

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gustavo Terranova

O risco permitido como eixo central da teoria da imputação objetiva

Especialização em Direito Penal e Processual Penal

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gustavo Terranova

O risco permitido como eixo central da teoria da imputação objetiva

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob a orientação do Professor Hugo Crepaldi.

São Paulo
2013

BANCA EXAMINADORA

À minha esposa encantadora, Renata.

Por tudo que representa na minha vida, pois a conclusão dessa pós-graduação é uma conquista que sem ela, seria improvável. A capacidade e a força que têm de me fazer levantar a cabeça e correr atrás dos meus objetivos, é imensurável. Minha companheira, minha melhor amiga, meu amor, dedico esse trabalho a você.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Hugo Crepaldi, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que com sua experiência me conduziu para realização desse trabalho, me recebeu em seu gabinete para conversas, nunca deixando de responder uma mensagem, enfim por toda disponibilidade e confiança em mim depositada.

À todos os alunos da PUC-SP que comigo enfrentaram a difícil, mas gratificante, jornada para conclusão do curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal.

Ao Dr. Rahi Nunes de Siqueira, parceiro, advogado, obrigado sempre.

À minha amiga do coração e competente bibliotecária, Roberta Mazzetto Horácio, que me auxiliou muito na pesquisa sobre o tema.

Aos meus pais, aos familiares e amigos que sempre me apoiam e me incentivam, me fazem refletir sobre o Direito, com uma boa conversa, indicando clientes, pedindo informações, trocando ideias de questões jurídicas; a recíproca é verdadeira e a gratidão é permanente.

TERRANOVA, Gustavo. *O risco permitido como eixo da teoria da imputação objetiva*. 73 p. Dissertação (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo do comportamento humano sob a ótica do Direito Penal, através da relação de causalidade, ou seja, do nexos existente entre o crime e seu autor, que começou a ser desenvolvido e estudado a partir do século XVIII. Com o passar dos anos a dogmática jurídico-penal, passou por diversas transformações, com a criação de novos sistemas, cada um com sua peculiaridade, com o objetivo de superar a discussão anterior, trazendo coisas novas e alterando ideias passadas. Depois dessa análise sobre os sistemas do Direito Penal, passa esse trabalho a retratar as principais teorias utilizadas sobre a relação de causalidade, como por exemplo a teoria da *conditio sine qua non*, seguindo com as críticas a elas feitas, esmiuçando todas as objeções e defeitos que os estudiosos e doutrinadores levantaram. Como consequência, apresenta a teoria da imputação objetiva, considerada o mais importante estudo da ciência jurídico-penal europeia desde o finalismo e o naturalismo. Além da verdade, a teoria da imputação objetiva acaba por propor um novo sistema penal, o funcionalismo penal. Na pesquisa bibliográfica realizada, não restou dúvida sobre o tema escolhido, pois em nenhuma delas deixa-se de engrandecer a essência da imputação objetiva, qual seja, o risco permitido. Especialmente tomadas a partir das ideias de Claus Roxin, o juízo da imputação objetiva está centrado na ideia de risco, e na responsabilidade penal da sociedade contemporânea, e é sobre essa ótica que o tema é desenvolvido.

Palavras Chave: Direito Penal parte especial – Teoria da Imputação Objetiva – Risco Permitido – Risco Proibido – Relação De Causalidade – Teoria da Equivalência dos – Teoria da Causalidade Adequada – Teoria da Relevância Jurídica.

TERRANOVA, Gustavo. *The risk allowed as axis of the objective imputation theory*. 73 p. Dissertation (Specialization in Criminal Law and Criminal Procedure). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

ABSTRACT

The present work aims the human behavior study under the criminal law perspective, through of causality relationship, in other words, the existing connection between the crime and its perpetrator, which has started being developed and studied from the eighteenth century on. Over the years the dogmatic legal criminal, has gone through several transformations, with the creation of new systems, each one with its own peculiarity, in order to overcome the above discussion, bringing new ideas and changing old ones. After this analysis about the systems of criminal law, this work is going to portray the main theories that have been used about the causality relationship, such as the theory of *conditio sine qua non*, following the criticisms made to them, scrutinizing all objections and defects that scholars and jurists raised. As a consequence, presents the objective imputation theory that has been considered as the most important study of European criminal law science since the finality and naturalism. In truth, the objective imputation theory has just proposed a new penal system, the penal functionalism. During the bibliography research, there was no doubt about the choice of the title, because in none of them there is a lack of the enrichment of the essence of the objective imputation whatever its possible risk. Especially those ideas considered by Claus Roxin, the thought of the objective imputation is focused in the idea of risk, and the penal responsibility of the contemporaneous society, and so it is under this perspective that the theme is developed.

Key words: Criminal Law special part – Objective Imputation Theory – Allowed Risk – Prohibited Risk – Causality Relationship – Theory of Equivalence – Adequate Causality Theory – Legal Relevance Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – SISTEMAS E EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL.....	12
1.1 Sistema Liszt/Beling, o Positismo Jurídico.....	12
1.2 Neokantismo Penal e o Finalismo.....	16
1.3 Funcionalismo Penal e seu vínculo com a teoria da imputação objetiva.....	21
1.3.1 Funcionalismo teleológico/moderado de Claus Roxin.....	23
1.3.2 Funcionalismo estratégico/radical de Gunther Jakobs.....	25
CAPÍTULO II – RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E SUAS TEORIAS.....	28
2.1 Introdução.....	28
2.2 Teoria da Equivalência dos Antecedentes.....	30
2.3 Teoria da Causalidade Adequada.....	32
2.4 Teoria da Relevância Jurídica.....	34
2.5 Outras teorias.....	36
CAPÍTULO III – RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	38
3.1 Considerações iniciais.....	38
3.2 Defeitos da <i>Conditio Sine Qua Non</i>	39
3.3 Críticas à Teoria da Causalidade Adequada.....	43
3.4 As objeções sobre a Teoria da Relevância Jurídica.....	45
3.5 Nascimento da Teoria da Imputação Objetiva.....	46
3.6 Imputação objetiva na atualidade.....	50
CAPÍTULO IV – O RISCO PERMITIDO.....	54
4.1 O eixo central da imputação objetiva – o risco permitido.....	54
4.2 Criação ou não do risco permitido.....	60

4.3 Diminuição do risco.....	62
4.4 Aumento ou falta de aumento do risco permitido.....	63
4.5 Âmbito de aplicação da norma.....	65
CONCLUSÕES.....	68
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve o objetivo de uma superação pessoal, pois ainda na graduação, cursando Direito, em uma das muitas aulas de Direito Penal, ouvi o professor fazer um breve comentário sobre uma tal de “Teoria da Imputação Objetiva”. Esse nome complexo, inteligente, dotado de mistério, até bonito, quando soava em meu ouvido, me fazia parar, franzir a testa, olhar para cima, e ficar refletindo sobre o que seria, sobre o significado de cada palavra, sobre o significado de todas as palavras, qual seria o contexto. Depois de concluída a graduação, os livros de Direito Penal, da parte geral, que trata dos artigos 1º ao 120 do nosso Código Penal, começaram a ser publicados com o texto na capa: “já atualizado com a teoria da imputação objetiva”. Claro que cada autor em conjunto com a editora, usavam outros textos, ou anunciavam de outra forma, ou nem trazia na capa, enfim, não tinha um doutrinador que não falasse da teoria da imputação objetiva. Na Pós-graduação, o assunto já estava na boca de todos os articuladores do Direito, e não bastou um ou dois livros para que eu pudesse me encher de informações afim de saciar minha curiosidade, fui comprando uma coleção deles, até que decidi escrever sobre o tema, e o momento não poderia ser melhor, senão nessa dissertação para conclusão da Especialização em Direito Penal e Processo Penal, cursada na PUC-SP.

Esse trabalho teve o objetivo de analisar a evolução do Direito Penal, até que se chegasse na Teoria da Imputação Objetiva, e, de maneira honesta, apresentar uma visão panorâmica dos motivos que levaram os doutrinadores a pensa-la na forma em que hoje existe. A ideia principal não foi a busca de um conceito ideal sobre a teoria da imputação objetiva, sobre as diferenças entre as doutrinas e correntes sobre a resposta correta para definir a teoria, mas sim de mostrar como e porque chegou-se a ela, através dos dados históricos e da evolução no tempo, da evolução no pensamento, sobre a compreensão, do ponto de vista do Direito Penal, do comportamento humano e de sua relação com o crime, mostrando que existe uma complexidade muito maior do que se possa imaginar, de como imputar um fato criminoso ao seu agente, ou melhor, como transportar um fato da vida real, para o Direito Penal.

Durante o desenvolvimento do estudo, que também trata das teorias da relação de causalidade utilizadas no nosso país, não faltaram vistas e observâncias referente a tão

grande relevância que os seus expositores dão ao risco permitido quando falam da teoria da imputação objetiva. Portanto, o caminho que seguiu esse trabalho, foi o de concluir que o risco permitido é o eixo central da teoria da imputação objetiva, pois se fundamenta nele. Existem muitas publicações sobre o tema, e todos, independente da linha que segue, referem-se a estudos de casos, abrindo a discussão sobre a conduta do agente, submetendo à análise da criação ou não do risco permitido (alguns falam de risco juridicamente desaprovado, risco proibido e outros termos), e se esse risco se realizou no resultado. Depois a análise passa a apurar se houve ou não tipicidade de acordo com aquele risco criado. Óbvio que não se trata de uma fórmula simples, de adição e subtração, mas sim de uma nova maneira de pensar no Direito Penal, e esse novo método, que utiliza o risco permitido como parâmetro essencial, é chamado de Teoria da Imputação Objetiva.

CAPÍTULO I

Sistemas e Evolução do Direito Penal

1.1 Sistema Liszt/Beling, o Positismo Jurídico

Foi a doutrina do positivismo jurídico, iniciada no ano de 1870, que originou o conceito clássico de delito. Devido a sua estrutura, onde observa-se clara subdivisão entre o objetivo e o subjetivo, a conduta voluntária foi separada em duas ocasiões: a externa e a interna, conferindo tratamento formal ao comportamento humano, fazendo surgir o conceito causal (ou clássico) de delito.

Seus maiores expoentes são os alemães Franz von Liszt e Ernest von Beling, tendo nítida preferência pela cientificidade, excluindo os juízos de valor e limitando seu objeto ao direito positivo¹.

Essa dogmática jurídico-penal do século XIX, possuía um claro significado político, decorrente das aspirações humanísticas do Iluminismo, afim de reafirmar suas ideias ao fazer cumprir uma norma positivada.

Porém, não é o cerne desse tópico, adentrar nas questões que envolvam princípios fundamentais do Estado de Direito, ou a legitimidade Estatal perante a segurança jurídica, ou ainda a noção de contrato social como forma de afastar o estado de perigo pré-social. Fincaremos nosso estudo apenas nas questões que dizem respeito ao Direito Penal, seus pressupostos, sua forma de interpretação à época, etc.

Pois bem, de fato, a *ação humana* é um tema de amplo debate, e na análise do *fato* jurídico-penal, em conjunto com outros elementos, como a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade, deve-se encontrar e caracterizar esse *fato*, como um *delito*.

¹ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 69.

Podemos encontrar uma grande variedade de expressões etimológicas na doutrina para designar ação humana, como por exemplo: conduta, ação, comportamento, fato, fato punível, fato delituoso, acontecimento, dentre outras.

No positivismo jurídico, a *ação*, era considerada independentemente de qualquer análise valorativa ou social, bastava que se encontrasse sua correspondência lógica em uma descrição legal para ser crime.

Sob a ótica objetiva, através de um processo indutivo, dentro de uma relação lógico-formal e também utilizando métodos próprios das ciências naturais, para a tipificação, era necessário apenas escolher o dispositivo legal a ser aplicado à situação fática incitada por meio da ação.

Seguindo o processo causal externo, ou objetivo, a ação típica era considerada ilícita caso não encontrasse no próprio sistema uma causa de justificação, cujo reconhecimento importasse na exclusão daquela aparente ilicitude².

Não ocorrendo uma situação eximente, sobrevinha a ilicitude, completando a vertente objetiva do fato.

Assim, a tipicidade e a ilicitude (ou antijuridicidade) constituem a parte objetiva da conduta delituosa³, e referem-se ao acontecer externo, figurando no injusto típico, não havendo incidência de juízo de valor.

O modelo causal da filosofia naturalista do século XIX, é objetivo e livre de valoração; objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade; livre de valor, porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade⁴.

A interpretação do Direito Penal através do positivismo, sobre os pressupostos que excluía juízos de valor, adicionava “uma forma facilmente objetiva de analisar,

² FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 27.

³ PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 48.

⁴ Beling. 1906, p. 112 e 147. Citado por: Américo Braga Junior, p. 33, nota 66.

reconstruir e aplicar o Direito que parecia blindá-lo frente ao perigo de manipulação subjetiva por parte do intérprete”⁵.

De outro lado, temos os elementos subjetivos ou internos, que trata da culpabilidade psicológica, concebida como uma relação entre a ação e o autor, ou seja, são os processos anímicos, vontade interna, que não se confunde com o livre arbítrio.

Nesse aspecto, faziam parte da culpabilidade o dolo e a culpa, extraídos do vínculo entre a ação e o resultado.

Contudo, a ação típica e ilícita, é concebida como simples impulso causal, deixando de lado o teor da vontade, exaurindo-se na simples produção do resultado, sendo considerada culpável quando comprovada a existência de um liame, entre o agente e o fato.

É no positivismo jurídico que se estabelece o conceito clássico de ação, confirmando sua definição máxima, lembrada e adotada pela grande maioria das doutrinas espalhadas por todo o mundo: a ação é o movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior.

Liszt escreveu em sua obra prima, no ano de 1889, no capítulo intitulado “A ideia de ação em geral” o pensamento da época, identificando os elementos essenciais a sua construção filosófica.

Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem. Sem acto de vontade não ha acção, não ha injusto, não ha crime: cogitationis panam nemo patitur. Mas tambem não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado⁶.

Para Juarez Tavares, Beling é um traço marcante do positivismo⁷, ao identificar a compreensão do tipo como a descrição objetiva e neutra do desdobramento de uma conduta

⁵ MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo em Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>> Acessado em: 18 abr 2012, p. 18:4.

⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. t. I., p. 193, § 27.

⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 132.

já entabulada em lei, sendo o movimento do agente e o resultado, fatores essenciais para sua identificação, sendo que não há de se cogitar que um crime ocorreu, sem um resultado.

Como o resultado era naturalístico, ou seja, possuía como condição a realização de alteração física, ficou evidente sua deficiência para explicar e dar respostas aos crimes formais, de mera conduta, e omissivos impróprios.

Também não faltaram críticas, com relação a culpabilidade, que não tornava claro os delitos praticados com a presença de culpa inconsciente, como também a coação moral irresistível e a obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, hipóteses na qual existe o vínculo entre o autor da conduta e o resultado produzido.

O conceito de imputação, nessa época e por influência de seus pensadores, fica praticamente perdido no Direito Penal, posto que só era utilizado como referência à culpabilidade⁸.

Existia uma posição extremamente normativista e formal, isso por conta do respeito incondicional e excessivo ao princípio da legalidade e a segurança jurídica aclamados naquele momento.

Na estrutura material da ação, que na ciência do ser, determinava quando um fato poderia ser considerado obra de um autor, o único critério utilizado era a *causalidade*.

Para atribuição de um resultado a um autor, era estabelecido um vínculo entre um comportamento e esse resultado, com isso, a relação de causalidade se pautava em um conceito muito amplo de causa.

São esses e outros conceitos, que em momento posterior, na história do Direito Penal, foram sendo esmiuçados, modificados, e conseqüentemente, ultrapassados pelas teorias e sistemas posteriores. Porém, não esquecidos ou desprezados, pela grande significância de seus escritos, dando ensejo também, hodiernamente, a moderna teoria da imputação objetiva.

⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 19.

1.2 Neokantismo Penal e o Finalismo

O conceito clássico de ação já havia recebido uma versão valorativa, de cunho neokantiano⁹ no fim do século XIX, tendo como principais representantes Rudolf Stammler e Gustav Radbruch¹⁰.

O pensamento filosófico do neokantismo penal, surge como uma reação contra a mentalidade positivista, propondo um conceito que supervalorizava o *dever ser*, através de introduções denominadas “ciências do espírito”.

Dessa forma, a *ação* deveria submeter-se aos juízos de valoração, sendo representada como *comportamento humano*, evoluindo em relação ao conceito de ser apenas um comportamento corporal voluntário.

O intuito desse pensamento não era de ser necessariamente uma negação ao positivismo, mas sim permitir a análise no propósito de graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida.

A Ciência do Direito preocupa-se com o fim, e não com as causas. O Direito em si, é uma realidade cultural, ou seja, referida a valores.

O Direito pode ser injusto e o conteúdo não deixa de ser direito, na medida em que seu sentido vem a ser precisamente este: o de realizar o justo¹¹.

Segue, portanto, a relação entre juízos de existência (mundo do ser) e juízo de valor (mundo do dever-ser), sendo justamente a noção de valor que marca a diferença entre o método ontológico (ciências naturais) e o método axiológico (ciências jurídicas).¹²

⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* [parte general]. Buenos Aires: IB de f, 2004, p. 183.

¹⁰ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 70.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Aménio Amado, 1979, p. 45.

¹² PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 55.

Nesse conjunto de meios dispostos com referência aos valores, o tipo deixa de ser só causalidade, a ilicitude passa a ter uma concepção material, e a culpabilidade é revestida de juízo de reprovabilidade^{13 14}.

A mudança de pensamento mais importante realizada pelo neokantismo reside na relação tipo-antijuridicidade.

O tipo não é mais o elemento identificador da antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), mas seu fundamento (*ratio essendi*). (...). Esta compreensão conjunta da tipicidade e da antijuridicidade não possui efeitos em si malévolos, mas proporciona e dá base para que nela se inicie uma subjetivação do injusto, que já se havia feito com elementos subjetivos de justificação¹⁵.

Passou-se a defender uma concepção material de ilicitude, dado que o pensamento teleológico não se conciliava com uma concepção do tipo como mera descrição neutra do acontecer externo. O dolo e a culpa ficaram incluídos no plano sistemático da culpabilidade.

O autor de um injusto penal somente poderia ser censurado se, nas circunstancia em que praticara a conduta, era-lhe exigível comportamento conforme ao Direito (comportamento diverso), ou seja, foi elaborado e inserido a ideia de exigibilidade de conduta diversa.

Todavia, a transformação de um método naturalístico para um valorativo, sem se desvencilhar, ao mesmo tempo, do essencial do sistema clássico, poderiam nos levar a pensar que isso constitua um contexto adequado para a superação do dogma causal e a definição do nexo que deve unir ação e resultado a partir de considerações valorativas¹⁶.

E ainda, nesse sistema, não foi possível a compreensão de ação como expressão de sentido, especialmente em razão da conservação do conceito mecanicista de ação e da simples justaposição da antijuridicidade material à culpabilidade material.

¹³ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 29.

¹⁴ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 70.

¹⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 137.

¹⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 14.

Intacto ficou o problema fundamental, que é o conceito estrito de delito do positivismo, não passando, assim, de uma teoria complementar dele. Não se modificou o objeto, tão-somente se acrescentou o sujeito ao conceito de realidade cognoscível pela ciência jurídica¹⁷.

Com o advento do **conceito finalista de ação**, opera-se uma mudança metodológica decisiva, desencadeando uma nova fase filosófica, repercutindo, principalmente, após a 2ª Grande Guerra, com grande acolhida no Brasil, compartilhando de seus ideais ilustres penalistas, como Heleno Cláudio Fragoso, René Ariel Dotti, Francisco de Assis Toledo, Damásio E. de Jesus, Cezar Roberto Bittencourt, Julio Fabbrini Mirabete, Miguel Reale Junor, Fernando Capez, dentre outros.

Teve origem na filosofia de Nicolai Hartmann e Honigswald, e as colocações de Von Weber e Graf Zu Dhona. Porém, o mais extremado criador e precursor, foi o jusfilósofo e penalista alemão Hans Welzel, que por volta do ano de 1930, desenvolveu e constituiu uma reação lógica contra os errôneos postulados anteriores.

O principal questionamento de Welzel aos neokantianos foi a centralidade dos argumentos metodológicos subjetivistas, cujo caráter valorativo de um fato seria buscado pelos homens.¹⁸

Welzel não propunha uma negação a dimensão valorativa de um fato, mas que a subjetividade era inerente ao próprio fato, e não decorrente de uma interpretação que lhe era atribuída.

Sugere que a separação total entre o ontológico e o axiológico é contraditória e errônea. Elabora uma concepção própria do sistema jurídico-penal substituindo o pensamento abstrato e logicista das épocas anteriores.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 55.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo em Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>> Acessado em: 18 abr 2012, p. 18:5.

Para esse sistema, as regras do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente, tendo como ponto de partida a concepção do homem como ser livre e responsável pelos seus atos.

A vida em sociedade é estruturada sobre a atividade finalista de seus membros, podendo o homem apresentar considerações a objetos futuros, escolhendo os meios necessários para a sua obtenção, colocando-os em prática.

Já que são ações finalistas que estruturam a vida da comunidade, assim também são intencionais e dirigidas a um fim as que a lesionam.¹⁹

A ação seria o exercício de uma atividade final, orientada pela finalidade, e a vontade o elemento impulsionador dessa finalidade, e conseqüentemente, essa vontade, parte integrante da conduta.

Por essa visão, a ação, centro da análise do crime, exige o conhecimento prévio do seu desvalor, dirigido a um fim típico, que é o desvalor do resultado.²⁰

A denominação *finalismo* para esse sistema, não poderia ser outra, uma vez que o seu eixo central, é cravado no comportamento humano, consciente e voluntário, doloso ou culposo, dirigido a um fim. Além do que, o ordenamento jurídico só pode proibir ou ordenar condutas humanas finais.

Importante salientar que o finalismo não rebaixou as proposições precedentes, ao contrário, as preservou, a elas adicionando a marca da finalidade, produzindo efeitos, ainda, na estrutura do tipo, na ilicitude e na culpabilidade.

O dolo e culpa, que antes residia na esfera da culpabilidade, passa a integrar a conduta, e conseqüentemente no fato típico. Com a ausência do dolo ou da culpa, ensejaria a atipicidade da conduta, ou seja, o fato perderia sua natureza típica.

¹⁹ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 76.

²⁰ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 31.

O atual Código Penal Brasileiro, mesmo com as mudanças da Lei 7.209/84, manifesta sua predileção ao finalismo penal²¹. A ausência do dolo acarreta exclusão do fato típico, pois o dolo está enraizado na conduta do agente.

Como requisito da culpabilidade, temos agora a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, e pode ser resumida como o juízo de reprovação pessoal levantado contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito.²²

O nexu causal, vincula ação e resultado, dado a estrutura ontológica da finalidade, ou seja, um resultado será imputável a um autor quando considerado o produto de sua vontade.

Nos delitos culposos, nos quais não há vontade de realização das elementares da figura típica, grande parte da doutrina considera ser o tipo composto somente do aspecto objetivo, não tendo que se falar em tipo subjetivo. O tipo esgota-se em uma ação que contrarie as normas de cuidado.

Quem tem habilidade para executar uma ação, deve executá-la adequadamente, caso contrário, para verificar se essa ação é típica no sentido de crime culposos, verifica-se a inobservância do cuidado objetivo, pertencente ao injusto dos delitos culposos.

Em razão da ampla divulgação e dos adeptos angariados pelo mundo, o finalismo recebeu conhecidas críticas, em especial sob o aspecto da impossibilidade de se abranger todas as formas do atuar penalmente relevante, e também com relação a ação culposa, nunca bem esclarecida por essa corrente.

²¹ Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal, art. 20, *caput*: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.”.

²² BITTENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Munõz. Teoria Geral do Delito. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 170.

Welzel, na última etapa de seus estudos, vislumbrou, ainda que superficialmente, substituir a teoria finalista por uma outra, denominada cibernética²³, na qual a ação culposa seria governada pela vontade.

De toda sorte, são as contribuições do finalismo, que podem ser consideradas essenciais para que surgisse a moderna teoria da imputação objetiva.

A primeira delas foi entender o ilícito como contrariedade a uma norma de determinação; a segunda, a ela correlacionada, foi sublinhar a presença de um desvalor da ação como peça chave de todos os ilícitos; a terceira foi a consequente valorização da perspectiva ex ante no juízo de ilicitude.²⁴

1.3 Funcionalismo Penal e seu vínculo com a teoria da imputação objetiva

A partir de premissas extraídas e ofertadas pelas diversas construções filosóficas, conforme breve evolução da teoria do delito, verifica-se que a Ciência Penal formula seus fundamentos e edifica as categorias do sistema penal.

Daí que se afirma que o funcionalismo é um ramo da Antropologia e das Ciências Sociais, visando demonstrar a existência de um sistema que possui uma interdependência, e não apenas pretendendo explicar o sistema jurídico, mas levantar a discussão sobre uma análise global de todo o sistema social.

O objeto do sistema social é evidentemente a ação humana.²⁵

Para o funcionalismo, se torna determinante a mediação linguística na construção de conceitos sociais para estruturação do Direito penal, ao passo que para o finalismo, era fundamental a compreensão ontológica de determinados conceitos.

²³ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 200.

²⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 39.

²⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64.

Émile Durkheim, à quem se associa essa visão social, dizia que uma sociedade normal deve ter em seu meio o crime, desde que não hajam excessos em quantidade e qualidade.²⁶

No sistema Liszt/Beling, com a concepção clássica de delito, o fundamento jurídico era o positivismo jurídico. O neokantismo penal fundamentou a concepção neoclássica do delito. No finalismo, ou sistema finalista de ação, fora desenvolvido um conceito ontológico-valorativo (estruturas lógico-objetivas).

São duas as vertentes do funcionalismo, a primeira de Talcott Parsons, denominada de funcionalismo teleológico, ou moderado, ao qual pretende uma tutela de bens jurídicos; e a segunda de Niklas Luhmann, chamada de funcionalismo estratégico, ou radical, que busca conciliar lógica material e razão prática.

Criou suas estruturas, também na Alemanha, a partir de 1970, com uma forte revolução entre os penalistas, pretendendo abandonar o tecnicismo jurídico, e dando enfoque, principalmente, ao instrumento a que se destina, ou seja, para garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos subsistemas.

Pretendia-se possibilitar ao tipo penal desempenhar sua efetiva função de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal, através da conjugação com outras ciências, como a Sociologia, Filosofia, Psicologia, Criminologia, recepcionando os avanços científicos dessas, seguindo na direção das mudanças sociais atuais.

O funcionalismo penal ao conceber o Direito como regulador da sociedade e acreditando na capacidade motivadora da norma, tem um marco delimitador das expectativas normativas de conduta, vinculando-se à **teoria da imputação objetiva**, pois reflete, no âmbito do injusto, suas bases e fundamentos.

Com efeito, sustenta-se o funcionalismo, com os fins do Direito Penal, sendo sua tarefa primordial, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade, sem seguir

²⁶ BRAGA JUNIOR, Américo. Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. Belo Horizonte: Jus Editora, 2010, p. 39.

fielmente as normas positivadas, mas também, não as desprezando-as, muito pelo contrário, afirmando-as para um fim geral.

É essa a moderna orientação penal, cada vez mais difundida pela doutrina, cada vez mais discutida e aceita, tendo duas concepções: a) o funcionalismo teleológico/moderado guiado por Claus Roxin, voltado para proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, utilizando como ferramenta a política criminal; e b) o funcionalismo estratégico/radical, que encontra em Günther Jakobs seu maior defensor, preocupado principalmente com a manutenção do sistema normativo, no sentido da revitalização da norma através da imposição da pena.

1.3.1 Funcionalismo teleológico/moderado de Claus Roxin

Teve como origem a teoria estrutural-funcional elaborada por Talcott Parsons, que é na essência uma teoria estruturalista, e influenciada por diversas correntes, desde Durkheim, Spencer, Malinowski, Freud e Max Weber até o positivismo²⁷.

A formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias, devendo guiar-se única e exclusivamente pelas finalidades do Direito Penal²⁸.

Roxin parte de um ponto de vista teleológico do Direito Penal, perseguindo uma unidade sistêmica de política criminal, inclusive, fora sua monografia intitulada *Política criminal e sistema de direito penal* que alcançou amplo destaque a partir de sua publicação em 1970.

O objetivo do funcionalismo moderado é o de superar o dualismo metodológico de Liszt, pois fomenta que falta uma comunicação necessária entre a dogmática e a política criminal.

²⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 66.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte Geral. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Civitas, 2006. t. I, p. 203.

Visando superar as visões ontológicas do causalismo e do finalismo, chama a atenção para uma construção dogmática a serviço da resolução dos problemas que apresentam a realidade da vida social.

Cada parte da sociedade possui suas próprias funções, trabalhando em conjunto para promover a estabilidade social²⁹, e a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, até o ponto em que todas as medidas políticas-sociais se esgotem.

As intervenções jurídico-penais só são necessárias quando a vida em comunidade pacífica, não possa ser alcançada por outros meios mais leves.

Para ele, a finalidade do Direito Penal deve ser a proteção dos bens jurídicos, limitando a atuação do legislador, através da inadmissibilidade de normas jurídico-penais que atentam contra os direitos fundamentais ou os direitos humanos.

Trata ainda dos simples atentados contra a moral, que não são suficientes para justificar uma norma penal, bem como, que a pura translação da lei não fundamenta um bem jurídico.

O tipo objetivo não pode ser mitigado no simples liame de condições entre comportamento e resultado, então introduziu o conceito de **imputação objetiva** no campo da tipicidade, bem diferente dos sistemas anteriores, que reduziam a uma questão de relação de causalidade.

O conceito de Roxin utiliza como critério decisivo de imputação do resultado a regra em virtude da qual se examina a criação, por meio da ação, de um **risco não permitido** dentro do fim de proteção da norma³⁰.

²⁹ BRAGA JUNIOR, Américo. Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010, p. 41.

³⁰ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 74.

A ilicitude é concebida como uma espécie de elemento negativo do tipo, e a culpabilidade como necessidade da pena de finalidade preventiva, privilegiando, contudo, um sistema bipartido de delito.

No tocante a pena, para o funcionalismo moderado, serve ela como valor basilar, sendo formalizada tendo em vista suas consequências e os fins desta, desenvolvendo uma concepção preventiva geral positiva.

As ideias de Claus Roxin estabelecem bases na conjectura de que o intuito da sanção criminal é proteger os bens jurídicos mais apreciados à sociedade, tendo como encargo a prevenção geral e especial, não concedendo legitimidade à função retributiva da pena.

Entende serem esses os métodos mais próximos à vida, equitativo e flexível, ao revés de um sistema determinado com base em definições pragmáticas, e por ser aberto a novos fatos, não deixa casos sem solução jurídica³¹.

1.3.2 Funcionalismo estratégico/radical de Günther Jakobs

É também conhecido como funcionalismo sistêmico, normativista, teve suas origens na teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann, que afirmava que o sistema jurídico é um subsistema do sistema global.

..., como nos contam os primeiros dois capítulos do Gênesis, foi essa mesma norma imediatamente violada, e Adão, quando lhe pediram explicações, declarou numa mistura de relato e defesa: “A mulher que me deste como companheira me deu da árvore, e eu comi”.³²

Esse é um dos exemplos dos estudos de Günther Jakobs, o principal referencial do funcionalismo estratégico, e tem como escopo primordial a reafirmação da norma, buscando assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários.

³¹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 255.

³² JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 13.

Desenvolve sua base, afirmando que o Direito Penal está fixado pela função que preenche no sistema social, inclusive sendo reputado como um sistema autônomo e autorreferente, dentro do sistema mais amplo da sociedade, também tendo suas regras próprias e a elas se submetendo.

Prega um método que busca a superação do finalismo e as estruturas lógico-objetivas de Hans Welzel, que aliás foi seu mestre, reconhecendo correto o que fora afirmado por ele, porém com uma mudança de enfoque metodológico, que parte da missão do Direito Penal e não dá essência aos objetos da dogmática.

Nesse sentido, o Direito Penal é o instrumento apropriado para garantir a funcionalidade de determinada sociedade, e esta funcionalidade só será garantida se as normas forem respeitadas³³, bem como que a vigência da norma deve ser encarada como um bem jurídico-penal.

Destaque-se que, pretende Jakobs declarar a norma como bem jurídico-penal, e não a norma como protetora de bens jurídicos, tendo maior afirmação da validade das normas como o mais importante fim do Direito Penal.

Aponta também no sentido de revivescer a norma através da imposição da pena, ou seja, a pena exercendo o papel de manifestar aos membros da sociedade a vigência da norma infringida, incitando sua convicção em relação a sua execução, robustecendo as expectativas sociais e, logicamente, estabilizando a ordem normativa.

Dentro de um sistema social, são imensas as possibilidades do agir humano, são inúmeras as proposições que podem atingir, e se intensificam com o grau de complexidade da sociedade.

Cada pessoa, geradora de expectativas nas outras pessoas, é portadora de certos papéis sociais, que é o que se espera no cumprimento de seus papéis.

³³ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 140.

É bastante certo que a imputação como forma se reconduz aos inícios da cultura humana – como demonstra o intento de Adão de defender-se –, mas seu conteúdo depende do correspondente contexto social,...³⁴.

Um motorista de um taxi que assumi levar um passageiro, deve ocupar-se levar e sem pôr em perigo o cliente; de um pedestre espera-se que não se atire diante de um veículo em movimento; um alimento que alguém serviu não deve estar em mau estado; etc. Esse é um esboço do traslado da ideia do comportamento social, como comportamento vinculado a papéis.

Existem ainda as pessoas que detém um papel especial, como por exemplo, a mãe, pai, tutor, médico, funcionário público, etc., ante aos papéis gerais e comuns anteriormente citados, porém com o mesmo fundamento de responsabilidade desses papéis sociais.

Quando ocorre a quebra dessa responsabilidade, quando descumpre sua função na sociedade, deve ser eficazmente punido, ou seja, na transgressão, a sanção é a reação que se mostra para sustentar a credibilidade do sistema normativo, mesmo porque a autoridade da lei penal somente é obtida com sua rígida e constante aplicação³⁵.

Importante salientar ainda, que Günther Jakobs desenvolveu a teoria do direito penal do inimigo, ao qual tem total correlação com o funcionalismo estratégico/radical defendido por ele, sendo a chave mestra para o seu desenvolvimento.

³⁴ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

³⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. P. 167.

CAPÍTULO II

Relação de causalidade e suas teorias

2.1 Introdução

O objeto desse estudo centra-se exatamente aqui, na relação de causalidade, que é o vínculo existente entre a conduta praticada pelo autor e o resultado por ele produzido, é o liame que une a conduta ao resultado, também chamado de nexa causal.

Nem todos os crimes apresentam um resultado naturalístico, uma alteração no mundo físico, como é o caso dos crimes formais³⁶ e os crimes de mera conduta³⁷, mas, em face da concepção normativa, o resultado se identifica com a ofensa ao interesse tutelado pela norma penal, não há crime sem resultado (jurídico).

Isso ocorre por conta da teoria normativa, pois todo o delito produz dano ou perigo de dano a um bem jurídico que ou é causado pela conduta, ou coincide cronologicamente com ela³⁸.

Destarte, para a relação de causalidade, apenas os crimes materiais³⁹ interessa, pois o tipo penal descreve uma conduta e um resultado naturalístico, exigindo a produção desse último para a consumação, entrando em cena o nexa causal, ligando a conduta ao resultado.

Contextualizando o tema, são quatro os elementos do fato típico para os crimes materiais consumados: conduta, resultado, relação de causalidade e tipicidade. Já para os crimes tentados, formais e materiais, os elementos do fato típico, são apenas a conduta e a tipicidade.

³⁶ Crimes formais são aqueles em que o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para consumação do delito, bastando a conduta do agente. Exemplo: difamação (art. 139 do Código Penal).

³⁷ Crimes de mera conduta são aqueles em que o legislador só descreve o comportamento do agente, sem referência a qualquer modificação no mundo exterior. Exemplo: violação de domicílio (art. 150 do Código Penal).

³⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 1. Parte geral*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

³⁹ Crimes materiais são aqueles em que o tipo penal aloja em seu interior uma conduta e um resultado, e exige a sua produção. Exemplo: homicídio (art. 121 do Código Penal).

Ao longo da história foram surgindo as mais diversas teorias para explicar a relação de causalidade, sempre no sentido de obter um fundamento e uma justificação que verifica se um resultado é consequência de uma dada ação.

A relevância dessa disciplina – e desse estudo – é evidente, pois é através dela que se chega a responsabilidade pessoal do agente, de modo que se possa atribuir-lhe, como obra sua, o resultado penalmente significativo.

A essa atribuição do resultado ao agente denomina-se “imputação objetiva”. Imputar, portanto, significa atribuir a alguém, como seu, um determinado fato⁴⁰.

Durante o positivismo penal, o juízo de imputação era puramente físico, bastando a simples comprovação do nexos causal entre o ato e o resultado. No finalismo de Welzel a imputação típica voltou-se, também, para um aspecto subjetivo.

Porém, nenhuma dessas teorias criadas ao longo desses anos conseguiu satisfazer todos os casos de interesse do Direito Penal atual, motivo pelo qual tem determinado a busca de sua complementação através da moderna teoria da imputação objetiva.

Importante é a análise dessas teorias, e numa visão panorâmica, compara-las, bem como abrir à discussão para as questões teóricas e práticas que afloram no mundo do Direito Penal e que necessitam de respostas convincentes diante da nova sociedade complexa que ele serve⁴¹.

Cabe lembrar que o presente estudo não se voltará para o estudo das concausas (causas absolutamente independente ou relativamente independentes, nem seus subitens, preexistentes, concomitantes ou supervenientes), da omissão penalmente relevante, e nem da dupla causalidade, pois trata do tema específico da superveniência causal, saindo fora do foco central deste.

⁴⁰ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 11.

⁴¹ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 95.

2.2 Teoria da Equivalência dos Antecedentes

Essa teoria originou-se nas ideias de Julius Glaser no ano de 1858⁴², mas desenvolvida por Maximilian von Buri e John Stuart Mill em 1873, pretendendo demonstrar a possibilidade de se detectar o nexo causal por meio de um exercício mental em que se suprimido o acontecimento, subsiste ou não o resultado.

A teoria da equivalência dos antecedentes também é chamada de teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples, teoria da condição generalizadora, e mais conhecida pelo nome de teoria da *conditio sine qua non*.

Para saber se uma ação é causa do resultado basta, mentalmente, excluí-la da série causal, e verificar se com essa exclusão o resultado teria deixado de ocorrer.

Emprega-se, nesse caso, o “processo hipotético de eliminação”, que foi desenvolvido pelo sueco Thyrén em 1894, segundo o qual a mente humana julga que um acontecimento é condição de outro acontecimento, toda vez que, eliminando mentalmente o primeiro, resultaria impossível acontecer o segundo.

Esse simples exercício de imaginação, também denominado *juízo hipotético de eliminação*, ou ainda *supressão causal hipotética*, é o procedimento adotado para verificar se aquela situação antecedente é considerada causa ou não do resultado.

Olhando para o fato como um todo, deve-se questionar: se aquela ação (ou omissão) não tivesse ocorrido, mesmo assim o resultado seria produzido? Se a resposta for positiva, não se tem uma relação entre um episódio e outro, não podendo ser considerada uma causa. E se a resposta for negativa, ou seja, sem a ação impossível o resultado, então estaremos diante de um ação que deu causa ao resultado, existindo relação de dependência entre tal situação antecedente (ação) e efeito posteriormente ocorrido (resultado).

⁴² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 61.

Por uma razão lógica, a teoria da *conditio sine qua non*, possibilita a regressão ao infinito, com relação as causas que possibilitam a realização de um certo resultado, pois todos os agentes das condições antecedentes responderiam por um suposto crime.

Essa teoria é combatida porque supõe uma extensão excessiva do conceito de causa, extensão que conduz a resultados contrários as exigências do Direito e ao sentimento de justiça⁴³.

Como exemplo clássico da severa crítica que se faz a respeito da extensão dessa teoria, consideremos um homicida que, com um tiro de revolver, mata alguém, nesse caso, quem vendeu a arma também deu causa ao resultado morte, e mais remotamente, o fabricante da arma pode ser igualmente responsabilizado, pois sem ele o resultado não teria ocorrido.

Sobre essa constatação, de levar ao infinito a relação de causalidade, será melhor analisada no item 3.2, e para o momento, cumpre salientar que o nosso Código Penal vigente, acolheu como regra a teoria da equivalência dos antecedentes, como se depara em seu art. 13, vejamos:

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.⁴⁴

Temos então que *causa* é todo o comportamento humano, comissivo ou omissivo, de que qualquer modo concorreu para a produção do resultado naturalístico, bastando apenas que tenha contribuído para o resultado, não importando o grau de contribuição.

Se impossível quantificar de que modo e com que grau de intensidade tenha influído cada uma das condições para sua produção, chega-se a conclusão de que *todas as condições são equivalentes entre si* e, em consequência, qualquer condição considerada é indispensável, sendo esse o motivo do nome dado para essa teoria.

⁴³ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Parte general. Trad. Juan del Rosal e Ángel Tório. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960, p. 178.

⁴⁴ Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal, art. 13, *caput*.

A aferição da qualidade de *causa* de um comportamento em relação a um evento, através desse método nitidamente mecanicista, fora também traçada por Hans Welzel.

Causa é toda condição que, suprimida mentalmente, tem por efeito que o resultado (em forma concreta) não se produza; “*conditio sine qua non*”⁴⁵.

Se o tipo descreve a conduta de forma toda particular, causa do evento é a própria conduta do sujeito, não havendo diferença entre causa e condição, que é o fator que autoriza a causa, nem difere de ocasião, que é estímulo favorável à produção da causa.

2.3 Teoria da Causalidade Adequada

Ao lado da teoria da equivalência dos antecedentes, temos a teoria da causalidade adequada, elaborada pelo médico e filósofo alemão Joannes von Kries (1853-1928)⁴⁶, e de origem histórica em Ludwig von Bar, que em 1871, dentro de sua monografia sobre participação, sistematizou e denominou como “regras da vida”, atribuindo também regras da moral, do costume, etc.

Também é chamada de teoria da condição qualificada, ou teoria individualizadora, e esboça suas linhas no sentido de que um resultado somente poderá ser considerado causado por um comportamento humano quando estiver sido idôneo à sua produção⁴⁷.

Nesse contexto, causa é o antecedente adequado, e não só necessário, à produção do resultado, ou seja, para que seja atribuído um resultado a alguém, é necessário que ela realize uma atividade adequada, além de praticar um antecedente indispensável.

A condição que habitualmente produz um resultado, que possui idoneidade para provocá-lo, é adequada a essa condição, ficando excluído todo e qualquer acontecimento causal completamente extraordinário.

⁴⁵ WELZEL, Hans. *Direito penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 86.

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal* [parte geral]. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã. Madrid: Civitas, 2001, p. 359.

⁴⁷ REALE JR., Miguel. *Parte Geral do Código Penal: Nova Interpretação*. São Paulo: RT, 1988, p. 31.

Conduta adequada é considerada quando é idônea a gerar o efeito, sendo que a idoneidade é baseada na regularidade estatística, concluindo-se que essa conduta adequada funda-se no *id quod plerumque accidit*, não sendo levadas em conta todas as circunstâncias necessárias. Exclui-se os acontecimentos fortuitos, excepcionais, anormais.

A idoneidade tem de ser aferida da experiência comum, segundo o que costuma suceder, em fase das relações de causalidade próprias do mundo natural, não bastando que contribua de qualquer modo para o resultado, a contribuição tem de ser mais que isso, deve ser eficaz.

A aferição da adequação causal da ação é formulada mediante um juízo *ex ante* póstumo, denominado prognóstico objetivo posterior⁴⁸. Melhor explicando, o juízo de adequação causal é realizado através de uma transmutação ao momento em que ocorreu a ação, avaliando a idoneidade e a possibilidade objetiva da ação, segundo as leis da causalidade natural.

Não poderíamos deixar de colacionar aquele clássico exemplo, sempre lembrado nas primeiras aulas da graduação: A atira em B, e apenas o fere levemente. Quando colocado numa ambulância, o carro se desgoverna causando um acidente, vindo a matar B.

Definitivamente, a morte de B não pode ser imputado a A, uma vez que, lesões de natureza leve, não são aptas, ou melhor, não são adequadas à produção do resultado morte.

Essa teoria também surgiu com o intuito de superar a teoria da equivalência dos antecedentes, principalmente com relação ao *regressus ad infinitum* comentado no item anterior, passando os doutrinadores a determinar os limites de seu alcance, pois no exemplo anterior, ao aplicar a *conditio sine qua non*, a errônea conclusão é que A seja responsabilizado, pois foi por conta do tiro, que B foi conduzindo pela ambulância desgovernada, vindo a óbito pelo acidente.

⁴⁸ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17.

A teoria da adequação não substitui a da equivalência, apenas suprime a equivalência de todas as condições⁴⁹.

O nosso Código Penal, afim de resolver essa questão, também adotou a teoria da causalidade adequada, de forma excepcional, sendo regra a teoria da equivalência dos antecedentes, e exceção a teoria da causalidade adequada.

§ 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.⁵⁰

Agora, *causa* não é mais o acontecimento que de qualquer modo concorre para o resultado, ao contrário, passa a ser *causa* apenas a conduta idônea – com base em um juízo estatístico e nas regras de experiência (*id quod plerumque accidit*) -, a provocar a produção do resultado naturalístico, não bastando qualquer contribuição, mas sim uma contribuição adequada⁵¹.

A superveniência causal é um tema do desdobramento sobre as concausas, o que não é o objeto dessa pesquisa, guardando sua relevância apenas quando se trata da análise específica do parágrafo supracitado, nosso enfoque é sobre a teoria em seu estágio maior.

Ante ao exposto, Claus Roxin afirma, assim como outros autores, que essa teoria não seria uma teoria causal, mas sim uma teoria da imputação, e também insuficiente por não atender a todos os critérios⁵².

Entretanto, existem pontos positivos da teoria da causalidade adequada, uma porque impôs limites ao regresso ao infinito que a teoria da *conditio sine qua non* omitiu, e outra porque permitiu a necessidade de aplicar critérios normativos de imputação.

2.4 Teoria da relevância jurídica

⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 238.

⁵⁰ Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal, art. 13, § 1º.

⁵¹ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 214 e ss.

⁵² ROXIN, Claus. *Derecho penal [parte geral]*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã. Madrid: Civitas, 2001, p. 360 e ss.

Foi desenvolvida por Edmund Mezger em 1921 e proposta, primeiramente, por Müller. Contestando a doutrina, tinha o anseio de mostrar, ser o conceito de causalidade um conceito lógico, e não uma criação jurídica.

Também chamada de teoria tipicamente relevante, estabeleceu que a causalidade jurídica, não pode ser confundida, não se esgota na mera causalidade física, devendo esta, para configurar aquela, se apresentar como causa juridicamente relevante⁵³.

Foi baseada nos princípios da adequação e numa interpretação conforme ao sentido dos tipos legais, tendo a ideia de que a relação causal, por si só, não pode fundamentar a responsabilidade pelo resultado, sendo necessária, a relação jurídico-penal do nexo condicional.

Não obstante, importante se faz lembrar que a teoria da relevância jurídica não é aplicada no Código Penal brasileiro vigente, e por esse motivo, a doutrina nacional pouco fala ou nada traz em suas páginas sobre o assunto, sendo restrito a sua divulgação.

Essa teoria procura separar os processos causais atípicos, utilizando a tipicidade como elemento balizador⁵⁴, o que não significa apartar a causalidade jurídica da causalidade física, mas acrescentar a esta, para fins de imputação típica, dados normativos que traduzam a relevância jurídico-penal sob a perspectiva do bem jurídico lesionado⁵⁵.

A teoria da relevância aspira uma responsabilização penal baseada nos princípios da adequação e numa interpretação conforme ao sentido dos tipos legais⁵⁶. A causa nessa teoria é concebida como evento em que o nexo causal é relevante para o tipo.

Sua concepção não despreza por completo as teorias anteriores, equivalência dos antecedentes e causalidade adequada, pelo contrário, as utiliza, na resolução da causa a

⁵³ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

⁵⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – parte geral*. Vol. I, T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 1992, p. 644.

⁵⁵ MOURULLO, Gonzalo Rodrigues. *Derecho Penal: Parte General*. Madri: Civitas, 1978, p. 301.

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal* [parte geral]. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã. Madrid: Civitas, 2001, p. 362.

ser posta frente ao resultado, e através da reflexão sugerida, atinja um estágio de coerência entre ambas.

O fato de as condições serem equivalentes, no sentido de poderem ser consideradas causas, não significa sejam elas equivalentes no sentido jurídico. O que implica dizer que nem todas podem fundamentar a responsabilidade penal⁵⁷.

Para seu criador, a teoria da adequação é uma teoria de responsabilidade, ou dito de melhor maneira, uma teoria de relevância jurídica, porém, por ter tomado rumo com base na tipicidade, a teoria da relevância é criticada por apresentar os mesmos problemas do alicerce em que se ergue, o será abordado e discutido mais adiante nesse trabalho.

2.5 Outras teorias

Durante o lapso temporal existente entre o positivismo e o funcionalismo, diversas teorias tentaram explicar, em um contexto jurídico-penal, a relação de causalidade entre o infrator e o resultado.

Na doutrina, as teorias mais discutidas são as teorias aqui apresentadas, ou seja, a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada, e a teoria da relevância jurídica.

Até porque, guardam elas, extrema relevância com o texto legislativo atual, sendo as mais debatidas, pois vingaram no sentido prático, sendo utilizadas, como vimos, e também porque elaboraram critérios para a imputação do resultado adequados às nossas realidades social e jurídica.

Essas outras teorias que surgiram, também para explicar a relação de causalidade, merecem ao menos serem citadas, pois de uma forma ou de outra, contribuíram e deram desenvolvimento a teoria da imputação objetiva.

⁵⁷ AGUADO, Paz Mercedes de la Cuesta. *Tipicidad e imputacion objetiva*. Buenos Aires: Cuyo, 1998, p. 133.

Uma delas é a teoria da condição mais eficaz, organizada por Birkmeyer, a qual atribui valores numéricos às causas que contribuíram com o resultado. Elege a causa de maior valor, a que é mais eficaz, para atribuir-lhe o evento.

Na Itália, surge a teoria da causa eficiente ordenada por Vincenzo Manzini. Diferencia causa de condição e ocasião, pois a mudança no mundo físico é diferente da condição anterior, requerendo diversas condições, positivas e negativas, para se chegar a um resultado.

Também surgiu a teoria da causa próxima, apadrinhada por Ortmann, ao qual outorga o caráter de causa à última condição, ou seja, a mais próxima do resultado.

Temos ainda a teoria do equilíbrio de Karl Binding, a teoria da adequação ao tipo de Ernest von Beling, teoria da ação humana de Sebastian Soler, dentre outras que guarda, cada uma, dentro de sua proporção, uma ou outra contribuição até os dias atuais, o que faz chegar ao tema aqui proposto.

CAPÍTULO III

Relação de causalidade e imputação objetiva

3.1 Considerações iniciais

A teoria clássica, do positivismo e do neokantismo, sofreram inalteráveis abalos a partir de 1930 com a obra de Welzel e sua teoria finalista, propondo o conceito analítico de crime, entendido como a conduta típica, antijurídica e culpável.

Dentro da proposta do finalismo, todas as teses causas criadas desde 1818, quando a concepção de imputação ficou atrelada à culpabilidade, até a teoria da relevância jurídica do início do século XX, não conseguiram dar respostas satisfatórias às complexas situações jurídico-penais concretas⁵⁸, dentro do complexo ambiente social em que vivemos.

Até mesmo as três teorias mais importantes sobre a causalidade, equivalência dos antecedentes, causalidade adequada e relevância jurídica sofreram críticas por não atingirem com perfeição o objetivo esperado.

Apesar de serem adotadas pelo Código Penal, não acharam uma solução para a relação de causalidade. Nem mesmo as outras diversas teorias criadas, o que justifica a ânsia e empenho dos doutrinadores em fazer surgir um remédio capaz achar a resposta satisfatória a essa questão.

O nexo de causalidade, independentemente da teoria em que se funde, não passa de um instrumento para se responder à questão crucial, consistente em saber quais são os critérios adequados para a imputação, ou seja, sobre quais bases deve-se erguer o aspecto objetivo do crime⁵⁹.

Pode ser que nunca consigamos resolver o problema da causalidade, e se resolvido ficar, teremos o acesso à explicação de toda a natureza, de todos os ramos do saber

⁵⁸ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 112.

⁵⁹ LIMA, André Estefam Araújo. *Nexo de causalidade: o art. 13 do CP e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Dissertação de Mestrado da PUC/SP, 2008, p. 58.

que pesquisam as leis de causa e efeito. Isso permite que a discussão prossiga, deixando caminhos abertos para novas proposições⁶⁰.

Diversas foram as críticas para todas as teorias criadas. A preocupação errônea com a autoria de uma, a falta de graduação dos valores numéricos entabulada por outra, por não atender aos casos em que se interpõe uma conduta entre a ação do sujeito e o resultado produzido, quando não verificado que nem sempre é a última condição que é a verdadeira causante do fato, ou ainda por ampliar demasiadamente o poder causal do homem diante do cego causalismo natural, etc.

Todas essas críticas, apontadas para as teorias sobre a relação de causalidade, como nos exemplos acima, fez despertar, mais e mais, o ensejo para uma nova perspectiva sobre o assunto. Daí que se pode falar que foram essas críticas, o maior motivo para evolução doutrinária, até o estágio atual da imputação objetiva a respeito da relação de causalidade.

As mais rechaçadas são as três mais comentadas, ao qual passamos a descrever, respectivamente, as críticas a elas apontadas.

3.2 Defeitos da *Conditio Sine Qua Non*

Como anteriormente pontuado, a teoria da equivalência dos antecedentes, ou equivalência das condições, ou *conditio sine qua non*, sofreu a mais contundente crítica com relação a possibilidade que se abre de um regresso ao infinito das oportunidades em que se examina a relação da causalidade de certo acontecimento⁶¹.

v.g., podemos observar que, ao eliminarmos do curso causal a fabricação da arma usada num homicídio, o resultado morte não ocorreria, da mesma forma que, caso a mãe do homicida não o tivesse gerado, o crime de homicídio jamais haveria ocorrido, como, enfim, se Adão e Eva não tivessem cometido o pecado original, seria correto afirmar que nenhum crime haveria existido. Afinal, utilizando-se uma causalidade eminentemente naturalística e ampliando-se a simplória fórmula da eliminação hipotética, eliminando-se

⁶⁰ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 48.

⁶¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 14.

o pecado original, nenhum homem haveria surgido e, portanto, crime algum poderia ser cometido⁶².

Há uma enorme quantidade de causadores de um resultado, como se viu, mães, avós, bisavós, tataravós, Adão e Eva, o fabricante da arma, ou qualquer um que se envolveu sem saber da existência das pessoas, mas que se situam na condição essencial sem a qual não ocorreria o resultado.

Essa crítica, que pode ser considerada a principal, de ampliar demasiadamente o campo da responsabilização criminal por se basear em uma cadeia causal de proporções infinitas, é rebatida pelos seus defensores.

Dizem os adeptos, que na hipótese, a imputação do resultado às causas antecedentes sofreria limitação pela ausência de dolo⁶³, que não basta uma dependência física, exige-se a causalidade psíquica⁶⁴, o que parece inaceitável, pois nesse caso, o dolo situa-se como elemento da culpabilidade, conceito que há muito tempo é reprimido pela doutrina.

Essa severa crítica, com relação à sua extensão, onde todos os agentes das condições antecedentes respondem pelo crime, pois teriam contribuído materialmente para o evento, é objetada ainda em legislações que aceitam a responsabilidade objetiva adotando a equivalência dos antecedentes, sendo considerada perigosa⁶⁵.

De fato, o processo mental de exclusão hipotética da teoria da equivalência dos antecedentes, não permite estancar o questionamento sobre a causa do resultado, pois sempre existirá uma causa anterior geradora do resultado posterior.

Uma vez que sua aplicação implica em um *regressus ad infinitum*, a crítica acerca da amplitude da referida teoria, leva à seleção de todo o tipo de condições irrelevantes para o Direito Penal.

⁶² D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

⁶³ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15.

⁶⁴ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 210.

⁶⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 1. Parte geral*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

Em um acidente automobilístico imprudente, p. ex., em se levando em consideração essa teoria, é possível definir como causa não só a ação culposa de um dos motoristas, mas também os construtores da rodovia, os fabricantes do veículo, e todas as condições que, se fossem hipoteticamente retiradas da cadeia causal, fariam desaparecer o evento⁶⁶.

Outra contradição levantada em oposição a teoria da equivalência dos antecedentes é com relação ao conhecimento prévio da causa e efeito do agente.

Empregando o seu método, presume-se o conhecimento prévio da causa e efeito. Mas muitas causas são desconhecidas, e então esse método hipotético de eliminação torna-se completamente inútil.

Um caso muito utilizado como exemplo foi o ‘Processo de Contergan’ ocorrido na Alemanha, pois um sonífero consumido no período de gravidez teria ocasionado deformações físicas em inúmeros bebês. Como não se pode fazer experiências em laboratórios com gestantes para verificar o efeito do medicamento, surge uma impossibilidade de indicação da causalidade⁶⁷.

Fazendo a supressão mental, e questionar se em tal caso desapareceria o resultado, se já se soubesse antecipadamente que ele era capaz de produzi-lo, a pergunta torna-se totalmente descabida, não resolvendo o problema através da *conditio sine qua non*.

Formulada nestes termos, a teoria da equivalência é inútil, precisamente porque já traz pressuposto aquilo que com ela deveria determinar-se⁶⁸.

Existe uma impossibilidade de lidar com o tipo de situação chamada “causalidade hipotética”, que corresponde aos casos em que, ausente a conduta do agente, outra ação equivalente, no mesmo momento, teria sido praticada por pessoa diversa, p. ex., o soldado que se nega a executar um prisioneiro de guerra, tendo sido feito por outro soldado, por ordem de superior.

⁶⁶ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 99-100.

⁶⁷ DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 35.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 307.

Aplicando, ao pé da letra, a teoria da equivalência, através de sua fórmula hipotética, conduziria a uma conclusão absurda, uma vez a supressão mental da atuação não implicaria no desaparecimento do resultado, pois tão pouco a conduta da segunda pessoa, que substitui hipoteticamente a primeira seria causal, de forma que se chegaria a conclusão de que a morte da vítima se produziu sem nenhuma causa, ou ainda, a segunda pessoa atirou em um morto.

Sobre as bases da *conditio sine qua non*, teríamos que negar a condicionante do segundo soldado para a morte do prisioneiro, assim como a do primeiro soldado que não havia atirado, pois com ou sem eles a morte do prisioneiro ocorreria do mesmo jeito, não podendo ser reconduzida a comportamento algum o resultado.

É preciso observar que não se confunde a “causalidade hipotética” com situações em que há dúvida acerca da causalidade, uma vez que nestas a problemática encontra-se em determinar qual das explicações é hipotética.

Nesse mesmo ponto de partida, Jescheck afirma que a fórmula dessa teoria é mais um procedimento de verificação do que de busca⁶⁹, sendo que não atende no caso de não se ter desconfiança a respeito da ação causal a ser estimada.

Claus Roxin, crítico determinado da teoria da equivalência dos antecedentes, acrescenta mais alguns fatos, como na hipótese de alguém impedir que um bote ou um cachorro se dirijam até uma pessoa que está se afogando e vem a morrer⁷⁰.

É o caso do denominado “grupo de ações que interrompem cursos causais salvadores”, afinal o causador da morte no exemplo foi a água, sendo duvidoso como se pode fundamentar a causalidade do agente que impediu o bote ou o cachorro, dentro das concepções da teoria da equivalência.

⁶⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Konfino, 1947, p. 378.

⁷⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal* [parte geral]. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã. Madrid: Civitas, 2001, p. 358.

Outra ferrenha crítica dirigida a essa teoria ocorre quando a causalidade hipotética é alternativa, como seria no exemplo de duas pessoas atirarem ao mesmo tempo na vítima causando-lhe a morte, ou ainda aquele outro clássico exemplo, em que duas pessoas envenenam uma terceira, vindo esta a falecer em razão da intoxicação.

Ao extrair, *in natura*, a teoria da equivalência, chegaríamos a uma solução injusta, pois cada um, por si só causaria a morte do outro nos exemplos acima, respondendo todos os agentes. Essa conclusão é tirada ao se suprimir mentalmente um dos disparos, ou um dos venenos injetados, o resultado persistiria, logo não teríamos uma conclusão razoável para o caso.

Enfim, são essas as mais conhecidas críticas prescritas em desfavor da teoria da equivalência dos antecedentes, dentre várias outras que existem, e que sempre, ao fincar uma crítica vieram acompanhadas de novas ideias, com outras propostas e teorias, sempre no intuito de não apenas criticar sem trazer solução, de modo anarquista, mas sim em uma busca constante da melhor resposta a problemática da relação da causalidade.

3.3 Críticas à Teoria da Causalidade Adequada

A causa adequada é aferida de acordo com o juízo do homem médio e com a experiência comum.

Ora, essa teoria é criticada, primeiramente por valer-se do elemento subjetivo do agente, e por não oferecer, sob o ponto de vista normativo, critérios seguros para a fixação do adequado e do inadequado.

Em muitas oportunidades, para limitar a cadeia causal, a aplicação da causa adequada, é realizada dentro de um processo interno, de valores pessoais.

Por conta dessa disparidade, surgiram variantes da teoria da causalidade adequada. Uma delas, denominada de corrente objetiva, propõe que a análise do fato a ser

feita pelo juiz, deveria levar em conta apenas os conhecimentos do agente, caso se apresente como mais elevado ao do homem médio⁷¹.

A outra variante da causalidade adequada defende que os conhecimentos efetivos do autor, no momento do cometimento da ação, deveriam ser apurados por um perito, que em razão de sua experiência, formaria um parecer informando se o resultado do acontecimento é ou não uma consequência social de um homem médio⁷².

Contudo, apesar de apresentar essas variantes, que tentaram em verdade lapidar a originalmente formatada, também não superou as expectativas dos estudiosos, sendo alvo de críticas da mesma forma.

O caráter causal das ações inadequadas, bem como, a impossibilidade de se fixar critérios claros para a determinação do juízo de possibilidade são suas principais críticas, pois é impossível determinar o grau de possibilidade efetivo para gerar o resultado, bem como podemos considerar o nexo de causalidade envolvendo agente inferior ao homem médio.

Na prática, é bem difícil delimitar com rigor o grau de possibilidades que uma conduta requer para causar determinado resultado. Questiona-se sobre a necessidade de se examinar o que já aconteceu, como se ainda não tivesse acontecido⁷³.

Também merece reparos a causalidade adequada, quando, ao construir, para o Direito Penal, um conceito de *causa* completamente apartado do válido para as demais ciências⁷⁴.

Ao confundir-se com a culpabilidade, já que devem ser afastadas as ações consideradas não perigosas em relação ao resultado (segundo seus critérios), fica desconexa quando do exame sobre a adequabilidade no processo causal, pois tende a buscar se é idôneo para produzir o resultado na prática.

⁷¹ FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astra, 2002, p. 244.

⁷² FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astra, 2002, p. 245.

⁷³ COSTA JUNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90.

⁷⁴ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18.

Quando o julgador se coloca no lugar daquele que praticou o ato, leva consigo suas próprias experiências, e não a do verdadeiro autor, o que é bem preocupante, pois possibilita decisões arbitrárias, baseada em abstrações.

3.4 As objeções sobre a Teoria da Relevância Jurídica

Primeiramente há de observar que não é esta teoria apontada como uma teoria causal, mas sim como uma aproximação da teoria da equivalência dos antecedentes, com o fim de delimitar seu descomunal alcance.

Apesar de seu intuito ser o de separar os processos causais atípicos, utilizando a tipicidade como elemento balizador⁷⁵, é objetada por não resolver a questão dos cursos atípicos que ocorrem nas ações típicas.

Naquele exemplo clássico, anteriormente citado, onde através de agressões leves, a vítima venha a falecer na ambulância desgovernada onde estava sendo levada ao hospital, dentro das linhas traçadas pela teoria da relevância jurídica, o caso fica sem resposta, afinal a conduta de agredir é típica.

As ideias propostas por essa teoria quase chegaram a teoria da imputação, sendo sua precursora, e que, se fosse guiada por esse lado, as críticas a ela, não teriam resistido tanto.

Acontece que tomou como alicerce a tipicidade, apresentando os mesmo problemas da base em que se ergue, pois ao utilizar o verbo causar, termina por esvaziar a possibilidade de se apreender a relevância, sendo buscada arbitrariamente⁷⁶.

Outras críticas também foram disparadas contra a teoria da relevância jurídica, principalmente por não abandonar a visão de uma teoria causalista pura e simples, como fez a teoria da imputação objetiva.

⁷⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – parte geral*. Vol. I, T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 1992, p. 644.

⁷⁶ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 107.

3.5 Nascimento da Teoria da Imputação Objetiva

Tentar-se-á, por ora, uma simples aproximação acerca da teoria da imputação objetiva, abrangendo o aspecto de seu surgimento, sem traçar uma linha do tempo, mas sim, colocando-a no contexto, descrevendo a evolução dogmática dos sistemas penais, bem como a evolução teórica da relação de causalidade, para então adentrar ao tema do Risco Permitido como essência da imputação objetiva, pois um não existe sem o outro e vice-versa, como veremos mais adiante.

O tipo penal apresentava apenas aspectos objetivos dentro da concepção clássica, sendo considerado realizado o tipo toda a vez que alguém causava o resultado nele previsto, englobando o dolo e a culpa na esfera da culpabilidade (desvalor do resultado), com fundamentos exclusivamente empíricos.

Mas, como visto anteriormente, esse conceito deixava um grande vazio e muitas perguntas sem respostas, além de ser orientado pela teoria da *conditio sine qua non*, ao qual se contentava com o simples nexó físico, trazendo problemas do *regressus ad infinitum* e vários outros anteriormente comentados.

Visando aperfeiçoar o sistema clássico, surge a teoria neoclássica, ligada a filosofia neokantista, retirando a expressão movimento e inserindo o termo comportamento, mas não realizando uma mudança estrutural significativa, mantendo as mesmas bases do sistema clássico.

Com o escopo de resolver essas questões, o sistema finalista, confere ao tipo penal uma afeição subjetiva, incluindo o dolo e a culpa na conduta do agente (desvalor da ação), transformando por completo o panorama anterior.

O sistema do resultado naturalístico, além de implicar a relação de causalidade material e suas complexidades, não é aplicável aos crimes tentados, omissivos próprios, formais e de mera conduta, sendo uma das principais barreiras, senão a mais importante, rechaçadas veementemente durante décadas pela doutrina.

Dentro dos princípios tradicionais, era reconhecida que a relação de causalidade entre a conduta e o resultado natural era suficiente para sustentar a responsabilidade criminal. Bem como os excessos da teoria da equivalência das condições, emendados pelo dolo e a culpa, no plano da culpabilidade.

Pela excessiva relevância dada ao desvalor do resultado, e também pela falta de determinação de conceitos neles estabelecidos, não apresentava uma formulação rigorosa e convincente.

Há anos e anos a doutrina penal está delineada predominantemente nos fundamentos da teoria finalista da ação, pois fora ela que alterou os paradigmas do estudo da teoria do delito, até mesmo com todas suas imperfeições.

Talvez, o equívoco da doutrina residiu em continuar buscando, a partir dos dogmas do positivismo comtiano e neokantista, um conceito lógico sobre causalidade, com alcance genérico, a ser aplicado ao Direito Penal⁷⁷.

Diante das críticas, o finalismo necessitava de uma modificação no tipo, no seu conteúdo objetivo, no sentido de não bastar a presença dos elementos do comportamento, resultado, relação de causalidade e tipicidade para o preenchimento do mesmo. Necessitava, agora, de um conjunto de requisitos.

Esse conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação, uma causação típica, violadora da norma, chama-se imputação objetiva⁷⁸.

Porém a ideia de imputação original, remonta a Samuel Pufendorf, que em 1694 já tratava de imputação, palavra que deriva do latim como *imputatio*, traduzida para o alemão como *zurechnung*, e, vista por Pufendorf como imputação do fato do delito⁷⁹.

⁷⁷ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 113.

⁷⁸ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7.

⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre la Imputación Objetiva: Teorias Actuales em el Derecho Penal*. Trad. Mariana Sacher de Köster. Buenos Aires: Adhoc, 1998, p. 221.

Por outro lado, no sul da Alemanha, no ano de 1770, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, filósofo nascido em Stuttgart, é a quem se atribui o mérito de ter desenvolvido um novo raciocínio sobre imputação⁸⁰.

Imputar seria atribuir algo objetivo ao sujeito⁸¹, ou seja, diante de diversos cursos causais, somente se imputa a ação ao sujeito se caracterizar-se como obra sua. Fazia entender que a ação, como puramente exterior, e que ocorre por acaso, deixava de ter nexos com a natureza dela.

A imputação hegeliana ficou esquecida durante séculos com a supremacia da escola causal-naturalista do Direito Penal, com apego às leis de causa e efeito do porte que a teoria da equivalência dos antecedentes entabulou.

Passa-se então a discutir a ausência do tipo objetivo em determinadas condutas, não descartando a teoria da equivalência dos antecedentes, mas colocando-a como requisito mínimo para a configuração da tipicidade.

Foi aí que no ano de 1927, Karl Larenz, retomando o debate, introduz no Direito o conceito de imputação, na obra intitulada *A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva*, com a finalidade de distinguir as consequências de atos que podem ser atribuídos ao acaso e atos que são obras do ser humano⁸².

Trazendo as ideias de Larenz para o Direito Penal⁸³, Richard Honig, em 1930 no livro *Causalidade e imputação objetiva*, elimina a causalidade e delimita como resultado da ação algo que pudesse ser imputável ao autor, substituindo a causalidade natural pela categoria normativa da imputação objetiva.

Paralelamente, Hans Welzel, fundador do finalismo, também tratou da imputação objetiva, quando esboçou comentários sobre o famoso exemplo do sobrinho que

⁸⁰ HONDT, Jacques d'. *Hegel*. Trad. Emília Piedade. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 10.

⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre la Imputación Objetiva: Teorías Actuales em el Derecho Penal*. Trad. Mariana Sacher de Köster. Buenos Aires: Adhoc, 1998, p. 221.

⁸² MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 221.

⁸³ Segundo Claudia López Díaz, Larenz teria desenvolvido a imputação objetiva para o Direito Civil (DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. 2ª reimpr. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 52.)

leva o tio passear no bosque com a esperança de que o tio seja atingido por um raio⁸⁴, concluindo pela atipicidade da conduta do sobrinho decorrente da ausência de dolo.

Essa última posição de Welzel prevalece para o finalismo até os dias de hoje, ou seja, são tratados como exclusão de dolo, sendo a opinião absolutamente dominante que permaneceu durante longos séculos, e ainda é defendida por alguns, que rejeitam a teoria da imputação objetiva, na falsa ilusão de que nunca se concretizará, desafiando sua natural evolução.

A teoria da imputação objetiva, como podemos observar, é fruto de uma evolução doutrinária que culminou, inevitavelmente, na sua consolidação.

Por volta dos anos de 1950, Hardwig retoma a discussão sobre imputação objetiva, pois a dogmática tinha esquecido, de modo de esta palavra praticamente desaparece do panorama dos debates⁸⁵. Levanta o tema, entendendo que imputação significa a verificação de relação positiva, de um nexos, entre um acontecimento e uma pessoa, no sentido de reconhecer ou reprovar a conduta da pessoa, seguindo um complexo de normas da razão.

Escreveu ele, em 1957, que na imputação objetiva o injusto deveria ser excluído nas causas imprevisíveis.

Apesar de seu trabalho tenha pouca influência e penetração na doutrina da época, seu mérito foi de suma importância, pois fora através dele, que se retorna a discussão acerca da teoria da imputação objetiva no âmbito da teoria do delito.

Gimbernat Ordeig, no início da década de 60, denominou a imputação objetiva de reprovabilidade objetiva, apontando a sistemática equivocada da teoria finalista da ação. Para ele as ações imprevisíveis são atípicas, pois mesmo uma pessoa cuidadosa delas não se

⁸⁴ Sancinetti diz que ‘o caso das tormentas’ é discutido desde 1865 e fora proposto por Traeger, sendo discutido por diversos autores com o título ‘tio da herança’ (SANCINETTI, Marcelo A. *Observaciones Sobre La Teoría de la Imputación Objetiva*. Trad. Mariana Sacher de Köster. Buenos Aires: Adhoc, 1998, p. 186.)

⁸⁵ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 48.

perceberia. O tipo só se realiza se a conduta for uma daquelas que está sob a proteção da norma ou o resultado que a norma pretende impedir⁸⁶.

Traz à tona a órbita do risco permitido, pois determina que também são atípicas ações que, ainda que previsíveis, são permitidas pela sociedade.

3.6 Imputação objetiva na atualidade

Há autores que atribuem a pequena, mas importante obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de 1970 do mestre Claus Roxin, a primeira exposição sobre a moderna ideia de imputação objetiva no Direito Penal⁸⁷.

Outros, outorgam a primeira publicação sobre imputação objetiva moderna, também em 1970, também por Claus Roxin, por ocasião dos 70 anos de Honig, publicando sua *Festschrift*, reacendendo o debate em torno do tema⁸⁸.

Ainda outros afirmam ser o ensaio publicado denominado *Reflexões sobre a problemática da imputação no direito penal*, em 1970 por Claus Roxin, o desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva⁸⁹.

Diante disso, fundamentalmente, sobre vários artigos publicados de Roxin no início dos anos 70 do século passado, é que fica estabelecida uma espécie de “genealogia oficial”, centrada nas contribuições essenciais que dera sobre a teoria da imputação objetiva⁹⁰.

⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva em Derecho Penal*. Córdoba: La Lectura e Lerner, 2001, p. 64.

⁸⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A teoria da imputação objetiva e o Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Artigo LFG. Disponível em <http://www.lfg.com.br/artigos/A_teor_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acesso em: 26 jun 12.

⁸⁸ BRAGA JUNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010, p. 48.

⁸⁹ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 70. Igualmente é citado por MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 222.

⁹⁰ CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da imputação objetiva*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 72 e 73.

Sua fórmula de imputação objetiva do resultado, afastada do sistema causal, envolve critérios normativos visando à construção de uma teoria geral, onde, partindo do resultado, busca-se saber se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica a um bem jurídico.

Surge assim, uma teoria geral da imputação, dissociada do dogma causal, tendo como eixo de análise a ideia do risco.

Outra tese sobre a teoria da imputação objetiva das mais divulgadas na Alemanha e no mundo é a de Günther Jakobs, que edificou suas ideias fundando-as nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.

Esse catedrático em Direito Penal e em Filosofia do Direito alemão, consegue, com suas ideias, abandonar o lastro ontologista, e desenvolve uma teoria completamente orientada para os fins do Direito Penal.

Para o autor, a função do Direito Penal está na reafirmação da norma que o comportamento infracional violou, e acrescenta ao conceito de imputação o elemento de imputação objetiva do comportamento.

A imputação objetiva na atualidade segue as orientações desses dois grandes penalistas germânicos, que, como já anotado anteriormente, não trata-se de uma teoria da causalidade, nem pretende substituí-la, ou se sobrepor a elas.

A teoria da imputação objetiva finca-se no estabelecimento de critérios por meio dos quais se quer imputar a alguém determinado resultado típico, tendo a função de limitação dessa responsabilidade penal.

Criou-se uma causalidade normativa, diferentemente da causalidade natural presente na teoria finalista, incluindo novas elementares no tipo objetivo, visando resolver, no âmbito do fato típico, certos casos que para as demais teorias seriam solucionados em outros aspectos (ilicitude ou culpabilidade).

Seria mais conveniente falar em teoria da não-imputação objetiva, pois tem a missão de obstar uma atribuição indevida e objetiva de um resultado típico a alguém.

Descabidas são as críticas de que a teoria da imputação objetiva só pode prosperar em países desenvolvidos, pois o risco permitido é auferido de acordo com a sociedade em que é inserido, ou seja, é aplicado apenas dentro do contexto social estabelecido pelas pessoas daquela sociedade.

De qualquer forma, é latente a atual preocupação da sociedade com as transgressões penais, e a criação de novos caminhos que consigam limitar o poder Estatal e combater a criminalidade, protegendo a sociedade em ambos os aspectos, sempre bem vindas para todos nós.

Mesmo que pesem as críticas sobre a teoria da equivalência dos antecedentes, ao qual é adotada pelo sistema penal brasileiro, ela não colide com a imputação objetiva, cuja atuação poderá ocorrer em momento posterior⁹¹.

Para a aplicação da teoria da imputação objetiva não basta a relação de causalidade para imputação do resultado, o comportamento e o resultado só podem ser atribuídos ao sujeito quando a conduta dele criar um risco juridicamente desaprovado e relevante, não coberto por um risco permitido dentro da abrangência do tipo⁹².

O risco permitido e risco proibido, nessa fase do estudo, assumem o seu papel de grande orientador de toda a teoria da imputação objetiva. Não existe nenhum escrito sobre a teoria da imputação objetiva sem que se fale sobre RISCO PERMITIDO.

O risco permitido deve constituir a essência da imputação objetiva, com o condão de filtrar o que é permitido ou censurado pelo ordenamento jurídico-penal, devendo esse, autorizar ou vedar comportamentos tendo como inspiração os valores sociais⁹³.

⁹¹ FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 132.

⁹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Cívitas, 1997, p. 364.

⁹³ BRAGA JUNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010, p. 50.

Em face da sua função de proteção de bens jurídicos, o Direito Penal deveria limitar-se a proibir ações perigosas, que coloquem em risco esses mesmos bens⁹⁴.

Desde o dia em que Roxin publicou seus artigos em 1970, iniciou-se a ideia de criação e realização de risco juridicamente relevante de lesão típica do bem jurídico. Roxin mesclou as ideias de Hoing sobre a perseguibilidade objetiva, de Engisch sobre a realização de risco, e a de Welzel sobre a adequação social, sintetizando-as⁹⁵.

A questão do risco é o aspecto comum em todos os critérios fixados por Roxin para delinear a teoria da imputação objetiva. Assim faz também Jakobs, ensinando que o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido⁹⁶.

Passaremos para o próximo capítulo adentrando no ponto convergente desse trabalho, qual seja, o risco permitido como essência da imputação objetiva.

⁹⁴ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 224.

⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre la Imputación Objetiva: Teorias Actuales em el Derecho Penal*. Trad. Mariana Sacher de Köster. Buenos Aires: Adhoc, 1998, p. 226.

⁹⁶ JAKOBS, Günther. *Imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 36.

CAPÍTULO IV

O risco permitido

4.1 O eixo central da imputação objetiva – o risco permitido

O simples ato de estar vivo é um ato gerador de riscos, pois a todo instante corremos risco em nossas vidas. Sentado no bar tomando uma cerveja, corremos o risco de contrair uma virose com o copo mal lavado, uma infecção por meio de um aperto de mãos, de ser atingido por uma garrafa em uma briga que não é sua, etc.

Por mais ermitão que seja um cidadão, é impossível a uma pessoa renunciar completamente a sociedade. Não existe alternativa para aquele que quer evitar qualquer contato social, e esse contato social implica, obrigatoriamente, em um risco.

Pegar uma virose, uma infecção, ser atingido acidentalmente, são riscos inerentes à sociedade, sendo que não podemos considerar qualquer norma que implique em ausência de risco, muito pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido⁹⁷.

Estes acima são apenas alguns exemplos de situações de risco. O fato é que a vida contemporânea é formada e necessita de condutas perigosas que geram riscos a bem jurídicos para que se facilite o desenvolvimento da vida de seus integrantes.

Se pensarmos ainda em exemplos como a extração de minerais, a manutenção de um poste elétrico, o conserto das turbinas de um avião, ou ainda, dirigir um carro, atravessar a rua, trocar uma lâmpada, chegamos a incrível conclusão que o perigo de um dano é inerente a toda e qualquer atividade humana.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. *Imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 36.

Jesús-María Silva Sánchez diz que vivemos em uma “sociedade de riscos”⁹⁸, e que todas essas condutas humanas quando realizadas, estaremos tratando do *risco permitido* pela ordem jurídica.

Ao realizar uma conduta acobertada pelo risco permitido, e dessa conduta gerar um resultado danoso, como p. ex., ao volante, no trânsito normalmente, envolvendo-se em um acidente e causando lesões corporais em alguém que se atira na frente do veículo repentinamente. A conduta do motorista, neste caso, é atípica, lhe falta imputação objetiva dessa conduta, pois estamos tratando de risco permitido, pois dirigir um carro normalmente é uma conduta aceitável pela sociedade.

Nas palavras de Claus Roxin, um resultado causado por um agente pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido e esse perigo também foi realizado no resultado concreto⁹⁹.

Agora se esse mesmo motorista, conduzindo o seu veículo, passar num sinal vermelho causando acidente com vítima fatal, produziu ele um risco proibido, sua conduta é típica, havendo imputação objetiva da conduta e do resultado.

A conduta do exemplo acima, não está acobertada pelo risco permitido, e se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, via de regra é imputável a ele.

O risco permitido possui conceito ontológico e axiológico. É ontológico porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. E é axiológico, uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social¹⁰⁰.

⁹⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política Criminal en las sociedades posindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 24.

⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, §11, nm. 39.

¹⁰⁰ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Causalidad, omisión e imprudencia*, in *Ensayos penales*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 230,

Esses exemplos do motorista dirigindo, apenas tenta esclarecer que do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta para fins da responsabilidade penal, tem na teoria da imputação objetiva o claro intuito de substituir a doutrina da causalidade material. Mas, na atualidade, atua ainda como o complemento da causalidade, não sendo ainda uma teoria definitiva¹⁰¹.

Pois bem, normalmente se fala na doutrina moderna que nas atividades socialmente normais ou com uma conexão muito fraca com o posterior resultado, tratando-se de um risco permitido, de maneira que essas atividades, em última instância, acarreta em um risco que não é tipicamente relevante.

Com os conceitos e teses anteriores sobre a relação de causalidade já mencionados nos capítulos anteriores, em um caso concreto, não é verificado, para determinar a conduta de um sujeito, se este agiu dentro do risco permitido, ou ainda se, dentro de uma interação social que se espera, todos comportar-se-iam de acordo com o esperado.

Isso demonstra que na maioria dos acidentes de trânsito acaba-se absolvendo o autor, quando a vítima tem participação decisiva, por uma decisão que não tem encontrado respaldo na estrutura da teoria do crime, ou seja, acaba-se por solucionar o ocorrido afirmando-se a “culpa exclusiva da vítima”¹⁰², quando na realidade o resultado, nem típico era, tendo em vista o comportamento dentro do risco permitido.

Não raras vezes ainda encontramos na jurisprudência acórdãos mencionando que no Direito Penal não há concorrência de culpas e, portanto, se há relação de causalidade, o autor, mesmo com a participação da vítima para a produção do resultado, deve ser responsável. A teoria da imputação objetiva, aplicada corretamente corrige estes erros¹⁰³, utilizando como critério essencial o risco permitido.

Voltando ao caso do tráfego viário e citando André Luís Callegari, temos um problema comum nas grandes cidades, que são os *motoboy*s. É sabido por todos que motoqueiros entregadores desrespeitam constantemente as normas de trânsito, e em um

¹⁰¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 1. Parte geral*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 277 e 278.

¹⁰² CALLEGARI, André Luís, e MELIÁ, Manuel Cancio. *Aproximação à Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal*. Primeira Seção. RT 831, 2005, p. 469.

¹⁰³ *Ibid.* p. 469.

acidente, devemos questionar primeiramente se o motorista agia dentro do risco permitido, e numa segunda instância se o motorista esperava um comportamento correto do motoqueiro.

Não havendo nada que indique ao contrário, o acidente produzido é atípico, a conduta do motorista é atípica, pois estava acobertado pelo risco permitido.

Nesse exemplo, o que é lícito ou ilícito não está diretamente ligado a ação dos envolvidos, mas sim o que o significado desta ação tem para o sistema social, afinal o caráter jurídico de um comportamento não pode ser definido a partir de critérios de imputação abstratos.

No Brasil, através do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que haja uma resistência a essa tendência, já existem julgados que deixam bem claro a influência do risco permitido em casos concretos, adotando-se a teoria da imputação objetiva.

Uma nova doutrina sobre o risco permitido está emanando, principalmente no âmbito dos delitos culposos, sendo utilizado não como um apoio (paralelamente), o que poderia ser demonstrado pela invocação da teoria apenas nos casos de absolvição, mas sim determinando com clareza e autenticidade os reais fundamentos do eixo central da teoria da imputação objetiva, qual seja, o risco permitido.

A decisão de suma importância doutrinária adotada pelo Egrégio mencionado, foi uma julgada pela sua Quinta Turma. O caso, que ficou muito conhecido em nosso país, trata da prática delituosa descrita no art. 121, § 3º do Código Penal, e o Habeas Corpus nº 46.525 - MT¹⁰⁴.

O referido Habeas Corpus buscava suspender liminarmente a Ação Penal nº 118/2004, que imputava a várias pessoas integrantes da comissão de formatura do Curso de Medicina de Cuiabá, a prática de homicídio, durante uma festa com aproximadamente 700 pessoas, ao qual se deu a ingestão de substâncias ilícitas, entorpecentes e psicotrópicas pelos

¹⁰⁴ Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 46525/MT. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 21 de março de 2006. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 245.

participantes, e um deles foi a óbito por afogamento ao ser atirado na piscina pelos acusados, participantes dessa mesma festa¹⁰⁵.

Em linhas de defesa, buscou-se demonstrar que a piscina não apresentava nenhum risco para pessoas com o mesmo perfil e atributos físicos da vítima, bem como que apesar de estar alcoolizado, a dosagem ingerida não o impossibilitava de reagir a imersão na água, concluindo-se que o resultado morte se deu pelo consumo de substâncias entorpecentes.

Dessa forma, por unanimidade, a ordem foi concedida com base fulcrada inteiramente na teoria da imputação objetiva, pois além da vítima ter se auto-colocado em risco, ressaltou o relator que a comissão agiu dentro do risco permitido, afinal seria impossível uma fiscalização rigorosa no consumo de substâncias pelos integrantes da festa.

Assim, sob pena de se impossibilitar a reunião de certo grupo social, é necessário que as pessoas possam confiar na ausência de uma ação drasticamente delitiva por parte das outras. Além disso, a denúncia não descreveu qualquer elemento que pudesse indicar que a vítima procederia da forma que o fez, e que “em razão da atipicidade da conduta narrada, pela ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação pelos pacientes de um risco permitido”¹⁰⁶, o *Habeas Corpus* foi concedido.

...frequentemente se tenta apresentar o risco permitido como resultado de um cálculo de custos e benefícios: o benefício estaria constituído pela liberdade de comportamento que se obtém com a ajuda da permissão de riscos, enquanto que os custos seriam a perda daqueles bens cuja destruição conduz o risco, devendo ambos os lados manter uma relação adequada.¹⁰⁷

As palavras de Jakobs acima, em comparação com o exemplo dado, apesar de parecer um pouco agressiva, foram colocadas em sequência justamente no intuito de provocar uma reflexão voltada para a espinha dorsal da teoria da imputação objetiva, no risco permitido.

¹⁰⁵ CARRION, Thiago Zucchetti. *Os reflexos da teoria da imputação objetiva na jurisprudência brasileira*. TCC publicado na PUC-RS, 2007, p. 30.

¹⁰⁶ Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 46525/MT. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 21 de março de 2006. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 245

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther. *Imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 37.

Um indivíduo que carrega o provável custo de uma atividade na sociedade, é o beneficiário da respectiva atividade, e razoável para alicerçar a criação da permissão de um risco numa sociedade de liberdades. As atividades sociais desenvolvidas geram as definições da permissão ou não do risco dentro do critério dos custos e benefícios dessas atividades.

Nesta mesma visão panorâmica, segundo Roxin, o problema mais discutido desde o Pós-guerra sobre a ideia de risco é a que diz respeito às hipóteses em que, apesar da ocorrência de um resultado lesivo e de uma conduta inadequada, não há certeza de que uma conduta alternativa adequada ao direito haveria impedido a ocorrência do evento¹⁰⁸.

Contudo, voltamos a mencionar a frase de Braga Junior: o risco permitido deve constituir a essência da imputação objetiva, com o condão de filtrar o que é permitido ou censurado pelo ordenamento jurídico-penal, devendo esse, autorizar ou vedar comportamentos tendo como inspiração os valores sociais¹⁰⁹.

A ideia de risco permitido é um dos pilares de sustentação da teoria da imputação objetiva, pois tem como perspectiva a redução da incidência da proibição, melhor dizendo, da imputação típica sobre certa pessoa.

Assim como fez Juarez Tavares, concluímos que o risco permitido “são aqueles perigos que resultam de condutas que, por sua importância social e em decorrência de sua costumeira aceitação por todos como inerentes à vida moderna, sejam social e juridicamente tolerados”¹¹⁰.

Nos próximos tópicos que segue, no fim de encerrar este trabalho, trataremos dos critérios usados para a imputação objetiva, cuidaremos das indicações do risco permitido para aferição do tipo objetivo, ao qual Roxin chama de “metodologia no tratamento da teoria de risco”.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 379.

¹⁰⁹ BRAGA JUNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010, p. 50.

¹¹⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 227.

Esses critérios figuram como princípio geral de imputação objetiva, e tem sua base no risco permitido, de ações humanas que não culminem em um resultado típico, e o título deste trabalho foi justamente escolhido por esse motivo.

4.2 Criação ou não do risco permitido

Para Roxin, o sistema jurídico-penal não deve apoiar-se em leis do ser - seja a causalidade ou a finalidade -, e sim ter sua construção condicionada por conceitos normativos¹¹¹.

O exemplo mais comentado é o do sobrinho que é o único herdeiro do tio, e sugere uma viagem de avião ao tio, esperando que o avião caia, ficando sem problemas para receber o legado.

Enquanto que na teoria finalista sobrevenha a falta de dolo, na teoria da imputação objetiva, nega-se o próprio tipo objetivo, por falta do surgimento de um risco juridicamente relevante, pela falta da criação de um risco não permitido.

Esse é apenas um exemplo, o fato é que, a determinação da criação do risco permitido (ou juridicamente desaprovado), tem de ser demonstrado no momento em que a conduta é praticada e de acordo com o sistema social local.

O diagnóstico sobre a ação da criação ou não de um risco não admitido no âmbito social, deve ser realizada *ex ante*, de maneira abstrata, sem se levar a cabo o comportamento efetivamente realizado.

Uma causação qualquer pode ser observada se o agente criou um risco não permitido, se for positivo estaremos diante de um dos requisitos que tornam essa causação, numa causação típica.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 82.

Devemos considerar também que mesmo que sobrevenha um resultado danoso de um comportamento gerado pela criação de um risco permitido, ao agente desse comportamento não deve ser imputado nada, e mais além, não se pode considerar que o resultado fora obra desse agente, sustentando-se como obra do acaso.

O risco permitido como pivô da imputação objetiva, num caso concreto, se não foi criado, e dessa não criação (através de um comportamento antecedente) ocorrer um resultado posterior juridicamente relevante, não responde o autor pelo seu ato, pois houve atipicidade da conduta. Diferentemente do pensamento finalista, que se justificaria pela falta de dolo.

Existem então duas linhas de pensamento, uma delas é a criação do risco não permitido, comportamentos que ultrapassam os limites do socialmente aceitável, e portanto merecedores e justificadoras da incidência do Direito Penal, ramo jurídico estigmatizante, seletivo e violento, legitimando-se somente quando os demais instrumentos de controle social ou outros ramos jurídicos demonstrarem-se incapazes, insuficientes na tutela de bens relevantes ao convívio social (princípio da *ultima ratio*)¹¹²; e a outra que seria a criação do risco permitido, indispensável, essencial à toda sociedade, fundamental e vital.

Não há imputação objetiva quando falta a criação do perigo juridicamente desaprovado e relevante¹¹³, *contrario sensu*, existe imputação objetiva da conduta se alguém criou um perigo juridicamente reprovável e relevante, ou seja, um risco não permitido.

A criação do risco, por si só, não significa que há imputação objetiva, o risco deve ser desaprovado, proibido, não permitido. Existe também, como vimos, que quando o risco é permitido pelo ordenamento jurídico, a conduta não é típica.

Finalizando, citaremos o primeiro princípio da imputação objetiva, na expressão do prof. Damásio.

¹¹² BRAGA JUNIOR, Américo. Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010, p. 51.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 149, b.

Não há imputação objetiva da conduta ou do resultado quando o sujeito não criou risco juridicamente reprovável e relevante.¹¹⁴

4.3 Diminuição do risco

A imputação pode ser excluída sempre que o agente não criar nem aumentar o risco de um resultado típico, e se no caso existe uma diminuição do risco para o bem jurídico protegido, a imputação deve ser excluída.

O clássico exemplo é aquele em que “A” atira uma pedra na cabeça de “B” de forma mortal, sendo que “C” desvia a pedra que estava no ar em direção a “B”, alterando sua trajetória, e acaba por atingir o braço de “D”, causando-lhe lesões corporais.

Não há dúvida na tentativa de homicídio de “A” contra “B”, e com relação a lesão corporal que “C” causou em “D”, se aplicada a teoria da causalidade material, conclui-se que há um liame entre a conduta e o resultado, pois se não tivesse interferido, não sobrevinha a lesão.

É claro que por ter alterado o trajeto da pedra, apesar da contribuição para a produção da lesão corporal, a diminuição do risco é evidente, e no plano da teoria da imputação objetiva, não há que se falar em tipicidade.

Não há possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de modo que o perigo já existente para a vítima seja diminuído, melhorando a situação do objeto da ação¹¹⁵.

De acordo com os conceitos do finalismo, a conclusão que se chegaria ao caso acima descrito, seria a aceitação de uma causa de excludente de ilicitude, seja legítima defesa ou o estado de necessidade de terceiro, aceitando o fato de que houve fato típico, já que o tipo objetivo foi cumprido.

¹¹⁴ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, §11, nm. 43.

E é exatamente isso que a teoria do risco pretende afastar. Com a diminuição do risco, e de acordo com esses novos conceitos, a tipicidade fora eliminada.

O Direito Penal agora, não pode considerar típica a conduta do interveniente¹¹⁶, ao passo que quando fica reconhecida a atipicidade, a averiguação sobre a presença de uma causa de justificação, torna-se descabida.

Segundo Roxin, para que se concretize o critério da diminuição do risco, três conceitos devem ser observados: i) mesmo objeto jurídico (ao desviar a pedra atinge um carro); ii) mesma relação de risco (diminuição efetiva do risco); e iii) não obrigação do autor em reduzir o risco (se tinha obrigação e podia cumpri-la, há imputação objetiva)¹¹⁷.

A justificativa para adoção desses critérios reside em que, ao agir para minorar as consequências de um ato em si lesivo, o agente atue no sentido da finalidade de proteção da norma e não contra ela.

O que interessa é se um observador prudente, posicionado antes da prática do fato (*ex ante*), consideraria o comportamento em questão algo arriscado ou que aumentasse o perigo.¹¹⁸

Num caso concreto, como no exemplo acima, é importante determinar, através da interpretação, se ocorreu ou não o resultado típico. Porém, essa ideia é refutada, já que a determinação do resultado típico é uma questão a ser resolvida após a imputação objetiva do resultado.

4.4 Aumento ou falta de aumento do risco permitido

Nos dois pontos anteriores, que tratava da criação ou não do risco permitido, e da diminuição do risco, a primeira justificativa e fundamentação era no sentido da atipicidade da conduta.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 149.

¹¹⁷ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82/83.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 317.

Agora, nesse item, estaremos tratando de casos em que há a imputação objetiva pelo aumento do risco, pois aqui, a conduta do sujeito incrementa o risco que já existe, ultrapassando os limites do risco juridicamente tolerado.

O exemplo mais conhecido e utilizado pelos doutrinadores, é o caso dos pincéis de pelo de cabra chinesa¹¹⁹ concebido por Roxin, que narra uma história em que um industrial fabricante de pincéis de pelos de cabra, e que para feitura era necessário um desinfetante, ao qual não fora providenciado e quatro de seus funcionários contraíram carbúnculo¹²⁰ e vieram a óbito por conta da infecção. Fora constatado que tampouco a desinfecção, ainda existiria a possibilidade de morte.

Trazendo o exemplo para a órbita jurídica-penal, a justificativa do fabricante seria no sentido de que mesmo que com a aplicação de desinfetante, ainda haveria risco de morte ou doença, como constatado, uma vez que os pelos de cabra são muito nocivos.

Através da imputação objetiva concluímos que o desinfetante reduziria o risco de dano, mas não o excluindo, de modo que a ausência do tratamento com desinfetante aumentou o risco para os funcionários. O risco já existia, mas foi aumentado pelo comportamento displicente.

Ao inobservar um dever de cuidado, causou um incremento do risco permitido, possibilitando a imputação objetiva do resultado, independentemente do fato de que corria-se risco mesmo sem a aplicação do desinfetante. Uma conduta mais negligente não seria sancionada sempre que fosse possível constatar que a conduta adequada ao Direito também daria lugar a idêntico resultado¹²¹.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 153.

¹²⁰ Carbúnculo, carbúnculo hemático ou ainda antraz – é uma doença infecciosa aguda provocada pela bactéria *Bacillus anthracis* e a sua forma mais virulenta é altamente letal. O carbúnculo é uma doença comum dos animais herbívoros, quer dos selvagens quer dos domésticos, mas também pode afetar os seres humanos que sejam expostos a animais infectados, tecidos de animais infectados ou elevadas concentrações de esporos de carbúnculo.

¹²¹ PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 96/97.

Existem situações de atividades perigosas que o legislador (e não o cidadão) permite que se ocorra um risco até um limite, e nesses casos a imputação só poderá ocorrer se houver um aumento ou incremento do risco permitido.¹²²

Resta, porém a indagação sobre até que ponto são válidas as acusações de que a proposição do incremento do risco fere o princípio *in dubio pro reo* por não se exigir a comprovação de que foi exatamente a elevação do risco a responsável pela ocorrência do resultado.¹²³

O Direito Penal não tem como função a proteção de um arsenal de bens jurídicos; mas, sim, estabilizar expectativas com relação a determinados modos de comportamento.¹²⁴

Realmente a função do Direito Penal, nos dizeres de Günther Jakobs, seria a de estabilizar as expectativas normativas, ou seja, violada a norma, essa passaria a ser objeto de indagação, pelos demais membros da sociedade, no sentido de sua eficácia ou não, exercendo a pena criminal o papel de restabelecer a credibilidade da norma e, conseqüentemente, fortalecer as expectativas sociais.

4.5 Âmbito de aplicação da norma

“A” dirige imprudentemente e atropela “B” que morre. “C” que é pai de “B” ao saber da morte do filho, sofre um ataque cardíaco e também morre. Ora, a ação de “A” foi condição suficiente para a morte de “C”, mas não se pode imputar a “A” a morte de “C”.

Os tipos em discussão não tem a finalidade de proteção de bens que não estejam correndo risco direto ou de evitar conseqüências secundárias. O resultado não está na esfera de proteção da norma, embora exista um incremento do risco na atuação do autor.

¹²² BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ JAKOBS, Günther. *Imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 39.

Também, no âmbito de aplicação da norma, temos o exemplo em que “A” dirigindo normalmente, atropela “B” que morre, sem culpa, e dentro do veículo continha material proibido.

O fato de carregar material proibido, desrespeitando a regra, não lhe atribui responsabilidade criminal do homicídio ao volante, pois as regras que proíbem carregamento de certos materiais não tem a finalidade de proteção de pedestres no trânsito.¹²⁵

Damásio resume esse princípio de forma contundente, esclarecendo que não há imputação objetiva quando a extensão punitiva do tipo incriminador não abrange o gênero de risco criado pelo sujeito ao bem jurídico e nem o resultado ou as consequências dele advindas¹²⁶.

Criar ou aumentar um risco não permitido, de princípio podemos atribuir a responsabilidade ao seu agente. Mas a ideia do âmbito de aplicação da norma, serve também como um filtro para a imputação objetiva.

Portanto, não basta a criação ou o aumento de um risco não permitido com um consequente resultado puro e simplesmente, a observância no fim da norma para essa análise é fundamental.

Nessa mesma visão panorâmica, temos que considerar a investigação de três quesitos: autocolocação em perigo dolosa, heterocolocação em perigo consentida e as ações arriscadas de salvamento.

Quando a vítima atua de forma voluntária e consciente, e seu comportamento cria risco a um bem jurídico, risco juridicamente censurado, sabedora de possíveis consequências, mesmo que instigada ou induzida por um agente, não há imputação objetiva para este.

¹²⁵ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 154.

¹²⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88.

De outra sorte, caso a vítima não tenha a consciência do alcance de sua decisão, sendo instigada, haverá imputação daquele que contribuiu para a produção do resultado.

O caso mais conhecido sobre autocolocação em perigo dolosa, é aquele em que o traficante, depois de vender heroína a um usuário, vem este a morrer por overdose.

Com relação a heterocolocação em perigo consentida, o exemplo é outro, é o caso da testemunha de Jeová, que recusa transfusão de sangue. Uma possível morte, se se deu em razão da negação em receber a transfusão de sangue, gerou risco para a própria pessoa, voluntária e conscientemente, pois tinha o domínio dos acontecimentos.

Finalizando, as ações ariscadas de salvamento, são aquelas em que o fato circunda em alguém estar se afogando e o salva-vidas, na tentativa de salvamento, acaba por falecer no mar turbulento.

Entre a conduta e o resultado há o inegável nexos causal, bem como que a conduta da pessoa que estava se afogando foi geradora do risco, ao ensejar o comportamento do salva-vidas, risco este, juridicamente permitido, até mesmo porque sua conduta é lotada de licitude ao qual a sociedade espera que fosse realizada.

A pessoa que estava se afogando não pode ser responsabilizada pela morte do salva-vidas, pois o Direito Penal não pune lesão a bens jurídicos próprios, ou seja, a autolesão não sendo punível, inexistente a punição ao partícipe.

Roxin ainda explica que os resultados que poderiam ser evitados, dentro da responsabilização de terceiro, não é atingido pelo fim da proteção do tipo, que via de consequência retira a imputação objetiva, utilizando-se os três quesitos mencionados.

Sintetizando, apenas inclui no alcance da norma um fato que se deu em um resultado concretamente verificado, gerando a imputação.

CONCLUSÕES

O Direito Penal deve acompanhar e se adequar ao mundo do século XXI, que é bastante diferente dos séculos anteriores, pois a sociedade tem evoluído de forma inigualável aos tempos anteriores, principalmente com a tecnologia, que se supera a cada dia, o que consequentemente proporciona a humanidade ótimos benefícios, só que sempre acompanhada de atividades geradoras de riscos a bens jurídicos penalmente tutelados.

O positivismo jurídico deu tratamento formal ao comportamento humano, tendo um claro significado político decorrente das aspirações humanísticas do fim do século XIX, afim de reafirmar suas ideias ao fazer cumprir uma norma positivada, ou seja, a conduta de uma pessoa era considerada independentemente de qualquer análise valorativa ou social, bastava que se encontrasse sua correspondência lógica em uma descrição legal para ser considerada crime, denominada Teoria Clássica. A evolução do Direito Penal fez surgir a Teoria Finalista, com o conceito final de ação, onde o dolo e a culpa deixaram de pertencer a culpabilidade e migraram para o fato típico, pois o comportamento humano visa atingir determinada finalidade, e o elemento que impulsiona a finalidade é o dolo, devendo ser analisada na própria conduta.

Com o passar dos anos, e com a frequência dos crimes culposos, que tem como seu pilar a inobservância do dever de cuidado, fora observada pelos doutrinadores que muito se pareciam com a noção de criação de risco juridicamente desaprovado, e que apesar de próximos, são institutos diferentes.

O ordenamento jurídico deve cumprir o papel de orientar o comportamento humano, delimitando suas condutas, afim de se observar o cuidado exigido ao realizar determinada atividade.

A regra da relação entre antecedente e consequente prosseguiu durante muito tempo, e dentro deste contexto, surge a teoria da imputação objetiva como uma verdadeira alternativa à causalidade, pretendendo substituir o dogma causal material por uma relação jurídica entre a conduta e o resultado, dando melhores explicações a questões que o finalismo não conseguiu resolver.

Suas ideias nasceram do conceito de risco, delimitando as fronteiras entre o penalmente proibido e o penalmente permitido, ligando a finalidade do agente ao resultado, estabelecendo-se no campo dos valores que o Direito Penal pretende proteger.

É no esteio do plano jurídico, e não na área das ciências físicas, que se define o critério de imputação do resultado em face de uma conduta, que só pode ser atribuído ao sujeito verificando-se o risco permitido, ou não permitido.

Por enquanto, são noções complementares, pois é uma teoria não acabada. Mas uma coisa é certa, só vêm a aperfeiçoar o critério de imputação, restringindo de modo legítimo o *ius puniendi* do Estado. E por não ter ainda seus caracteres bem definidos, com esse singelo trabalho, espera-se contribuir para o debate sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- AGUADO, Paz Mercedes de la Cuesta. *Tipicidad e imputacion objetiva*. Buenos Aires: Cuyo, 1998.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Parte general. Trad. Juan del Rosal e Ángel Tório. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960.
- BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Munõz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo, Saraiva, 2000.
- BRAGA JUNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010.
- CALLEGARI, André Luís, e MELIÁ, Manuel Cancio. *Aproximação à Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal*. Primeira Seção. RT 831, 2005.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da imputação objetiva*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- CARRION, Thiago Zucchetti. *Os reflexos da teoria da imputação objetiva na jurisprudência brasileira*. TCC publicado na PUC-RS, 2007.
- COSTA JUNIOR, Paulo José. *Nexo causal*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – parte geral*. Vol. I, T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 1992.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.
- DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. 2ª reimpr. Bogotá: Universidad

Externado de Colombia, 1998.

FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astra, 2002.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva – sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2010.

HONDT, Jacques d'. *Hegel*. Trad. Emília Piedade. Lisboa: Edições 70, 1987.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 1. Parte geral*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, André Estefam Araújo. *Nexo de causalidade: o art. 13 do CP e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Dissertação de Mestrado da PUC/SP, 2008.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A teoria da imputação objetiva e o Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Artigo LFG.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009

MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo em Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva em Derecho Penal*. Cordoba: La Lectura e Lerner, 2001.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* [parte general]. Buenos Aires: IB de f, 2004.
- MOURULLO, Gonzalo Rodrigues. *Derecho Penal: Parte General*. Madri: Civitas, 1978.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Causalidad, omisión e imprudência, in Ensayos penales*. Madrid: Tecnos, 1999.
- PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Aménio Amado, 1979.
- REALE JR., Miguel. *Parte Geral do Código Penal: Nova Interpretação*. São Paulo: RT, 1988.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal* [parte geral]. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã. Madrid: Civitas, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Lujón Penã, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte Geral. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Civitas, 2006.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisbora: Vega, 1986.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política Criminal em las sociedades posindustriales*. Madri: Civitas, 1999.
- SANCINETTI, Marcelo A. *Observaciones Sobre La Teoría de la Imputación Objetiva*. Trad. Mariana Sacher de Köster. Buenos Aires: Adhoc, 1998.
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Aparentamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SCHÜNNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre la Imputación Objetiva: Teorias Actuales em el Derecho Penal*. Trad. Mariana Sacher de Köster. Buenos Aires: Adhoc, 1998.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Konfino, 1947.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003