

CRÍTICA DA DISCIPLINA DA CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DOS NEXOS DE CAUSALIDADE E PREVISIBILIDADE

Criticism to the discipline of causality in Brazilian Criminal Law: juridical-philosophical foundations of the relations of causality and predictability

RÉGIS JOÃO NODARI

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Membro do Núcleo de Estudos de Direito Processual Penal, da Faculdade de Direito da UFRGS. Advogado.

Resumo: Esta pesquisa pretende averiguar a disciplina da causalidade no Direito Penal brasileiro. Para tanto, tratará de abordar a localização da relação causal no conceito analítico de delito, da articulação com o conceito de conduta delitiva, de sua exposição e das funções que cumpre na aplicação da dogmática penal, assim como dos proclamados fundamentos jurídicos e filosóficos. Analisa-se aqui essa inter-relação entre a dogmática e seus fundamentos jusfilosóficos, para formular uma crítica ao instituto da relação de causalidade do artigo 13º do Código Penal, com a proposta de uma nova interpretação sobre o tema.

Palavras-chave: relação de causalidade, conceito analítico de delito, fundamentos jusfilosóficos.

Abstract: This research aims to investigate the subject of causation on Brazilian Criminal Law. For this scope, we will analyze the localization of the causal relation on the analytical conception of crime, its articulation with the concept of criminal conduct, its exposition and the functions it fulfills in its application within criminal dogmatics, as well as the self-proclaimed philosophical and legal grounds. Here we analyze this interrelation between dogmatics and their jusphilosophical groundworks, to formulate a critic to the legal concept of causal relation of the article 13 of the Criminal Code, with the proposal of a new interpretation on the subject.

Keywords: causal relation, analytical conception of crime, jusphilosophical groundworks.

1. Introdução

Conceituaremos primeiramente o fenômeno delitivo na analítica do direito penal, ao fim de observar sua estruturação na sistemática do tipo, e da dogmática das ciências jurídicas criminais.

Com isto, serão expostas as teorias da causalidade da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, e sua conformação na dogmática brasileira.

Atualmente, a ciência do direito penal trata de averiguar o fenômeno do crime sob o aspecto lógico e sistemático, no qual o crime seria decomposto em suas partes constitutivas mais básicas, a saber, a ação, a tipicidade, a ilicitude (também reconhecida como antijuridicidade) e a culpabilidade. Inexistindo qualquer destas categorias, o ilícito deverá ser indiferente ao direito penal.¹

A referida divisão analítica não foi sempre assim, de forma que existiram os chamados sistema causal-naturalista², neokantiano³, e, do que originou o estado atual da dogmática brasileira, o finalista⁴.

Situaremos a causalidade aproximando-a ao conceito de conduta delitiva.

A conduta está intimamente ligada ao conceito de fato punível, porquanto todo crime é resultado de um comportamento humano, seja uma ação, seja uma omissão⁵.

Sua localização sistêmica estaria inclusa na noção de injusto punível, e seria o ponto de partida da análise metodológica, embora ao mesmo tempo se situaria fora desta, porquanto seria um pressuposto de todo e qualquer crime a existência de uma ação.⁶

Sua conceituação, de um modo amplo, traça duas linhas, uma subjetiva pela finalidade e outra objetiva pela causalidade, condicionada inseparavelmente e paralelamente através do acontecimento, no qual o autor, antecipando o resultado típico, coloca em curso a cadeia

¹ Cfe. PIACESI, Debora da Cunha; Conceito de Crime. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves Atalla *Direito penal acadêmico: parte geral*. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira e Morgado Editores, 2008, p. 259, segundo a qual o conceito de ação, que teria surgido com Berner, a define como a conduta humana exteriorizada, dominada ou dominável pela vontade. A seu turno, a tipicidade seria o ajuste na norma penal incriminadora, conforme o conceito de Beling, a coincidência entre a norma e a conduta humana. A ilicitude, que teria sido trazida por Beling e Liszt, representa especiais situações que tornam a conduta típica permitida. Assim, é necessária a contrariedade a todo o ordenamento jurídico, não apenas à norma incriminadora. A culpabilidade seria entendida como o juízo de reprovação feito à conduta típica e ilícita em face da possibilidade de comportamento adequado às normas, veja-se PIACESI, Debora da Cunha. *op. cit.* p. 260-261.

² O movimento humano corporal voluntário que alterava o mundo exterior era a ação, enquanto parte externa do crime, junto da tipicidade e ilicitude, e a culpabilidade, que englobava todos os aspectos subjetivos inerentes ao crime PIACESI, Debora da Cunha. *op. cit.* p. 263.

³ Considera-se como iniciado uma reforma da sistemática tradicional, pelo reconhecimento de elementos normativos e subjetivos que permeavam a estrutura tradicional do injusto objetivo e da culpabilidade subjetiva, cfe. PIACESI, Debora da Cunha. *op. cit.* p. 263.

⁴ Reputa-se à Welzel a criação do conceito de ação como o exercício da atividade finalista, no qual a intenção do agente é o movimento humano corporal voluntário dirigido a um determinado fim. Isso retira a categoria do dolo e culpa da culpabilidade, e colocá-la-ia como integrante do tipo penal, cfe. PIACESI, Debora da Cunha. *op. cit.* p. 264.

⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Conduta Punível*. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves Atalla. *Direito penal acadêmico: parte geral*. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira e Morgado Editores 2008, p. 267.

⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 269.

causal dirigida a uma finalidade, alcançando o que lhe era abarcado pela vontade⁷, apesar de o autor referenciar dificuldades em sua aceção quanto aos crimes culposos.

Conforme já referido anteriormente, as teorias analíticas do delito foram submetidas às novas concepções históricas, e assim vieram divergências nas teorias da ação. No sistema de Liszt-Beling-Radbruch, da teoria causal da ação, seria ação todo o movimento corporal voluntário que causasse uma alteração no mundo exterior, enfatizando Radbruch que se exigiria apenas a relação de causalidade entre a vontade e o fato, colocando a ação humana dividida entre o querer e de outro lado, o processo causal, uma relação de causalidade entre a conduta corporal e o seu resultado.⁸

Na teoria finalista⁹, o injusto naturalístico vira injusto pessoal, e a ação humana seria o exercício de uma atividade final, de modo que o agente, em virtude de seu conhecimento causal, pode prever as consequências de seus atos (na medida do humanamente exigível), podendo dirigir o acontecer causal a um determinado fim¹⁰. Assim, afirmaria Welzel que a finalidade é vidente, ao passo que a causalidade é cega¹¹.

Trata-se de averiguar esta cegueira da causalidade, e se esta não pode ser corrigida por concepções diversas, que não aumentem o âmbito de imputação penal, o que seria vedado pela proibição da interpretação *in malam parte*.

2. A relação material de causalidade: o nexó de causalidade

Para a teoria causalista, se colocava a causalidade e o resultado do delito como integrante da conduta delitiva.¹² Sua filosofia, baseada no positivismo naturalista, deveria aferir todo o conhecimento através dos métodos empíricos, através da observação e descrição dos fenômenos. Nesse caminho, o direito penal, sob uma sistematização da criminologia, encaminhada da linha do determinismo sociológico, do qual Lombroso e Ferri são expoentes, ao negar o livre-arbítrio do homem, possibilitava a redução do crime à lei da causalidade.¹³

⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 271.

⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 273.

⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 276.

¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma Editor, 1956, p. 159-160.

¹¹ Daí que a estrutura finalista do delito dependeria 1º a verificação de uma antecipação do fim que o autor pretende realizar, e após disto, 2º: seleção dos meios para realização, com base no saber causal do autor, identificando os fatores causais, a partir do fim, retrospectivamente, para identificar o movimento que colocou em marcha a cadeia causal, e também 3º, considerar os fatores concomitantes que se encontram unidos à produção do fim, porquanto sua consideração poderia fazer o autor abandonar ou prosseguir em sua vontade original, e após isto, levaria a cabo a sua ação no mundo real, conforme o plano e os fatores causais escolhidos, cujo resultado é o fim da ação finalística pretendida (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas José Cerezo Mir, 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004. p. 42-46).

¹² PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais* 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 22.

¹³ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69-72.

Ocorre que, além da dificuldade em transformar uma ciência prescritiva de comportamentos (dever ser) em uma descritiva (do ser)¹⁴, buscou-se uma descrição analítica dos elementos do crime, distinguindo o ilícito penal dos outros ilícitos. Neste período, destacam-se as obras de Liszt e Beling, este último com a elaboração da ideia de Tatbestand, que conjugaria a descrição dos elementos materiais da norma incriminadora, num tipo penal, separado da antijuridicidade e da culpabilidade.¹⁵

Na concepção causal naturalista, o lado objetivo do tipo era composto pela conduta humana tipicidade e ilicitude, aferida através da causação do resultado ofensivo ao bem jurídico, com o lado subjetivo consistindo na culpabilidade do sujeito, existindo o vínculo psíquico entre o agente da conduta e o resultado. Em von Liszt, “a conduta humana era definida como um movimento corporal voluntário que figurava como causa de um efeito, consistente na modificação do mundo exterior, ou resultado naturalístico.”¹⁶

Na concepção causal-naturalista o nexo de causalidade era parte integrante do conceito de conduta, e esta restaria excluída na ausência de nexo causal entre o movimento corporal e o resultado, de um modo diverso ao do que ocorre na teoria finalista, em que exclui a tipicidade legal objetiva, quando a estrutura típica lhe exigir.¹⁷

Surgiram problemas na concepção da teoria, quando, referindo-se a omissão criou-se o conceito, com a “não evitação da modificação de um resultado mediante a conduta voluntária”. Assim, não dependia somente do resultado natural, mas também da violação de deveres de não omissão.¹⁸

Deste modo, em termos de omissão, as forças naturais causariam o delito, e não o omitente obrigado a agir. Portanto, Guaragni considera que nesse caso não haveria implicação de causação do resultado por parte do agente, mas ainda assim sua imputação jurídica. Critica também após a exigência de nexo para os crimes formais e de mera conduta. Além do que, metodologicamente se criticou a teoria no campo da tentativa, porquanto um cadete que disparasse um tiro na perna de um policial, só poderia ser verificado qual o crime a imputar na culpabilidade.¹⁹

Por fim, também critica Guaragni, dizendo que na atualidade, o problema do nexo causal, em vez de integrar todas as condutas descritas por tipos penais, limitar-se-ia aos âmbitos dos tipos penais que exigem resultado típico, e, citando Bacigalupo, com a teoria da imputação objetiva, viria a ser completada mediante corretivos de natureza não causal, mas sim normativos deduzidos da natureza de ilícito penal.²⁰

Assim, o nexo de causalidade e o resultado estariam inafastavelmente unidos à conduta, mas não a integrariam nunca, assim como o peixe no frigorífico não seria parte da conduta do pescador.²¹

¹⁴ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 69-72.

¹⁵ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 73.

¹⁶ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 75.

¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 81.

¹⁸ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 86-87.

¹⁹ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 88-90.

²⁰ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 92-93.

²¹ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 22.

Além disso, é dito que o nexo de causalidade e o resultado seriam elementos contingentes, não ocorrendo nos crimes de mera conduta²². Assumiriam assim o resultado e a causalidade, um caráter pré-jurídico, que só adquiriria importância quando vinculados a uma conduta e seus efeitos penais. Deste modo, resume sua ideia:

A lei não ignora — e nem poderia o legislador ignorar — que qualquer conduta ou interfere na causalidade, ou esta determina, porque está vinculada à realidade física. Mas a lei penal só assinala importância ao resultado e à causalidade quando ligados à conduta. Fora desta, mas ligados a esta, a causalidade e o resultado constituem também conceitos pré-jurídicos, que podem ser, posteriormente, considerados pela ordem jurídica. É que a causalidade e o resultado, na sua forma pré-típica, não constituem problema do Direito Penal. Por outras palavras: fixado que toda conduta produz uma modificação no mundo exterior, o problema jurídico-penal não se encontra nesse ponto, mas sim na forma pela qual o Direito Penal põe em relevo o resultado e a causalidade em relação com os efeitos da proibição legal da conduta. Por consequência, interessam à teoria do tipo.²³

Desse modo, não se trataria de um conceito jurídico, mas sim de um conceito natural. Não sendo criado pelo tipo, nem tão pouco pelo direito, o tipo penal só poderia lhe dar relevância. Pierangeli, todavia, admite que sua visão é controvertida, havendo autores que a consideram tanto em nível típico como em nível do próprio tipo penal. Todavia, sua discussão leva a indagar: o que é que causou tal evento, em vez de discutir se tal ou tal delito é ou não típico.²⁴

Para Guaragni, a direção da conduta ao fim destaca o resultado naturalístico, este, e o vínculo entre a conduta e o resultado não fariam parte do conceito da ação, na doutrina finalista, diferentemente da teoria causal.²⁵

Como refere Pierangeli, também Zaffaroni se manifestou no sentido de que previsão da causalidade integraria a conduta, mas não o nexo de causalidade:

“a) Antes e mais nada, devemos distinguir a previsão da causalidade do nexo de causalidade. A previsão de causalidade pertence à conduta, e não dela não pode ser separada, porque sobre ela é armada a finalidade. A previsão se refere aqui a uma causalidade futura, imaginada pelo autor. Por sua vez o nexo de causalidade é algo passado, histórico, que o Juiz comprova depois do fato, no momento de julgar.
b) De acordo com esta distinção, a previsão da causalidade pertence à conduta mas o nexo de causalidade e o resultado se acham fora da conduta. A ação de lançar uma bomba sobre Hiroshima e o resultado ‘Hiroshima arrasada’ são coisas diferentes. ‘Hiroshima arrasada’ não pertence à ação de jogar a bomba, mas é apenas seu resultado.”²⁶

Muñoz Conde, por outro lado, sustenta que a verificação do nexo de causalidade seja averiguada no estrato da tipicidade, porquanto a ausência do resultado naturalístico poderia,

²² PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 22.

²³ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 22.

²⁴ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 358-359.

²⁵ GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 157.

²⁶ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 360.

nos crimes em que este seja exigido, levar à ausência da conduta humana, e à necessária atipicidade da conduta, embora não se estendendo àqueles crimes onde não é exigido:

Na estrutura finalista almeja-se um fim - aspecto intelectual-volitivo (fase interna). Isto não quer dizer que o resultado almejado deva efetivamente realizar-se no plano físico para haver conduta. Não é pelo fato de não se obter o resultado pretendido que a conduta deixará de ter sido uma atividade (exteriorização) guiada por um fim (aspecto interno). Se o resultado pretendido pelo agente e o nexo de causa que o liga à conduta são fatores de não necessária ocorrência, e mesmo sem eles há conduta humana, qual o setor do conceito analítico de crime que os acolhe? é o estrato da tipicidade, que invocará a necessidade de ocorrência ou não do resultado conforme seja um crime material (exigente de resultado naturalístico), formal (de consumação antecipada ao resultado) ou de mera conduta (que não tem como gerar qualquer resultado destacado da conduta). Caso fosse necessária a ocorrência do resultado prefigurado pelo agente, a consequência prática seria ausência de conduta humana no crime culposos, repita-se.²⁷

Portanto, como se verificará adiante, no direito penal só é possível responder pelos crimes, quando: evidenciado o nexo causal, existe a presença de algum comportamento doloso o qual acontece quando o agente visualiza o resultado danoso adequando a sua conduta para a produção do mesmo, ou deixando de adequá-la aceita a possibilidade de produção do evento, caso em que se diz que assumiu a produção do resultado (dolo eventual); ou quando expresso no código penal, existir a inobservância de um dever objetivo de cuidado manifestado numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível, que são os casos dos crimes culposos, ocorridos por imprudência, negligência ou imperícia.²⁸

Assim, independentemente da posição que será adotada, o nexo de causalidade é de necessária averiguação sempre que determinada conduta exigir o resultado naturalístico.

3. Teoria da equivalência das condições

Para Bitencourt, a causa, na teoria da equivalência das condições, seria toda e qualquer condição natural que, sem a qual, seria impossível obter o resultado²⁹.

Reputa-se que a teoria teria fundamentação teórica em Von Buri, que teria sistematizado o pensamento dominante na jurisprudência alemã, apesar de não ter sido o primeiro pensador acerca do tema, incumbência atribuída a Julius Glaser³⁰ que é atribuído, bem como de John Stuart Mill, que teria sustentado que não era possível distinguir entre as condições, todas seriam necessárias à causa.³¹

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 21.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2010, p. 296.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 296.

³⁰ OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Causalidade e imputação objetiva. Distinção entre categorias conceituais da dogmática penal e as suas respectivas teorias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2810, 12 mar. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/18678>>, acesso em: 2 dez. 2013.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 288.

Para Hungria, não há diferenças, para a teoria da equivalência dos antecedentes causais, desenvolvida por Von Buri, e também denominada “*Conditio Sine qua non*”, entre a causa no plano natural e a causa no plano jurídico, sendo causa toda a condição do resultado, equivalendo todas as condições, e não existiria diferenças entre o que causa e o que meramente possibilita o funcionamento da causa (condição), ou o que provoca acidentalmente a produção do efeito (ocasião), ou mesmo entre concausa (condição preexistente concomitante ou superveniente que coage com ação ou omissão)³².

Considera Hungria que o legislador de 1940, ao contrário do de 1890, separou a culpabilidade da causalidade física, e adotou quanto a primeira o critério lógico naturalista da equivalência das condições. Assim, resolve-se no limite da ação e omissão. Para o código da época, pelo caput do artigo 11 (hoje artigo 13) a responsabilidade sempre era integral, independentemente das concausas, vez que todas as causas, concausas, condições ou ocasiões, que concorressem para o resultado, equivaleriam na eficácia causal. Todas são igualmente necessárias, embora sem o concurso das outras, nenhuma seria suficiente.³³

Deste, modo, junto a todas outras causas concorrentes, a ação ou omissão é a condição ‘*sine qua non*’ do resultado. E assim sendo, ainda que ocorra a falta de tratamento adequado ou particulares condições fisiológicas da vítima, o resultado morte não é excluído da relação causal da conduta do agente³⁴.

Todavia, não se poderia confundir a causalidade objetiva com a subjetiva, a chamada *imputatio facti* com a *imputatio iuris*. Ora, se coincidissem o reconhecimento do nexa causal com o resultado do juízo da culpabilidade, ocorreria o regresso ao infinito das condições anteriores.³⁵

Assim, para Hungria, a solução é a mais simples e prática do problema da causalidade, podendo ser resolvida através da pergunta: quando a ação ou omissão é causa do resultado? A resposta, quando suprimida mentalmente, o resultado não haveria ocorrido. Para Hungria, isto se trata do processo de eliminação hipotética, que seria devida à Thyren. Mas independentemente da averiguação positiva do evento penalmente típico objetivamente, a averiguação do proceder doloso ou culposos deverá ser realizada³⁶.

Destarte, para a teoria da *conditio sine qua non*, diferentemente da teoria da “*proximate cause*” americana, não haveria diferenças entre causas e condições. Ao revés, na teoria americana, a diferenciação entre causas e condições seria relevante para a responsabilidade criminal³⁷.

³² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1942.

³³ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 45.

³⁴ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 45.

³⁵ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 45.

³⁶ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 46.

³⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. 2nd ed., Oxford: Clarendon, 1985, p. 23.

4. Teorias da causalidade adequada

Para Pierangeli, a atribuição das teorias da causalidade adequada seriam devidas, primordialmente ao filólogo von Kries, com colaborações substanciais de juristas como Von Bar, e em outras concepções, de Massari, de Antolisei e de Grispigni. Tais teorias teriam surgido para conter os excessos da teoria da equivalência das condições. Somente seriam causas, aquelas que conforme as experiências gerais habitualmente produziriam o resultado.³⁸

Analisaremos aqui a teoria mais frequentemente utilizada, e com isto, uma de suas variantes, na contribuição de Antolisei, em seus aspectos dogmático-penais.

Para Aníbal Bruno, a causalidade adequada seria aquela causa que se mostra mais apta a produzir o resultado. Seria a condição mais adequada a produzir o resultado, a condição que segunda a experiência e o julgamento normal “*se mostra mais apta a determinar um resultado da natureza daquele que ocorreu*”³⁹.

Na determinação da causalidade adequada, o que importa é se há um nexo normal prendendo o atuar do agente como causa ao resultado como efeito. O problema se resume, então, em assentar se, conforme demonstra a experiência da vida, o fato conduz normalmente a um resultado dessa índole; se esse resultado é consequência normal, provável, previsível daquela manifestação de vontade do agente. O fundamento desse juízo é um dado estatístico, é um critério de probabilidade⁴⁰.

Para fixar este juízo, se utiliza, atualmente, o critério da prognose póstuma objetiva. A previsibilidade do evento considera todas as circunstâncias que se manifestaram na cadeia causal, assim como as anteriores, bem como as posteriores que não foram descobertas, pelo julgador da causa.⁴¹

Deste modo, a causa não é somente uma condição necessária, mas uma causa adequada do resultado, que exclui o acidente imprevisível, que de a corrente de causalidade uma direção diversa.⁴²

Assim arguindo, a teoria transcenderia do domínio da causalidade para penetrar no da responsabilidade penal, porquanto introduz um elemento subjetivo à avaliação.⁴³

Não está livre de críticas. É dito que não se compreende o porquê de não se ter como causado pela ação humana algo que se verificou, justamente porque a ação não seria idônea à sua produção. Ademais, a própria realização do resultado seria suficiente para dizer que a conduta é causal.⁴⁴ Por fim, os resultados também seriam produzidos por nexos causais inadequados.⁴⁵

³⁸ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 360.

³⁹ BRUNO, Aníbal, *Direito penal. Parte geral, Tomo I: introducao norma penal, fato punível*. 5º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 308.

⁴⁰ BRUNO, Aníbal. *op. cit.*, p. 308.

⁴¹ BRUNO, Aníbal. *op. cit.*, p. 309.

⁴² BRUNO, Aníbal. *op. cit.*, p. 309.

⁴³ BRUNO, Aníbal. *op. cit.*, p. 309.

⁴⁴ BRUNO, Aníbal. *op. cit.*, p. 310.

⁴⁵ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 360.

Para Hungria, todavia, a teoria também não distingue entre causa e condição. Todos antecedentes seriam causais na medida em que se apresentassem e mantivessem com o fenômeno uma relação de regularidade estatística, conforme o “*id quod plerumque accidit*”⁴⁶.

Já para Paulo José da Costa Júnior, a teoria da causalidade adequada resume-se no entendimento que a “causa é o antecedente, não só necessário, mas adequado à produção do evento”. Assim, é necessária, para sua configuração, uma “atividade adequada à concretização do evento. Considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística.”⁴⁷

Para a aferição desta idoneidade estatística, realiza-se o procedimento da prognose póstuma objetiva:

Em resumo: o julgador, retrocedendo no tempo até o momento da conduta, colocando-se no lugar do agente, analisa os fatos, já verificados, como se ainda se devessem verificar (*nachträgliche Prognose*). Emite, então, um juízo, que é o corolário de um silogismo, cuja premissa maior é constituída pelo conhecimento das leis da natureza (conhecimento nomológico), e cuja premissa menor é integrada pelas condições particulares em que se encontrava o agente (conhecimento ontológico). E este juízo é o futuro do passado.⁴⁸

Assim sendo, apresenta o autor que as teorias da causalidade adequada detêm alguns pressupostos teóricos filosóficos e jurídicos basilares, fundamentadas na teoria da causalidade como regularidade, bem como numa ideia de causalidade probabilística.

Para Antolisei, a questão da causalidade em sentido lato é introduzida já nos procedimentos investigatórios: qual é a causa do crime? Para o autor, essa investigação não é diversa da determinação de qualquer fenômeno, e seriam aplicadas as normais leis da lógica, como o processo indutivo.⁴⁹

Depois disso, surgiria a indagação sobre quem é o autor do fato, e após esta, subsistiria o problema jurídico da causalidade.⁵⁰

Após, indagar-se-ia como considerar um evento causado por uma ação? Muito pelo contrário, Antolisei sustenta que a questão do nexo de causalidade é parte do problema da imputação, então a pergunta seria se o homem pode ser considerado como autor de uma ação. Essa seria a imputação objetiva do fato antijurídico.⁵¹

Assim, não deverá a ação ser julgada, mas o imputado, de modo que a questão da causalidade jurídica deveria ser formulada de tal maneira: Quando que um evento, imputado objetivamente a um agente se tem como causado por este? Ou ainda, o que necessitaria para que um homem seja considerado autor ou causa do evento?

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 159.

⁴⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

⁴⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *op. cit.*, p. 96.

⁴⁹ ANTOLISEI, Francesco. *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960, p. 198-199.

⁵⁰ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 199.

⁵¹ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 199-200.

Logo, ainda que a ação esteja no meio da relação entre o autor e o evento criminoso, está em posição secundária, pois se procura o autor, e não a ação.⁵²

Sustenta Antolisei a impossibilidade de resolução com puros critérios causais materiais. Como exemplo, dois choques, um causado pela colocação da vítima num ambiente próximo a eletrodomésticos, e outro causado por um raio em um hospital que vem a falecer o paciente.⁵³

Na segunda hipótese, argui sobre a explosão de uma bomba por um grupo dissidente, que o autor saberia da sua ocasião, e planeja o encontro com seu desafeto no local de importância, conquanto no outro, embora planejado, não sabia da circunstância da ocasião do alvo de explosão. Em ambos os eventos, manter-se-ia a relação de imputação no primeiro caso, excluindo-a no segundo.⁵⁴

Em guisa de conclusão, para Antolisei, o problema da causalidade é apenas uma parte do problema da imputação, e porquanto somente o ser humano é passível de imputação, não devemos perguntar o que precisa para que um evento seja considerado causado por uma ação, mas o que precisa para que alguém seja considerado autor de um evento. O vínculo é que deve ser explicado e definido não é a relação de um evento com uma ação, mas a conexão entre um acontecimento e uma pessoa.⁵⁵

Ademais, sustenta a impossibilidade de resolução do problema com critérios puramente causais-mecânicos. De igual modo, deve se considerar a causalidade de que o homem participa, a qual é a causalidade humana, se distingue, principalmente por conta da consciência e vontade do imputado.⁵⁶

Nesse sentido, para Antolisei, a imputação deverá ser dada não somente quanto aos fatores externos que o acusado calculara, mas todos que poderia calcular, todas as forças que poderia utilizar e servir aos seus próprios fins. Assim, não estariam fora da causalidade os elementos que estão na esfera de domínio do agente. Não exclui que se atribuíam somente os fatores que ordinariamente concorram com a ação, porque somente os que se verificam em casos raríssimos apresentariam um caráter de excepcionalidade que permitiria a não imputação a seu comportamento.⁵⁷

Assim, distingue que, quando o evento resulta de fatores que podem ser atribuídos somente ao particular agente, ele é a causa do evento, quando apenas parcialmente lhe podem imputar, ele é uma das causas (fator). Assim, se o efeito ocorre por razões de ocorrência excepcional, não lhe deverá ser imputado o resultado.⁵⁸

Com isso, para que se atribua a qualidade de autor, é preciso que todos os fatores que tenham determinado o evento lhe sejam atribuíveis. Assim, necessitasse de duas condições. Que o agente tenha colocado em moção um fator causal do resultado, e em segundo lugar, que o resultado não seja devido ao concurso de circunstâncias que contra a ação apresentam

⁵² ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 200-201.

⁵³ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 201-202.

⁵⁴ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 201-202.

⁵⁵ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 237.

⁵⁶ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 237.

⁵⁷ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 238.

⁵⁸ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 238-239.

caracteres de excepcionalidade. Quando o concurso assim indicado se verifica, o nexo entre ação e evento não basta para a imputação e pode ser denominado ocasional.⁵⁹

No campo da causalidade omissiva, atuariam, no campo do nexo de causalidade, os mesmos princípios. Verificar-se-ia a relação de causalidade quando as forças que determinaram o delito sejam domináveis pelo homem, de modo que é excluído quando concorrem acontecimentos excepcionais. Mas, assim como necessita da atribuição do espectro subjetivo, é necessário um elemento distinto de antijuridicidade para a imputabilidade, que é a particular obrigação de impedir o resultado.⁶⁰

Portanto, Antolisei conclui que, para a existência da relação de causalidade jurídica, é necessário que o agente tenha realizado uma condição do evento. Precisa também, que o evento não seja verificado pelo concurso de fatos excepcionais. Acontecendo o concurso, o nexo é simplesmente ocasional e não basta para imputar o evento ao sujeito⁶¹.

5. O direito positivo brasileiro

Em princípio, como parece delinear a interpretação literal do *caput* do artigo 13º do Código Penal⁶²: “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.”.

Apesar de o Código Brasileiro haver, em princípio, adotado a teoria da equivalência das condições, haveria aberto uma exceção, dentro do próprio âmbito da causalidade objetiva, a qual prevê que, a superveniência de causa independente exclui a imputação quando por si só produziu o resultado. Não se trata de uma simples aplicação da norma do *caput* do artigo, posto que seria supérflua, não se aplicando portanto, à independência absoluta da causa superveniente, na qual algum acontecimento posterior faz com que a conduta anterior eliminada hipoteticamente ainda ocorra o resultado⁶³.

⁵⁹ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 239.

⁶⁰ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 239-240.

⁶¹ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 240.

⁶² Antiga redação do referido artigo na vigência do código de 1940, antes da reforma da parte geral, que veio a alterá-lo, mudando sua numeração para o atual artigo 13º:

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

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

Assim, percebe-se de pronto que a única mudança sucedida foi no âmbito da superveniência da causa relativamente independente, como se verifica da nova redação:

“Superveniência de causa independente (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 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.”

⁶³ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 160.

Assim, Hungria⁶⁴, concluiu que a causa relativamente independente seria em verdade, um novo processo causal, que, apesar da relativa independência, não se encontrava na linha de desdobramento físico anatomopatológico do resultado das ações prévias, e se substitui ao primeiro, vindo acarretar por própria eficácia o resultado morte.

E tem-se de chegar, então, em face do mesmo parágrafo, à seguinte conclusão: para interromper ou excluir o vínculo causal, basta que sobrevenha à ação ou omissão uma causa relativamente independente, que se encarregue, por si só, de produzir o resultado. Figure-se o seguinte caso: Tício fere mortalmente Mévio, mas este, recolhido a um hospital, vem a morrer pela ingestão de uma substância tóxica que, ao invés do medicamento prescrito, lhe ministra, inadvertidamente, a enfermeira. Dentro da lógica da teoria da equivalência (endossada pelo caput do art. 11), o resultado “morte” teria de ser imputado a Tício, pois, se não fôra a ação dêste, Mévio não teria sido levado para o hospital e, portanto, não teria sido vítima da troca do remédio por veneno. É força, porém, convir em que há relativa independência entre a ação de Tício e a causa sucessiva: não se achava esta na linha de desdobramento físico (ou anátomo-patológico, como diz Montalbano) do resultado da ação de Tício. Sobreveio, com o descuido da enfermeira, um novo processo causal, que se substituiu ao primitivo, acarretando, por sua exclusiva eficácia, o resultado “morte”. Tício deve responder somente por tentativa de homicídio. Se se abstrai o conceito ideológico de causalidade, não há dúvida que, no caso figurado, como acentua Pergola, se apresentam dois processos causais distintos e autônomos: um que vai da ação de Tício até a lesão corporal de Mévio, com os seus conseqüências físicos ou anátomo-patológicos (certos ou eventuais), e outro que vai da inadvertência da enfermeira até a morte de Mévio.⁶⁵

Hungria reputa isto como um mero temperamento à teoria da equivalência das condições, para considerar interrompido o nexos causal entre a conduta do agente e o resultado, não havendo orientação à teoria da adequação, ou a qualquer outra que viesse a conjugar teorias físicas e psíquicas, porquanto não seria pela imprevisibilidade ou incalculabilidade da causa, mas pela própria previsão legal.⁶⁶

Já na vigência da reforma do Código Penal de 1984, procurou-se corrigir a redação para colocar a causa como relativamente independente, apesar de manter a redação final que ainda prevê o: “que por si só produziu o resultado”.⁶⁷

Por estes motivos, e pela interpretação de que se trata de uma averiguação do passado, entende Paulo José da Costa Junior⁶⁸ que o código penal haveria adotado a teoria da condicionalidade adequada:

“O estatuto vigente acolheu, como limite, a teoria da equivalência causal. Mas, a fim de que a condição possa ser considerada causa, exige um *quid a* mais: a adequação da condição. Em resumo: condição (positiva) + adequação = causa (positiva). Logo, causa é condição adequada, vale dizer, idônea, possível, não excepcional. Se se

⁶⁴ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 160.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 161.

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 161.

⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *op. cit.*, p. 97.

⁶⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. *Código penal comentado*. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 70.

pretendesse dar uma rotulagem à teoria abraçada pelo direito positivo, poder-se-ia dizer “condicionalidade adequada”. No clássico exemplo do hospital que se incendia, onde vem a perecer o paciente lá internado, a conduta anterior (lesões sofridas) constitui condição do evento. Tal condição, entretanto, não chega a transformar-se em causa. Porque, mercê de uma valoração póstuma, pode-se concluir em concreto que a conduta não era idônea a produzir o resultado final.”

Em suma, considerar-se-á as concausas absolutamente independentes quando excluída mentalmente a conduta, o resultado ainda ocorrer, e relativamente independente quando a conduta é indispensável à produção do resultado, ainda que auxiliada por outros fatores. Quando, no entanto, apesar de haver um nexo causal entre uma conduta e uma concausa superveniente, esta produzir por si mesma o resultado, de modo a não ter seus efeitos ampliados pela conduta causante anterior, teremos a superveniência de uma concausa relativamente independente que “por si só produz o resultado”.⁶⁹

5.1 Superveniência da causa relativamente independente

Para Hungria, conforme visto acima, o código abriu exceção à causa relativamente independente, contudo, haveria mantido as restrições às causas preexistentes ou concomitantes que ainda assim operassem no delito, a minguada da previsão legal, devendo ser sim imputados ao agente que, detendo conhecimento destas, as operacionalizasse.⁷⁰

Tal seria dado em razão da ocorrência do fato superveniente, relativamente independente, vir a criar uma nova série causal, o resultado da ação em uma direção completamente diversa, de modo a limitar a responsabilidade.⁷¹

Não deixaria de guardar relação com a ação inicial, porquanto aí não seria uma interrupção do nexo de causalidade, mas sim uma criação de uma ação com eficácia causal exclusiva⁷². Portanto, a superveniência do fato novo faz a ação inicial mera ocasião para a ação subsequente.

O que, a bem da verdade, denota que a preponderância sobre as condições anteriores, não implica em sua total exclusão da incidência do sistema jurídico, porquanto a ação anterior é, como “*atos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou*”. Assim, ainda viria a ser julgado, seja por tentativa, seja por lesões corporais, a depender do dolo original do agente do delito.⁷³

Ainda nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior relata alguns aspectos controversos da superveniência da causa relativamente independente, sustentando que o parágrafo 1º do artigo 13º possa ser estendido às concausas preexistentes e simultâneas que por si só sejam suficientes para produzir o evento.⁷⁴

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 286, 342.

⁷⁰ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 161.

⁷¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254.

⁷² REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 254.

⁷³ REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 253.

⁷⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *op. cit.*, p. 115-120.

Em sua monografia, também sustenta que a jurisprudência vem utilizando o parágrafo 1º de maneira contraditória, às vezes entendendo pela exclusão do nexo de causalidade, como no caso de médico absolvido por entender-se a miopatia como causa superveniente, alheia à intervenção estética realizada, e às vezes não entendendo pela exclusão, como no caso de traumatismo crânio-encefálico, cuja realização de cirurgia veio a resultar em infecção das meninges em casos muito semelhantes, e não se absolveu porque não foi considerada como causa que por si só desencadeou o resultado, o que leva a uma confusão com o *caput* do artigo 13º.⁷⁵

De tal teor também é a crítica de Vidal, que argumenta que por vezes se sustenta que a imperícia do médico não excluiria o evento morte nessas ocorrências, porquanto estaria em posição de homogeneidade quanto a conduta do agente, de modo que a superveniência da condição que por si só causou o resultado poderia levar a uma casuística e subjetivismo ímpar.⁷⁶

O critério à averiguação, para Bitencourt, consistiria em distinguir se a condição colocada em moção pelo agente se soma a causa superveniente, ou se esta inaugura um novo curso causal:

“Mas, em se tratando da ocorrência de causa superveniente, teremos de suspeitar da possibilidade de tratar-se de causa superveniente nos termos do § 1º do art. 13. Por isso, temos de formular uma segunda pergunta: essa causa superveniente se insere no fulcro aberto pela conduta anterior, somando-se a ela para a produção do resultado, ou não? Se a resposta for afirmativa, não excluirá o nexo de causalidade da conduta anterior, porque a causa posterior simplesmente somou-se à conduta anterior na produção do resultado. Ao contrário, se respondermos que não, isto é, que a causa “superveniente causou isoladamente o evento, estaríamos resolvendo a situação com base no § 1º, afastando a relação de causalidade da conduta anterior. Nesse caso, o autor da conduta anterior responderá pelos atos praticados que, em si mesmos, constituírem crimes, segundo seu elemento subjetivo.”⁷⁷

Demonstrada a disciplina do nexo de causalidade na dogmática Penal, passaremos a analisar a disciplina de sua fundamentação lógica e filosófica.

6. Fundamentos filosóficos do nexo de causalidade jurídico

Quanto à condição *sine qua non*, conhecida nos recursos ao pensamento lógico-filosófico, grande parte de seu desenvolvimento se encontra em John Stuart Mill, contudo, também na disciplina da causação contrafactual e nas noções de suficiência e necessidade, constantes de teorias da filosofia e da lógica.

A doutrina da condição *sine qua non*, é baseada na jurisprudência e doutrina alemã do século XIX, que por sua vez, é dito que teria sido uma adaptação da teoria de John Stuart Mill

⁷⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *op. cit.*, p. 120-121.

⁷⁶ VIDAL, Hêlvio Simões. *Relação de Causalidade*. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves Atalla. *Direito penal acadêmico: parte geral*. Rio de Janeiro: De andréa Ferreira e Morgado Editores 2008, p. 306-307.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 275-276.

no direito penal.⁷⁸ Consolidou-se, quando o magistrado alemão Maximilian Von Buri publicou sua tese, no livro “*Ueber Causalität und deren Verantwortung*”, em 1873.⁷⁹ Para esta teoria, deve considerar-se como causa, no campo do direito penal, tudo aquilo que é condição do evento resultado. Assim para que haja uma vinculação de nexos causal, é suficiente que o autor tenha realizado uma condição qualquer do evento, assim, basta que tenha posto em movimento uma ação indispensável para a verificação do resultado.⁸⁰

A Atribuição a Stuart Mill, precisamente à obra “*On the System of Logic and Nature*” é digna de nota e reflexão. Mill em sua obra começa a dissertação sobre a causalidade tratando dos fenômenos da natureza. Discorrendo, declara que os fenômenos ocorrem em relações uns com os outros, podendo ser de simultaneidade ou sucessivos. Assim os fenômenos são relacionados aos que coexistem com o mesmo, e aos que precederam e o seguirão.⁸¹

Continuando, o autor declara que, no concernente aos fenômenos, o conhecimento relacionado à ordem da sucessão dos mesmos é importantíssimo, e neste se funda toda antecipação razoável dos fatos futuros, e a possibilidade de influenciar estes fatos.⁸²

Em seguida, Mill explica que o próprio senso comum já traz à tona a lei da causalidade, a qual prescreve que todo fato que tem um começo tem uma causa. Não o é um conceito vago, como parece a princípio, mas o próprio fundamento da teoria da indução.⁸³

Demonstra aqui o desvinculo de Mill aos conceitos metafísicos de causalidade, e vincula a lei da causalidade a de que o conhecimento pode ser obtido através da experiência, sendo este verdadeiro postulado da busca de verdades através do método indutivo.⁸⁴

Retomando, Mill estabelece que na sucessão dos eventos, o evento anterior é denominado de causa, enquanto o evento posterior é denominado de efeito. Expressa, significa que todo evento subsequente é conectado a algum evento precedente, ou a um conjunto de antecedentes.⁸⁵

Todavia, nem sempre se dá a sequência invariável de um evento conseqüente e um único imutável antecedente. Geralmente depende-se o evento conseqüente da soma dos eventos antecedentes, e a concorrência de todos é requisito para produzir, para se tiver certeza da sucessão pelo evento conseqüente. Nestes casos é comum declarar um dos antecedentes como causa e as outras meras condições. Exemplificando, se uma pessoa come uma determinada comida, e morre em decorrência disto, isto é, se ele não teria morrido se não tivesse comido isto, diz-se que a comida foi a causa de sua morte. Não é, todavia, necessário que haja uma combinação invariável entre o ato de comer a comida e a morte, mas uma combinação particular, conjunto do ato de comer com uma condição particular de saúde ou

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 276.

⁷⁹ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 167.

⁸⁰ ANTOLISEI, Francesco. *op. cit.*, p. 167.

⁸¹ MILL, John Stuart. *A System of logic, Ratiocinative and Inductive: Being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*. 8. ed., New York: Harper & Brothers Publishers, 1843, p. 235.

⁸² MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 236.

⁸³ MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 236-237.

⁸⁴ MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 237.

⁸⁵ MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 237-238.

atmosférica, que faça com que o todo destas circunstâncias seja a condição do fenômeno, o conjunto dos antecedentes, sem os quais o evento não teria ocorrido (*sine qua non*). Assim, a verdadeira causa, é o conjunto dos antecedentes. Mesmo a causa que completa o conjunto de antecedentes, e traz o efeito, não tem maior relação para o efeito do que qualquer outra condição. Assim sendo, todas as condições são igualmente indispensáveis. Para fins de entendimento, em alguns casos se diz comumente de causa o evento que fecha o ciclo causal, todavia, isto é uma impropriedade do ponto de vista científico.⁸⁶

Naquilo que poderíamos reconhecer como um dos antecedentes da fundamentação da conduta comissiva por omissão, Mill afirma que não se trata de fazer surgir algo do nada, vez que da negação, nenhuma consequência pode se suceder. Assim a conduta de um oficial que se ausenta do posto e permite um exército atacar, não foi o que causou o evento final, vez que não armou os exércitos, não pôs os soldados para dormir. Sua conduta não é uma causa produtora, mas a mera abstenção de uma causa preventiva, simplesmente equivalente a sua inexistência, e se estabelece como condição negativa do evento, conectada pela lei da causalidade com as condições positivas do evento.⁸⁷

Longe de ser efeito indesejado da teoria, o assim chamado “retorno ao infinito”, é, segundo Mill, uma verdade lógica, e a tendência de associação da causa ao evento aproximado próximo, por mais que aparente ser uma ideia de senso comum, em nada difere a causa próxima da causa indireta longínqua, ambas são condições necessárias do evento consequente. Conclui então, que, a causa é a soma das condições, positivas e negativas que conjuntamente, em sendo realizadas, a consequência invariavelmente se segue.⁸⁸

A ideia de causa, portanto, se liga com aquela ideia de necessidade, e esta com a ideia de incondicionalidade. Por exemplo, a ideia de continuidade entre noite e dia não produz uma ligação necessária, pois esta continuação depende de outros fatores, então não é necessária, e caso não seja necessária, não é uma causa. Esclarecendo, é causa de um fenômeno aquele evento ou conjunto de eventos antecedentes, do qual invariavelmente e incondicionalmente é consequente.⁸⁹

A ideia de contrafactual, por sua vez, significa que: “Um evento A é causa de outro e no caso em que, se A não tivesse ocorrido, B também não teria ocorrido.”⁹⁰

Eu bato a bola oito e acerto na caçapa. Se eu não tivesse batido na bola oito, ela não teria rolada para a caçapa. Muitos pensam que o contrafactual “Se eu não tivesse batido” na bola oito, ela não teria rolado na caçapa ‘capta algo essencial e fundamental sobre essa instância da causalidade: o meu bater na bola oito causou a rolar na caçapa, pois se eu não tivesse batido, ela não teria rolado para o bolso. A Análise contrafactual da causação tenta explorar essa visão por meio de análises da construção da relação causal (ou do nosso conceito dela) em termos de dependência contrafactual.⁹¹

⁸⁶ MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 238-239.

⁸⁷ MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 241.

⁸⁸ MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 241.

⁸⁹ MILL, John Stuart. *op. cit.*, p. 241.

⁹⁰ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *O que é uma Causa?* 2005, p. 2, Disponível em «<http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/Causa-3-filo.pdf>».

⁹¹ BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher; MENZIES, Peter. *The Oxford Handbook of Causation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 153.

A principal ideia de uma análise contrafactual da causalidade é que a relação contrafactual de uma expressão irá de algum modo expressar a relação causal entre os eventos. Assim, C provoca E, porque o contrafactual “se não C, então não E”, é verdadeira. Enquanto essa relação é sucedida, temos uma análise contrafactual da causalidade.⁹²

Classifica-se como condicionais subjuntivos, se A, então B. As análises contrafactuais nos informam o que aconteceria acaso isso ocorresse diversamente. No geral, se baseiam em determinar “se C não tivesse ocorrido, E não teria ocorrido”, conquanto algumas pudessem ser descritas em termos probabilísticos: se C não teve ocorrido, E não teria tido a probabilidade de ocorrência que teve.⁹³

Outra maneira de entender a causalidade seria, na visão de Pessoa⁹⁴, observar que a relação de causa e efeito geralmente assume forma da condição INUS⁹⁵.

Ilustramos, com seu exemplo quanto à extinção dos dodôs:

“Será que a comilança dos dodôs pelos marinheiros (C) foi causa necessária para a extinção dos dodôs (E)? Não, pois os dodôs poderiam ter sido extintos por outras causas, como a erupção de um vulcão em Maurício ou a introdução de cachorros na ilha. Será que a comilança foi causa suficiente para a extinção? Também não, pois se dezenas de espécimes tivessem sido levados para um zoológico europeu, ou se os dodôs habitassem outras ilhas não visitadas pelos marinheiros, então a comilança em Maurício não teria sido suficiente para extinguir os dodôs.”⁹⁶

Atribui a extinção, portanto, a um conjunto de condições, do qual a “comilança” fazia parte. Ainda, atribui que esse conjunto de condições foi suficiente para o resultado da extinção dos dodôs, embora naquele momento não fosse necessário, porquanto uma suposta erupção vulcânica também poderia ocasionar a extinção dos dodôs.⁹⁷

Ocorre que, nesse conjunto Alfa, suficiente para a extinção dos dodôs, a causa C é um integrante necessário, embora em si mesma considerada, não seja suficiente nem necessária.⁹⁸

Assim, nomeia, referindo a condição INUS de Mackie, assim a descreve: “C é uma condição insuficiente mas necessária de um conjunto α que é, por seu turno, desnecessário (*unnecessary*, em inglês) mas suficiente para a produção de E”.⁹⁹

Indo adiante, relata o autor que outra nomenclatura possível seria a definição da causa como um “elemento necessário de um conjunto suficiente”.¹⁰⁰

Tratando-se de sua concepção de causa, analisemos o pensamento do autor que propôs a ideia da condição INUS.

⁹² PAUL, L.A., Counterfactual Theories of Causation, In: BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher; MENZIES, Peter. *The Oxford Handbook of Causation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 158 e ss.

⁹³ PAUL, L.A., *op. cit.*, p. 160.

⁹⁴ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 2.

⁹⁵ Acrônimo para “Insufficient but Necessary part of a condition which is itself Unnecessary but Sufficient”.

⁹⁶ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 2.

⁹⁷ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 2.

⁹⁸ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 2.

⁹⁹ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁰ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 3.

Mackie argumenta que a causa tem sido interpretada como uma condição anterior, suficiente e necessária para a ocorrência de um evento. Mas ressalva que nem sempre quando se fala informalmente em causa é uma deste tipo, mas sim uma assunção de conhecimento causa associada às provas desta conexão causal.¹⁰¹

Propõe uma suposição. Um incêndio em uma casa, extinto antes da destruição desta, cujo qual os especialistas concluíram haver sido causado por um curto circuito. Mas assim considerado, não pode ser chamado este de condição necessária, pois a queda de um fogão a óleo também poderia colocar fogo. De igual modo, não pode ser considerada condição suficiente, porquanto se não houvesse material inflamável nas proximidades, o incêndio não haveria ocorrido.¹⁰²

Daí, à pergunta, como dizer que isto causou o fogo?

Parte da resposta seria a de que um conjunto de condições, positivas e negativas, como a presença de material inflamável e a ausência de aspersores, constitui uma condição complexa suficiente para a ocasião do fogo. Suficiente, mas não necessária, porquanto poderia o incêndio começar de outros modos.¹⁰³

Mackie, continuando esse raciocínio, coloca que nessa condição complexa, o curto circuito é um elemento indispensável, porquanto as outras partes desta condição, sem esta, não ocasionariam o fogo. Assim, o curto circuito seria uma parte indispensável de uma condição complexa suficiente - mas não necessária - do fogo.¹⁰⁴

Neste caso, então, a chamada causa é, e é conhecida por ser, uma parte *insuficiente*, mas *necessária* de uma condição que por si só é *desnecessária*, mas *suficiente* para o resultado.¹⁰⁵

Assim, quando os peritos chegam a tal conclusão diriam que as outras condições se uniram a esta, para com ela formarem uma condição suficiente, e que no caso específico nenhuma outra condição suficiente estava presente para a deflagração da casa.¹⁰⁶

A partir dessa reflexão, Mackie sugere a utilização deste conceito para sempre que se for utilizar a palavra causa nesse contexto, nomeando-a de condição INUS.¹⁰⁷

Todavia, Mackie não entende que esta condição INUS esgote a análise da causalidade, mas refere que é uma parte importante.¹⁰⁸

Para Mackie, se faz necessária uma delimitação do campo causal, para não ocorrer o retorno ao início do universo na análise da causalidade. Argumenta que simples questionamentos podem ajudar a delimitar ao campo causal em seus pontos mais basilares. Em face desta advertência, sugere que o campo causal seja constituído por apenas algumas características relativamente permanentes, de modo a possibilitar a tratar as outras características, não integrantes desse campo causal, como condições (assim, como eventuais

¹⁰¹ MACKIE, J.L. Causes and Conditions. *American Philosophical Quarterly* vol. 2, 1965, p. 245.

¹⁰² MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 245.

¹⁰³ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁴ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 246.

¹⁰⁵ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 246.

¹⁰⁶ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 247.

¹⁰⁷ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 247.

¹⁰⁸ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 247.

fatores causais), ou mesmo como parte do campo, mas nunca como ambos ao mesmo tempo. Assim sendo:

”Se quisermos dizer que algo aconteceu com esta casa por causa de, ou em parte, por causa de uma determinada característica, estamos dando a entender que ainda teria sido *esta* casa, a casa em relação ao que estamos procurando a causa deste acontecimento, mesmo se ela não tivesse esta característica particular.”¹⁰⁹

Assim argumenta que as vezes o campo em que se está analisando a causalidade pode ser definido o bastante para dizer que algo que estaria dele se mudando seria irrelevante para a resolução do problema. No caso proposto, por exemplo, uma afirmação de que uma casa totalmente diferente não ocasionaria o incêndio.¹¹⁰

Em sua próxima afirmação, propõe dois exemplos, um, numa hipotética situação, em que, ocorrido um AVC, mais o necessário pré-condicionamento, por exemplo, um determinado estado de excitação, o paciente estaria à beira da morte, o que ocorreria as 5 da tarde, mas um ataque cardíaco desrelacionado intercepta o curso causal, vindo por ele a ocasionar a fatalidade final.

Nesses casos, conclui Mackie que nem uma nem a outra podem ser consideradas causas exclusivas, mas que ambas estariam de fato causando o evento.¹¹¹

Vejamos:

Então temos um caso paralelo ao da palha no celeiro, ou do homem que é morto por um pelotão de fuzilamento, quando duas balas atravessam seu coração ao mesmo tempo. Nesses casos, os requisitos da minha análise, ou de Marc-Wogau, ou de Scriven, não são atendidos: cada causa proposta é redundante e nem mesmo necessário *post-factum*, embora a disjunção deles é necessário *post factum* e não redundante. Mas isso concorda muito bem com o fato de que normalmente seria hesitoso em dizer, de qualquer bala, que causou a morte do homem, ou de qualquer relâmpago ou a ponta de cigarro que causou o incêndio, ou de qualquer a excitação ou o coração ataque que era a causa da morte. Como Marc- Wogau diz, "em uma situação como esta temos certeza também como usar a palavra 'causa'." O nosso conceito comum de causa não trata claramente com casos desse tipo, e nós somos livres para decidir se queremos ou não adicionar ao nosso uso comum, e as várias descrições mais ou menos formais do mesmo, as regras que nos permitem dizer que onde exista mais de pelo menos uma condição INUS e suas condições, estão presentes, cada um deles causou o resultado.¹¹²

Após, sobre o raciocínio causal, afirma que há diferenças entre a afirmação que o evento A causa o evento B, que apresentaria a fórmula da condição INUS para uma afirmação de dependência funcional, que afirma que A é a causa do evento B.¹¹³

Afirma que, diferentemente de uma afirmação onde comer doce causa cáries, onde o ato de comer doces se agrega a um conjunto de outras condições para formar um conjunto suficiente para a causação de cáries, muito embora por si só não fossem suficientes para a

¹⁰⁹ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 248.

¹¹⁰ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 249-250.

¹¹¹ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 251.

¹¹² MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 251.

¹¹³ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 251.

causação do evento, e não necessário, posto que pudessem ocorrer através de outro conjunto de condições.¹¹⁴

Seria, no caso, uma afirmação diversa de uma que afirma que o vírus da febre amarela causa a febre amarela. Nesse caso, haveria uma dependência funcional. Não se trataria de uma afirmação que indica que o Vírus da febre amarela causa todas as doenças da febre amarela, até porque a presença do vírus, acompanhada de outras condições, vulnerabilidade particular, é que formaria um conjunto suficiente para a causação do evento.¹¹⁵

Todavia, sem o vírus da febre amarela, não haveria a febre amarela, posto que, para todo o conjunto suficiente o vírus é um elemento necessário.

Assim, diferentemente do caso das cáries, onde se poderia dizer que os doces causam cáries, embora outras condições também possam causar cáries, e, portanto não podem ser afirmadas como a causa das cáries, no caso da febre amarela, a necessária existência do vírus possibilita que seja chamada de “a causa” da febre amarela.¹¹⁶

Isso não impediria que em algum caso específico se afirmasse que os doces são a causa das cáries, quando a única condição suficiente presente no evento fosse aquela da qual os doces fossem uma parte não redundante.¹¹⁷

Todavia, isso é uma afirmação difícil, porquanto, na opinião do autor, cada um dos momentos poderá ser considerado causa:

“No entanto, não será, em geral, qualquer produto que tem uma ação única para ser considerada como a causa própria de um acontecimento individual, e mesmo após o campo causal ter sido determinada. Cada um dos momentos na condição mínima suficiente, ou em cada condição mínima suficiente, que estava presente pode, igualmente, ser considerado como a causa. Eles podem ser distinguidos como causas predisponentes, provocando causas, e assim por diante, mas é bastante arbitrário de escolher como “principal” e “secundária”, momentos diferentes que são itens igualmente não redundantes em uma condição suficiente mínimo, ou que são momentos em duas condições suficientes mínimas de cada uma das quais faz com que o outro seja redundante”.¹¹⁸

Assim, resumindo a condição Inus, Mackie considera que o que tem regularmente sido considerado como causa, e que é encontrado nos testes, é uma condição INUS de um fenômeno P qualquer, do qual a “verdadeira” causa seria o conjunto das condições necessárias e suficientes, também podendo ser definida como um momento numa condição minimamente suficiente coetânea, e que era necessária “*post factum*”.¹¹⁹

¹¹⁴ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 251.

¹¹⁵ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 251.

¹¹⁶ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 252.

¹¹⁷ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 252.

¹¹⁸ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁹ MACKIE, J.L. *op. cit.*, p. 253.

6.1 Fundamentação da causalidade adequada

No contexto da causalidade adequada, seu cenário filosófico assume grande valia de estudo, para verificar a validade de seus pressupostos.

Assim sendo, verificar-se-á as teorias da causalidade como regularidade, da causalidade probabilística, e de como e até que ponto as necessidades da sociedade moderna impelem à revisão destas concepções.

A causalidade como regularidade tem como grande expoente Hume. Esta se baseia na existência da regularidade de alterações entre dois eventos, consubstanciando-se em uma relação do entendimento humano acerca de fenômenos ocorrentes na natureza:

“Para David Hume, “causação” seria um nome que se dá para fenômenos de conjunção constante ou correlação, que exprimem uma regularidade ou uma lei. Assim, dizemos que um evento particular causa um evento particular ‘e’ se ‘c’ ocorre e é seguido pela ocorrência de ‘e’, e se houver uma regularidade entre a ocorrência de eventos da classe C (à qual pertence c) e da classe E (à qual pertence e). Além dessas condições, Hume estipulou também que a causa deve preceder temporalmente o efeito, e que eles devem ser contíguos no espaço.”¹²⁰

Segundo Bruera o mérito de Hume consistiu em demonstrar que a ideia de causa seria produzida por associação de percepções, quando seguem juntas duas representações seguindo uma à outra, me que pese teses contemporâneas à Hume também adotarem esta teoria. Fundando-se neste, a teoria de Kant considerou a causalidade como uma categoria da razão, que daria conformação à experiência humana.¹²¹

Segundo Hume, todos os tipos de raciocínio consistem em comparações, e descoberta de relações, constantes ou inconstantes, que dois ou mais objetos têm entre si. Quando ambos os objetos estão presentes com os sentidos, combinados à relação, denominamos de percepção, em vez de raciocínio¹²².

De acordo a esta maneira de pensamento, não concebemos como raciocínio nenhuma das observações feitas quanto à identidade, às relações de tempo e espaço, por que nessas não se vai além da percepção para descobrir a natureza da existência subjacente. Somente a causação, que produz tal conexão, para nos assegurar a existência ou ação de um objeto, que precedeu ou seguiu a qualquer outra existência.¹²³

Assim, conclui que não ha nada nos objetos que possa nos persuadir a imaginar que as relações serão sempre remotas ou contíguas, e quando a partir da experiência se descobre que a relação é invariável, se conclui que há uma causa secreta que os une ou separa.¹²⁴

¹²⁰ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 6-7.

¹²¹ BRUERA, José Juan *El concepto filosóficojurídico de causalidad: ensayo*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1944, p. 38.

¹²² HUME, David. *Enquiry into the human understanding*. In: *Enquiries concerning human understanding and concerning the principles of morals*. Oxford: Clarendon Press, 1748, disponível em «<http://18th.eserver.org/hume-enquiry.html>».

¹²³ HUME, David. *op. cit.*

¹²⁴ HUME, David. *op. cit.*

Hume também desenvolve no sentido de que é isto que permite o raciocínio de identidade entre objetos, ao sustentar que a relação entre dois objetos semelhantes é mantida por alguma causa exterior¹²⁵.

Assim, conclui que a causação é uma relação que pode ser averiguada além dos sentidos, e que informa sobre a existência de objetos que não se vê nem sente. Igualmente, ao observar dois objetos, uma causa e um efeito, e ao observar qual produz tal ideia, conclui que não é de algum objeto que deriva a causação, porquanto sempre um é a causa ou o efeito, mas sim deriva da relação entre objetos¹²⁶.

No caso, pondera que a relação de contiguidade é uma relação essencial para a de causação, por ligar objetos uns aos outros, ainda que separados por uma cadeia causal. A segunda relação descoberta para Hume seria a da prioridade do tempo na causa antes do efeito, embora já fosse noção admitidamente controversa então. Portanto, estabelece essa relação como um raciocínio, justificando-o na impossibilidade de coexistência, mas descarta maior importância¹²⁷.

Conclui após que a contiguidade e prioridade não seriam suficientes para definir como causa, devendo uma conexão necessária ser levada em consideração, para sua definição como causa¹²⁸.

A relação causal é a relação descoberta pela inferência causal, que é um processo parecido com um sentido de causalidade, na qual objetos constantemente percebidos conjuntamente produzem associação, e passam a impressão de determinação ou conexão necessária.¹²⁹

Assim sendo, Hume conclui que é somente através da experiência da conjunção constante que será verificada a causalidade, ao invés da penetração na essência dos objetos. Aduz que não é possível penetrar nessa essência, mas nessa união constante ocorre a produção de uma impressão que nos gera essa ideia de causalidade, e que, a partir dessa ideia de causalidade nos possibilita a inferência da relação causal¹³⁰.

6.2 A Causação probabilista e o pensamento estatístico na Ciência Jurídica

A teoria da causação probabilística parte das premissas de que a alteração de uma causa alterará os efeitos, e que com isto, esta alteração aparecerá.¹³¹

No exemplo de Pessoa, nem sempre a chegada dos marinheiros leva a extinção dos dodôs, em algumas hipóteses alguns deles os levam para criação em zoológicos europeus. Há,

¹²⁵ HUME, David. *op. cit.*

¹²⁶ HUME, David. *op. cit.*, Section VIII.

¹²⁷ HUME, David. *op. cit.*

¹²⁸ HUME, David. *op. cit.*

¹²⁹ HUME, David. *op. cit.* Section VII.

¹³⁰ HUME, David. *op. cit.* Section VIII.

¹³¹ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 8.

portanto, uma probabilidade de que cause, e se dirá, matematicamente, que a chegada dos marinheiros causa a extinção com probabilidade X menor que 1.¹³²

Argumenta o autor que isso não necessariamente quer dizer que a relação causal seja probabilística, que envolve a conjugação de diversas causas, das quais a presença das outras é desconhecida pelo intérprete.¹³³

Todavia, também é possível escrever um modelo causal probabilista determinístico, onde a probabilidade seja igual a 1. Todavia, independentemente das discussões sobre universo determinístico ou não determinístico, não se conhecem todas as causas atuantes no evento, podendo ambas situações ser descritas pela probabilística.¹³⁴

Outra aplicação diz respeito à produção não imediata do efeito. Ocorrendo C e F, estipular-se-ia a probabilidade do evento E ocorrer num certo intervalo de tempo. C será a causa probabilística de E se a ocorrência de C aumentar a probabilidade de E ocorrer.¹³⁵

Resumindo estas questões, e introduzindo ainda mais indagações, há também parte dos proponentes da causação probabilística que afirmam que as dependências probabilísticas caracterizam a causalidade, proporcionando condições necessárias e suficientes para a relação causal, o que leva a tona de volta o problema das definições conceituais acerca do que é a probabilidade, qual sua natureza epistemológica, e do modelo determinístico ou não de universo:

“A maioria das teorias probabilísticas de causalidade são motivadas pelas seguintes intuições fundamentais: (1) a mudança de uma causa altera os efeitos, e (2) essa alteração aparece em dependências probabilísticas entre causa e efeito. [...] Muitos defensores de teorias probabilísticas vão ainda mais longe, afirmando que as dependências probabilísticas caracterizam a relação de causalidade, ou seja, proporcionam condições necessárias e suficientes para a conexão causal, na forma: C provoca E se e somente se as apropriadas dependências probabilísticas forem alcançadas. Eles costumam ir ainda mais longe ao sustentar que as dependências probabilísticas analisam a relação causal: 'C provoca E' apenas significa que as dependências probabilísticas correspondentes foram alcançadas. Ao caracterizar a relação causal das dependências probabilísticas, estas podem ser formuladas usando termos causais, mas em uma análise de causalidade qualquer referência aos termos causais nas condições probabilísticas deve, em princípio, ser eliminável. Com uma caracterização probabilística de causalidade, uma caracterização de probabilidade também deve ser fornecida, e para completar uma análise probabilística da causalidade, é necessária uma análise da probabilidade. Isto dá origem a questões sobre probabilidade: é a probabilidade física ou epistêmica? A probabilidade surge do indeterminismo?.”¹³⁶

¹³² PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 8.

¹³³ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 9.

¹³⁴ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 9.

¹³⁵ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 9.

¹³⁶ BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher; MENZIES, Peter. *op. cit.*, p.176-177.

Em resumo, C é a causa probabilista de E se a ocorrência de C aumentar a probabilidade de E ocorrer¹³⁷, mas tal pensamento requer conhecimento profundo da estatística e probabilidade, de modo a não ser algo de simples verificação.

Desde Bayes, que se reputa ter sido um dos primeiros que utilizaria a probabilidade para processar informações incertas, a estatística tem sido utilizada para processar inferências de bases de dados. A análise estatística seria, para Manzano, uma “coleta de dados numéricos, análise desses dados e traçar inferências a partir deles”, desta coleta, exurge a definição dos graus de incerteza e a especificação dos modelos probabilísticos específicos.¹³⁸

Assim, há de se ter em mente, segundo Manzano, que toda ciência é probabilística, pois comporta uma margem de erro. Assim, maiores ou menores probabilidades adentram o exame da falibilidade e da confiabilidade do método aplicado¹³⁹. Destarte, uma mera conjectura de uma inferência apoiável se distinguiria somente em termos de probabilidade.¹⁴⁰

Contudo, adotar a probabilidade de uma constatação como grau de certeza não pode, nem deve ser, o único critério utilizado, devendo o raciocínio de premissas e deduções também ser utilizado, não bastando somente o critério numérico-quantitativo.¹⁴¹

Assim, do mesmo modo, a questão da prova pericial recomenda uma visão crítica da prova científica, não podendo ser tomada com base no puro mecanicismo matemático. Tratando-se de decisões complexas, não pode o juiz se abster de julgar, o que demandaria, por outro lado, a criação de varas especializadas e conhecimento multidisciplinar.¹⁴²

Morin critica a utilização da estatística para a resolução dessas questões complexas. Aduz que a problemática da estatística é de que mascara sob um princípio de racionalidade aquilo que não podemos, ou não fizemos questão de compreender no fenômeno mínimo, no fenômeno em si. É, em suma, uma recusa ao pensamento complexo.¹⁴³

Apesar da grande utilização na atualidade, a probabilidade e estatística requererem um pensamento crítico, porquanto a estatística pode, desacompanhada do devido tratamento, servir a qualquer tipo de conclusão, de modo que a interpretação, que assim surge, é uma interpretação que se sujeita a toda esfera de erros de enviesamento.

7. Considerações finais

Apesar da teoria da equivalência das condições adotar uma concepção simples e ampliada de causa, é difícil vislumbrar nela mais do que a mera causalidade contrafactual.

¹³⁷ PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 9.

¹³⁸ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Prova pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo Brasileiro*. São Paulo; Editora Atlas, 2011, p. 228.

¹³⁹ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *op. cit.*, p. 228.

¹⁴⁰ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *op. cit.*, p. 229.

¹⁴¹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 36.

¹⁴² MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *op. cit.*, p. 231.

¹⁴³ MORIN, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Tradução de Marcelo Pakman. 1ª ed., Madrid: Editora Gedisa, 1994, p. 30.

A redação do artigo 13º do Código Penal¹⁴⁴ somente diz respeito à causa e ao efeito, não havendo nenhuma explicitação acerca da causa pertencer a um conjunto (de outras causas), que formariam a "condição"; e que esta "condição" é desnecessária, de modo a complementar a “parte *insuficiente*, mas *necessária* de uma condição que por si só é *desnecessária* mas *suficiente* para o resultado”.

A falha da redação do artigo consistiria em: ao mesmo momento em que a causa é uma e qualquer condição necessária de maneira contrafactual ao evento, ela se esquece de que transformam em causas todas as outras condições que sejam necessárias para a sua ocorrência em causas, abrindo espaço para a discussão das causas alternativas hipotéticas. Presente um (possível) curso causal hipotético, na medida do que é possível uma hipótese estar presente, o resultado também ocorreria de outro modo, de modo que não se pode dizer que a condição foi necessária, porquanto outra iria implementar-se em sua ausência.

Diante de uma solução interpretativa mais benéfica, a alternativa mais punitivista não merece acolhida, porquanto prejudica os fins do direito penal como limitador à punitividade e sistema garantidor da punição na medida da culpabilidade¹⁴⁵.

Para que seja possível de considerar-se como uma boa e consistente teoria da causalidade, é preciso que alguns problemas da causalidade sejam resolvidos. Nisso, descreve Pessoa pelo menos sete problemas, a saber, o problema dos efeitos (qual a causa, qual o efeito)¹⁴⁶, dos epifenômenos(causa comum)¹⁴⁷, da causa remota¹⁴⁸, das causas múltiplas¹⁴⁹, da conjunção de causas¹⁵⁰, da preempção¹⁵¹ e da causação circular.¹⁵²

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, vol. 1, 2003, p. 80.

¹⁴⁶ Problema dos efeitos: qual é a causa, qual é o efeito? Trata-se de um dos fundamentais problemas da causalidade, porquanto a mera correlação não implica na relação causal. De igual modo ainda que uma possível resolução fosse à ordenação temporal, isso dependeria da natureza do nosso mundo, de sua linearidade ou não (PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 3).

¹⁴⁷ Problema dos epifenômenos: Onde P não é a causa de E, mas ambos têm uma causa comum. No exemplo, a vinda de homens trouxe os porcos e extinguiu as aves, sem relação entre a comilança das aves pelos porcos (PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p.4).

¹⁴⁸ Problema da causa remota: vinda de homens às ilhas trouxeram cães, e estes trouxeram a extinção das aves. C causa D que causa E; Mas como determinar se a causa aparente é remota? Propõe que experimentos de manipulação, em que C ocorresse sem D e vice versa poderiam ajudar a solucionar (PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 4).

¹⁴⁹ Um quarto problema, reputa necessário de resolução por qualquer teoria da causalidade: o das causas múltiplas (PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 4-5). Para este problema de causalidade, reputa a existência de uma ilha em que os dodôs brancos vieram a ser comidos pelos humanos, pelos porcos e pelos cachorros. No conjunto do evento, todos fenômenos igualmente seriam hábeis à produção da causa, isto é, ausentes os humanos, os porcos e os cachorros continuariam causando o evento. Indo para o raciocínio singular, a extinção de um dodô branco particular envolveria apenas a existência de uma das causas, de modo que existiria uma probabilidade de que fosse ou C, ou D, ou S que causou a extinção E, a cada uma seria atribuído um percentual de probabilidade específico, que determinaria a atuação particular da individual causa.

¹⁵⁰ O 5º problema qualifica como o problema da conjunção de causas. Arguindo que um efeito pode só ocorrer quando duas ou mais causas estão presentes, sustenta que há de se distinguir entre causas e condições. Assim, onde aparentemente a não conservação das espécies em zoológicos e a fome dos marinheiros podem ser considerados como causas, aquela poderia em outro aspecto, apenas ser considerada como uma condição de fundo, variável,

Aparentaria, nesse contexto, o Paragrafo Único do artigo 13º do Código Penal uma resolução do problema da preempção. Ocorrendo a existência da produção de uma nova causa, que produza uma nova linha de causalidade, se excluirão as imputações anteriores. Assim, atuaria aqui de uma maneira benéfica ao réu.

Todavia, não bastaria para o problema da conjunção das causas, porquanto não distingue entre condições e causas. Assim, salvo evidente criação de um novo nexos causal, ao contrário do direito norte-americano, não haveria diferenças entre a omissão na conservação de um zoológico de dodôs, quanto para os marinheiros que efetivaram alguma hecatombe ambiental na África subsaariana. Ambos concorreram ao resultado, e seriam condições sem as quais não ocorreria o resultado.

Esclarecido que a *conditio sine qua non* não se trata de um traslado da Teoria de Mill, e que se adequa mais bem à condicionalidade contrafactual, poderia a teoria da Condição INUS se prestar a restringir o conceito de causalidade?

Digamos que a conduta de X que atravessa em avenida (Condição 1), fora da faixa de segurança (Condição 2), é atropelado por motorista possivelmente, mas não conclusivamente, acima da velocidade (condição 3), resultando disto graves lesões corporais (Efeito 1). Após o evento, no hospital, a perfuração do pulmão no hospital (Condição A), somando-se as lesões corporais (Condição B), resulta numa infecção generalizada e morte (Efeito 2).

Nisto pode ser arguido que a condição 3, no conjunto de condições 1, 2 e 3 seria condição insuficiente (não havendo pedestre, não haveria atropelamento), mas necessária, de um conjunto suficiente (ainda que desnecessário), para ocasionar o resultado, que é o efeito 1. É responsável, portanto, pelas lesões corporais, na condição INUS.

Agora, seria também responsável pela infecção generalizada e morte? De modo algum. A condição 3, integra o conjunto de 1, 2 e 3, formando um conjunto suficiente para o resultado das lesões efetivadas, mas não o forma para o resultado da morte, porquanto precisaria ser integrada posteriormente à perfuração pulmonar.

Assim, a causalidade restaria excluída, neste raciocínio através da teorização da Condição INUS.

Em todos outros casos nos quais a condição que se reputa criminosa fosse uma parte redundante do conjunto causal, isto é, não somente a superveniência da causa, como também concausas concomitantes ou pré-existentes, poderiam também ser excluídas, desde que não

porquanto de difícil e/ou inevitável controle, conquanto a “comilança” poderia ser efetivada. Termina a descrição, lembrando citação de Hart e Honoré, que em sua monografia sobre a causalidade, muito influenciaram o direito da common law, onde esclarece que a distinção entre causas e condições, lá, é importante para determinar a responsabilidade criminal (PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 5).

¹⁵¹ Também relata o problema da preempção. Este problema, também pode ser relacionado com o problema dos cursos causais hipotéticos. Os marinheiros desembarcam na ilha (C), e empreendem a caça predatória dos dodôs, mas ao longo do tempo, a fuga dos porcos de seus cativeiros (S) culmina na extinção dos pássaros (E). Essa quebra do curso causal inaugura uma nova causalidade exclusiva, denominada de preempção do processo causal. Ainda nesse exemplo, refere que a preempção do processo causal entre C e E é explicada em termos de condicionais contrafactuais: Se S não tivesse ocorrido, então... X também não ocorreria. (PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 6)

¹⁵² Refere-se, PESSOA, também ao problema da causação circular, onde dois eventos se reforçam mutuamente, de maneira a atrapalhar a ordenação temporal aparente. Usando do mesmo exemplo, a caça dos dodôs, e sua respectiva deglutição traria prazer ao caçador, que repetiria o processo. Isso gera uma composição de causas, onde os efeitos também são causas dos próximos eventos. (PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 6)

viesses a acelerar o evento (pois aí, se tornariam *ex post facto*, condição necessária do conjunto de condições que efetivamente ocasiona o evento proibido). Poderia excluir o filho que visita o pai no leito de morte, tal como a preocupação de Costa Júnior, da qual o autor propõe a analogia *in bonam parte* como a solução hermenêutica.

Quanto as críticas da teoria da causalidade adequada, não é crível que sempre será possível derivar o nexo de causalidade diretamente da probabilidade pura, porquanto a própria definição da probabilidade abarca alguma possibilidade de existência de fatores aleatórios, aptos a alterar essa linha de causalidade.

Ainda que é possível sustentar que a fundamentação lógica da teoria da causalidade adequada pela probabilidade, também há relevância sua crítica. A reflexão do “porque” da ocorrência do evento, estatisticamente relevado, não impediria que fosse buscada a lei causal subjacente, quando muito pelo contrário, recomendar-se-ia.¹⁵³

Possíveis soluções seriam dadas caso o juízo “*ex post*” de adequação se desse com base numa lei científica, segundo a crítica de Vidal¹⁵⁴, a qual, embora de crescente utilização na Europa, não se encontra em devida utilização no Direito Brasileiro.¹⁵⁵

Considerando-se ainda mais, que haveriam distinções entre o nexo de causalidade e a previsão da causalidade, noções presentes já em Hume e Mill, não faz por bem o Código Brasileiro em simplificar estes dois momentos de causalidade e verificação da causalidade para um só.

Esta é parte do mérito da proposta de causalidade adequada de Antolisei, e da condicionalidade adequada de Costa Junior. Outra parte do mérito se baseia em suas conclusões. Naquela teoria, se exige o domínio do ser humano sobre o curso causal, e nesta, que a condição do evento seja previsível, a luz da prognose póstuma objetiva.

Daí que sugere-se aqui uma alteração, para restrição e esclarecimento do artigo 13º do Código Penal, definindo do nexo de causalidade como a condição necessária de um conjunto suficiente para o resultado delitivo. A conclusão da imputação ao tipo objetivo, isto é, a previsão da causalidade, restaria na exigência de que esse conjunto fosse previsível num prognóstico póstumo, o que possibilitaria a imputação pela previsibilidade do nexo causal, sempre que o resultado final fosse dominável pelo ser humano.

Resumindo a proposta:

I - A teoria da *conditio sine qua non* é bem distanciada da teoria causal de Stuart Mill; aquela se baseia antes numa teoria de causalidade contrafactual do que na de Mill, que distingue entre causas e condições;

II- A teoria da causalidade adequada se fundamenta na impressão da causalidade pelo observador, que é a visão de causalidade como regularidade de Hume, e também na moderna ideia de causação probabilística; ambas ideias se relacionam mais com a percepção da causalidade do que uma noção ontológica do nexo causal.

¹⁵³ VIDAL, Hêlvio Simões. *op. cit.*, p. 321.

¹⁵⁴ VIDAL, Hêlvio Simões. *op. cit.*, p. 321-343.

¹⁵⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno de Oliveira; CAETANO, Matheus Almeida. Algumas considerações sobre a causalidade no direito penal. *De jure: Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, nº 15, jul./dez. 2010, p. 175 e ss.

III Tanto em Mill como em Hume e na melhor doutrina penalista, há uma distinção entre previsão de causalidade e nexo de causalidade, que deverá ser retornada ao ordenamento jurídico.

IV – A previsão da superveniência da causa que por si só causou o resultado é uma maneira de “estancar” a abertura interpretativa da equivalência dos antecedentes do caput do parágrafo 13º do CP;

V – A limitação da imputação à superveniência da causa é ambígua, já havendo ocasionado interpretações diversas em casos semelhantes, como nos exemplos trazidos por Costa Junior;

VI- Dogmaticamente, a teoria da causalidade não pode ampliar o espectro de imputação dado pelo artigo 13º e parágrafo único.

VII – A adoção da teoria da Condição INUS, assim como a retomada das distinções entre causas e condições, podem vir a ajudar a restringir o conceito de causalidade penal, quando acompanhadas da noção de previsibilidade proposta pela teoria da causalidade adequada, o que também reforça a utilidade de retomada das distinções entre nexo de causalidade e previsão da causalidade.

VIII – Como proposta de redação do artigo 13 e síntese da exposição, propõe-se:

“Art. 13. O crime que dependa de resultado somente é atribuível a quem lhe der causa, e imputado quando este nexo causal for previsível pelo agente.

§1º Considera-se causa para os efeitos penais a condição por si só insuficiente, mas necessária para que a conjunção de condições (causa física) seja suficiente para produzir o resultado delitivo, desde que o conjunto não seja redundante, por ter se tornado necessário *ex post factum*.

§2º Sempre que a condição não resulte num conjunto de condições suficiente para produzir o resultado a que se pretende a atribuição criminal, é excluído o nexo de causalidade mínima para os efeitos penais.

§3º Exclui-se a imputação quando a conjunção das condições não seja previsível pelo agente, diante das possibilidades que detinha para avaliação no momento do fato, por circunstâncias alheias a seu domínio.”

Referências Bibliográficas

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Conduta Punível*. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves Atalla. *Direito penal acadêmico: parte geral*. Rio de Janeiro: De andréa Ferreira e Morgado Editores 2008.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955.
- ANTOLISEI, Francesco. *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960.
- BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher; MENZIES, Peter. *The Oxford Handbook of Causation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2010.
- BRUERA, José Juan *El concepto filosóficojurídico de causalidad: ensayo*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1944.
- BRUNO, Aníbal, *Direito penal. Parte geral, Tomo I: introducao norma penal, fato punível*. 5º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. *Código penal comentado*. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- HART, Herbert Lionel Adolphus; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. 2nd ed., Oxford: Clarendon, 1985.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1942.
- HUME, David. Enquiry into the human understanding. In: *Enquiries concerning human understanding and concerning the principles of morals*. Oxford: Clarendon Press, 1748, disponível em «<http://18th.eserver.org/hume-enquiry.html>».
- KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno de Oliveira; CAETANO, Matheus Almeida. Algumas considerações sobre a causalidade no direito penal. *De jure: Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, nº 15, jul./dez. 2010, p. 175-210.
- MACKIE, J.L. Causes and Conditions. *American Philosophical Quarterly* vol. 2, 1965, p. 245-64 [republicado In: KIM, J.; SOSA, E. (orgs.). *Metaphysics: An Anthology*. Oxford: Blackwell. 1999, p. 413-27].
- MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Prova pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo Brasileiro*. São Paulo; Editora Atlas, 2011.
- MILL, John Stuart. *A System of logic, Ratiocinative and Inductive: Being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*. 8. ed., New York: Harper & Brothers Publishers, 1843.
- MORIN, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Tradução de Marcelo Pakman. 1ª ed., Madrid: Editora Gedisa, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988.
- OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Causalidade e imputação objetiva. Distinção entre categorias conceituais da dogmática penal e as suas respectivas teorias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2810, 12 mar. 2011. Disponível em «<http://jus.com.br/artigos/18678>», acesso em: 2 dez. 2013.
- PAUL, L.A., Counterfactual Theories of Causation, In: BEEBEE, Helen; HITCHCOCK, Christopher; MENZIES, Peter. *The Oxford Handbook of Causation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 158–184.
- PESSOA JÚNIOR, Oswaldo. *O que é uma Causa?* (2005), Disponível em «<http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/Causa-3-filo.pdf>», acesso em 2 dez. 2013.
- PIACESI, Debora da Cunha; Conceito de Crime. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves Atalla *Direito penal acadêmico : parte geral*. Rio de Janeiro: De andréa Ferreira e Morgado Editores, 2008.
- PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais* 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- VIDAL, Hêlvio Simões. *Relação de Causalidade*. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves Atalla. *Direito penal acadêmico: parte geral*. Rio de Janeiro: De andréa Ferreira e Morgado Editores 2008.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma Editor, 1956.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introduccion a la doctrina de la accion finalista*. Traducción y notas por JOSÉ CEREZO MIR, 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, vol. 1, 2003.

