou de resultado, como se viu), Roxin a estrutura a partir de três níveis de imputação (ou três requisitos jurídicos para se imputar um resultado jurídico a uma determinada conduta). São eles: a criação de um risco relevante e proibido, a realização do risco no resultado e a exigência de que o resultado esteja dentro do alcance do tipo.

O **primeiro nível de imputação** requer que o sujeito tenha produzido (ou aumentado) um risco relevante e proibido, caso contrário (riscos irrelevantes, permitidos ou diminuídos), ter-se-á um fato penalmente atípico.

Roxin indica como riscos irrelevantes os “riscos gerais da vida” (v.g. induzir alguém a praticar pára-queda, na esperança de que um dia o aparelho falhe e a vítima faleça, ou incentivar uma pessoa a realizar viagem de automóvel por uma

⁹³ Os §§ citados referem-se aos crimes de homicídio, lesão corporal e dano, no Código Penal alemão.

estrada perigosa, visando a ocorrência de um acidente fatal). Desta forma, quem se aproveita de tais riscos não pode ser considerado responsável pelo resultado, já que este não pode ser tido como **sua** obra.

Outra categoria com a qual o autor trabalha é a dos “riscos permitidos”. Se o sujeito produziu um risco permitido, não há imputação objetiva ao resultado (e, como consequência, a responsabilidade penal). Consideram-se riscos permitidos os autorizados em face de sua utilidade social, como o decorrente do tráfego de automóveis (dentro das regras de trânsito), a correta utilização da *lex artis* (no caso da Medicina ou da Engenharia, por exemplo), a prática de esportes, dentre outros.

Segundo Roxin, também se compreendem no risco permitido os casos aos quais se aplica o princípio da confiança. De acordo com tal princípio, não se pune quem pratica o fato na confiança de que terceiros, de quem se espera uma atitude subsequente, realizaram um ato conforme o Direito; por exemplo, se um motorista de veículo automotor trafega na via preferencial, confia que o outro irá aguardar sua passagem, dando-lhe a preferência – se isto não ocorrer, não se poderá imputar àquele que trafegava na via principal qualquer responsabilidade pelo acidente, ainda que fosse possível a ele evitá-lo, reduzindo a marcha do veículo.

O princípio da confiança também incide com relação a condutas precedentes à do autor do fato, quando este age na crença de que a pessoa que lhe antecedeu atuou conforme o Direito; por exemplo, se um médico emprega material cirúrgico, confia que seus assistentes o esterilizaram corretamente – caso isto não tenha ocorrido, ao médico não se imputará a infecção contraída no paciente, cabendo tal responsabilidade exclusivamente aos seus antecessores.

O autor ensina, também, que um comportamento redutor do risco proibido e relevante gerado por terceiro não age de modo contrário ao Direito e, por tal razão, não se imputará a ele objetivamente o resultado produzido (v.g., se uma pessoa convence um furtador a subtrair da vítima mil reais, ao invés de cinco mil, não comete furto, embora tenha influenciado no ato criminoso).

O **segundo nível de imputação**, a ser analisado depois da verificação da criação de um risco relevante e proibido, consiste em constatar se o risco produzido se refletiu no resultado (ou se este foi produto de outros fatores).

Nesse contexto, são analisadas as “causas imprevisíveis” ou “cursos causais extraordinários ou hipotéticos” (ou, ainda, causas supervenientes relativamente independentes à conduta). Não se imputará objetivamente um resultado ao autor,

quando este não detinha controle sobre o desenrolar causal dos acontecimentos. Destarte, por exemplo, o atropelador não responde pela morte do pedestre ferido se esta se deu por força de um incêndio no hospital⁹⁴.

Também se enquadram neste nível de imputação, os riscos que não tiveram nenhuma influência no resultado (e, portanto, teriam ocorrido de qualquer maneira). Há casos nos quais o resultado teria ocorrido de qualquer modo, ainda que o agente empregasse toda a diligência recomendada para a situação. Em assim sendo, não se poderá imputar a ele o resultado produzido. O conhecido exemplo do fabricante de um pincel com pêlo de cabra pode ser analisado sob este enfoque. Se o fabricante deixar de fornecer a seus funcionários equipamentos adequados de proteção individual, e eles vierem a contrair uma infecção letal, não haverá imputação objetiva da morte ao ato do fabricante, caso se comprove que o evento letal se dera por influência de um bacilo até então desconhecido, cujo contágio seria inevitável, ainda que os equipamentos e normas técnicas de segurança houvessem sido corretamente aplicados.

Por derradeiro, insere o autor, no segundo nível de imputação, os resultados não compreendidos no fim de proteção da norma. Cuida-se de perquirir, diante de uma norma de cuidado, qual a finalidade para que fora ela instituída, isto é, o que ela visava proteger. Daí verifica-se se havia correlação entre o resultado ocorrido e a norma violada, ou seja, se o resultado produzido encontrava-se no âmbito daquilo que a norma de cuidado procurava evitar.

Roxin exemplifica, recorrendo à norma de cuidado que exige dos ciclistas, durante a noite, utilizarem um farol. Trata-se de norma de cuidado, cujo escopo é proteger o próprio ciclista contra acidentes pessoais. Assim, caso dois ciclistas andem com farol apagado e o que vai à frente seja abalroado por um veículo, não se pode imputar a morte ao outro ciclista, muito embora se comprove que se ele tivesse acionado o farol, evitaria a morte. A norma de proteção visa evitar acidentes pessoais e não em terceiros.

⁹⁴ É de registrar que, para tais casos, nosso CP vigente contém expressa solução (v. art. 13, § 1º).

O **terceiro e último nível de imputação**⁹⁵ consiste em examinar se o risco gerado está compreendido no alcance do tipo⁹⁶. Constatados os níveis anteriores de imputação, deve-se analisar se o risco encontra-se dentro do “alcance do tipo, o fim de proteção da norma inscrita no tipo (ou seja, da proibição de matar, ferir, danificar, entre outras)” (ROXIN, 2002a, p. 352). Pode haver casos, segundo Roxin (2002a, p. 352), em que o tipo não compreende “resultados da espécie do ocorrido, isto é, quando o tipo não for determinado a impedir acontecimentos de tal ordem. Esta problemática é relevante em especial nos delitos culposos”.

Com relação aos delitos dolosos, o exame do risco estar compreendido no alcance do tipo incriminador tem relevância em três situações: a) autocolocação dolosa em perigo; b) heterocolocação consentida em perigo; c) âmbito de responsabilidade de terceiros.

Por “autocolocação dolosa em perigo”, Roxin se refere a situações em que o ofendido se coloca dolosamente numa situação de perigo. Essa atitude exclui a responsabilidade de terceiros pelos resultados sofridos pela vítima. Assim, *v.g.*, se alguém realiza algum contato sexual desprotegido com outrem, sabendo ser este portador do vírus HIV, fica afastada a responsabilidade do parceiro decorrente do contágio venéreo.

Nos casos de “heterocolocação consentida em perigo”, Roxin examina fatos em que o ofendido autoriza, de modo livre e consciente, a que alguém o coloque em situação perigosa, como ocorre no exemplo do passageiro que solicita carona a um motorista visivelmente embriagado, vindo a ferir-se num acidente automobilístico.

Há, finalmente, a chamada “responsabilidade de terceiros” no resultado, a qual afasta a imputação objetiva de quem produziu inicialmente o risco proibido e relevante. Roxin enquadra as situações de erro médico neste âmbito. Segundo o autor, em matéria de erro médico, deve-se distinguir os casos em que o erro **substitui** o perigo gerado daqueles em que o erro **não impede** a realização do risco no resultado.

Quando o erro médico substitui o perigo, só o profissional responde pelo resultado (por exemplo, se a vítima de um atropelamento, ao ser submetida a uma

⁹⁵ A existência deste terceiro nível de imputação constitui uma das peculiaridades da teoria de Roxin.

⁹⁶ Roxin, inicialmente, fazia uso da expressão “risco compreendido no âmbito de proteção da norma”. Para evitar confusões, no sentido de entender-se qual a “norma” a que seu critério fazia referência (isto é, a norma proibitiva constante do tipo penal e não outras eventualmente consideradas, como as normas de trânsito etc.), passou a utilizar “risco compreendido no alcance do tipo”.

intervenção cirúrgica, vem a falecer por decorrência de um choque anafilático; o atropelador responde somente pelas lesões, imputando-se a morte, exclusivamente, ao médico).

Quando o erro não impede a realização do resultado, vale dizer, o médico imperitamente deixa de empregar a diligência recomendada a um profissional mediano, deve-se analisar o grau de culpa em que o profissional da Medicina incorreu. Havendo culpa leve de sua parte, tanto o médico quanto o produtor do risco inicial (por exemplo, o motorista que atropelou a vítima hospitalizada), responderão pelo resultado. Ocorrendo culpa grave, só o médico responderá pelo evento final.

3.4 A visão de Jakobs

Um dos pontos fundamentais em que a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs distancia-se da de Claus Roxin reside no enfoque dado à relação de causalidade material.

Enquanto Roxin propõe que ela seja completamente substituída pela relação de imputação objetiva, Jakobs sustenta ser impossível abrir mão de um mínimo de causalidade material na aferição da responsabilidade penal.

Nesse sentido, a imputação objetiva cumpriria um papel negativo, vale dizer, atuaria como uma teoria para **restringir** o alcance do nexos causal fundado na teoria da equivalência dos antecedentes. Essa abordagem também se faz presente no escólio de Enrique Bacigalupo e Juarez Tavares.

Segundo Jakobs, depois de se aferir a existência de nexos causal entre a conduta e o resultado, segundo a teoria da *conditio sine qua non*, por meio do processo de eliminação hipotética, deve-se verificar se houve imputação objetiva entre a conduta e o resultado, de modo que esta teoria age como um **freio** (e não como substituto) da relação de causalidade material.

Günther Jakobs estrutura a teoria da imputação objetiva a partir das seguintes premissas: a) a imputação objetiva é vinculada a uma sociedade concretamente considerada; b) o contato social gera riscos; e c) a imputação objetiva enfoca apenas comportamentos que violam um determinado papel social.

A imputação enquanto forma, isto é, a tarefa de se determinar quando alguém deve responder por seus atos, segundo Jakobs, sempre se fez presente na história da humanidade.

O autor cita como exemplo, a passagem do Gênesis, em que Adão procurou justificar-se perante Deus, dizendo que a maçã que comera lhe fora dada por Eva, a mulher que Ele havia criado. Adão, portanto, relatava o fato e, ao mesmo tempo, procurava se defender, transferindo a responsabilidade à mulher que o próprio Criador lhe enviara.

O que varia no tempo e o espaço – em função de uma **sociedade concretamente considerada** – é o conteúdo da imputação, ou seja, a eleição de quais critérios são adequados para que se possa atribuir a alguém a responsabilidade por seus atos.

Todo **contato social** sempre produz algum perigo. Trata-se de contingência inafastável do convívio humano. Desde um simples aperto de mão, capaz de transmitir germes, passando pelo ato de dividir alguma comida, até atitudes como permitir que seus filhos pequenos brinquem com outras crianças, conduzir automóveis, servir bebidas alcoólicas, produzir bens de consumo, entre outras, todo contato humano traz um potencial irremediável de perigo.

Estes perigos jamais podem ser eliminados por completo, sob pena de se paralisar a sociedade. Assim, o que se pode esperar razoavelmente das pessoas não é que não gerem quaisquer perigos, mas que cumpram um determinado papel social. Não se pode impedir, por exemplo, que o garçom sirva bebidas alcoólicas no interior do estabelecimento, mas se pode proibir o ato de fazê-lo a um menor de dezoito anos. Não há como impedir a fabricação de veículos automotores, embora se possa exigir dos fabricantes a observância de normas técnicas, para que os carros estejam dentro de *standards* de segurança automotiva. É impossível impedir que restaurantes sirvam comidas a seus clientes, porém, se pode obrigá-los a cumprir seu papel social mediante a observância de regras sanitárias.

A imputação objetiva apenas guarda referência com comportamentos que violam um determinado papel social. Jakobs fornece alguns exemplos em que não há imputação objetiva do resultado ao agente que se manteve dentro do papel social que lhe é atribuído: a) se um mecânico de automóveis conserta um veículo automotor, mesmo tendo ciência de que seu dono tem o costume de trafegar desrespeitando o limite de velocidade, não se poderá imputar a ele algum

acontecimento fatal decorrente da imprudência do motorista; e b) se o garçom serve uma garrafa de vinho a um cliente, mesmo sabendo que ele sairá do estabelecimento conduzindo um automóvel, não será responsabilizado pela morte decorrente do acidente automobilístico causado por conta da embriaguez ao volante.

Em sua obra *A imputação objetiva no Direito Penal*, Jakobs procura assentar as premissas acima e, em seguida, estabelecer os princípios que, segundo sua teoria, afastam a responsabilidade pelo ato (ainda que exista relação de causalidade material).

O **primeiro princípio** que afasta a imputação consiste na criação de um risco permitido. Na visão de Jakobs, este se dá nas seguintes situações: a) normas jurídicas que autorizam comportamentos perigosos, como ocorre, por exemplo, com as regras de trânsito de veículos automotores, as práticas desportivas autorizadas ou normas técnicas de atividades industriais; b) fatos socialmente adequados, *v.g.*, um passeio de automóvel com amigos ou o ato de levar alguém a uma caminhada por uma montanha; c) fatos relacionados com uma determinada *lex artis*, ou seja, comportamentos praticados com a estrita observância das regras técnicas de uma determinada atividade, como a Medicina ou a Engenharia; e d) autorizações contidas em normas extrapenais, por exemplo, o emprego de desforço imediato na defesa da posse de um bem imóvel.

O autor desenvolve, ainda nesta esfera, conceitos de compensação do risco e de variabilidade do risco.

A compensação de um risco pode ser levada a cabo somente quando a lei não estabeleça um determinado padrão, pois a existência de um determinado *standard* normativo indica, justamente, que o legislador não pretendeu admitir qualquer tipo de compensação de risco. Por tal motivo, se um motorista conduz seu automóvel em estado de embriaguez, essa atitude não ficará compensada por sua maior experiência ou habilidade ao volante.

Já a noção de variabilidade do risco é utilizada para indicar que o mesmo comportamento produtor de risco pode variar conforme o papel social do agente. Se a mãe cuida da ferida de seu filho e, para isto, emprega um material não esterilizado, não há que se falar, objetivamente, em delito, ainda que daí tenha havido um agravamento das lesões. Se um médico, por outro lado, age de modo semelhante, há imputação objetiva ao tipo penal das lesões corporais.

O **segundo princípio** com o qual Jakobs trabalha é o princípio da confiança. Ensina o autor que, na vida em sociedade, as pessoas não podem ser obrigadas a sempre desconfiar dos outros, supondo constantemente que as demais pessoas não cumprirão seu papel social. Justamente por isso, haverá exclusão da responsabilidade penal quando alguém agir confiando que outrem cumprirá o seu papel.

Esse princípio, na doutrina de Jakobs, não ingressa no conceito de risco permitido, muito embora se projeta de modo semelhante ao desenvolvido por Roxin.

O **terceiro princípio** é o da proibição do regresso: um comportamento lícito não permite que se impute objetivamente a quem o praticou, atos subseqüentes de terceiros; *v.g.*, se um motorista de táxi conduz um passageiro até o seu destino, não poderá ser responsabilizado pelas atitudes de outrem (ainda que criminosas), mesmo que tenha tomado conhecimento delas no trajeto.

Por fim, o **quarto princípio** é a capacidade (ou competência) da vítima. Neste âmbito, Jakobs cuida das situações em que houve consentimento livre e consciente do ofendido, com capacidade de entender e anuir, para a agressão a seus bens jurídicos. Jakobs não faz, contudo, qualquer distinção entre casos de “autocolocação dolosa” ou “heterocolocação consentida” em perigo, como se vê em Roxin.

3.5 Uma visão possível à luz do ordenamento penal pátrio

O debate a respeito da viabilidade de adoção da teoria da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro tem ocupado boa parte das discussões doutrinárias nos últimos anos⁹⁷.

Há, de um lado, autores como Damásio de Jesus, Juarez Tavares, Fernando Capez e Luís Greco que, expressamente, mostram-se favoráveis à incorporação da aludida teoria ao nosso Direito Penal, independentemente de qualquer reforma legislativa.

Outros, como Miguel Reale Júnior (2004, p. 127), mostram-se céticos quanto a essa possibilidade. Para este autor:

⁹⁷ Vide JESUS, 2003.

O sistema (penal) torna-se mais firmemente instrumento de segurança jurídica se fundado em bases ontológicas, em uma estrutura lógico-objetiva tal como propõe o finalismo, considerando-se, recentemente, que a construção da ação e do delito a partir da natureza das coisas foi uma das “mais importantes contribuições da história do Direito Penal”.

Em nossa opinião, a “imputação objetiva” constitui uma teoria universal de imputação, que pode ser adotada por qualquer ordenamento jurídico-penal.

Com relação à realidade brasileira, há que se ponderar o fato de que nosso Código Penal normatizou a teoria da equivalência dos antecedentes no art. 13, *caput*. Justamente por isso, a concepção de Claus Roxin no sentido de abandonar *completamente* o “dogma da causalidade” não se mostra viável, ao que nos parece.

O dispositivo em questão, todavia, “em momento algum determina que a realização do tipo objetivo se limitará à causalidade” (GRECO, 2002, p. 170). Depois do exame do nexos causal, examina-se a relação de imputação objetiva.

Da análise cuidadosa do texto legal, nota-se que, antes de se preocupar com a relação de causalidade, nosso legislador mirou a relação de imputação. “O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem *lhe deu causa*” (art. 13, *caput*, 1ª parte, do CP; grifo nosso).

Além disso, no art. 13, §1º, do CP, criou-se uma exceção à teoria da *conditio sine qua non* que, em termos práticos, resolve boa parte dos problemas solucionados pela teoria da imputação objetiva (notadamente os chamados “cursos causais extraordinários ou hipotéticos”).

A presença de tal exceção, contudo, não torna supérflua a adoção da teoria da imputação objetiva, uma vez que este dispositivo apenas se aplica aos tais “cursos causais extraordinários”, deixando em aberto inúmeros problemas que somente a teoria em questão é capaz de solucionar, de modo justo e consentâneo com um Direito Penal calcado na dignidade da pessoa humana (*v.g.* regresso ao infinito, capacidade da vítima, erro médico).

Antes disto, deve-se reconhecer que o art. 13, §1º, do CP, ao representar a incorporação legislativa de uma das soluções propostas pela teoria da imputação objetiva, consistente em excluir a imputação do resultado nos “cursos causais extraordinários”, deve ser lido como um ponto de apoio implícito, no texto legal, à

teoria da imputação objetiva⁹⁸.

Os aspectos acima destacados levam-nos à conclusão de que somente podemos admitir como válida tal teoria nos moldes propostos por Günther Jakobs, vale dizer, como **limite** ao nexo de causalidade material.

Em outras palavras, a imputação deve acontecer em dois planos: 1º) verifica-se a relação de causalidade com base na equivalência das condições, obedecendo ao disposto no art. 13, *caput*, do CP; 2º) havendo nexo causal, complementa-se o exame da imputação de forma negativa, tanto por intermédio do disposto no art. 13, § 1º, do CP, quanto pelos princípios da imputação objetiva (nos moldes de Jakobs).

No dizer de Bacigalupo (2005, p. 248, grifo do autor), com o qual concordamos:

A seqüência da comprovação da imputação objetiva exige que, de início, se estabeleça uma relação de causalidade entre o resultado típico (por exemplo, interrupção do estado de gravidez, no crime de aborto) e uma determinada ação. Em seguida, deve se verificar: 1º) se essa ação *no momento de sua execução* constituía um perigo juridicamente proibido (se era socialmente inadequada); e 2º) se esse perigo é o que se realizou no resultado típico produzido.

Em síntese: deve-se determinar, inicialmente, a relação de causalidade, nos termos (inafastáveis) do art. 13, *caput*, do CP⁹⁹. Em seguida, deve-se verificar a presença da hipótese do art. 13, § 1º, do CP, e, após, analisar, sob a ótica da imputação objetiva, como fator tendente à restrição da causalidade material¹⁰⁰.

Do ponto de vista da teoria do crime, a teoria da imputação objetiva insere-se, conforme lição de Damásio de Jesus, como “elemento normativo do tipo” (2007, p. 37). Cuida-se de elemento implícito no tipo penal de crimes dolosos e culposos. Deve ela ser analisada no âmbito do fato típico, de modo que a ausência da relação de imputação objetiva (assim como a falta de nexo de causalidade entre uma

⁹⁸ Greco vê no art. 13, §1º, do CP um “ponto de apoio legislativo expresso” da “moderna teoria da imputação objetiva” (2002, p. 173-174).

⁹⁹ Nosso CP condiciona a atribuição de um resultado a alguém mediante estabelecimento de uma relação de causalidade material. Trata-se de uma exigência da qual não se pode abrir mão, diante da peremptoriedade do texto legal: “o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa”.

¹⁰⁰ Predomina dentre os autores brasileiros adeptos da imputação objetiva, que ela somente pode ser apreciada após a relação de causalidade (Vide JESUS, 2003).

conduta e um resultado material) conduz à atipicidade do fato. Como anota o autor citado:

À exceção de Frederico Augusto de Oliveira Santos, que se fundamenta no pensamento de Juan Bustos Ramirez, é vencedora na doutrina brasileira a tese de que a imputação objetiva pertence à tipicidade, posição que adotamos, de modo que, inexistindo qualquer dos seus requisitos, ainda que subsista a afetação do bem juridicamente protegido, não há tipicidade. Assim, uma conduta que leva alguém a se submeter a um risco normal da vida em sociedade, o chamado “risco tolerado” ou “permitido”, não gera adequação típica, i.e., não constitui nenhum tipo incriminador. Trata-se de uma permissão genérica para qualquer conduta que esteja na zona de tolerância, ao contrário do que ocorre nas causas de justificação, nas quais as circunstâncias do fato é que conduzem à permissão do comportamento.

São casos de atipicidade da conduta, dentre outros: direção normal no trânsito, comportamento dirigido a reduzir a afetação do bem jurídico, princípio de confiança, etc. (JESUS, 2003, p. 30-31).

Saliente-se que o ponto de vista que sustentamos neste trabalho não é novo. Antônio Luís Chaves Camargo defende opinião semelhante. Com efeito, a ele assiste razão quando pondera que:

As conseqüências da adoção da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro são amplas, isto porque atingem todos os institutos da parte geral do Código Penal, determinando, ainda, como vimos, um sistema penal aberto, em consonância com a dignidade humana e o pluralismo ideológico, fundamentos do Estado Democrático de Direito (2002, p. 154-155).

Este autor, acrescenta, ainda, que “a teoria da causalidade, equivalência das condições, não pode ser abandonada, quando se utiliza da imputação objetiva para a análise do fato típico de relevância jurídico-penal” (2002, p. 157). Assevera Camargo, ademais, que: “além da relação de causalidade, há a necessidade da presença de um risco não permitido no resultado, que será apurado dentro dos critérios expostos, sem que haja uma fórmula determinada, lógico-formal, para chegar-se a esta conclusão” (2002, p. 157-158).

Prossegue o mencionado autor, dizendo que:

A teoria da equivalência das condições, contida no art. 13 e §§ 1º e 2º do Código Penal brasileiro de 1984, não pode ser abandonada. Ao contrário, nos crimes de resultado é o nexó entre a existência de um fato e a ação causadora deste resultado.

Esta relação causal, entretanto, não esgota todo o limite de incidência da norma penal, no sentido da busca de um tipo formal para caracterizar a conduta examinada, e concluir-se ou não pela responsabilidade do agente.

Há a necessidade de outros exames, no sentido de poder-se imputar objetivamente a uma pessoa a autoria de um fato como sendo seu, ou, como adverte Roxin, ao tratar no sistema racional final ou teleológico funcional do Direito Penal, da teoria da imputação do tipo objetivo, quando informa que o Direito Penal clássico se satisfaz com o conteúdo do tipo, enquanto no neoclássico acrescentou o tipo subjetivo e o finalismo, o dolo, todos voltados para a mera causalidade. O sistema teleológico não se contentou com a mera causalidade, fazendo depender o tipo objetivo da realização de um perigo não-permitido dentro do fim de proteção da norma, o que determina a substituição de uma categoria lógica da causalidade pelo conjunto de regras orientado para as valorações jurídicas (2002, p. 188-189).

Com Camargo, mais uma vez citado, encerramos o presente trabalho destacando que: “A exposição do tema imputação objetiva dá mostras claras que é necessário sua inclusão na dogmática penal brasileira” (2002, p. 191). Estamos certos, ainda, que o vaticínio de Camargo, em 2002, quando augurava a inserção em nossa dogmática da teoria da imputação objetiva em breve espaço de tempo, se fez realidade.

CONCLUSÕES

a) Toda a construção dogmática ligada à teoria do crime, mais do que ser inspirada em refletir a função do Direito Penal, deve ser orientada pela busca dos limites constitucionais e políticos para a imposição de uma pena criminal.

b) O Direito Penal, informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo determina-se pela conformação com os demais princípios e garantias previstas na Constituição Federal, não se coaduna com uma causalidade puramente física ou naturalística.

c) A Ciência do Direito Penal, enquanto Ciência Humana, deve ser pautada pela construção de critérios normativos de imputação, assim nos crimes comissivos como nos omissivos.

d) Não se pode, por outro lado, prescindir da análise da estrutura do crime, olvidando o Direito Positivo; daí a importância do estudo histórico da legislação criminal brasileira com relação aos requisitos do crime.

e) A relação de imputação entre um fato concreto e um resultado penalmente relevante constitui-se num dos problemas fundamentais da teoria do crime, sendo a relação de causalidade um dos mecanismos utilizados para solucionar o tema.

f) A inserção da causalidade em nosso ordenamento jurídico positivo transformou-a em verdadeiro dogma, tornando-a (equivocadamente) mais importante do que a questão que lhe antecede lógica e juridicamente – a relação de imputação.

g) A teoria da imputação objetiva cuida de questão fundamental, consistente em se determinar quais são os critérios jurídicos adequados para se imputar a uma conduta um resultado penalmente relevante.

h) O fato de nosso Código ter normatizado a relação de causalidade fundada na teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) não impede a adoção da teoria da imputação objetiva, como propõem autores como Jakobs e Bacigalupo, para os quais a imputação inicia-se com o nexo de causalidade e corrige-se com a relação de imputação objetiva.

i) A teoria da imputação objetiva pode e deve ser adotada no Brasil como fator a restringir o alcance da relação de causalidade material baseada na equivalência dos antecedentes.

j) O art. 13, § 1º, do CP não deve ser encarado como simples exceção à relação de causalidade fundada na teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*.

k) O citado dispositivo deve ser interpretado, por meio de uma releitura inspirada na moderna dogmática, orientada pelo respeito à dignidade da pessoa humana, como texto legal que serve de ponto de apoio implícito à teoria da imputação objetiva, porquanto incorpora solução que com ela se harmoniza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré. *As Três Escolas Penais – clássica, antropológica e crítica: estudo comparativo*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1955.

ASÚA, Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, tomo I.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951, tomo III.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. O centenário do Código Criminal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 77, p. 441-461, fev./1931.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. Tradução de André Estefam. Revisão de Edílson M. Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Hacia el nuevo Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Menores e loucos*. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CID, 2002.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoría General de los Sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. Tradução de Juan Almela. 15ª reimpressão da 1ª edição em espanhol (1976). México: FCE, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

BONFIM, Edílson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, tomo I.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho Criminal* (dictado en la real Universidad de Pisa - Parte General). Tradução para o espanhol coordenada por Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial DePalma, 1944, v. 1-2.

CARVALHO, José Murilo de. *D. Pedro II* (Coleção Perfis Brasileiros). São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CASTALDO, Andrea Raffaele. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado* (Coleção Maestros del Derecho Penal). Buenos Aires: Editorial BdeF. 2004.

CHAMBON, Patrick Maistre du; CONTE, Philippe. *Droit Pénal Général*. 4. ed. Paris: Armand Colin, 1999.

COSTA, Flávio Ribeiro. A omissão penal na doutrina de Armin Kaufmann. In: *Revista Jus Vigilantibus*, julho/2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27209/2>>. Acesso em 20.03.2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Do Nexo Causal: aspecto objetivo do crime*. São Paulo, Saraiva, 1964.

_____.; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte geral (Coleção Curso e Concurso)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *O Direito Penal comparado na América Latina*. Relatório apresentado no colóquio realizado pelo Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, em outubro de 1978. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo30.pdf>. Acesso em 20.03.2008.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1, tomo I.

GAROFALO, Rafaella. *Criminologia*. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal Indígena*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].

GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio; RAMOS, Enrique Peñaranda. *Um novo sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

GOULART, Henny. *A individualização da pena no direito brasileiro*. 1970. Dissertação (Concurso à Docência-livre de Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

_____. *O excesso na legítima defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Renovar: Rio de Janeiro e São Paulo, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução da de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, tomo I.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, tomo II.

_____. A evolução do Direito Penal brasileiro, nos últimos 25 anos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 147, f. 524, p. 347-363, jan./1944.

_____. A teoria da ação finalística no Direito Penal (Excerto de aula inaugural proferida na Faculdade de Direito de Maringá, Estado do Paraná). *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. [s.l.], n. 16, jan-mar/ 1967.

INGINIEROS, José. *Criminologia*. Tradução de Haeckel de Lemos. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho Editora, 1934.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: _____.; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005a.

_____. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del enemigo. In: _____.; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005b.

_____. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

_____. A proibição de regresso nos delitos de resultado. In: _____. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

_____.; MELIÁ, Manuel Cancio; CALLEGARI, André Luis; LYNETT, Eduardo Montealegre. *Direito Penal e funcionalismo*. Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio de. *Diagnóstico da Teoria da Imputação Objetiva no Brasil*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

_____. *Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, tomos I-II.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 2.

_____. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1938.

_____. *Direito Penal científico (criminologia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1977.

_____. *Direito Penal normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1977.

_____. *Introdução ao estudo do Direito Criminal (Série "Cursos e Concursos")*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1946.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

MARTINS, José Salgado. *Sistema de Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1957.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

_____. *Derecho penal: Parte general*. Atualização de Heinz Zipf. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.

_____. *Do crime culposos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

NUCCI, Guilherme Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do Direito Penal* (Série As Ciências Criminais do Século XXI). Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PENTEADO, Jacques Camargo (org.). *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____.; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINHO, Ruy Rebello. *História do Direito Penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973.

PONTE, Antônio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

_____.; CARVALHO, Érika Mendes. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMÍREZ, Juan Bustos; LARRAURI, Elena. *La imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1953, vol. 1, tomo II.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

REINHARD, Frank. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (Coleção “Maestros del Derecho Penal”). Tradução de Gustavo E. Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2000.

RIBEIRO, Carlos José de Assis. *História do Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Zelio Valverde, 1943.

ROMERO, Sílvio. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002a.

_____. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002b.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a fundamentação político-criminal do sistema penal. In: _____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SANCINETTI, Marcelo A.; MELIÁ, Manuel Cancio; FERRANTE, Marcelo. *Teoría de la Imputación Objetiva*. Bogotá: Departamento de Publicaciones – Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1997.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SIRVINKAS, Luís Paulo. *Introdução ao estudo do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e Juizado Especial Criminal*. São Paulo: Atlas, 1997.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte general I - El hecho punible*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Tradução de Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. *Estudios de Derecho Penal*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2003.

_____. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 1999, v. II-III.