

Causalidade e imputação: proposta de um modelo (o modelo da imputação causal de resultados criminalmente desvaliosos)*

SUSANA AIRES DE SOUSA

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. Introdução

1. O problema da imputação de resultados danosos, assente nonexo causal entre a conduta e o resultado jurídico-penalmente desvalioso, constitui um tema clássico da doutrina penal, abundantemente retratado na literatura e na jurisprudência. É, porém, um problema em aberto que dificilmente alcançará consenso doutrinário. Os obstáculos provêm de fontes diversas: de um lado, a incerteza causal, exógena ao discurso jurídico, sublinhada por outras áreas do saber, como a ciência ou a filosofia; por outro lado, a dificuldade interna, no plano jurídico-penal, em definir e concretizar o sentido e a finalidade que devem reconhecer-se à categoria da causalidade, oscilando entre modelos causais naturalistas ou de matriz normativa (designadamente por via da teoria da imputação objetiva).

Entre a incerteza causal anunciada por outros ramos do saber e a oscilação da doutrina penal, como pode o jurista socorrer-se do princípio causal na sustentação material de uma responsabilização pelo resultado? O discurso jurídico não pode enclausurar-se, subtraindo-se às discussões filosóficas e científicas que envolvem o princípio causal. Porém, a resposta procurada pelo direito penal, ainda que aberta a um diálogo entre saberes, é necessariamente pautada pelas suas referências axiológicas e funcionais. É nesse horizonte que deve situar-se, da nossa perspetiva, um modelo de causalidade jurídico-penal. É

pois uma construção desse tipo, que designámos de *modelo de imputação causal*, válido para os delitos materiais e enquadrado no juízo normativo de imputação de resultados, que se procura apresentar nesse estudo. Na base desta proposta está a procura de uma resposta à pergunta fundamental de Karl Larenz: em que circunstâncias pode um resultado ser tido como obra do agente ou deve ser visto como acidental¹?

II. A causalidade e os seus “conceitos” nos discursos científico, filosófico e jurídico

2. Tem-se por adquirido, no plano do conhecimento das coisas, a ideia de que a explicação de um evento está intimamente dependente do conhecimento da natureza e, em última instância, relacionada com a possibilidade de prever e controlar os fenómenos naturais. Os conceitos de causalidade e de explicação associam-se assim na procura humana da compreensão e conhecimento do universo e da sua evolução. Por conseguinte, desta singular perspetiva, o conceito de causalidade associa-se genericamente à possibilidade de conhecimento e previsão de fenómenos, na medida em que permite fundamentar a formulação de juízos gerais sobre a normal e esperada evolução dos acontecimentos. A causalidade constitui, deste modo, um instrumento decisivo no processo explicativo de um acontecimento e, neste sentido, também de um acontecimento danoso. Causalidade e explicação são conceitos necessariamente convergentes no domínio da ciência, da filosofia e também no domínio da responsabilidade jurídica. Nas palavras clarificadoras do filósofo Wesley Salmon, válidas, segundo cremos, para aquelas áreas do saber, “*in many cases, to explain a fact is to identify its cause*”².

Todavia, o sentido dessa relação causa-explicação está longe de ser estanque, tendendo a variar consoante a finalidade que se procura cumprir, ou, por outras palavras, consoante o *animus* que presida ao processo explicativo. Esta ideia é ilustrada de forma muito clara no exemplo que nos é dado pelo penalista alemão Günther Jakobs: se na sala de embarque do aeroporto de Frankfurt um passageiro descuida durante cinco minutos a vigilância da sua máquina fotográfica, tenderá a explicar o seu desaparecimento de modo normativo através da conduta inadequada de um ladrão; a sua companhia de seguros também escolherá uma explicação normativa em torno da negligência do viajante; um

sociólogo-criminólogo apontará como explicação, agora cognitiva, o carácter cada vez mais anónimo da sociedade atual; um psicólogo que faça um relatório sobre o ladrão, uma vez detido, explicará o sucedido também de modo cognitivo através de determinadas experiências do ladrão na sua infância...³

Deste modo, num primeiro momento, o conceito de causa mostra-se, do mesmo passo, fundamental à explicação de um acontecimento, mas também polissémico no seu sentido: enquanto instrumento fundamental de explicação de fenómenos é utilizado com sentidos diversos por distintas áreas do conhecimento, tais como a filosofia, a ciência ou o direito. Por conseguinte, o conteúdo e a aplicação da ideia de causa são naturalmente marcados pela matriz axiológica e finalística que domina e preside cada um daqueles ramos do saber. Os conceitos causais são, como reconhecem os autores que os tomam como objeto primário de estudo e reflexão, conceitos ubíquos⁴. Neste sentido, as “palavras não têm significados fixos, mas usos”⁵. São por isso ganhadoras de um certo significado que o contexto sistémico lhes confere.

3. Simultaneamente, em um segundo momento de reflexão, importa salientar que a ideia de causa se manifesta em diversas direções que ultrapassam o conhecimento epistemológico ou a previsão científica. Com efeito, a causalidade toca também as ciências ditas práticas, designadamente a ciência jurídica, e transforma-se em auxílio e apoio fundamental à formulação das regras e à atribuição de responsabilidade pelos eventos “causados”: estabelecida a ordem causal natural, ela torna-se sustento da ordem normativa e *fundamento material* de imputação.

Sendo o tema causal tipicamente controverso no âmbito da literatura penal, viu-se, porém, renovado nessa sua natureza controversa pela realidade casuística. Com efeito, o paradigma da imputação de um resultado a uma conduta encontrou nos tempos mais recentes um conjunto renovado de dificuldades. A complexidade advém desde logo do esforço de adaptação das estruturas dogmáticas clássicas – como é o caso da figura da causalidade – a contextos modernos de incerteza e de riscos associados a determinadas condutas, como a produção e comercialização de determinados bens ou os efeitos de determinados comportamentos para o meio ambiente.

Por sua vez, a crise do conceito causal em outros ramos do saber, foi portadora de algumas interrogações à validade do conceito de causalidade no contexto jurídico. Com efeito, os extraordinários desenvolvimentos apresentados pela física do século XX, pondo fim ao determinismo científico afirmado no século XIX, obrigaram a uma renovada reflexão filosófica e epistemológica sobre o papel da causalidade, das leis universais e do juízo de probabilidade na explicação dos fenómenos. São vastos os estudos e propostas doutrinárias sobre esta matéria, acentuando-se, de um lado, os modelos que têm na sua base a crença numa noção última e genuína de causa comum ao conhecimento, de que são exemplos o *modelo dedutivo-nomológico* e o *modelo da relevância estatística ou probabilístico* e, de outro lado, o modelo segundo o qual a explicação causal depende exclusivamente do sistema conceptual de cada disciplina e que se designa como *modelo da relevância do contexto*.

A crise do conceito causal no plano científico e filosófico e a relevância atribuída pela epistemologia e pela ciência ao conceito de probabilidade no âmbito de contextos causais impuseram a necessidade de se indagar dos efeitos desta incerteza causal na ciência jurídica. Os juristas que refletiram em torno desta questão tendem a responder que a incerteza causal denunciada pela ciência física não afeta as categorias mobilizadas pelo sistema jurídico, sublinhando que para os acontecimentos do quotidiano permanece válida uma explicação baseada na física clássica.

Porém, se assim é, permanece, como questão decisiva, a determinação do conteúdo material do conceito jurídico-penal de causa. Tal conteúdo deve buscar-se nas referências axiológicas do sistema jurídico-penal, enquadrado dentro do juízo normativo de atribuição ou imputação de resultados. Todavia, este não é um sistema ensimesmado e fechado à evolução do conhecimento científico. Sob pena de se cair no relativismo causal, é necessário encontrar denominadores comuns que permitam o diálogo entre os diversos saberes. Essa relação interdisciplinar concretiza-se em dois sentidos: por um lado, a aferição do nexu causal pressuposto e utilizado no âmbito do direito penal há de ser auxiliado, quando necessário, pelo conhecimento científico estabelecido; por outro lado, o conhecimento científico há de impor-se como um limite negativo às conclusões jurídico-causais.

4. O reconhecimento de uma específica categoria jurídico-penal de causalidade não põe fim às dificuldades anteriormente assinaladas. É assim, desde logo e como já se referiu, pela razão imediata de que o critério jurídico de determinação do nexo causal é desde há muito objeto de discussão na literatura e na jurisprudência penais, tendo aí experimentado uma curva inconstante⁶. O seu protagonismo evidencia-se primariamente no contexto dos autores clássicos que, na segunda metade do século XIX, orientados pelo esforço de cientificidade, procuraram construir e solidificar um sistema penal assente em categorias dogmáticas, entre as quais assume papel primordial, na parte geral do direito penal, o princípio da causalidade.

O crescente interesse por este princípio decairia acentuadamente com o êxito da teoria finalista liderada por Hans Welzel. O ilícito pessoal – e a consequente afirmação do carácter subjetivo da ilicitude penal – relegaria para segundo plano o pendor objetivo-causal da infração criminal. Não obstante, o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, a partir dos escritos de autores como Honig, Roxin ou Jakobs, trouxe nova força ao conceito de causalidade: à nova conceção de causalidade reconhece-se uma função primária, de limite mínimo, na atribuição da responsabilidade penal. Trata-se de um nova configuração da função dogmática do princípio causal que, do mesmo passo, se revela crítica e restritiva do conceito clássico de causalidade.

Os escritos sobre os temas da causalidade e da imputação tornaram-se, entretanto, praticamente inabarcáveis, atendendo ao interesse suscitado nas últimas décadas, quer quanto ao desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, quer no que respeita às reações a esta proposta, destacando-se, entre estas últimas, o pensamento de alguns autores que dedicaram grande parte da sua obra ao estudo da causalidade penal, como Ingeborg Puppe, na Alemanha, e Federico Stella, em Itália⁷.

Ainda no plano do discurso jurídico-penal e na tentativa de se concretizar a tarefa visada por este estudo, impõe-se um brevíssimo esclarecimento metodológico adicional, relativo à dualidade de perspetivas da ideia de *causa* e das suas implicações na ordem normativa penal.

De um prisma atributivo assente numa ideia de *imputatio* global, é quase intuitivo estabelecer-se a ligação entre a responsabilidade penal e aquele que deu

causa à situação juridicamente desvaliosa⁸. É interessante notar, como sublinha Kelsen⁹, que a palavra grega *aitia* (αἰτία), termo de cariz normativo que originalmente significava culpa, veio a ser traduzida por causa: “a causa é a culpa pelo efeito, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao ato ilícito”. A causa adquire, neste sentido, uma grande abrangência, referindo-se à conduta responsável por um evento em violação do comando jurídico que era dirigido ao agente que, nessa qualidade, deve suportar a reprovação do seu ato por via da aplicação de uma pena. Aproximamo-nos por esta via de uma teoria jurídica ou mesmo moral do crime e da pena, assente na *imputatio* ao agente de um facto ao qual é reconhecida natureza criminal¹⁰ e que, como tal, exige uma reflexão em torno do equilíbrio entre crime e pena¹¹. Somos pois reencaminhados para uma problemática estruturalmente metajurídica.

Não é este sentido amplo de causa, ligado à teoria jurídica ou moral das normas penais, que se aborda ou trata neste estudo. Como objeto de análise, situado dentro da normatividade penal, toma-se o nexu causal tido, na teoria do delito, como um requisito jurídico exigido pelo legislador para afirmar a responsabilidade penal pela prática de determinados tipos de delitos: os chamados *crimes de resultado* ou *crimes materiais*. Esta categoria de delitos exige na sua realização típica, a verificação de um evento distinto da conduta e dela autonomizável, de acordo com um critério cronológico¹². Entre aquela conduta cronologicamente anterior (antecedente) e o evento que lhe sucede (consequente) há de estabelecer-se uma tal ligação que permita afirmar a sua correspondência ao tipo legal de crime. Essa relação concretiza-se numa conexão causal necessária à atribuição de responsabilidade ao agente pela realização daquele resultado e, em consonância, pela prática de um delito consumado¹³. Neste contexto, a causalidade mostra-se dotada de uma função essencial, própria da estrutura delitual da atribuição de resultados que, em último termo, são *valorados normativamente* como lesivos ou perigosos para interesses da comunidade ou da pessoa (os chamados bens jurídico-penais) e, como tal, dignos e necessitados de proteção.

Neste sentido, a ofensa (dano ou perigo) do bem jurídico efetiva-se, nos crimes de resultado material, mediante a “força” exercida sobre o objeto material. Esta relação entre o evento material (resultado) e o evento jurídico

(dano ou perigo) é particularmente evidente em incriminações como o homicídio ou as ofensas à integridade física, em que o objeto da ação (o corpo da vítima) corresponde ao substrato real que corporiza a lesão dos bens jurídicos protegidos. Deste modo, é através das modificações causadas no mundo exterior que aqueles interesses, socialmente reconhecidos como valiosos, são abalados. É também por esta via que se estabelece a comunicação entre o mundo empírico e o mundo normativo, na medida em que as modificações exteriores se subsumem ao resultado descrito no tipo. Assim, muito embora o “pôr em perigo” e a lesão do bem jurídico se desenvolvam no plano da valoração normativa, e não “na esfera do ser causal”¹⁴, não deixam de ser mediados por considerações de natureza causal.

O nexo de causalidade, materializado “no mundo do ser causal”, constitui, nesta medida, o substrato da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. Todavia, para que se afirme uma responsabilidade, fundada naquela conduta ofensiva, é necessário, entre outros pressupostos, encontrar um critério aferidor da ligação causal entre a conduta e o evento.

Assim, regressando ao nosso horizonte problemático, toma-se o conceito de *resultado* enquanto elemento típico entendido em sentido material como consequência de uma conduta humana. Ou seja, em causa estão incriminações que pressupõem, para a sua integral realização típica, a verificação de um resultado causalmente ligado a uma conduta humana (por exemplo, a morte no crime de homicídio). Coloca-se assim a questão, fundamental no contexto penal e desde há muito discutida na doutrina e na jurisprudência, de saber quando é que um determinado resultado se pode imputar, como consequência, à atuação do autor¹⁵.

III. A causalidade como categoria jurídico-penal

5. O modo como deva conceber-se a causalidade em direito penal não está resolvido e são fundadas as dúvidas sobre a possibilidade de uma solução definitiva. As respostas que foram sendo ensaiadas na literatura e na jurisprudência¹⁶, oscilando entre modelos causais naturalistas ou de matriz normativa, mostram inequivocamente que o modo como se conceba a relação causal entre uma conduta e um resultado jurídico-penalmente desvalioso é

comprometido e influenciado pelos fundamentos e teoria da infração criminal dominante. Neste sentido, a resposta ao problema causal é, em certa medida, ressonante à evolução do conceito de infração criminal. A concepção clássica/causalista de delito pode tomar-se como exemplo extremo desta relação próxima entre causa e teoria do crime, na medida em que, desta perspectiva, a categoria de delito assenta em primeira linha numa conduta causal em sentido naturalístico: o autor de um crime é aquele que lhe dá causa.

Por sua vez, à crítica ao dogma causal naturalista e a uma compreensão assepticamente neutra do tipo legal sucedeu-se a crítica de uma concepção neo-clássica de delito no âmbito da qual a tipicidade perde relevo a favor da ilicitude e dos juízos de valoração que lhe são próprios. A imputação do resultado penal torna-se dependente de um juízo de valoração sobre a relevância jurídico-penal do nexos condicional existente entre uma conduta e um resultado. A comprovação do nexos causal torna-se assim insuficiente para decidir sobre a responsabilidade do agente pelo resultado. Para o mesmo resultado contribuiria também o conceito de ação final voltado para o sentido da vontade do agente. A ação leva agora consigo um determinado sentido social preenchido por aquela vontade delituosa. Confirma-se de forma definitiva a rutura com o dogma causal e com uma compreensão da ação como um mero acontecimento exterior. Abre-se o caminho para a afirmação de uma nova categoria de natureza normativa: a imputação.

Esta categoria corresponde ao culminar de um percurso de normativização da relação causal, já iniciado com outras propostas que historicamente a antecedem como a teoria da adequação de Engisch ou a teoria da relevância jurídica de Mezger. A amplitude de um critério causal proveniente da fórmula clássica da *condicio sine qua non*¹⁷ é agora corrigida, nos seus excessos, pela norma proibitiva, por via do seu sentido e finalidade. Cabe às normas jurídicas orientar comportamentos e punir os resultados típicos previsíveis e domináveis, e como tal imputáveis a uma conduta humana. Esta orientação no sentido de uma interpretação restritiva do tipo conduz a uma limitação, no plano normativo e valorativo, dos nexos causais realizados no mundo das coisas.

Afastado um conceito de *imputatio* global, esta normativização ganha amplo relevo na moderna teoria da imputação objetiva por via do princípio do

incremento do risco proposto por Roxin como critério de atribuição do resultado: ainda que o resultado lesivo tenha sido causado pela conduta, ele só lhe é imputável na medida em que dela decorra um risco juridicamente desaprovado que se realizou naquele resultado. Este princípio constituiu um ponto de partida fundamental para avivar a discussão em torno do conceito de imputação objetiva, desenvolvendo-se novos e por vezes complexos critérios de imputação. Na verdade, alguns dos mais recentes desenvolvimentos doutrinários da teoria do incremento do risco, em claro distanciamento das suas origens, conduziram a uma erosão do pensamento causal a favor de uma construção puramente normativa de um sistema de imputação¹⁸. Por esta e outras razões, a moderna teoria da imputação objetiva é fonte de uma intensa discussão e objeto de reservas críticas que, apontando a sua excessiva normativização, exigem um repensar do discurso causal na doutrina dos delitos de resultado e, em particular, na própria teoria da imputação.

6. Em nosso modo de ver, importa pois refletir sobre a função a reconhecer à causalidade na normatividade penal. Pode aceitar-se como ponto de partida um pressuposto fundamental e comum à maioria das teorias que se expuseram: há de ser um conceito próprio do direito penal que não se confunde com a causa científica ou a causa filosófica. É também por esta razão que, quanto a nós, é incorreto transpor sem mais para o domínio do direito, e em particular do direito penal, o conceito de causa pressuposto pela ciência e pela epistemologia e, consequentemente, o contexto de crise que o acompanha.

Com efeito, a causalidade enquanto categoria jurídico-penal tem uma função muito mais modesta do que aquela que lhe é reconhecida pela ciência.

Em sentido jurídico-penal, a causalidade mostra-se, em nosso modo de ver, como uma figura ambivalente, provida de uma dupla referência: por um lado, a afirmação do nexos de causalidade não pode prescindir de uma dimensão empírica/ontológica que advém do conhecimento da natureza das coisas; por outro lado, na sua dimensão normativa ela está ao serviço do juízo de imputação exigido pelo tipo legal através da verificação do nexos causal entre conduta e resultado. Nesta segunda dimensão, a causalidade constitui um elemento típico dos crimes de resultado e corresponde à concretização do juízo normativo de imputação ou de atribuição de um resultado. Naquela primeira vertente, exigir-

se-á, para que se confirme o nexo de causalidade enquanto elemento típico, a referência do curso causal concreto a uma lei causal geral (empírica), explicativa do acontecimento¹⁹.

Se é assim, a comprovação do nexo de causalidade enquanto elemento típico de imputação nos delitos de resultado exige aquela primeira dimensão enquanto seu *pressuposto* fundamental: nenhuma teoria jurídica de imputação pode prescindir dos conhecimentos científicos que relacionam a conduta com o seu efeito. Se a concretização do nexo causal exige o recurso a conhecimentos extra-penais, o conceito de causa há de conhecer os seus limites, de uma perspectiva normativa, enquanto categoria jurídico-penal ao serviço do juízo de imputação. Isto significa, desde logo, que o objetivo primário do direito penal não pode identificar-se com o estudo ou explicação (científicos) da causa de um fenómeno, mas consiste antes em determinar se uma concreta conduta pode ser tida como causa de um resultado concreto subsumível num tipo legal de crime. Neste sentido, o conceito de causa pressuposto pelos crimes de resultado não é idêntico ao conceito de causa pressuposto pelas ciências da natureza: antes se apresenta limitado pelos fins (de imputação) próprios do direito penal²⁰. Trata-se pois de uma categoria jurídica pressuposta pela teoria da infração penal, cabendo ao juízo causal esclarecer a ligação entre uma conduta e um resultado e, consequentemente, decidir sobre a atribuição daquele acontecimento a um determinado comportamento humano.

Esta nota limitativa e funcional adquirida pelo conceito de causalidade em sentido jurídico-penal permite assim afastá-lo e distingui-lo do conceito causal pressuposto pela teoria da ciência, onde importa explicar e clarificar um determinado acontecimento, atendendo para tal ao conjunto de condições que com ele se relacionam. De modo distinto, a teoria penal move-se por uma finalidade muito menos ambiciosa e duplamente limitada: por um lado não são todas as alterações ao estado das coisas que importa considerar, mas tão-somente uma modificação prejudicial a um interesse ou bem tutelado penalmente; por outro lado, de entre as circunstâncias que envolvem o acontecimento ao direito penal, enquanto domínio de responsabilidade, importa somente aquela que possa ser reconduzida a uma conduta humana. Deste modo, o fim da determinação causal é referir um resultado, entendido como uma modificação da realidade em última instância prejudicial a um bem jurídico, a uma conduta, como pressuposto

de responsabilidade de determinado agente. Como refere Kindhäuser, a causalidade em direito penal “refere-se apenas à explicação da modificação de um bem em um determinado momento” e “da totalidade das condições explicativas, só interessa uma conduta determinada”²¹.

Em nosso entendimento, importa enquadrar, no contexto do juízo normativo de imputação, a função e o papel desempenhados pelo conceito de causalidade. Com este propósito apresenta-se um modelo que designámos de *modelo da imputação causal de resultados*, válido para os crimes materiais ou de resultado que ora se procurará expor nos seus traços essenciais. Na base desta proposta está a procura de uma resposta à pergunta de Larenz anteriormente referida: quando pode um resultado ser tido como obra do agente? Esta questão tem na sua base a ideia fundamental de que a *imputação*, enquanto categoria jurídico-penal, se alicerça na capacidade humana de dirigir um acontecimento perigoso para interesses reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica.

IV. O modelo da imputação causal do resultado

a) Momento prévio à imputação do resultado: a determinação da conduta típica

7. Muito embora o conceito de imputação tenha conhecido no contexto jurídico-penal várias formas jurídicas a que correspondem diversas teorias jurídicas, é possível identificar um significado comum a todas elas, concretizado na *atribuição de responsabilidade*. Neste sentido, o conceito de imputação ressurgiu na teoria do direito penal como forma de designar o processo de atribuição de responsabilidade por um resultado. É a capacidade humana de objetivamente dominar um determinado acontecimento que fundamenta esse juízo de responsabilidade. Porém, esse domínio do evento só adquire relevância jurídico-penal em virtude do seu carácter prejudicial aos interesses tutelados pelas normas penais, em estreita ligação com a função, reconhecida ao direito penal, de proteção de bens jurídicos e de garantia dos direitos fundamentais.

No seu plano objetivo – e só desse se cuidará – o juízo de imputação, numa relação de diálogo com o tipo legal, tem como pressuposto uma conduta típica, isto é, uma conduta que se mostra prejudicial ao interesse tutelado, com

capacidade para, em abstrato, alterar ou agravar a situação prévia deste bem jurídico. Por conseguinte, é a “potencialidade lesiva” que fundamenta o carácter típico da conduta, fazendo-a nascer jurídico-penalmente. Assim, na senda da doutrina de Wolfgang Frisch²², só uma conduta típica pode originar problemas de imputação. Importa assim formular um critério qualitativo e normativo de determinação da conduta típica que, quanto a nós, deverá coincidir com a criação ou aumento de um risco juridicamente desaprovado.

Porém, na tentativa de avançar mais um passo na concretização desse critério, ele há de situar-se no plano da interpretação do tipo legal e assentar num duplo alicerce: de um lado, num juízo ontológico de perigosidade abstrata da conduta, presente na intenção do legislador na construção da norma jurídica; de outro, num juízo analógico que permita referir à *mens legislatoris* a concreta conduta do agente na medida em que com o seu comportamento viole o dever imanente à norma. É justamente nessa contrariedade ao dever normativo, enquanto padrão de comportamento, que se fundamenta a desaprovação do risco e como tal a tipicidade da conduta. Deste modo, é através desta referência da conduta concreta à norma penal e ao dever por ela pressuposto que se indaga da criação de um risco juridicamente desaprovado e, por conseguinte, se determina a tipicidade da conduta.

Este primeiro passo de determinação da conduta típica, situado no plano normativo, é elemento comum à interpretação de toda a incriminação: de ação, ou de omissão; dolosa ou negligente; de dano ou de perigo; formal ou material. Trata-se de um momento prévio a um qualquer eventual juízo de imputação de resultados.

b) O juízo normativo de imputação

8. Por vezes, na construção da norma incriminatória, o legislador assume como referência da incriminação a perigosidade da conduta, numa opção político-criminal claramente antecipatória da tutela do bem jurídico. O tipo incriminador toma então a forma de um *delito de perigo abstrato*, centrado sobre a perigosidade da conduta. Ou por outras palavras, a perigosidade concretizada na conduta corresponde à perigosidade considerada pelo legislador aquando da construção da incriminação. Nestas situações, o perigo refere-se à conduta típica

incriminada e nela esgota o seu alcance. Neste sentido, esta opção legislativa afasta qualquer posterior problema de imputação de um qualquer resultado (normativo ou material) uma vez que dele prescindiu o legislador no momento da tipificação penal.

Porém, a opção legislativa pode ir além da mera perigosidade abstrata da conduta, exigindo-se para o integral preenchimento do tipo legal a realização de um determinado evento (jurídico ou material) tido como desvalioso para o bem jurídico protegido. Surge então o problema da imputação do resultado em direito penal.

Deste modo, identificada a conduta típica que há de servir de base a um juízo de imputação de resultados, importa agora determinar o contexto normativo em que se torna necessário concretizar um tal juízo. A imputação de resultados convoca um segundo problema cujo ponto de partida se reflete na ligação à conduta típica de um determinado resultado. O legislador, na construção da norma incriminatória e na prossecução dos princípios e regras jurídicas que dão forma aos valores assumidos pela ordem jurídico-penal, pode exigir que o risco juridicamente desaprovado criado pela conduta se realize num determinado evento. Esse evento ou resultado pode revestir no tipo legal uma dupla natureza: valorativa ou normativa no caso dos *delitos de perigo concreto*; ou, num esforço de maior concretização, no caso dos *delitos materiais* ou de *resultado*, de natureza material exigindo-se, um acontecimento físico espaço-temporalmente separável da conduta.

É nesta última hipótese, ao exigir-se uma maior concretização normativa da perigosidade da conduta expressa na materialização daquele perigo num determinado efeito, que o problema do nexo causal assume expressa relevância típica enquanto elemento necessário ao juízo de imputação normativa. É assim porque o resultado material há de ser uma concretização do risco proibido criado pela conduta típica (perigosa) do agente.

c) O juízo de causalidade enquanto concretização do juízo de imputação

9. O legislador penal pode, com efeito, ser mais restrito na concretização da perigosidade ou da potencialidade lesiva da conduta típica e exigir que na construção do tipo legal que aquele juízo de perigosidade se materialize numa

modificação da própria realidade, isto é, que produza um efeito exterior, autônomo e separável da conduta, sobre o objeto material da ação, em regra (embora não tenha de ser sempre assim) coincidente com o substrato do bem jurídico (a vida ou a integridade física da concreta vítima). Esta modificação do mundo das coisas coincide com o que antes se designou de evento material e dá-se na esfera ontológica do mundo causal. Torna-se então necessário comprovar a existência de um nexos de causalidade entre a conduta do agente e aquele resultado material. Nesta hipótese de concretização da potencialidade lesiva da conduta, o nexos de causalidade é elevado à categoria de elemento do tipo.

No modelo proposto, o nexos de causalidade impõe-se como forma de concretização do juízo normativo de imputação, nos delitos de resultado. Neste sentido, para além de uma conduta potencialmente lesiva de bens jurídicos, a imputação do resultado (evento material) pressupõe que se comprove um concreto nexos causal entre a particular conduta do agente e o resultado produzido. Assim entendido, o nexos de causalidade há de ter o seu fundamento nas leis empíricas que explicam a realização desse acontecimento e de forma imediata na ideia de previsibilidade e regularidade inerente às leis empíricas que dominam a esfera do mundo causal. Deste modo, nos delitos de resultado a imputação refere-se à direção humana de um acontecimento ou, na significativa expressão de Wolff, à capacidade pessoal de “pilotar a realidade”²³.

Neste sentido, em concordância com Manfred Maiwald²⁴, em nosso modo de ver a causalidade constitui, nos delitos de resultado, um dos critérios que tornam possível a própria imputação, porque é expressão ontológica do juízo normativo de realização do perigo. Nestes delitos, a realização típica do nexos de causalidade a aferir segundo as regras empíricas causais, nos termos anteriormente expostos, constitui não apenas um pressuposto mas o fundamento da imputação. É assim por duas razões: por um lado, porque é a regularidade pressuposta pelas leis empíricas que permite fundamentar a previsibilidade do resultado e a sua consequente imputação ao autor; por outro lado, porque é a realização do nexos causal que permite explicar e comprovar que um determinado risco normativamente proibido se concretizou num resultado, ou seja, são as regras causais que permitem explicar que aquele específico risco proibido se concretizou no resultado.

Este segundo vetor permite ultrapassar algumas das críticas dirigidas à indeterminação dos critérios propostos pela teoria da imputação objetiva. É assim porque a explicação causal de acordo com as leis empíricas permitirá clarificar que o risco realizado no resultado correspondeu ao risco criado (ou aumentado) pela conduta do agente e não a qualquer outro. Neste sentido, causalidade e imputação objetiva complementam-se.

De um ponto de vista normativo, a afirmação de uma relação causal entre a concreta conduta e o resultado é insuficiente – como põe em evidência a maioria dos modelos de imputação objetiva – para delimitar a relevância penal da conduta do agente²⁵.

Importa, a este propósito, reter duas notas: por um lado, a causalidade há de ter por base uma conduta juridicamente desaprovada e, por outro lado, só ganha significado enquanto meio de realização do juízo de imputação normativa. Naquele primeiro sentido, a causalidade e a realização típica do nexa causal em nada contribuem para determinar se, com a sua conduta, o agente criou um risco desaprovado. O carácter proibido do risco há de advir de critérios normativos e não de regras empíricas. Nenhuma teoria causal material, de natureza filosófica ou ôntica, poderá dar um critério de proibição penal da conduta. Este critério há de encontrar-se no plano jurídico. No que se refere à segunda nota, o nexa de causalidade impõe-se como um específico critério ou instrumento adicional de concretização do risco proibido: o preenchimento deste elemento típico tem como significado normativo a realização do risco proibido num resultado que o legislador pretende evitar. Neste sentido, não se trata de um primeiro degrau da imputação de resultados, mas antes de um requisito adicional, traduzido numa ligação empírica da conduta a um evento material, através do qual se realiza a conexão típica entre conduta e resultado exigida pelo juízo de imputação nos crimes de resultado (material).

V. Conclusão

10 . O conceito de causa enquanto instrumento fundamental de explicação de fenómenos é tomado por distintos saberes como a filosofia, a ciência ou o direito, que lhe reconhecem conteúdos distintos, adequados à respetiva matriz

axiológica. Neste sentido, a causa jurídico-penal há de estar condicionada ao juízo normativo de atribuição ou imputação de resultados, sem que se trate porém de um conceito enclausurado, fechado à evolução do conhecimento. Sob pena de se cair num certo relativismo causal, é necessário encontrar denominadores comuns que permitam o diálogo entre os diversos saberes, servindo, de um lado, o conhecimento científico estabelecido à prova do nexo causal pressuposto e utilizado no âmbito do direito penal, mas funcionado, igualmente, como limite negativo às conclusões jurídico-causais. Neste sentido, aquilo que o direito afirma não pode ser falso para as disciplinas científicas.

A causalidade é uma das categorias de primordial relevância penal. Porém, a medida dessa relevância advém dos valores e finalidades reconhecidos às normas penais pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, o modo de concretização do juízo causal acompanhou a própria evolução dogmática da infração criminal e constituiu uma das questões mais controversas na literatura penal. As principais propostas doutrinárias variaram entre modelos de pendor causalista ou naturalista, de que são exemplo as teorias da *condicio*, ou modelos normativos como a teoria da causalidade adequada ou a teoria da imputação objetiva de resultados.

Neste horizonte problemático, apresenta-se a proposta de um modelo de atribuição de resultados que designámos de modelo de imputação causal, válido para os delitos de resultado, que ora importa resumir nas suas principais conclusões e linhas essenciais.

Segundo este modelo, a causalidade jurídica insere-se na doutrina da imputação objetiva de resultados e, por sua vez, a imputação há de referir-se a uma ideia de *atribuição de responsabilidade*. O juízo de imputação de resultados, também ele enquadrado na finalidade primária de proteção de bens jurídicos reconhecida ao direito penal, tem na sua base uma conduta potencialmente lesiva daqueles interesses reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica. Assim, só é penalmente relevante uma conduta que cria um risco juridicamente desaprovado.

Na concretização da norma incriminadora, o legislador, cumprindo os princípios normativos que dão conteúdo às normas criminais, pode (deve) concretizar aquele juízo abstrato de perigosidade. Entre as formas possíveis de

realização daquele perigo pode exigir-se a sua concretização num evento jurídico em referência aos crimes que na doutrina se designam como de perigo ou de lesão. Mas pode exigir-se uma conexão empírica entre a conduta e um evento material. Neste último caso, o risco proibido tem de materializar-se não apenas numa alteração da realidade jurídica mas também numa alteração da realidade empírica (v. g., a morte da vítima), assim se concretizando a dimensão ontológica que reconhecemos à causalidade. Tal modificação exterior só pode imputar-se à conduta se se puder provar um nexo de causalidade, de acordo com as leis empíricas, concretizando-se por esta via o necessário diálogo entre a realização do direito e o conhecimento adquirido pela ciência.

Deste modo, a afirmação do nexo de causalidade no caso concreto exige uma dupla referência: de um lado, uma dimensão ontológica nos termos da qual uma concreta ligação causal há de referir-se a uma lei causal geral tida como elemento necessário à prova da causalidade em tribunal; uma dimensão normativa ligada à realização do juízo de imputação nos delitos materiais. Neste segundo sentido, na senda de Engisch, o nexo de causalidade constitui um elemento típico dos crimes de resultado. A sua natureza ontológica releva apenas na medida estabelecida pelo juízo normativo da imputação de resultados à conduta.

-

* O modelo de imputação causal que se descreve neste estudo foi desenvolvido nos seus traços essenciais e no contexto mais abrangente da responsabilidade criminal pelo produto na dissertação de doutoramento que apresentámos à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Dezembro de 2013, tendo por título *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal. Contributo para uma Protecção de Interesses do Consumidor* (publicado em 2014 pela Coimbra Editora).

¹ LARENZ, Karl, *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der Objektive Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur der Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Lukka i. Th., 1927, p. 61. Mais desenvolvidamente sobre a ideia de imputação em Larenz, com adicionais referências bibliográficas, SOUSA, Susana Aires de, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal. Contributo para uma Protecção Penal de Interesses do Consumidor*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

² Cf. SALMON, Wesley C., *Causality and Explanation* New York: Oxford University Press, 1998, p. 3.

³ JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, p. 175.

⁴ Cf. SALMON, Wesley C., *Causality and Explanation*, p. 4.

⁵ A expressão é de MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos como Condição Necessária da Imputação da Pena*, Coimbra: Coimbra Editora: 2007, p. 457, usada a propósito do recurso a palavras de origem grega na formulação de teorias do dever – noção, em si mesma, desconhecida pelos gregos.

⁶ FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 1.

⁷ Também a doutrina portuguesa se ocupou do tema: um resumo das principais posições assumidas pela literatura portuguesa no estudo da causalidade e da imputação pode encontrar-se em SOUSA, Susana Aires de, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, p. 452 e ss.

⁸ Neste sentido, o conceito de causa aproxima-se de uma responsabilidade moral e afasta-se do significado que lhe é dado no âmbito das explicações de fenómenos. Sobre o uso de causa como expressão sinónima de responsabilidade moral, na senda de uma posição “adscriptivista” veja-se MOORE, Michael S., *Causalidad y Responsabilidad*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 49 e s.

⁹ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 99 e «Causality and Imputation», in: *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6ª ed. (2008), p. 330.

¹⁰ Como exemplo próximo de uma construção teórica deste tipo, cf. MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos como Condição Necessária da Imputação da Pena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

¹¹ A ideia de desequilíbrio causado pelo crime é sublinhada pela concepção neo-retributiva de fundamento onto-antropológico proposta no âmbito dos fins das penas por COSTA, José de Faria, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal», in: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 218 e ss. Desta perspetiva, a pena impõe-se como compensação necessária para refazer o equilíbrio desfeito pelo crime, de forma a reconstruir, através da sua aplicação ao agente, a relação de cuidado que deve estar na base da relação com os outros, agora destruída pela realização criminosa.

¹² Por todos, entre nós, a título meramente exemplificativo, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Vol. I, Lisboa: Editorial Verbo, 1992, p. 95 e s.; CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, Coimbra: Livraria Almedina, 1996 (reimp.), p. 286 e s.; BELEZA, Tereza Pizarro, *Direito Penal*, 2º Vol., Lisboa: AAFDL, 2003 (reimp.), p. 122 e ss.; SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português. Parte Geral*, Vol. II, Lisboa: Editorial Verbo, 2005, p. 31 e s.; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 305 e ss.; CARVALHO, Américo Taipa de *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 295; COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 244 e s.

¹³ No sentido de a causalidade ser pressuposto de responsabilidade veja-se ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 1 e ss.

¹⁴ A expressão é de COSTA, José de Faria, «Tentativa e dolo eventual», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, BFD 1984 (separata), p. 57.

¹⁵ ERB, Volker, «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *JuS* 1994, p. 449.

¹⁶ Sobre estas propostas veja-se de forma desenvolvida SOUSA, Susana Aires de, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, p. 337 e ss.

¹⁷ Existe alguma oscilação quanto à correta enunciação desta locução latina como *condicio sine qua non* ou *conditio sine qua non*. Do ponto de vista linguístico e etimológico, a expressão deriva de “*condicio, onis*”, a que se atribui os significados seguintes: 1. condição, situação, estado, sorte, qualidade, maneira de ser; 2. convenção, acordo; 3. condição de um acordo, estipulação, cláusula; 4. condições de um casamento, casamento; 5. partido, fortuna, cf. *Dicionário Latim / Português* (org. António Gomes Ferreira), Porto: Porto Editora, 1988, p. 271. Por sua vez, “*conditio, onis*” adquire, na sua etimologia, dois sentidos diversos. No primeiro, derivado do verbo *condere*, significa: 1. acção de fundar, fundação, criação; 2. coisa criada, obra, criatura. Numa outra significação, decorrente do verbo *condire*, toma o sentido de 1. preparação dos alimentos para conserva; 2. tempero, condimentação. A estes dois significados adiciona-se um terceiro equivalente no seu conteúdo a *condicio, onis*, cf. *Dicionário Latim / Português, ibidem*, p. 272. Com efeito, a equivalência das suas expressões – *condicio* e *conditio* – remonta já ao latim medieval e à aproximação fonética das duas palavras, cf. MUSSOMELI, Chiara, *Accademia della Crusca* (http://www.accademiadellacrusca.it/faq/faq_risp.php?id=8236&ctg_id=93), de tal modo que a forma *conditio* veio a adquirir o sentido de condição. Esta identidade de significados permite compreender que na literatura em geral e em particular nos textos jurídicos se verifique, já desde o século XIX, uma oscilação entre o uso daquelas expressões. Atendendo à respectiva origem etimológica, opta-se por seguir neste trabalho o termo *condicio*, não obstante poder ser hoje considerado um anacronismo.

¹⁸ Sobre esta questão, com referências bibliográficas, ROTSCH, Thomas, «Objektive Zurechnung bei „alternativer Kausalität“», in: *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin / New York: De Gruyter, 2011, p. 378 e p. 380.

¹⁹ Na maioria dos cursos causais respeitantes a leis amplamente reconhecidas quer pela sua regularidade quer pela sua constante afirmação pelas regras da experiência e pela normalidade do acontecer, esta referência será mais das vezes implícita. Neste sentido, o conhecimento empírico ou mesmo pré-científico da realidade é suficiente para que se possa afirmar tacitamente o nexo de causalidade (v. g., a facada que A desfere sobre o coração de B é empiricamente reconhecida como causa da morte de B). Porém, as dificuldades aumentam quando estamos perante processos causais novos, onde não existe uma lei científica previamente refutada ou comprovada (v. g., a relação entre o consumo de determinada substância e a morte). Sobre estas dificuldades, com uma proposta de solução, SOUSA, Susana Aires de, *Responsabilidade Criminal pelo Produto*, p. 487 e s.

²⁰ Como argumento no sentido de o conceito de causa em direito penal revestir um carácter específico e distinto do conceito causal científico, atenda-se à questão da causalidade nos delitos de omissão. Embora se trate de uma questão sujeita a discussão doutrinal, a maioria dos autores não afasta a necessidade de um princípio causal no âmbito dos delitos de omissão: a imputação do resultado por omissão implica sempre um juízo causal destinado a verificar se a atuação devida poderia ter evitado o resultado. Em sede processual caberá provar que o resultado se deve à não atuação do agente porque tivesse ele atuado e o resultado ter-se-ia evitado. Trata-se da verificação de uma causalidade hipotética que será objeto de prova, em sede processual. Se é certo que de um ponto de vista puramente naturalístico aquele que omite nada causa, não pode sustentar-se que o juízo causal, ainda que sob a forma de causalidade hipotética, seja estranho ou irrelevante para a imputação de um resultado por omissão. Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1980, p. 79.

²¹ Cf. «Aumento do risco e diminuição do risco», *RPCC 20 (2010)*, p. 16.

²² FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988 (esta obra conhece tradução em língua espanhola, realizada por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González Murillo: *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, Madrid: Marcial Pons, 2004). Uma síntese do pensamento do autor nesta matéria pode encontrar-se em Sousa, Susana Aires de, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, p. 437 e ss.

²³ WOLFF, E. A. *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 53 e s., *apud* MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, p. 81.

²⁴ MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 80 e ss.

²⁵ ROTSCH, Thomas, «Objektive Zurechnung», p. 386 e s., considera que uma teoria puramente normativa da imputação não serve e, da sua perspectiva, exige-se como primeiro degrau desse juízo uma ligação empírica entre a conduta e o resultado. Porém, ainda que essa relação ontológica seja necessária, é insuficiente para ajuizar da imputação jurídica do resultado a que a natureza das coisas é alheia. Neste sentido, há de ser o sistema jurídico, através de uma teoria da imputação objetiva e da realização do risco normativamente proibido, a pronunciar-se sobre a atribuição de determinado resultado à conduta do agente. Sublinhando também que uma ligação naturalística entre o resultado e a conduta é uma condição necessária, mas insuficiente para imputação de um resultado a uma pessoa tido como obra sua, OTTO, Harro, «Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht», *Jura* 1992, Heft 2, p. 96, e, do mesmo autor, «Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht», *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1972, p. 94.