

RESULTADO, CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA. VELHOS E NOVOS OLHARES SOBRE O ARTIGO 13 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO*

Fabio Roberto D'Avila**

Resumo: O presente ensaio ocupa-se do artigo 13 do nosso diploma penal, com especial atenção aos seus elementos estruturantes *resultado*, *causalidade* e *imputação*. Formula, a esse propósito, e a título de conclusão, dois enunciados fundamentais: (i) O artigo 13, *caput*, primeira parte, do CP, mais do que uma simples referência à necessidade de causalidade nos crimes materiais, versa sobre o resultado em sua *concepção jurídica* (resultado jurídico, e não material) e *subscrive uma precisa compreensão do ilícito-típico*. (ii) O artigo 13 do CP não propõe, nem nunca propôs, um juízo de imputação adstrito a uma singela relação de condicionamento causal. Muito pelo contrário, já na sua origem, abria-se à normatividade e, hoje, à luz do estado atual da arte, mostra-se apto a recepcionar novos e ulteriores critérios normativos.

Palavras-chave: Artigo 13 do Código Penal. Resultado. Causalidade. Imputação objetiva. Bens jurídico-penais.

Sumário: 1. Aspectos introdutórios. 2. O resultado. 3. A imputação do resultado típico. 3.1. O artigo 13 *caput*, segunda parte, do CP. 3.2. Concurso de causas e o parágrafo primeiro do artigo 13. 4. Para além da simples causalidade, um legítimo juízo de imputação. 5. Considerações finais. Referências.

* O presente ensaio corresponde, com alterações de pormenor, ao texto elaborado por ocasião dos Estudos em Homenagem aos 80 anos do Código Penal Brasileiro, sob a organização de Miguel Reale Júnior e Maria Thereza de Assis Moura.

** Professor Titular da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-Doutor em Ciências Penais pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Alemanha. Presidente do Instituto Eduardo Correia de Ciências Criminais, Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Advogado, Consultor e Parecerista em matéria penal. *E-mail:* davila@davilaoliveira.adv.br

Result, causality, and objective imputation. old and new perspectives on article 13 of the brazilian penal code

Abstract: This essay deals with article 13 of the Brazilian Penal Code, with special attention to its structuring elements, result, causality and imputation. In this regard, and as a conclusion, it formulates two fundamental statements: (i) Article 13, *caput*, first part, of the CP, more than a simple reference to the need for causality in material crimes, deals with the result in its legal conception (legal, not material result) and subscribes to a precise understanding of the criminal wrongdoing. (ii) Article 13 of the CP does not propose, nor has it ever proposed, an imputation judgment attached to a simple causal conditioning relationship. On the contrary, since its origins, it was open to normativity and, today, in the light of the current state of the art, it is able to accept new and further normative criteria.

Keywords: Article 13 of the Penal Code. Result. Causality. Objective imputation. Criminal legal goods.

Summary: 1. Introduction. 2. Result. 3. Imputation of the typical result. 3.1. Article 13 *caput*, second part, of the CP. 3.2. Multiplicity of causes and the first paragraph of article 13. 4. Beyond simple causality, a real imputation. 5. Final considerations. References.

1 Aspectos introdutórios

A simples existência de uma ação acompanhada da ocorrência do *resultado* típico – bem se sabe – não é suficiente para o preenchimento do tipo de ilícito objetivo. A constatação de uma morte ou de lesões corporais não basta, por si só, para que se possa falar em atendimento ao tipo de homicídio ou ao tipo de ofensas corporais, respectivamente, ainda que sob a restrita perspectiva da tipicidade objetiva. A responsabilidade jurídico-penal pelo resultado depende, também, do preenchimento de critérios que permitam *atribuir* (o que é o mesmo que *imputar*) o *resultado* à *ação*, de modo a que se possa afirmar o resultado típico como *obra* de um *determinado agir*, e o sujeito ativo, como penalmente responsável pela sua ocorrência. O problema da imputação objetiva do resultado reside, pois, nesse preciso ponto, na questão de saber quando e a partir de quais parâmetros é legítimo *atribuir/imputar a ocorrência de um resultado a uma dada conduta*.

Na legislação brasileira, a matéria encontra-se versada no artigo 13 do Código Penal:

Relação de causalidade. Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente. §1º – 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.

Relevância da omissão. §2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Esse importante dispositivo legal coloca em evidência dois aspectos fundamentais para a análise do tipo objetivo. Por um lado, confere uma posição de destaque ao resultado na constituição do tipo de ilícito, por outro, estabelece uma condição legal mínima para fins de imputação, a partir de uma determinada compreensão da causalidade. Vejamos mais de perto cada um deles, a começar pelo primeiro: a imprescindibilidade do resultado na constituição do tipo de ilícito objetivo.

2 O resultado

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”: essa determinação legal foi inicialmente proposta pelo Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2.848 de 1940), em seu artigo 11, e, posteriormente, mantida na Reforma da Parte Geral de 1984 (Lei nº 7.209 de 1984). O seu conteúdo, porém, é controverso.

A referência à noção de causa no final da oração (... lhe deu *causa*), acompanhado da proposição de uma regra de verificação da causalidade na segunda parte do dispositivo, faz com que o *resultado* referido pelo artigo 13 seja usualmente tomado sob uma acepção *material* (= *natural*),¹ uma vez que a causalidade é, por excelência, um problema dos crimes materiais. Nesse sentido, a primeira parte do artigo 13 é, por vezes, interpretada como disposição restrita aos crimes materiais, sem nada a dizer aos crimes formais.^{2,3} Algo como: tratando-se de crimes materiais, o resultado (material), de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.

¹ Ver, por todos, COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 97 e ss.

² Essa é a compreensão defendida pela Exposição de Motivos do Código Penal de 1969: “reconheceu-se, por outro lado, que a questão da causalidade passa hoje a plano nitidamente secundário na economia do delito, pois só aparece nos crimes materiais ou de resultado, apresentando dificuldade em um número extremamente limitado de casos” (GAMA E SILVA, Luís Antonio da. Exposição de motivos do Código Penal de 1969, ponto 8. In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 513). O Código Penal de 1969, conquanto convertido em lei pelo Decreto-lei nº 1.004 de 1969, nunca entrou em vigor, tendo sido finalmente revogado em 1978.

³ Ver, por todos, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 200.

Contudo, essa não é a única leitura possível e nem mesmo a mais adequada.

Em realidade, a própria Exposição de Motivos do Projeto do Código Penal de 1940, no capítulo dedicado ao crime, ponto 13, propõe algo manifestamente diverso. *In verbis*: “Com o vocábulo ‘resultado’, o citado artigo designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o *dano efetivo* ou *potencial*, a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que ‘não há crime sem resultado’”. E prossegue: “Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, *um perigo de dano*, e, sendo o perigo um ‘trecho da realidade’ (um *estado de fato* que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como *resultado*, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão”.⁴

A limpidez da passagem acima não deixa margem à dúvida. Mais do que uma simples referência à necessidade de causalidade nos crimes materiais, a primeira parte do dispositivo versa sobre o resultado em sua *concepção jurídica* (resultado jurídico, e não material) e *subscreeve uma precisa compreensão do ilícito-típico*, tomando partido sobre a já larga e antiga controvérsia que envolve a imprescindibilidade do resultado na constituição do ilícito-típico. Vale aqui reiterar e sublinhar a traços grossos: “o projeto acolhe o conceito de que ‘não há crime sem resultado’”.⁵ Compreensão essa, aliás, digna do nosso aplauso e mais irrestrita concordância, dada a relevância do resultado na conformação de um direito penal democrático, racional e, no que concerne a nós, constitucionalmente adequado.⁶

De outra parte, se isso é assim, resta uma certa sombra acerca da propriedade dogmática em aproximar, em um mesmo dispositivo de lei, resultado jurídico e causalidade. Como já referimos, o problema da causalidade (*rectius*, imputação) é, em primeira linha, um problema dos crimes materiais, em que o resultado natural precisa ser atribuído (= imputado) à ação. Além disso, se assim fosse, não seria esse o primeiro nem o único deslize técnico da Parte Geral de 1940. Todavia, não nos parece que seja esse o caso. É evidente que o problema da imputação objetiva do resultado mostra-se exuberante nos crimes materiais,

⁴ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos. Projeto de Código Penal (1940), ponto 13. In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 412.

⁵ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos. Projeto de Código Penal (1940), ponto 13. In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 412.

⁶ As razões para tanto, dado o restrito objeto do presente ensaio, não podem ter aqui lugar. Para um maior esclarecimento, ver: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Stydia Ivridica* n° 85, Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 39 e ss.

mas isso não significa que não possa também encontrar relevo nos crimes formais.⁷ Tudo irá depender dos conceitos de resultado material e de resultado jurídico dos quais se parte. Explica-se.

Os precisos contornos do que se deve entender por resultado material e por resultado jurídico apresentam importantes variações no direito penal comparado. Na literatura alemã, o resultado material é usualmente concebido como *o efeito produzido pela ação* e distinto espaço-temporalmente dela.⁸ Uma tal concepção permite reconhecer no perigo um resultado material e, assim, os crimes de perigo concreto como crimes materiais, dada a exigência típica de um resultado de perigo.⁹ De forma semelhante, na doutrina portuguesa, Moniz propõe o resultado material como “efeito/consequência que se produziu sobre o objeto da acção, um efeito espacio-temporalmente distinto da acção, mas não necessariamente um resultado em sentido naturalístico”. Contexto no qual é legítimo reconhecer o “perigo de vida”, v.g., como hipótese de resultado em sua expressão material.¹⁰

Esse não tem sido, todavia, o caminho percorrido pelo direito penal brasileiro. Entre nós há já larga tradição em favor de uma concepção de resultado material de acento fortemente naturalístico. Fragoso, v.g., entende “por resultado o efeito natural da ação que configura a conduta típica”.¹¹ Bitencourt fala em “modificação do mundo exterior” operada pela conduta.¹² Reale Júnior afirma que “só se deve [...] reputar como resultado relevante *o efeito natural que faz parte do tipo penal*”.¹³ Japiassú e Gueiros definem o resultado como “alteração do

⁷ Para um maior detalhamento acerca da distinção entre crimes materiais e formais, de um lado, e crimes de perigo e dano, de outro, ver D’AVILA, Fabio Roberto. Resultado e dispersão em direito penal. Reflexões iniciais à luz da práxis penal brasileira. In: GODINHO, Inês Fernandes; KINDHÄUSER, Urs; VERREL, Torsten (Orgs.). *Dasein und Gerechtigkeit. Ser-ai e Justiça. Liber amicorum. Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2020. p. 207 e ss.

⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 260.

⁹ RENGIER, Rudolf. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. ed. München: C. H. Beck, 2013. p. 50; ZIESCHANG, Frank. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 3. ed. Stuttgart: BOOBERG, 2012. p. 22; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 11. ed. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003. p. 119.

¹⁰ MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; FARIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (Coord.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 566.

¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 205.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 292.

¹³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN e Forense, 2020. p. 182. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530991593/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

mundo exterior”.¹⁴ Busato menciona-o como “fenômeno físico, ontológico”.¹⁵ Ilha da Silva refere-se a “uma alteração (física) no mundo exterior”.¹⁶ Dentre tantas outras obras de referência que poderiam ser ainda aqui mencionadas. Todas a denotar o forte *cariz naturalista* atribuído pela literatura nacional e a permitir que se reconheça, em síntese, no espaço de juridicidade brasileiro, o resultado material como *uma alteração do mundo exterior distinta da própria ação, em termos espaciais e temporais*,¹⁷ e a ela atribuível. Concepção que, como é evidente, coloca consequências de relevo.

De pronto, e naquilo que aqui importa, percebe-se que uma formulação do resultado material como modificação do mundo exterior, na linha de uma concepção naturalística estrita, não está apta a recepcionar o resultado de perigo em seu âmbito conceitual. O perigo não possui expressão fenomênica, não modifica o real-verdadeiro. A sua expressão dá-se exclusivamente no âmbito do real-construído e, portanto, não pode constituir resultado sob uma perspectiva naturalística *stricto sensu*.

Contudo, na medida em que o perigo consiste em um estado no qual é possível prever como provável um dano ao bem jurídico¹⁸ e, portanto, em um dado de realidade diverso da própria ação, irá também ele demandar um juízo de imputação. Vale dizer: a simples verificação do perigo não é suficiente para o preenchimento do tipo de ilícito objetivo. É indispensável que o perigo seja atribuído/imputado a uma dada ação ou omissão, a demandar, para tanto, critérios objetivos de análise. Fato, aliás, que ganha ainda mais em nitidez quando considerado à luz dos crimes omissivos. Daí que, nesse preciso contexto de coisas, não se possa falar em impropriedade técnica na redação do artigo 13, seja ao propor a indispensabilidade do resultado jurídico para a existência do crime, seja ao exigir uma relação de condicionamento causal entre a ação e o dado de realidade que se lhe pretende atribuir a título de resultado.

¹⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal*. v. único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 146. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788597023732/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

¹⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 1. p. 240. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788597025583/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

¹⁶ ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Curso de direito penal*. Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 231.

¹⁷ Destacando o aspecto espaço-temporal a separar ação e resultado, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 260; ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006. v. 1. p. 330; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 175; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 8. ed. Padova: Cedam, 2015. p. 137.

¹⁸ Ou, ainda, nas precisas palavras de Faria Costa: em um “estágio em relação ao qual é legítimo prever como possível a ocorrência de um dano-violação” (FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 583).

Essa questão será retomada ao final do presente ensaio. Voltemos, agora, a nossa atenção à segunda parte do artigo 13 *caput*, ao juízo de imputação.

3 A imputação do resultado típico

3.1 O artigo 13 *caput*, segunda parte, do CP

Há já antigo e forte entendimento doutrinário no sentido de que o Código Penal brasileiro recepcionou, em seu artigo 13, a denominada **teoria da equivalência das condições**, também conhecida por *conditio sine qua non*. É dizer: causa é toda *condição sem a qual o resultado não teria ocorrido*. A respeito – e ainda sob a égide do antigo artigo 11 do CP de 1940, atual artigo 13 – assim posicionava-se Aníbal Bruno: “[o] sistema do Código é construído sobre a teoria de equivalência das condições. Não distingue entre condição e causa. Causa é toda *conditio sine qua non*”.¹⁹ No mesmo sentido, também Hungria e Fragoso: “[o] nosso Código, ao resolver o problema, adotou a *teoria da equivalência* ou da *conditio sine qua non*”.²⁰

Tal conclusão teria a seu favor os próprios termos em que está previsto o *caput* do artigo 13, os quais apresentam grande similitude com a proposição de base da referida teoria (“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*”). Não bastasse isso, o próprio artigo 11 do Código Penal de 1940 (inalterado, em seu teor, pela Reforma da Parte Geral de 1984, dando origem ao atual artigo 13) veio acompanhado de nota específica na Exposição de Motivos. Em seu item 11, afirma ela que “o projeto adotou a teoria chamada da *equivalência dos antecedentes* ou da *conditio sine qua non*”, a qual “não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui, *in concreto*, para o resultado, é causa”.²¹ Tudo a falar, portanto, à primeira vista, no sentido de um certo consenso em favor da adoção da referida teoria pelo direito nacional.

Mas isso tudo apenas à primeira vista. A questão, em realidade, não é tão simples assim.

O disposto nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 13 coloca em xeque a correção de tal assertiva. Não há dúvida de que, por uma exigência de le-

¹⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1. p. 335 e ss.

²⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. II. p. 63.

²¹ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos. Projeto de Código Penal (1940), ponto 11. In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 410 e ss.

galidade, o artigo 13 *caput* estabelece limites legais intransponíveis ao juízo de imputação, a partir da *conditio sine qua non*. Contudo, os parâmetros ali estabelecidos não cobrem a totalidade do problema. E disso faz prova inequívoca a própria existência do parágrafo primeiro. Ao estabelecer uma distinção qualitativa entre fatores igualmente causais, o *parágrafo primeiro do artigo 13* afasta-se de uma regulação baseada no simples encadeamento causal, própria da *conditio sine qua non*, aproximando-se de teorias que buscam critérios valorativos aptos a distinguir, dentre as causas de um dado resultado, aquelas dotadas de relevo para o direito penal.

Não é por outra razão que Costa Júnior, em célebre monografia dedicada ao tema, sustenta a adoção, pelo Código em vigor, de uma teoria da “condicionalidade adequada”.²² O Código, segundo Costa Júnior, haveria acolhido a teoria da equivalência causal apenas “como limite”, observando que, “a fim de que a condição possa ser considerada causa”, é necessário “um *quid* a mais: a adequada condição”.²³ Causa, em síntese, segundo o autor, seria “a condição adequada, vale dizer, idônea, possível e não excepcional”.²⁴

Por caminho diverso, também Toledo, conquanto reafirme a opção legislativa pela teoria da equivalência das condições, reconhece que o nexos de causalidade “não é algo puramente naturalístico”. Sustenta ele que, em razão dos tipos serem dolosos ou culposos, o nexos causal “deve ser valorado, aferido, conjuntamente com o elemento subjetivo do agente”, o que o levaria a concluir pela existência de uma *causalidade relevante para o direito penal*. *In verbis*: “a causalidade relevante para o direito penal é aquela que foi ou pelo menos deveria ter sido visualizada, prevista, antecipada em mente pelo agente”.²⁵

Haveria, pois, uma dimensão normativa a ser verificada no juízo de causalidade, a fazer dele não tanto uma simples verificação da imbricação causal entre fatores, mas, em realidade, um efetivo *juízo de imputação*, tendo como ponto de partida (e apenas como ponto de partida) a *conditio sine qua non*. Constatamos essa que se mostra mais saliente quando se tem em conta hipóteses de concorrência de causas e, em particular, o quanto disposto no parágrafo primeiro do artigo 13.²⁶ Vejamos isso um pouco mais de perto.

²² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 139. Também assim REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN e Forense, 2020. p. 187. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#!/books/9788530991593/>>. Acesso em: 21 ago. 2020; ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Curso de direito penal*. Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 236.

²³ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 138.

²⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 138 e ss.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

²⁶ Diferente não é em relação ao parágrafo segundo o artigo 13, o qual, todavia, dado os apertados limites do presente ensaio, não pode aqui ter lugar.

3.2 Concurso de causas e o parágrafo primeiro do artigo 13

As causas, bem se sabe, costumam ser tradicionalmente classificadas em absolutamente independentes e relativamente independentes.

As *causas absolutamente independentes*, como já diz o próprio nome, são aquelas desprovidas de qualquer relação entre si. Tratam-se de hipóteses em que a solução é dada pelo próprio *caput* do artigo 13, nos termos da teoria da equivalência das condições. Exemplos usuais:

- (i) “A” é envenenado por “B”, o qual se vale de substância cujos efeitos só se farão sentir após algumas horas. Sem saber estar envenenado e sem que o veneno tenha ainda produzido qualquer efeito, “A”, a caminho do trabalho, é atropelado mortalmente pelo motorista “C”, que conduzia o seu veículo em estado de embriaguez.
- (ii) Em uma embarcação em alto mar, “A” desfere golpes de faca em “B”, o qual resta gravemente ferido. Momentos após o fato, advém uma forte tempestade, a qual faz virar a embarcação, produzindo a morte de “B” por afogamento, sem que, para isso, em nada tivessem contribuído as lesões sofridas.²⁷

Em ambos os casos, aplicando-se a regra do artigo 13, pode-se perceber que entre o envenenamento e o atropelamento e entre as facadas e o afogamento não há qualquer relação, e que apenas um deles é causa do resultado: o atropelamento e o afogamento, respectivamente. Em outras palavras: suprimindo-se hipoteticamente o envenenamento, o atropelamento e a morte teriam se dado exatamente do mesmo modo; e o mesmo ocorre no que tange aos golpes de faca e ao afogamento ocasionado pela tempestade.

Em contrapartida, as denominadas *causas relativamente independentes* colocam situações em que os fatores causais interagem entre si, somando-se²⁸ na produção do resultado. Exemplos:

- (i) A dispara em B, hemofílico. O disparo, somado a particular condição fisiológica da vítima, conduz à morte.

²⁷ Exemplos semelhantes em FRANCO, Alberto Silva. Do Crime. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). *Código penal e sua interpretação*. Doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115.

²⁸ A referência à ideia de *soma* dá-se aqui em uma perspectiva estritamente causal, e não valorativa, como é possível encontrar na obra de Bitencourt, a partir da ideia de normalidade ou anormalidade do desdobramento causal inaugurado pelo segundo fator. Logo, para Bitencourt, nas hipóteses do parágrafo primeiro do artigo 13 não haveria efetiva *soma de esforços* (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. v. 12. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 334).

- (ii) A vítima, ao fugir de seus perseguidores, “tenta atravessar via expressa de intenso movimento, ocasião em que foi atropelada e morta”. A perseguição injusta mais o atropelamento determinam a morte.²⁹
- (iii) A dispara em B que, socorrido por uma ambulância, vem a falecer em um acidente em que se envolve a ambulância a caminho do hospital. O disparo mais o acidente dão lugar à morte.

Enfim, em todos os três casos, os fatores estão vinculados em termos causais (não fosse o disparo, a hemofilia não levaria a morte; não fosse a perseguição, não teria havido o atropelamento; não fosse o disparo, a vítima não estaria na ambulância e, assim, não teria sofrido o acidente), de tal modo que, suprimido o primeiro fator, o segundo não teria lugar, e, suprimido o segundo, o resultado, caso viesse a ocorrer, não se daria nas mesmas circunstâncias de modo, tempo e lugar. Tudo a impor a conclusão de que ambos são causa do resultado.

Nesses casos, porém, a mera condição de causa, em estrito atendimento ao *caput* do artigo 13, *não é suficiente* para fundamentar a imputação do resultado. Tal conclusão goza de amplo consenso e está na base do parágrafo primeiro do artigo 13, sob o título *superveniência de causa independente*:

Superveniência de causa independente. § 1º – 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.

É bem verdade que a redação do parágrafo primeiro, mesmo após o corretivo operado pela Reforma de 84, está longe de ser exemplo de boa técnica legislativa. A expressão “por si só, produziu o resultado” faria mais sentido na hipótese de causas absolutamente independentes, o que, porém, não é o caso. Ainda sob a égide da antiga redação, em que não havia expressa menção à relativa independência,³⁰ já era evidente que a sua aplicação encontrava lugar apenas no âmbito das causas relativamente independentes.³¹ Por essa razão – bem registra Costa Júnior – o dispositivo teria ganhado em clareza se, ao invés de “por si só”, o legislador tivesse optado por “quase por si só” ou por “quando for a principal responsável pelo resultado”.³² Mas não. O legislador de 84 optou

²⁹ Julgado do 3º Grupo de Câmaras Criminais do TJSP referido por FRANCO, Alberto Silva. Do Crime. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). *Código penal e sua interpretação*. Doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

³⁰ Redação anterior proposta pelo CP de 40: “Superveniência de causa independente. 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” (Decreto-Lei nº 2.848/40).

³¹ Ver BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 336; HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 1, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 67.

³² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 136.

por inserir menção expressa à relativa independência, mantendo a expressão “por si só”, a demandar, assim, um certo malabarismo hermenêutico.

De qualquer modo, é certo que o parágrafo primeiro, como a redação bem indica, regula as hipóteses de superveniência de causa relativamente independente, isto é, as hipóteses em que, após a primeira causa e no curso do seu desdobramento causal, advém uma segunda causa, dependente, em termos causais, da primeira. Esse é o preciso caso da ambulância. Após a primeira causa (o disparo) sobrevém a segunda causa (o acidente sofrido pela ambulância), a qual só teve lugar em razão do desdobramento causal colocado pelo disparo. Pois bem. Sendo esse o contexto fático, determina o parágrafo primeiro que o segundo fator causal (acidente) irá excluir a imputação do resultado (= o resultado não será atribuído ao disparo) sempre que o segundo fator, *por si só, tiver produzido o resultado*. O problema reside, pois, em saber o que tal expressão significa, *i.e.*, quando o segundo fator causal (*rectius*, causa superveniente) será tido como algo que por si só produziu o resultado.

Em termos tradicionais, a expressão legal tem sido interpretada como ocorrência de uma causa que não se encontra “na linha de desdobramento normal da primeira causa”,³³ que não se encontra “na linha do desdobramento físico do encadeamento causal”,³⁴ cuja verificação é caracterizada “pela anormalidade, pelo inusitado, pela imprevisibilidade”.³⁵ Fala-se, assim, de um “desvio do curso causal”,³⁶ de um “curso causal anômalo”³⁷ ou, ainda, de uma espécie de “novo curso causal”³⁸ desencadeado pela causa superveniente.

Voltemos, uma vez mais, ao já mencionado exemplo da ambulância: “A” dispara em “B” que, socorrido por uma ambulância, vem a falecer em um acidente a caminho do hospital. O fato de o acidente de trânsito não estar no curso normal do desdobramento causal de um disparo de arma de fogo faz com que o resultado morte, determinado pelo acidente, não seja imputado ao autor do disparo, mas a eventual detentor de responsabilidade penal pela colisão entre os veículos. O mesmo pode ser dito na hipótese de a vítima do disparo chegar ao hospital com vida, contudo, na espera de tratamento, vir a falecer em um incên-

³³ FRANCO, Alberto Silva. Do Crime. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). *Código penal e sua interpretação*. Doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115.

³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 115.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 23. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 333.

³⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Título II. Do crime. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50.

³⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. Título II. Do crime. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50.

³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 115.

dio no hospital. Em ambas as situações, o autor do disparo responde apenas pelos atos já praticados, no caso, lesões corporais (dolosas ou culposas) ou tentativa de homicídio, a depender do tipo subjetivo. Em contrapartida, na hipótese de a morte ocorrer por excessiva perda de sangue, por lesão a algum órgão vital ou no curso da cirurgia de salvamento, em razão do perigo inerente à própria intervenção cirúrgica, estaria o resultado na linha de desdobramento normal do disparo, sendo, por isso, imputável ao autor.

Por outro lado, no que tange às hipóteses de concausa preexistente ou concomitante relativamente independente, o critério de solução a ser aplicado não se mostra assim tão claro. A menção expressa do parágrafo primeiro do artigo 13 aos casos de concausas supervenientes leva alguns autores³⁹ a defender que as hipóteses remanescentes (*i.e.*, as hipóteses de preexistência e concomitância) não estariam contempladas no parágrafo primeiro, sendo, por isso, reguladas pela regra geral do *caput* do artigo 13. Vale dizer: havendo relação de causalidade entre os fatores, haveria imputação. Como exemplo de concausas preexistentes, é recorrente a referência a especiais condições fisiológicas da vítima. Fragoso refere o fato de a vítima sofrer de um “grave mal cardíaco”, o qual viria a determinar a sua morte,⁴⁰ e Silva Franco menciona hipótese de lesões corporais ocasionadas pela colisão entre veículos, as quais, somadas ao fato da vítima ser diabética, vêm a produzir a morte.⁴¹

Essa posição, contudo, não é a única e não nos parece a mais apropriada.

Costa e Silva, já a seu tempo, defendia a aplicação da regra da superveniência causal aos casos de preexistência e concomitância. Mais recentemente, e no mesmo sentido, Costa Júnior⁴² e Silva Franco⁴³ defendem a *aplicação analógica do parágrafo primeiro* às hipóteses de preexistência e concomitância causal. No entender de Costa Júnior, não haveria razão para se levantar “uma barreira tão rígida entre causas que apresentam estrutura idêntica e eficiência equivalente”.⁴⁴ De outra parte, também Toledo, embora por caminhos diferentes, ao dar ênfase à exigência de *previsibilidade* no âmbito da causalidade relevante – de-

³⁹ Assim BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 333; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 204.

⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 204.

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva. Do Crime. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). *Código penal e sua interpretação*. Doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

⁴² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 143.

⁴³ FRANCO, Alberto Silva. Do Crime. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). *Código penal e sua interpretação*. Doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114 e ss.

⁴⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed., São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 142.

corrência direta da exigência de dolo ou culpa para fins de imputação –, acaba por chegar ao mesmo lugar: para além da causalidade, seria preciso verificar também a previsibilidade da concorrência causal.⁴⁵

Esse preciso posicionamento, quanto a nós, merece acolhida e vem a reforçar, também por essa via, a incontornável dimensão normativa do juízo de imputação.

Isso porque não é aceitável, em termos dogmáticos e metodológicos, conferir soluções jurídicas diversas a fatos materialmente idênticos. Preexistência, concomitância e superveniência são apenas indicativos do momento em que se dá a concorrência causal, e nada mais. Em termos materiais, *i.e.*, em termos de imbricação causal, não há nenhuma diferença entre eles. São todos eles hipóteses da denominada relativa independência, a reivindicar o exato mesmo tratamento dogmático. Não há, pois, como escapar à aplicação analógica do parágrafo primeiro do artigo 13. E, não fosse assim, também por via do princípio da culpabilidade, expresso na exigência mínima de previsibilidade da concorrência causal, encontraríamos igual solução.

De mais a mais, importa observar que não se está aqui a tratar de questões de pormenor. A diferença prática entre os dois posicionamentos é gritante. Tomemos, a título de ilustração, o tradicional exemplo de autoria colateral trazido tanto por Bitencourt⁴⁶ quanto por Toledo:⁴⁷ “A” e “B”, pretendendo matar “C”, ministram, separadamente, doses de veneno insuficientes para matar, mas que, somadas, determinam a morte. “A” desconhece a ação de “B”, e vice-versa. Qual o crime praticado? O concurso de pessoas fica descartado, já à partida, em razão do desconhecimento recíproco. Resta saber se “A” e “B” deverão responder por tentativa ou por homicídio consumado. Bitencourt, ao afastar a hipótese do parágrafo primeiro do artigo 13, aplica a regra contida no *caput* do artigo 13, defendendo a existência de *homicídio consumado*. Toledo, em contrapartida, conquanto tente enquadrar o caso em uma hipótese de superveniência causal, ao invés de concomitância, sustenta uma hipótese de *tentativa de homicídio* para ambos os autores, no seguimento de ampla doutrina alemã, tendo como principal argumento a *imprevisibilidade* da concorrência causal. Registra, ainda, no que tange à concorrência com especiais condições fisiológicas (tradicional hipótese de preexistência), que o Tribunal de Justiça de São Paulo teria se manifestado favorável a uma sentença de pronúncia por tentativa de homicídio no caso em que o agressor, autor de inúmeros disparos, embora tenha errado o alvo, acabou

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113 e ss.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 23. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 332.

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 114.

por produzir a “morte em decorrência de graves problemas cardíacos que não tinha conhecimento”.⁴⁸ Resultado que teria sido diferente caso as condições de saúde da vítima fossem de conhecimento do agente⁴⁹ ou, vale acrescentar, lhe fossem ao menos previsíveis.

4 Para além da simples causalidade, um legítimo juízo de imputação

Chegado a esse ponto, e por tudo até aqui avançado, já é possível extrair uma singela, porém, importante conclusão: o simples juízo de causalidade não basta. Se é bem verdade que, na legislação pátria, por força do artigo 13, *caput*, a *causalidade* constitui o *critério-base* e *irrenunciável* da imputação do resultado, diferente não é, em razão do seu parágrafo primeiro, no que tange à sua *insuficiência enquanto critério único* para o juízo de imputação do resultado, a demandar uma indispensável, e igualmente irrenunciável, dimensão valorativa.

Conclusão essa, aliás, que não é nova e que, há muito, tem impulsionado o desenvolvimento científico da matéria com vistas ao desenvolvimento e ampliação de critérios complementares de natureza normativa. Critérios que se pretendem não só mais ricos e precisos que o nosso já vetusto parágrafo primeiro, mas também aptos a constituir toda uma dimensão de análise voltada à verificação do *relevo jurídico-penal* ao nível da imputação.

Nesse horizonte, é preciso reconhecer o importante papel exercido pela teoria da causa adequada⁵⁰ e pela teoria da imputação objetiva. A primeira, já há muito conhecida da literatura nacional e, como vimos, expressamente reivindicada por parte da doutrina em razão do parágrafo primeiro do artigo 13 do CP. A segunda, mais recente, dotada de um interessante e promissor conjunto de critérios complementares à causalidade, embora com uma oscilante e ainda tímida presença em nossos tribunais.

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 114 e ss.

⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 115.

⁵⁰ Sobre a teoria da causalidade adequada, ver, entre nós, REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN e Forense, 2020. p. 184. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530991593>> Acesso em: 21 ago. 2020; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 115 e ss. Na literatura portuguesa, FARIA COSTA, José de. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 250; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa, São Paulo: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007. t. I. p. 327 e ss.; CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999 (reimpressão). t. I. p. 257 e ss.

A assimilação de tais elaborações pelo direito nacional, contudo, impõe alguns cuidados. Conquanto ambas apresentem critérios *favor libertatis* que, em sua essência, guardam harmonia com o nosso direito positivo, é incontornável algum grau de ajustes e adaptações de modo a evitar desdobramentos *contra legem*. A teoria da imputação objetiva, nesse ponto, dada a sua atualidade e importância, merece um pouco mais da nossa atenção.

Já à partida, é preciso ter em conta que há inúmeras variações daquilo que se tem convencido denominar de *teoria da imputação objetiva*. Em escrito de 2002, com vistas a introduzir a teoria, Greco já conferia justo destaque às elaborações de Roxin, Jakobs, Frisch e Puppe.⁵¹ Hoje, outros nomes poderiam ser ainda acrescentados, dentro e fora da Alemanha, aos quais se deve importantes aportes para o seu saudável desenvolvimento e para o estado atual da arte. Uma tal digressão, porém, e como é evidente, escapa aos limites do presente ensaio. E, de mais a mais, não é isso o que aqui importa.

A bem da verdade, em que pese a diversidade de elaborações, dentre nós, e em especial nas duas últimas décadas, o modelo de Roxin tem ganhado particular destaque, ocupando uma posição privilegiada. Em linhas gerais, consolidou elementos estruturais básicos por meio dos quais a teoria encontra identidade e é hoje usualmente conhecida. Em apertada síntese, trata-se de formulação que – sem se substituir à causalidade⁵² e sem coincidir com o âmbito de incidência do critério da adequação – propõe um conjunto de critérios de imputação complementares à causalidade, cujo eixo central gira em torno da dicotomia entre *perigo permitido* e *perigo proibido*:⁵³ imputável é o resultado que corresponder (i) à criação ou ao aumento de um perigo proibido (não permitido) (ii) que se realiza no resultado típico, dentro do âmbito do tipo.⁵⁴

Voltemos a nossa atenção a esse referido *eixo central*.

⁵¹ GRECO, Luís. *Imputação objetiva*. Uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 115 e ss.

⁵² Afinal, como bem observa Faria Costa, “[a] causalidade, ocupando um lugar fundamental na dogmática penal, é o *quid* que assinala a passagem da responsabilidade pelo facto alheio [...] para a responsabilidade pelo facto próprio” (FARIA COSTA, José de. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 248).

⁵³ Embora haja diferenças entre os conceitos de *risco* e *perigo* na dogmática penal do perigo, tais diferenças não têm sido usualmente observadas neste âmbito, sendo comum a oscilação entre elas (sobre a usual oscilação terminológica nesse preciso âmbito dogmático, ver nota de GRECO, Luís. *Imputação objetiva*. Uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9). No presente ensaio, pelas razões expostas a seguir, faremos uso exclusivo do conceito de perigo.

⁵⁴ É também comum a divisão do segundo critério em dois, resultado em uma análise composta por três critérios: (i) à criação ou ao aumento de um perigo proibido (não permitido) (ii) que se realiza no resultado típico, (iii) dentro do âmbito do tipo. Ver D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41 e ss.

A vida em sociedade é constituída e perpassada por perigos que são inerentes ao viver comunitário. Desde comportamentos singelos, como o simples passear em um parque, o dirigir veículos automotores, a preparação de uma refeição (e o próprio alimentar-se), a ingestão de comprimidos para dor da cabeça ou a prática de esportes, até a gestão de âmbitos de elevada complexidade como o tráfego aéreo ou uma usina hidrelétrica, colocam certos níveis de perigo que, conquanto diferentes, são intrínsecos a cada uma dessas atividades e, por isso, incontornáveis.⁵⁵ Pretender uma dinâmica social desprovida de perigos é pretender o impossível, é negar a própria natureza das coisas.

A partir desse pressuposto, é forçoso concluir que a mera constatação de uma relação de causalidade entre ação e resultado, ainda que de uma causa adequada à sua produção, não é suficiente para afirmar a existência de responsabilidade penal pelo resultado produzido. O reconhecimento de níveis de perigo inerentes ao viver comunitário implica igual reconhecimento de uma *faixa de perigo permitido/tolerado* juridicamente e, assim, por decorrência lógica, incapaz de produzir responsabilidade penal.

Com efeito, todo e qualquer resultado que se mantiver nos estritos limites do perigo permitido para uma dada atividade estará necessariamente fora do alcance do direito penal. Em contrapartida, e pela mesma razão, uma vez ultrapassado os limites do perigo permitido, convertendo-se o perigo em *perigo proibido*, tem lugar o primeiro nível normativo de imputação (a criação de um perigo não permitido), a justificar, por ora, a atribuição de responsabilidade penal pelo resultado até aqui produzido, *i.e.*, a justificar a atribuição de responsabilidade penal pela situação de *perigo* produzida/não-impedida. A fronteira entre perigo permitido e proibido assume, assim, um papel central na análise do tipo objetivo. Converte-se em fronteira entre o *punível* e o *não-punível*, *rectius* entre o *imputável* e o *não-imputável* em matéria penal.

Contudo, e como já salientávamos há pouco, em que pese a bondade de tal proposição e a sua geral compatibilidade, é preciso, ainda assim, alguns ajustes por imposição do nosso regramento codicista. E nesse preciso ponto, importa voltar, uma vez mais, ao início desse breve ensaio.

Primeiro. Como dizíamos na abertura do presente texto, o artigo 13, *caput*, em sua primeira parte, adotou expressamente o modelo de crime como ofensa a bens jurídico, comprometendo-se, assim, com a indispensabilidade do resultado jurídico na conformação do crime.

E, se isso é assim, para que se possa falar em imputação, é imprescindível que o perigo (proibido) ora em tela seja concebido não como uma mera carac-

⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa, São Paulo: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007. t. I. p. 333.

terística da ação – a operar nos limites do desvalor de ação –, mas, sim, necessariamente, na forma de efetivo *resultado*, de um *resultado* de perigo, a inaugurar e conformar o imperioso núcleo de *desvalor de resultado*. Caminha-se, pois, e bem, no sentido de elaborações que propõem o reconhecimento do ilícito-típico de perigo como ilícito de resultado, a compreender, até mesmo, a técnica de tipificação própria dos crimes de perigo abstrato.⁵⁶ E isso, ao mesmo tempo em que recepciona o parâmetro da *criação ou aumento de um perigo proibido* (primeiro nível normativo de imputação) como fundamento material já suficiente para a afirmação de um eventual crime de perigo, no caso de não se verificar, em um segundo nível de imputação, a realização do perigo em um resultado mais grave.

Segundo. Uma vez atendida a primeira parte do artigo 13, no que tange à configuração e importância do resultado na perfectibilização do ilícito-típico, importa agora uma igual atenção no que se refere à segunda parte do dispositivo, no que se refere à exigência de condicionamento causal. Nesse particular, e independente das críticas que se possa levantar contra a teoria da equivalência das condições,⁵⁷ é incontornável o fato de que, *por força de lei*, o juízo de imputação deverá *exigir* uma relação de condicionamento causal entre ação e resultado. Tal constatação, em um primeiro olhar, pouco teria a dizer ou influir nos ulteriores juízos de imputação, dada a sua posição sistemática. Contudo, não é esse o caso, quando se toma em consideração alguns desdobramentos do modelo de Roxin, a exemplo da chamada *teoria do aumento do risco*, a operar no segundo nível de imputação normativa: o nível da *realização do perigo*.

Em um esforço de simplificação, pode-se dizer que a análise da realização do perigo admite a ocorrência de três situações distintas.

Primeira: a conduta conforme o direito por parte do autor teria evitado, com segurança, o resultado lesivo. *Solução*: imputa-se o resultado, em razão da realização do perigo não permitido.

Segundo: a conduta conforme o direito por parte do autor *não* teria evitado o resultado lesivo. *Solução*: não se imputa o resultado lesivo, em razão da não realização do perigo não permitido.

⁵⁶ Conferir, em especial, as elaborações de WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 356, o qual, todavia, propõe algumas subdivisões à categoria de perigo abstrato, sem estender a exigência de desvalor de resultado a todas elas; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Auslän. u. Internat. Strafrecht, 1989. *passim*; bem como a nossa própria formulação em D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Studia Iuridica* n° 85, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 159 e ss.

⁵⁷ Ver D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 21 e ss.

Terceiro: a conduta conforme o direito por parte do autor *talvez* tivesse evitado o resultado lesivo. Sabe-se que, ao agir da forma como agiu, o autor aumentou o perigo da ocorrência do resultado, mas não se pode afirmar que, caso ele tivesse agido conforme o direito, o resultado lesivo não teria se verificado. Esse é o caso ora em questão. Qual solução deve ser aqui aplicada?

Roxin introduz a problemática valendo-se de um julgado do *BGHSt* e propõe, como solução, o que denominou de teoria do aumento do risco. O julgado narra um caso em que um dado caminhão, ao ultrapassar um ciclista, aproximasse para além do permitido. O ciclista, por sua vez, fortemente embriagado, durante a ultrapassagem, “gira a bicicleta à esquerda em razão de uma reação em curto-circuito provocada pelo álcool”, caindo sob as rodas traseiras do caminhão. Resta comprovado que “o acidente, provavelmente (variante: possivelmente), também teria ocorrido” caso o motorista do caminhão tivesse respeitado a distância exigida pelas regras de trânsito.⁵⁸

Segundo o autor, em hipóteses como essas, deve-se imputar o resultado lesivo, pois a condução adequada por parte do motorista teria possivelmente salvo a vida do ciclista. Em seu entender, a superação do perigo permitido teria “aumentado de forma juridicamente relevante a possibilidade de um acidente fatal”, e esse aumento seria fundamento suficiente para a imputação do resultado lesivo.⁵⁹ Daí, aliás, a denominação de *teoria do aumento do risco*.

Entre nós, dois casos no âmbito do direito penal médico ilustram o recurso a essa específica teoria para fins de condenação. Em ambos há expressa menção à adoção da teoria do aumento do risco.⁶⁰

Caso 01 (TJMG, Ap. Crim.):⁶¹ médica responsável por cirurgia plástica em clínica particular é chamada à noite para atender a paciente operada, mas presta atendimento apenas na manhã do dia seguinte, demorando, ao todo, mais de 12 horas para fazer o encaminhamento da paciente à unidade hospitalar apta a atendê-la. A paciente veio a falecer por septicemia. Entendeu o Tribunal, por maioria, que, conquanto a negligência da ré, a existência de dúvida acerca do nexo causal falava em favor da sua absolvição: “[o] foco de infecção que culminou o choque séptico não restou esclarecido. Existem várias causas para tanto, inclusive o próprio corrimento, mas se não restou delineado com certeza se este

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. ed. v. 1. München: C. H. Beck, 2006. p. 392.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. ed. v. 1. München: C. H. Beck, 2006. p. 392.

⁶⁰ Os três casos encontram-se colacionados na obra de SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40 e ss.

⁶¹ TJMG, Ap. Crim. nº 1.0024.00.082550-5/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Celeste Porto, maio de 2006 (data do julgamento), por maioria. Vencido Des. Hélcio Valentim. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.00.082550-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

foi a causa do referido choque, tem-se que absolver a ré”.⁶² O voto vencido, todavia, defendeu a condenação, reivindicando, expressamente, a teoria do aumento do risco de Roxin. Dada a existência de sinais de possível septicemia, sustentava que a demora no atendimento teria acarretado o incremento do risco, a autorizar a imputação do resultado: “[r]ecomenda-se o início do tratamento da septicemia antes mesmo de dispor o médico dos exames necessários, no mais das vezes com ataques por até dois remédios distintos, para ficar com apenas um deles depois de confirmada a origem do mal. Quem não o faz incrementa o risco permitido e, em consequência, responde pelo resultado verificado”.⁶³

Caso 02 (TJMG, Ap. Crim.):⁶⁴ em atendimento a parturiente em condições particulares, médico obstetra deixa de realizar cesariana no momento adequado, induzindo o parto, em contrapartida, e só se decidindo pela cesariana tardiamente. A criança nasceu deprimida, vindo posteriormente a óbito. O Tribunal entendeu que “a não-realização da cesariana incrementou o risco de morte do menino [...] nas mãos de um médico que agiu com flagrante negligência, impondo-se, assim, a sua condenação”. Acrescenta, ainda: “[é] certo que a morte da criança se deu em virtude do prolongado período da indução ao parto, e não da indução em si, mas é igualmente incontroverso que a negligência do acusado, em não proceder à cesariana naquele momento, aumentou (e muito) o risco de o resultado morte sobrevir à criança”.⁶⁵

Uma tal proposição, porém, não pode ser aceita.

Como já acima avançado, não há dúvida alguma que a criação ou o aumento do perigo proibido deve ser imputável, mas nos estritos limites daquilo que representa em termos dogmáticos: um resultado de perigo. Para que se vá além disso, para que se vá além do perigo, imputando, em seu lugar, um eventual resultado danoso, é indispensável que o perigo tenha se realizado no dano ou, o que é mesmo, que o dano seja a efetiva concretização do perigo.

A dúvida posta pelo caso em tela é, pois, a rigor, *uma dúvida sobre essa precisa concretização* e, nessa medida, uma dúvida que recai sobre um dos critérios necessários à imputação, a qual, por essa razão, não pode ser respondida/presumida em desfavor do autor.

Afirmar o contrário significa, por um lado, negar o próprio critério de imputação em tela (*i.e.*, o critério da realização do perigo) no preciso âmbito da teoria que o reivindica, o que é, a toda evidência, uma contradição lógica. Por outro, sob uma perspectiva dogmática mais ampla, é também subverter os próprios

⁶² Trecho do voto do Des. Vieira de Brito.

⁶³ Voto vencido, Des. Helcio Valentim.

⁶⁴ TJMG, Ap. Crim. nº 1.0024.00.046469-3/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Hélcio Valentim, julho de 2006 (data do julgamento).

⁶⁵ Voto do Des. Hélcio Valentim.

limites da responsabilidade penal pelo perigo, convertendo perigo em dano, sempre que houver dúvida acerca da sua efetiva realização/concretização, em uma espécie de responsabilidade penal objetiva.

Afinal, todo o crime de perigo é, por excelência, uma hipótese de criação ou aumento do perigo proibido. Daí reconhecermos razão àqueles que, a exemplo de Jakobs,⁶⁶ conferem à matéria um *tratamento processual*, reivindicando a aplicação do *in dubio pro reo* como critério de solução para os casos de dúvida acerca da permanência do resultado diante de um comportamento alternativo conforme o direito.⁶⁷ Mas não sendo tudo isso suficiente, um último e definitivo argumento põe por terra a possibilidade da sua aplicação no Brasil: a *expressa vedação legal* decorrente do artigo 13 do CP. Ao estabelecer uma relação de condicionamento entre ação e resultado para fins de imputação, o referido dispositivo *impede, por força de lei, qualquer hipótese de aplicação da teoria do aumento do risco* em território nacional. Esse é um limite intransponível da nossa legislação.

Por tudo isso, colacionados e sopesados todos esses elementos, e voltando a olhar o artigo 13 em uma perspectiva macro, é inarredável uma derradeira conclusão: a conclusão de que a nossa regulação codicista não propõe, nem nunca propôs, um juízo de imputação adstrito a uma singela relação de condicionamento causal. Isso nunca esteve no horizonte do artigo 13 do nosso Código Penal. Já na sua origem, ele abria-se à normatividade. E hoje, à luz do estado atual da arte, mostra-se apto, sim, a recepcionar novos e ulteriores critérios normativos, desde que, para tanto, e como não poderia ser diferente, sejam rigorosamente respeitados os limites estritos da sua conformação positiva.

5 Considerações finais

Por todo o exposto, pode-se afirmar:

- (i) que o artigo 13, *caput, primeira parte*, do CP, mais do que uma simples referência à necessidade de causalidade nos crimes materiais, versa sobre o resultado em sua *concepção jurídica* (resultado jurídico, e não material) e *subscreve uma precisa compreensão do ilícito-típico*, tomando partido sobre a já larga e antiga controvérsia que envolve a imprescindibilidade do resultado na constituição do ilícito-típico; e

⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin; New York: de Gruyter, 1993. p. 237.

⁶⁷ Para outras críticas, ver MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992. p. 226.

- (ii) que o artigo 13 do CP não propõe, nem nunca propôs, um juízo de imputação adstrito a uma singela relação de condicionamento causal. Já na sua origem, abria-se à normatividade. E hoje, à luz do estado atual da arte, mostra-se apto, sim, a recepcionar novos e ulteriores critérios normativos, desde que, para tanto, e como não poderia ser diferente, sejam rigorosamente respeitados os limites estritos da sua conformação positiva.

Referências

- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 11. ed. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. t. 1. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte geral. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#!/books/9788597025583/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos. Projeto de Código Penal (1940), ponto 13. In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. (reimpressão).
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 3. ed., São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Studia Ivridica*, n. 85, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Resultado e dispersão em direito penal. Reflexões iniciais à luz da práxis penal brasileira. In: GODINHO, Inês Fernandes; KINDHÄUSER, Urs; VERREL, Torsten (Orgs.). *Dasein und Gerechtigkeit. Ser-ai e Justiça. Liber amicorum. Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2020.
- FARIA COSTA, José de. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral. t. I. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa, São Paulo: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva. Do Crime. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). *Código penal e sua interpretação*. Doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- GAMA E SILVA, Luís Antonio da. Exposição de motivos do Código Penal de 1969, ponto 8. In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.
- GRECO, Luís. Imputação objetiva. Uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 1, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Curso de direito penal*. Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin; New York: de Gruyter, 1993.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal*. v. único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788597023732/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 8. ed. Padova: Cedam, 2015.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Auslän. u. Internat. Strafrecht, 1989.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.
- MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; FÁRIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (Coord.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN e Forense, 2020. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530991593/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Título II. Do crime. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RENGIER, Rudolf. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. ed. München: C. H. Beck, 2013.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. v. 1. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
- ZIESCHANG, Frank. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 3. ed. Stuttgart: Booberg, 2012.