

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA OBRA DE CLAUS ROXIN E SUA
APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**CURITIBA
2006**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

VALÉRIA PADOVANI DE SOUZA

**IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA OBRA DE CLAUS ROXIN E SUA
APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em
Direito Penal, Setor de Direito, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Doutor Juarez Cirino
dos Santos.**

**CURITIBA
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

VALÉRIA PADOVANI DE SOUZA

IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA OBRA DE CLAUS ROXIN E SUA
APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-graduação em Direito Público, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos – orientador
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Luiz Alberto Machado
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Gustavo Fruet
Brasília – DF

CURITIBA
2006

Dedico este trabalho a todas as mulheres que, com responsabilidade, exercem atividade profissional e são mães. E especialmente à meus filhos Pietro e Lorenzo, razão da minha vida.

De maneira especial, agradeço ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos, por ter semeado em mim o interesse pelo tema e colocado, à minha disposição, seus conhecimentos e experiência ao orientar os caminhos desta pesquisa, bem como pela sua disponibilidade, gentileza e simpatia com que sempre fui presenteada.

“Do rio, que arrasta tudo, se diz
violento, mas ninguém diz violentas as
margens que o comprimem.”
Bertold Brecht

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DA TEORIA DO TIPO	15
1. Relação de causalidade.....	30
2 Teoria da Equivalência das Condições.....	31
3 Teoria da Causalidade Adequada.....	37
4 Teoria da Relevância Típica.....	41
CAPÍTULO II– IMPUTAÇÃO OBJETIVA	44
1 Origens.....	45
2 A Imputação Objetiva na obra de Claus Roxin.....	52
.2.1 Criação e realização de riscos.....	55
2.2 O fim de proteção da norma.....	56
3 A Imputação Objetiva na obra de Günther Jakobs	57
CAPÍTULO III – CRIAÇÃO DE RISCOS E EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO	61
1 Criação do risco socialmente permitido.....	64
2 Diminuição de riscos.....	66
3 Os chamados processos causais extraordinários.....	68
4 Condutas que não importem, pela sua relevância, em aumento de perigo já existente.....	69
5 Criação de risco e curso causal hipotético.....	69
6. Exclusão da Imputação.....	71
6.1 Exclusão da imputação relativamente de resultado quando não está coberto pelo fim de proteção da norma de cuidado.....	71

6.2 Exclusão da imputação por falta de realização de um risco não permitido.....	74
6.3.Autolocação da vítima em risco.....	75
6.3.1 A contribuição a uma autolocação a perigo dolosa.....	76
6.3.2 A heterocolocação em perigo consentida.....	81
6.3.3 A atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio.....	86
6.3.4 Traumas sobre terceiros.....	91
6.3.5 Danos posteriores.....	92
CAPÍTULO IV - TEORIA DA ELEVAÇÃO DO RISCO.....	93
1 .Criação de Risco não Permitido.....	93
2 Elevação do risco permitido.....	93
3 Dever de cuidado.....	95
4 Exclusão da imputação relativamente a resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado	97
5 Risco permitido e Princípio da Confiança.....	100
6 A proibição de regresso	102
7 Comportamento alternativo conforme o direito.....	104
CAPÍTULO V - APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

RESUMO

Pretende-se na presente dissertação empreender reflexão acerca da teoria da imputação objetiva, elegendo como pensamento central o desenvolvido por Claus Roxin. Amparada na evolução do delito, buscar-se-á demonstrar o processo que culminou em sua concepção atual, fruto da inadmissibilidade de que a simples comprovação da causalidade empírica fosse suficiente para preencher o tipo objetivo, atribuindo-se o resultado de lesão do bem jurídico ao autor; dentro de um pensamento teleológico-racional, também chamado funcionalismo, através do qual o método axiomático-dedutivo, baseado em verdades ontológicas, próprio do finalismo, dá lugar a uma renormatização da teoria jurídica do crime, de acordo com os fins do direito penal. Valendo-se da concepção de que o Direito Penal tem por função a proteção de bens jurídicos, somente se justifica a proibição de ações que lhe sejam, pelo menos, perigosas, utilizando-se, para tanto, da idéia central do risco. Assim, a atribuição do resultado de lesão do bem jurídico pressupõe, primeiro a criação de risco para o bem jurídico pela ação do autor e, segundo, a realização do risco criado pelo autor no resultado de lesão do bem jurídico, sendo estes os dois pontos chaves desta teoria.

RIASSUNTO

Si pretende con questa dissertazione intraprendere una riflessione sulla teoria dell'imputazione oggettiva, eleggendo come pensiero centrale quello svolto da Claus Roxin. Amparata sull'evoluzione del reato, si cercherà di dimostrare il processo che è culminato nella sua concezione attuale, frutto dell'inammissibilità che la semplice comprovazione della causalità empirica fosse sufficiente a riempire il tipo oggettivo, attribuendosi il risultato di lesione del bene giuridico all'autore; dentro di un pensiero teleologico-razionale, detto anche funzionalismo, attraverso il quale il metodo assiomatico-deduttivo, basato su verità ontologiche, proprio del finalismo, da luogo ad una rinormatizzazione della teoria giuridica del reato, in conformità agli scopi del diritto penale. Servendosi della concezione che il Diritto Penale ha per funzione la protezione di beni giuridici, si giustifica soltanto la proibizione di azioni che ad esso siano, almeno, pericolose, utilizzando, pertanto, dell'idea centrale del rischio. Così, l'attribuzione del risultato di lesione del bene giuridico presuppone, in primo luogo, la creazione di rischio al bene giuridico dall'azione dell'autore e, secondo, la realizzazione del rischio creato dall'autore nel risultato di lesione del bene giuridico, essendo questi i due punti chiavi di questa teoria.

INTRODUÇÃO

Não se formulam conceitos desvinculados de seu contexto social. Certamente, os pressupostos teóricos fundamentais do Direito Penal recebem, do contexto social em que aparecem e se constituem, o elemento nutriente que determina o conteúdo dos mesmos, segundo a concepção que cada época, pelas disciplinas filosóficas que plasmam o direito penal, tem do homem e da sociedade. Ou seja, cada momento histórico traz uma idéia diferente de sujeito e determina, dessa forma, o significado de ação, de ilicitude, de culpabilidade e, por conseqüência, os conceitos de crime e de pena.

O Direito Penal sempre buscou uma fundamentação científica para justificar a sua intervenção na vida privada do cidadão. Este trabalho incessante observa-se nos estudos desenvolvidos ao longo dos tempos, os quais refletem em diversos sistemas, que vão se aprimorando cada vez mais.

Para o Direito Penal tradicional, o sujeito destinatário de suas normas é o indivíduo com suas condutas próprias. Para o funcionalismo penal, numa visão Luhmanniana, ao revés, o que conta é o sistema e suas comunicações com o meio que o circunda.

Em virtude de exercer o tipo penal uma função primordial, para a teoria do delito, pelo fato de trazer o modelo abstrato de ação proibida pelo ordenamento jurídico, é nele que se concentra o preâmbulo de qualquer modificação na estrutura do fato punível, até mesmo pela sua função política de limitação do poder estatal de punir.

Sob a ótica naturalista, o tipo dos crimes materiais esgotava-se na descrição de uma modificação no mundo exterior, sendo representado por uma ação, nexu causal e resultado, de forma que o raciocínio usado conduzia utopicamente a uma simplicidade lógico-formal de uma ciência exata.

Com o finalismo, foram acrescentados o dolo e os elementos subjetivos especiais, de forma a integrarem a parte subjetiva do tipo, até então tratada como integrante da culpabilidade, permanecendo sua parte objetiva intacta.

Não se admite mais que a simples constatação empírica de um resultado causado por uma ação configure a tipicidade objetiva, fazendo-se necessária a distinção conceitual entre causalidade e imputação, isso porque a legitimação da aplicação do Direito Penal requer a seleção daquelas condutas que lhe sejam relevantes.

Foram várias as tentativas visando um modo de limitar a causalidade material; as teorias desenvolvidas para tanto não se mostram suficientes para atingir seu objetivo, apresentando falhas em suas fundamentações, limitando-se a excluir os resultados imprevisíveis, não construindo, assim, uma base sólida.

O que atualmente se denomina de “Teoria da Imputação Objetiva” é o resultado de vários estudos, discussões e proposições que se deram exatamente a fim de apresentar uma solução para a legitimação da aplicação do Direito Penal e comporta diversos fundamentos teóricos e fórmulas de expressão, segundo a direção funcionalista abraçada por cada autor.

Ao contrário do que se possa pensar, o debate acerca da imputação objetiva não é recente, mas remonta à primeira metade do século XX. Ocorre, entretanto, que a idéia de imputação acabou passando despercebida pelos sistemas então vigentes, pelo domínio, primeiramente do naturalismo, e posteriormente, do

finalismo, sendo defendida por estes a auto-suficiência de suas construções inexoráveis.

Somente em 1970 é que CLAUS ROXIN reacendeu as proposições outrora salientadas por outros autores, devendo-se a ele o mérito da sistematização daquela teoria e enquadramento na teoria do delito atual.

Buscou-se assim, estabelecer critérios normativos que pudessem fundamentar a imputação objetiva em relação a um resultado típico, baseados na idéia central do risco. A teoria do fato punível foi, por conseguinte, remoldada de forma a permitir uma responsabilidade pessoal, e não meramente causal, sendo que a atribuição do tipo objetivo passou a consistir na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao autor, como obra dele. Pressupõe-se a criação de um risco pelo autor, para um bem jurídico, mais a realização do risco criado no resultado de lesão do bem jurídico, fazendo-se uma filtragem das condutas penalmente relevantes no âmbito do próprio tipo, sendo a criação e a realização do risco os alicerces base da Imputação Objetiva. Pode-se então estabelecer, como ponto comum entre as teorias que tratam do assunto, o objetivo de fundamentar a imputação do resultado primariamente, em critérios objetivos que deixem patente que determinado resultado é obra efetiva de algum agente que o assumiu como próprio.

Para melhor entender a teoria em questão, deve-se analisar seu histórico e o contexto no qual se desenvolveu. Em verdade, a imputação objetiva enquadra-se perfeitamente nos moldes da denominada ciência teleológico-racional ou funcional, a qual encontrou naquela um instrumento adequado para ordenar sua estrutura, o que certamente lhe impulsionou de maneira considerável.

Não se trata, entretanto, de uma teoria acabada, mas ainda em construção, que vem tomando corpo por meio da imensurável contribuição da doutrina, principalmente alemã.

Pretende-se, por meio do presente trabalho, expor o processo que culminou na atual concepção da imputação objetiva, para uma melhor compreensão. Em conseqüência, a abordagem aqui feita não esgota a matéria, mas apenas a apresenta, oferecendo uma colaboração limitada para a necessária discussão a seu respeito.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DA TEORIA DO TIPO

O Direito Penal, de acordo com as correntes de pensamentos das diversas épocas, vem passando por várias transformações ao longo do tempo, conseqüência da necessidade de que haja um sincronismo entre a estrutura metodológica destas e as transformações sociais, a fim de torná-lo adequado e eficaz.

Desta forma, ao crime foram introduzidos elementos fundamentais, paulatinamente, a fim de que se pudesse chegar a um conceito completo e suficientemente desenvolvido e, dentre estes, pode-se destacar a ação, mencionada pela primeira vez por Albert Friedrich BERNER, em 1857; a formulação da antijuridicidade objetiva, independente da culpabilidade, por Rudolph von IHERING, em 1867; o desenvolvimento do tipo, por Ernest BELING, em 1906; a culpabilidade, em 1907, por Reinhard FRANK, além das noções de dolo e culpa trazidas por MERKEL.¹

A expressão *Tatbestand* tem tradução livre e corresponde à figura conceitual elaborada pela doutrina, sendo *tipo* sua denominação no mundo jurídico. Tal conceito de tipo remonta ao de *corpus delicti*, usado para abarcar as características de determinado delito². Todavia passou por inúmeros acréscimos conceituais que realizaram perfeita mutação em sua concepção.

Tais mudanças foram fundamentais para o Direito Penal, motivos pelos quais far-se-á um breve histórico dos modelos de sua dogmática, visando a

¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito (Variações e Tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 15.

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 153.

que se possa entender melhor como se deu sua evolução que conduziu às atuais tendências, com especial foco à Imputação Objetiva.

A evolução da teoria do delito divide-se basicamente em três etapas representadas pelo sistema clássico (modelo de LISZT e BELING), sistema neoclássico (influenciado pela filosofia neokantiana) e o finalismo. Em que pese a resistência que vem sendo oferecida por parte dos finalistas, a fase atual pode ser considerada de transição, posto que aprimora o chamado sistema funcional-teológico, também denominado funcionalismo.

Os fundamentos histórico-filosóficos para cada uma destas etapas são distintos: o classicismo teve seus alicerces no naturalismo que predominou no século XIX. Já o sistema neoclássico fundou-se nas idéias neokantistas que levavam à valoração da realidade, enquanto que a teoria finalista buscou suas bases no ontologismo, construindo um sistema lógico-real, com conceitos pré-jurídicos e antropológicos.

No final do século XIX, o vienense Franz VON LISZT, junto a importantes doutrinadores, tais como ADOLPHE PRINS e VON HAMMEL, proclamou a Escola Moderna Alemã, onde – com bases nas categorias científicas do mecanicismo do século XIX – define ação com causação de modificação no mundo exterior por meio de um comportamento humano voluntário, hoje conhecido como modelo clássico de ação.³

LISZT define o delito como ato contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena, sendo que sua definição gira em torno do ato em si, o qual é considerado como um processo causal. Defende que de nenhuma validade teria a existência da pena se usada como arma da sociedade, como meio de luta

contra o crime, se não fossem estudados os aspectos e as causas interiores a este, que seria sim um fato jurídico, mas que em sua retaguarda traria o fato humano e o social, que constituem sua realidade fenomênica e influem nas gerações vindouras⁴. Insiste na existência da influência das condições sociais, sobretudo as econômicas, repelindo a idéia do criminoso nato.

O resultado, para ele, incorpora-se à ação como seu momento final juridicamente mais relevante, composto de uma modificação no mundo exterior, qualquer que seja seu âmbito de alcance, podendo até ser a mudança psíquica sofrida pela vítima, haja vista que o mundo interior de outrem é o mundo exterior ao agente.⁵

Os aspectos objetivos e subjetivos são representados, respectivamente, pela antijuridicidade e pela culpabilidade, servindo inclusive para diferenciar tais elementos, valorando-se naquela o ato, numa concepção objetivo-normativa, enquanto nesta é analisado o autor, de modo subjetivo-descritivo⁶.

É conveniente recordar que LISZT defende mudanças no âmbito dos conceitos do Direito Penal, bem como na política criminal e na Criminologia, admitindo a fusão entre estas e aquele.

Não obstante ter logrado prestígio na Alemanha e seguidores de vulto, a estrutura apresentada mostrava-se insuficiente, tendo em vista que havia muitas condutas antijurídicas ou culpáveis que, porém, não poderiam ser consideradas como delitos.⁷ Isso porque lhes falta um elemento que vincule as

³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p. 12.

⁴ Von LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, apud BRUNO., Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 127.

⁵ Idem., p. 299.

⁶ BRUNO, A. Idem, p. 17.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual del derecho Penal*, p. 56-57.

valorações à norma jurídico-penal, de forma a encaixar a ação com a descrição contida naquelas.

No ano de 1906, ao publicar *Die Leher von Verbrechen*, BELING desenvolve, pela primeira vez, um conceito de tipo totalmente independente frente à antijuricidade e à culpabilidade, consistente na descrição exterior de delitos.⁸ BRUNO chega a afirmar que aqui surgiu propriamente o estudo de tipo e de tipicidade: antes, o conceito amplificado abrangia os pressupostos de punibilidade (incluídas as noções de injusto e de culpável).⁹

O tipo causal de BELING tem duas características fundamentais: é desprovido de juízo de valor e livre de elementos anímico-subjetivos, limitando o conceito às características objetivas do crime. Segundo CIRINO DOS SANTOS, a ação humana determinaria o resultado, sem valorar-se a vontade do autor, como uma forma sem conteúdo, um fantasma sem sangue, numa metáfora do próprio BELING.¹⁰

Ainda para ele, a valoração da conduta pertence à norma, e não ao tipo, que seria meramente formal. Com tal diferenciação, faz-se mais fácil buscar um conceito analítico de delito e o próprio estudo da ação, segundo TAVARES, pois houve a cisão entre a conduta (corpo de delito) e sua previsão legal.¹¹

Todavia, segundo WELZEL, chega a reconhecer que o tipo seleciona, dentre as diversas condutas humanas, aquelas consideradas relevantes para o Direito Penal, sendo estas jurídicas ou antijurídicas, mas não neutras.¹² Na verdade, BELING pretende separar de forma inequívoca o tipo da antijuricidade,

⁸ ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal*, p. 56-57.

⁹ BRUNO, A. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 339.

¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, *A moderna teoria do fato punível*, p. 12.

¹¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p.131.

¹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, p. 79-80.

atribuindo-lhe neutralidade. Logo, a constatação da tipicidade não significa de igual forma a de antijuricidade, representando apenas seu indício.¹³

Assim, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade são elementos totalmente distintos dentro do conceito de ação desenvolvido por LISZT e BELING, no qual a ação é fracionada em um processo causal externo, e o conteúdo da vontade, interno, o que viabiliza a separação absoluta da antijuricidade e da culpabilidade, respectivamente.¹⁴

Entretanto, o chamado sistema clássico de LISZT e BELING apresenta falhas, sendo alvo de muitas críticas por sua impossibilidade de solucionar vários problemas apresentados.

No campo da omissão, por exemplo, não há como fundamentar a responsabilidade penal do agente. Para tanto, LISZT admite que aquela só restava caracterizada no caso de um não fazer o esperado, evidenciando o caráter valorativo, e não neutro do tipo.¹⁵ Ademais, não há que se falar em movimentação corporal em se tratando de omissão, contrariando o conceito naturalista de ação.

Da mesma forma, quanto aos delitos de mera conduta, o aspecto externo restava prejudicado. Igualmente, não havia justificativa para o fato de, frente à descoberta dos elementos subjetivos na antijuricidade - por exemplo, na tentativa, o dolo é um elemento subjetivo do injusto- manter-se a distinção básica entre os aspectos objetivos e os subjetivos, da forma com que vinha sendo vista até então.¹⁶

O nome de teoria causal da ação foi dado pelos finalistas ao conceito naturalístico de ação e aos conceitos que dele decorreram, pois, consoante

¹³ Posteriormente, o próprio BELING admitiu o tipo como integrante da antijuridicidade, fato deduzido de seu conceito de delito. TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 133.

¹⁴ TAVARES, J. *Idem*, p. 161-163.

¹⁵ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação Objetiva*, p. 14.

¹⁶ WELZEL, H. *Derecho Penal*, p. 62.

palavras de WELZEL, o conceito causal de ação é ontologicamente insustentável e axiologicamente inaplicável. Justifica o mestre FRAGOSO¹⁷ que é porque cinde momentos inseparáveis da estrutura do ser da ação, separando o conteúdo de seu aspecto subjetivo, que é sua essência e lhe dá forma. MAURACH, segundo o mesmo autor, usou a alegoria de que a teoria causal seria um tronco, com extremidades bem constituídas, mas sem cabeça.

Somente graças a Max Ernest MAYER, que publicou seu *Tratado de Direito Penal* em 1915, que foi lembrada e desenvolvida tal teoria, tendo em vista que a doutrina havia rejeitado as idéias de BELING, considerando-as sem utilidade.

Para MAYER¹⁸, a tipicidade é o primeiro pressuposto da pena, cumprindo uma função tão-somente indiciária da antijuricidade, sendo, portanto, a *ratio cognoscendi* desta. Assim, quem age realizando o tipo provavelmente já contrariou o direito vigente, mas tal *indício* não está contido na proibição. Posteriormente, na antijuridicidade, ser-lhe-á atribuído um juízo de valor decorrente da observação das normas jurídicas.

Claus ROXIN¹⁹ cita o exemplo utilizado por aquele autor, mencionando a relação entre o fumo e o fogo, que seria a mesma que entre o tipo e a antijuricidade, sendo que o fumo não é fogo e nem contém fogo, mas indica sua existência até que se prove o contrário.

Para MAYER a antijuridicidade é verificada por meio de dois juízos: um provisório, de realização do tipo, e um definitivo, por meio da inexistência de causa de justificação.²⁰ Todavia, restou indiscutível a impossibilidade da separação

¹⁷ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*, parte geral, tomo I, p.152.

¹⁸ TAVARES, J. Op. cit., p. 133.

¹⁹ ROXIN, C. Op. cit., p. 60-61.

²⁰ MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine*. p. 173, apud TAVARES, J. In: *Teoria do Injusto Penal*. p. 134.

entre a descrição dos fatos e sua valoração, o que veio a desvirtuar a visão totalmente descritiva do tipo.²¹

Admite também a inclusão de elementos normativos, os quais não podem ser percebidos simplesmente pelos sentidos, tais como os conceitos de falsidade, honestidade de uma jovem, maus tratos, periculosidade, etc., sendo estes pertencentes autenticamente à antijuricidade.

Contudo, seriam exceção à regra, tendo em vista que não a denotam, mas a fundamentam, sendo sua *ratio essendi*. MAYER, porém, defende que a presença desses elementos constituiria apenas casos particulares, representando, como dito, uma exceção. A partir da constatação de que não há somente elementos descritivos, mas também aqueles que necessitam de uma valoração, a teoria do tipo tem um grande impulso, evoluindo rapidamente.

Por fim, são evidenciados os elementos subjetivos do tipo, visto que somente por meio deles é que se pode identificar o injusto em certos fatos, como, por exemplo, nos crimes de furto, roubo e estelionato, para os quais se faz indispensável uma intenção específica, qual seja, a especial de apropriação ou de enriquecimento, respectivamente. Como bem salienta o penalista Juarez TAVARES²², essas exigências estão absolutamente em sintonia com o Código Penal Brasileiro, que, nos crimes citados, condiciona a integração do tipo de injusto a que as ações sejam praticadas *para si ou para outrem*, isto é, no sentido de apropriação ou de enriquecimento. Ao admitir-se a existência de elementos normativos e subjetivos no tipo, as contradições do sistema causalista restaram evidentes.

²¹ ROXIN. Op. cit., p. 62-63.

²² TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p. 39.

O penalista espanhol Santiago MIR PUIG²³ coloca duas questões principais acerca do assunto. Primeiramente, há impossibilidade de manter-se um conceito causal de ação quando, à luz de uma contemplação valorativa, se reconhece que sua essência era a finalidade. Além desta, a divisão do delito nas partes naturalística, objetiva e subjetiva não procedia, perante a constatação de que a diferença material entre a antijuridicidade e a culpabilidade não seria naturalista, mas valorativa.

Contudo, ainda tentava-se manter o sistema LISZT-BELING. Para que pudesse sobreviver e a fim de que pudessem ser rebatidas as críticas a seu respeito, vão sendo elaborados novos fundamentos com base na filosofia neokantista, que tem seu auge nessa época e surge como solução e resposta a tal fase científica.²⁴

No positivismo neokantiano ou neokantismo, a reflexão sobre as idéias de Kant dá-se por meio da Escola Sulocidental Alemã, que tem como principais precursores Gustav RADBRUCH, M. E. MAYER e Edmund MEZGER.²⁵

Pretende-se a inserção do Direito Penal na realidade a fim de recriá-la, introduzindo-se essa valoração ao sistema clássico de LISZT-BELING, formando o conceito neoclássico do delito.²⁶

Acorde ensinamentos de TAVARES, há dois momentos distintos nos quais tal teoria lança bases para a transformação da teoria do delito. No primeiro, MAYER, MEZGER e GRÜNHUT estudam os elementos normativos do tipo. Posteriormente, FISCHER, NAGLER e HEGLER elaboram a teoria dos elementos subjetivos do injusto, que mais tarde foi objeto de estudo de MEZGER. Esta teoria

²³ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 243.

²⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva*, p. 16.

rechaça a postura de que a tipicidade e a antijuridicidade compõem-se apenas de características objetivas e subjetivas.²⁷

Ocorre verdadeira mudança em todos os âmbitos do crime, passando pela normatização do tipo, a inclusão da antijuridicidade material, bem como a concepção da culpabilidade como formação da vontade contrária ao dever.

MEZGER²⁸ defendeu a estrutura bipartida do delito, que em vez de conduta típica, antijurídica e culpável, seria então definido como conduta *tipicamente antijurídica e culpável*. Em seu tratado (1931) afirmou que o tipo é o fundamento da antijuridicidade (*ratio essendi*) e não o elemento identificador, um indício desta (*ratio cognoscendi*). O injusto penal tem elementos próprios e, diversamente dos demais ramos do direito, tem uma forma especial de aparecimento, qual seja, por meio da realização de conduta prevista como crime na lei penal. Ainda, que o ato de criação legislativa do tipo contém diretamente a declaração de sua antijuridicidade²⁹, diante da existência de uma antijuridicidade geral e de uma antijuridicidade penal. Uma conduta pode ser considerada ilícita sem ser necessariamente tipificada. Exatamente por isso que, após a sua tipificação, há que ser antijurídica, posto que já o era de forma geral.

Com base no pensamento de filósofos da corrente de ARISTÓTELES³⁰, somente em 1930, com um trabalho de transcendência da Filosofia para o Direito Penal³¹, Hanz WELZEL lança as sementes de um novo rumo para o Direito Penal, firmando sua teoria em raízes puramente ontológicas para

²⁵ CAMARGO, A. L. C. Idem, p.26.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho penal*, p. 267.

²⁷ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 134.

²⁸ MEZGER, apud TAVARES., J. *Teoria do Injusto Penal*, p137

²⁹ MEZGER, apud TAVARES., J. Op. cit., p. 64.

³⁰ TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p. 58.

³¹ PUIG, S. M. Op. cit., p. 248.

chegar a um conceito *final* de ação. Na finalidade está a base da vontade de prever as conseqüências da intervenção causal e dirigi-la a um fim.³²

Diante do que ensina o penalista Aníbal BRUNO³³ sobre tal teoria, não é o simples querer alguma coisa que basta como conteúdo da vontade: é a vontade dirigida a um fim precisamente visado, isto que WELZEL considera a “espinha dorsal da ação”. A finalidade confunde-se com “dolosidade” (*Vorsatzlichkeit*). O dolo é descartado da culpabilidade e incluído na estrutura do conceito de ação, fato este que, de acordo com o autor, se mostrou como o ponto nevrálgico das críticas, na época.

O legislador, desta forma, não pode modificar por sua vontade ou opor seus interesses aos esquemas da ação final, tendo em vista que o sentido da própria ação seria assim o elemento essencial de configuração do injusto, acorde nos leciona TAVARES.³⁴ Deve sim, segundo WELZEL, respeitar as estruturas lógico-reais no objeto de sua regulação, para que esta não resulte falsa. A estrutura ontológica da ação é anterior a qualquer valoração ou regulação.

Diante disso, a ação, por meio de uma conceituação pré-jurídica, passa a ser considerada pela sua própria essência, que é final, visto que não há como separar a vontade de um ato humano, já que é sempre dirigido a um fim. Percebe-se que uma das características do finalismo é abordar o delito culposos de acordo com a condução da atividade humana contida no tipo, seja embasando-se

³² Juarez Cirino dos Santos lembra que aqui se faz a distinção entre fato natural e ação humana: o primeiro é fenômeno gerado pela causalidade, produto mecânico das relações causais cegas, enquanto que o segundo, a vontade é a mola propulsora da ação, e a consciência do fim é sua direção inteligente. SANTOS, J. C. dos. *A moderna Teoria do Fato Punível*, p. 15.

³³ BRUNO, A. *Direito Penal*, Parte Geral, p. 304-305.

³⁴ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 138.

num juízo de valor negativo para tal atividade, seja num desvio do processo causal.³⁵

Assim sendo, a estrutura do delito sofre uma profunda alteração, pelo fato de que, se a vontade está incluída na ação, o dolo e a culpa devem integrar o próprio tipo, agora dividido em objetivo e subjetivo, e não mais a culpabilidade. Aliás, esta última é compreendida como puro juízo de reprovação sobre o autor, por este não ter agido de outro modo, embora pudesse, ganhando relevância a possibilidade de agir conforme o direito.³⁶

O finalismo é muito mais do que uma simples teoria do delito. Significa dizer que o mero fato de se admitir um conceito final de ação não denota a assunção do sistema finalista.

Toma-se o exemplo de MEZGER. O autor em questão anuiu à postura de que a vontade integra o ato humano; entretanto seu fundamento era diverso, derivado de uma valoração neokantiana. Para ele a finalidade não é uma qualidade radicada no ser, mas sim atribuída pelas categorias mentais do homem, de forma que o legislador não está vinculado ao conceito final ontológico.³⁷

A teoria finalista traz a subjetivação do injusto e, ao mesmo tempo a dessubjetivação e normatização da culpabilidade, em total oposição ao sistema clássico.³⁸

Objecções ao finalismo são feitas quanto ao injusto pessoal, às causas de justificação e quanto à teoria da culpabilidade, tendo em vista que aquele

³⁵ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 140.

³⁶ TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p.73.

³⁷ PUIG, S. M. Op. cit., p.249.

³⁸ ROXIN, C. *Funcionalismo e teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 200.

conduziria a um Direito Penal do ânimo enquanto esta leva em consideração a conduta de vida e o caráter.³⁹

Na verdade, numa visão sintética, o finalismo, apesar de todo seu mérito e importantes conseqüências e derivações, somente vem a acrescentar ao conceito naturalista do tipo o aspecto subjetivo. Esta consideração é essencial, na medida em que o tipo objetivo permanece o mesmo, representado pela ação, constatação da causalidade e do resultado.⁴⁰

Não obstante a oposição entre fundamentos básicos da teoria finalista e da Imputação Objetiva – visto que aquela enfatiza o subjetivo, enquanto esta, o objetivo –, bem como de suas linhas metodológicas – tendo a primeira uma premissa ontológica e fulcrando-se em conceitos pré-jurídicos e estruturas lógico-reais, enquanto a outra se vale de premissas normativas – são inegáveis as preciosas contribuições do finalismo para o surgimento da moderna Teoria da Imputação Objetiva, as quais podem ser sintetizadas em três tópicos: o entendimento do ilícito como uma contrariedade a uma norma de determinação, a importância dada ao desvalio da ação e a valorização da perspectiva *ex ante* do juízo de ilicitude.⁴¹

Conforme a visão naturalista do tipo, a norma violada pelo autor limitava-se a valorar resultados, tendo em vista que o injusto neles se esgotava, sendo que a análise deste dava-se justamente quanto à alteração de estados, o que levava a uma perspectiva exclusivamente *ex post*. Somente com o finalismo é que isto pôde ser alterado, o que é de enorme valia para a Imputação Objetiva, a qual,

³⁹ TAVARES, J. Op. cit., p.88-89.

⁴⁰ GRECO, Luís. In: ROXIN, C. *Funcionalismo e teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal*, Introdução, p. 07.

⁴¹ GRECO. L. Op. cit., p.37-39.

contudo, deixou de lado seus exageros, aproveitando-se de tais componentes com o equilíbrio necessário.

Deste modo, não abstém de complementação – à medida que se faz relevante – das normas de valoração, bem como de uma perspectiva *ex post* e do próprio desvalor do resultado. Isso se dá no tocante à realização do risco no resultado, em virtude do favorecimento à constatação da previsibilidade, indispensável para que se possa afirmar tal realização. Se a vítima for portadora de uma doença que anteriormente se desconhecia, como a diabetes, que influenciou diretamente na ocorrência do resultado, tal dado fático mostra-se saliente, com reflexos diretos na análise da tipicidade da conduta.

O sistema finalista é hoje adotado pela doutrina brasileira, sendo consagrado pela Reforma Penal de 1984. Parece equivococar-se Luís GRECO quando crítica a adoção da *teoria finalista*, com base nos limites de atuação do legislador, tendo em vista que este “pode dispor com obrigatoriedade sobre as conseqüências jurídicas surgidas após a ocorrência de determinados fatos, mas não sobre as teorias que a doutrina seguirá em seu trabalho interpretativo”.⁴² O autor segue colocando que “se o finalismo entende seu conceito de ação como uma realidade ontológica, pré-jurídica, independente do legislador, causa estranheza que se fundamente o sistema finalista com a sua adoção pelo legislador”.⁴³

No entanto, lamenta-se que ainda são ignoradas as novas teorias e parâmetros pelo Direito Penal Brasileiro, entre elas a da Imputação Objetiva.

Criticando o finalismo por seu ontologismo puro, Eberhard SCHMIDT traz um “conceito social de ação”, o qual visa conciliar tal característica com

⁴² GRECO. L. *Idem e ibidem*.

⁴³ GRECO. L. *Idem e ibidem*.

valorações normativas, incluindo em sua essência a relevância social, tendo em vista que somente as ações neste âmbito inseridas interessam para o Direito Penal.

Para tanto, conforme afirma MAURACH, a estrutura finalista continuou a ser utilizada, permanecendo o dolo e a culpa no tipo, de forma que a relevância social constituía somente um atributo adicional àquele.⁴⁴

Primeiramente, ENGISCH define ação como a “causação voluntária de conseqüências calculáveis e socialmente relevantes”.⁴⁵ Este conceito vai sendo aprimorado com o auxílio de grandes penalistas, tais como MAURACH, JESCHECK, WESSELS e, posteriormente, MAIHOFER. A dificuldade estava em definir o que era “socialmente relevante”. Os artifícios usados para tal tarefa eram escassos, perdendo valor a teoria em questão por embasar-se em critério impreciso.

Incontestável, porém, o mérito desta ao tentar trabalhar normativamente dentro do aspecto objetivo do tipo, a fim de que seja selecionado somente aquilo em que o Direito Penal deve intervir, por mais que se estivesse negando a própria ação, quando somente o tipo objetivo deveria estar sendo recusado, o que é corretamente feito pela Imputação Objetiva. Para estes, o tipo retrata a forma de expressão e a antijuridicidade do delito, e por isso fundamenta o conteúdo de injusto, tanto no que concerne à ação (desvalor do ato), quanto no que se refere ao resultado (desvalor do resultado).⁴⁶

⁴⁴ MAURACH, R. *Derecho Penal*, p. 257-63 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. p. 42.

⁴⁵ ENGISCH, *Kohlrausch-Festschr*, *apud* WESSELS, Johannes. *Direito Penal - parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 20.

⁴⁶ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 143.

Atualmente, por serem os defensores da teoria social da ação adeptos da Imputação Objetiva, a função prática desta foi reduzida à exclusão de não-ações de qualquer valoração pelo Direito Penal⁴⁷.

Com precisão, JESCHECK enumera os “comportamentos de antemão irrelevantes para a imputação jurídico-penal”,⁴⁸ quais sejam: atos reflexos, estados de inconsciência e forma irresistível (*vis absoluta*), nos casos de incapacidade geral de ação, atividades procedentes de pessoas jurídicas e processos psíquicos (cogitações não exteriorizadas).

Com o funcionalismo, teoria que tem em JAKOBS e ROXIN seus principais expoentes, o injusto surge do confronto entre tipicidade e antijuridicidade. De acordo com TAVARES⁴⁹, JAKOBS defende que a diferenciação entre tipo e antijuridicidade só tem importância na identificação da espécie do erro que poderia advir da falsa representação por parte do agente, no que se refere ao que a lei aponta como defeso (ação típica e seus elementos), e o que ela permite, excepcionalmente (causas de justificação e seus elementos).

Já ROXIN parte da busca de respostas ao questionamento de qual significado deve se emprestar ao tipo, que se divide em três aspectos: no sentido sistemático (como BELING lecionava), no sentido político-criminal e no sentido dogmático.⁵⁰

Defende ainda a estrutura da teoria finalista, dividindo o tipo em objetivo e subjetivo, sem deixar de advertir que a ação típica é composta de uma

⁴⁷ GRECO, L. Op. cit, p. 36.

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p. 297-299.

⁴⁹ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 144.

⁵⁰ TAVARES, J. Idem. p. 144.

unidade de valores externos e internos que serviriam apenas à ordem externa e que deve ser desconsiderada quando contrarie o sentido de um conceito.⁵¹

Em vista do panorama histórico apresentado, denota-se que o embate teórico sobre a ação foi perdendo sua relevância diante das novas perspectivas que guiam o Direito Penal atualmente, dentre elas a Imputação Objetiva. Todavia, as teorias sobre a relação de causalidade também carecem de um olhar mais detalhado para que se compreenda de modo abrangente o olhar jurídico contemporâneo.

1 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

O tipo objetivo figura como parte externa do fato delituoso. Tratando-se de crimes de mera conduta, a simples subsunção do feito com o tipo legal satisfaz tal aspecto. Entretanto, nos casos de crime de resultado, faz-se necessária a verificação do nexu causal.⁵²

A questão da causalidade é bastante antiga, apresentando controvérsias. Abordar-se-á adiante três das principais teorias a esse respeito, quais sejam: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a denominada teoria da relevância típica.

⁵¹ TAVARES, J. *Idem*, *ibidem*.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*, p. 81.

2 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

Também intitulada teoria da *conditio sine qua non* ou teoria da condição, elaborada em 1858 pelo processualista austríaco Julius GLASER, teve seus traços fundamentadamente rebuscados por Maximilian VON BURI, Conselheiro do Império Alemão, que em seus estudos, consoante ensinamentos de Anibal BRUNO, datados a partir de 1860, citava como seus predecessores KÖSTLIN, BERNES E HALSCHNER.⁵³

Faz uma equiparação, segundo FRAGOSO, entre causa, condição e ocasião, contanto que tenham contribuído para o resultado,⁵⁴ não traçando, destarte, nenhuma seleção entre as inumeráveis condições pois considera que todas têm idêntico valor. Não cabe sequer, pela concepção de VON BURI, distinguir entre condições essenciais ou acidentais, pois todas as forças que tenham contribuído para o resultado são essenciais e nenhuma pode ser desconsiderada, mesmo a mais alheia ao fato, tendo em vista que, se o sujeito envidou esforços para produzir tal resultado, deverá responder pelo mesmo em toda a sua amplitude. Precisamente, por esta igualdade de valoração, a teoria recebe tal nome: as condições são vistas como causadoras, e toda a ação que causam é típica.

Curiosamente, é uma doutrina que se distancia e paradoxalmente se aproxima do significado advindo da Filosofia e das Ciências Naturais. Para a equivalência, a causa não é a soma de todas as condições do resultado, como vislumbram tais ciências, e sim cada uma delas, mesmo que tenham atuado conjuntamente a muitas outras para alcançar o resultado. A teoria da equivalência

⁵³ BRUNO, A. *Direito Penal*, Tomo I, p.323.

⁵⁴ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*, p. 164.

trata cada causa parcial como causa autônoma. Neste sentido, TAVARES conclui que “É, portanto, uma teoria individualizadora no sentido de formar, com respeito a cada uma destas condições, um processo causal independente.”⁵⁵ Todavia, a questão em matéria penal não se trata de estabelecer o conjunto total de condições, e sim da relação entre uma ação humana determinada e seu resultado ou conseqüência. ROXIN atenta para o fato de que a questão jurídica fundamental não se resume a averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer critérios em relação aos quais se quer imputar a uma pessoa determinados resultados.⁵⁶

Entretanto, conforme afirmado, a teoria em foco também aproxima-se das Ciências Naturais e da Filosofia, tomando o conceito de causalidade em seu significado pré-jurídico, o que a capacitou para entrar em divergência com certas teorias individualizadoras da causalidade, as quais nada visavam além de estabelecer uma espécie de seleção, segundo critérios jurídicos, entre as condições apresentadas. Assim, por exemplo, só seria considerada causa em sentido jurídico aquela condição mais eficiente, a última condição posta pelo comportamento humano, ou a condição estimulante (em oposição à condição inibitória).⁵⁷

Utiliza-se o método de eliminação hipotético que, chamado também de fórmula da exclusão mental, teve sua criação atribuída erroneamente ao jurista sueco THYRÉN. Todavia, GLASER foi seu verdadeiro elaborador, citado depois nos estudos de VON BURI. Foi utilizado na jurisprudência alemã pela primeira vez no

⁵⁵ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 258.

⁵⁶ ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 145.

⁵⁷ ROXIN traça críticas ásperas em relação a esta teoria, alegando não só que é inútil como pode levar a erros, e ressalta que a maior parte da doutrina aceita a equivalência nesta situação: nos crimes comissivos, o nexa causal entre ação e condição é uma condição necessária, mas não suficiente para a imputação ao tipo objetivo, devendo-se assim recorrer a outros raciocínios de imputação. ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 274-278.

ano de 1910; em nossa legislação pátria, o Código Penal Brasileiro, ao focar a relação de causalidade, recepciona tal fórmula hipotética no seu Artigo 13, *caput*, segunda parte.⁵⁸

Afirmam seus adeptos que referida aplicação ao caso concreto permite elucidar facilmente se há ou não nexos de causalidade entre a ação e o resultado: este é causado por uma ação, quando não pode esta ser supostamente excluída sem que o resultado desapareça em sua forma concreta. De maneira que, se excluída mentalmente a ação, e o resultado da mesma forma se produz, é porque não existe um nexo de causalidade entre o comportamento e a alteração no mundo exterior: dessa forma, não houve real contribuição para o resultado.

Aplica-se a mesma estratégia mental para os casos de condutas omissivas, só que de forma inversa, ao invés de excluir, inclui-se a conduta mandada e, se a ação se realizasse e o fato não tivesse ocorrido, haveria ligação entre a omissão e o resultado.

A teoria da equivalência das condições obteve inúmeras censuras, e as mais incisivas no que tange ao dito *regresso infinito* desta exclusão hipotética: se toda condição é causa, qualquer conduta anterior e criadora indireta daquela circunstância também seria considerada causa do resultado. Criar-se-ia assim uma cadeia interminável de ações causadoras do resultado. Poderia então, fatalmente, distanciar-se da realidade, como, por exemplo: ao fabricante de armas ou ao fabricante de automóveis, seriam atribuídos incontáveis homicídios, pois sem os produtos fabricados sob suas responsabilidades, tais resultados não teriam ocorrido. SPENDEL E WELZEL, em meados do século passado, rebateram a essas e a

⁵⁸ “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.”

outras diversas críticas ao defender a tese de que, para a determinação de ser ou não causa concreta de um resultado uma determinada ação, é imprescindível “(...) um prévio conhecimento abstrato da eficácia geral desse fator ou meio, pressuposto lógico da fórmula de pesquisa causal da teoria da equivalência, que não se confunde com pesquisa de propriedades físicas ou químicas de elementos naturais”⁵⁹

Também no caso de dupla causalidade alternativa há problemas: quando várias condições concorrem, mas cada uma já seria suficiente para causar o resultado. Para tais situações, WELZEL elaborou a fórmula da eliminação global, onde qualquer delas é considerada causa. Assim, se num mesmo momento A e B ministrassem doses igualmente letais de veneno a C, tanto as ações de A como B seriam igualmente causadoras do resultado morte. Todavia, TAVARES salienta que, caso comprovado que apenas uma das doses de veneno causou efetivamente a morte, sem saber qual delas, ambos devem responder tão-somente por tentativa de homicídio em respeito ao princípio *in dubio pro reo*, que é “antes de tudo uma consequência do princípio da presunção de inocência e deve ser utilizado como instrumento delimitador da incidência normativa”.⁶⁰

Outra crítica a respeito de referida fórmula dá-se quanto às situações hipotéticas. Suponha-se que um militar, acusado de ter fuzilado ilegalmente um prisioneiro, argumenta que se ele não o tivesse feito, outro assim o faria pela obediência hierárquica. Destarte, se sua ação hipoteticamente não tivesse sido praticada, o resultado não desapareceria. Fica claro que a teoria da equivalência não se adequa a estes casos, pois se o segundo soldado o tivesse feito, utilizando-se da mesma teoria, também a ele não seria atribuído o resultado, e

⁵⁹CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna Teoria do Fato Punível*, p. 52.

⁶⁰TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p. 212.

assim, não se verificaria a conduta causadora. “Igualmente, aquele que lesione a outro en una colisión de automotores, tampoco puede discutir la causalidad, porque el mismo resultado hubiera sido causado por la conducta de un tercero.”⁶¹

Mais uma situação de inadequação em referido processo diz respeito à causa superveniente, outrora denominada concausa. Ela é vista como qualquer outra causa e não se sobressai diante das outras. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, § 1º, tendo por objetivo balizar o regresso infinito, utilizou fórmula que desfigura a teoria da equivalência nesse caso quando dita: “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.”⁶²

Quanto à interrupção da relação de causalidade, os que advogam em favor da teoria em estudo acreditam que não sucede. O acontecimento extraordinário em uma relação condicional não tem influência na causalidade. Assim, pensam que não se interrompe a causalidade porque entre a conduta e o resultado ocorre a atividade dolosa de um terceiro.⁶³ Em geral, pode-se afirmar que a relação de causalidade não admite interrupção alguma: considera-se que as condições (sejam elas anteriores, simultâneas ou supervenientes) não têm efeito excludente do nexu causal. Há⁶⁴ o exemplo de alguém que, durante uma rixa, sofre lesões leves, mas durante intervenção cirúrgica perfaz choque anafilático e vem a

⁶¹ DIAZ, Claudia Lopes. *Introducción a la Imputación Objetiva*, p. 36.

⁶² CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

⁶³ Em oposição a esta criou-se a chamada teoria da proibição de regresso no âmbito do delito culposo, patrocinada por FRANK e afastada na jurisprudência alemã: em caso de favorecimento imprudente de uma conduta dolosa, interromper-se-ia a relação de causalidade por intervenção de um terceiro, salvo normas próprias do induzimento e do auxílio. ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 295.

⁶⁴ ROXIN, C. *Idem*. *Ibidem*

morrer:causadores do resultado serão todos, pois todas foram as condições causadoras do resultado morte.

No caso de causas intermediárias culposas, estas também não são enfocadas como influentes sobre o nexu causal: se um indivíduo leva consigo uma arma em visita a um restaurante, deposita seu agasalho na chapelaria e o funcionário desta vem a atingir acidentalmente um colega, tanto o visitante quanto o funcionário deverão responder pelo resultado.

Entretanto cabe alertar que, se essa interrupção vem a anular ou impedir os efeitos da primeira conduta, ultrapassando-a, já não há mais nexu algum entre essa última e o resultado.

Para ROXIN, tanto raro quanto de difícil elucidação é o caso de interrupção de cursos causais salvadores, por exemplo: alguém destrói a mangueira do corpo de bombeiros que teria apagado o incêndio, ou destrói o único frasco com medicamento capaz de salvar a vida de outrem. Nesses casos, o autor é punido pelo crime comissivo consumado, pois o curso causal por ele cessado evitaria quase que certamente o resultado típico. “Estas são hipóteses de interrupção de causalidades dirigidas à proteção do bem jurídico: impedir a ação de processos ativados para a proteção do bem jurídico tem a mesma eficácia causal que acionar processos de destruição do bem jurídico, se ocorre o resultado de lesão pela exclusão daqueles ou atuação destes. Ao contrário, inexistente relação de causalidade se a ação obstada é ineficaz para produzir o resultado (...)”.⁶⁵ Aqui, a causalidade do agente, se considerada como força eficiente, não parece no curso causal real (o fogo), só lhe tendo neutralizado um óbice potencial. Entretanto, o

⁶⁵ CIRINO DOS SANTOS, J. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. p.55.

direito satisfaz-se com uma sucessão determinante, contínua de eventos. Esta sucessão está presente neste caso, haja vista que o impedimento do ato salvador foi crucial.

3 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Criada por VON BAR, em 1871, e tendo seu desenvolvimento atribuído ao lógico e médico alemão JOHANNES KRIES, em escritos datados de 1886, durante muito tempo foi aceita na doutrina junto à teoria da equivalência, e até hoje se encontra em uma o complemento da outra.

Proclama que, em Direito Penal, tem-se como causa apenas aquela conduta adequada para produzir o resultado típico, valendo-se do juízo da possibilidade e da probabilidade, utilizando-se do critério da *prognose objetiva posterior*, termo criado por MAX RÜMELIN principalmente para o Direito Civil, que seria a análise da previsibilidade do sujeito, de acordo com que um homem prudente, dotado de conhecimentos médios, adicionados aos que possua no momento da ação, entendesse como tal, eliminando assim as condutas que produzem o resultado por acidente. Considera-se condição aquela conduta que eleva a possibilidade de produção de um resultado, quando é provável que o comportamento tenha trazido consigo o resultado. Assim sendo, é considerada irrelevante e excluída de apreciação aquela que infortunadamente, por acaso, contribuiu para o resultado, porquanto é uma causação não adequada e fortuita que dá lugar a esses resultados, mas isto excepcionalmente, e então só pode ser avaliada em determinados casos concretos e fora do encaixe do direito.

Ao aplicar-se esta teoria, passam-se duas fases distintas: primeiro comprova-se a relação de causalidade e, *a posteriori*, verifica-se se esta relação é tipicamente relevante.

TAVARES entende que, desta forma, se busca mais a imputação do que a relação causal, pois pretende delimitar a causalidade natural. Parte primeiramente da fórmula de eliminação hipotética. Se verificar-se que inexistente causalidade, tal verificação deve ser desconsiderada. Mas se a causalidade for detectada, isto não quer dizer que obrigatoriamente ela é adequada. KRIES sugeriu que o grau de probabilidade fosse apurado segundo a previsibilidade do próprio agente, mas aí haveria confusão entre a causalidade e a culpabilidade. A partir desta constatação, por meio da já mencionada *prognose objetiva posterior*, o juiz buscará se a conduta representa uma tendência geral à produção do resultado: coloca-se no ponto de vista de um observador que se posiciona antes do fato, que seja prudente e tenha conhecimentos especiais, além daqueles próprios do círculo social do autor.⁶⁶ Este critério, que também é chamado de *prognose póstuma-objetiva* por VON LISZT, proclama que o decisivo é o curso normal da corrente causal que prende a manifestação de vontade do sujeito ao resultado, previsível, não *a priori* pelo agente, mas *ex-post* pelo juiz.⁶⁷

DIAZ verifica então que a possibilidade e a probabilidade são as bases da teoria de KRIES: o cálculo desta tem que ser feito de antemão e essencialmente desde o ponto do sujeito que atua ou se omite.⁶⁸ O juízo de adequação não pode fundamentar-se na absoluta certeza, senão na estatística e fundamentalmente conforme a experiência da vida, sem desconhecer o saber

⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, J. Op. cit., p.56.

⁶⁷ BRUNO, A. *Direito Penal*, p. 326.

normativo. Há que se levar em consideração as condições que o agente conhecia no momento de atuar (no caso de delitos dolosos) ou as que o sujeito podia e devia conhecer (em delitos culposos).

Esta teoria permite eliminar processos causais invulgares: evita o regresso *ad infinitum* da teoria da equivalência, ao considerar, por exemplo, que os ascendentes do criminoso não são causa dos atos por ele praticados, além de permitir a exclusão de cursos causais fantasiosos, totalmente fora do cálculo racional. Assim sendo, o causador de um acidente automobilístico, cuja vítima de lesões leves morre num incêndio dentro do hospital, não pode ser considerado causador do resultado.

ROXIN afirma o que MEZGER havia reconhecido rapidamente: a teoria da adequação não se tratava de teoria da causalidade, mas de imputação, de responsabilização, não constituindo ainda uma teoria da atribuição típica⁶⁸. Dessa maneira, somente permite resolver os dilemas dos chamados “cursos causais extraordinários”, mas não constitui uma explicação genérica do que é a conduta proibida. Também tem como limites qualificar os acontecimentos segundo critérios estatísticos ou de causalidade costumeira. A solução do problema passa a depender de um número ilimitado de pressupostos, pondera VON LISZT.⁷⁰

Todavia, não parece razoável basear-se num conceito de possibilidade, onde esta não existe, e sim a realidade de um evento *in concreto*. Outrossim, critica-se nesta teoria sua relatividade, haja vista a possibilidade de haver condições atípicas ou anormais que, apesar de não serem consideradas habituais,

⁶⁸ DIAZ, C. L. Op. cit., p. 40.

⁶⁹ MEZGER, apud Roxin, tinha por intento decifrar que cursos causais seriam relevantes em uma interpretação racional dos tipos, e não só com base nos princípios da adequação. ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 305.

⁷⁰ BRUNO, A. *Direito Penal*, p. 327.

sob o ponto de vista dos meios e condições em que o evento sucede, são de importância para o tipo penal, pois o autor pode conhecer os fatores causais que excepcionalmente conduzem ao resultado.

Por outro lado, introduz o critério da previsibilidade, antecipando a questão da responsabilidade e transcendendo do domínio próprio da causalidade. BATTAGLINI afirma que esta teoria introduz um juízo de cálculo subjetivo, quando se trata apenas da produção de um fenômeno. “É evidente que tudo o que se refere ao elemento psíquico nada tem a fazer com o nexos causal em sentido objetivo.”⁷¹

Contudo, o modelo da adequação é insuficiente, mesmo como teoria da imputação, se se (*sic*) imaginar que basta a adequação de um curso causal para que o problema de imputação esteja resolvido.(...) O princípio da adequação é unicamente um elemento estrutural – de qualquer maneira importante – dentro da teoria geral da imputação. Ele é nela absorvido, não precisando mais ser tratado separadamente nos quadros de uma teoria autônoma.⁷²

⁷¹ BRUNO, A. *Idem e ibidem*.

⁷² ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 305.

4 TEORIA DA RELEVÂNCIA TÍPICA

Para seus precursores, a questão da causalidade propriamente dita só resolve-se pela teoria de equivalência das condições, e, a teoria da adequação não determina o nexo causal e sim a relevância jurídica de tal condição. Aqui encontra-se o grande mérito desta teoria, o que a coloca como precursora da teoria da imputação objetiva: atribui valor devido à relevância jurídica. Segundo ANIBAL BRUNO⁷³, foi assim consubstanciada na junção da teoria da equivalência com a da causalidade adequada: separou a questão ontológica (causalidade) do problema normativo (relevância). Essa última ocorre em duas etapas: abarca o juízo de adequação em um primeiro momento, onde o que interessa é o objetivamente previsível, e o que for imprevisível para um homem prudente será irrelevante. Aqui entra um segundo critério: a interpretação teleológica dos tipos, ou seja, a interpretação de cada tipo específico: o *telos* de cada tipo penal dirá o que poderá ser considerado relevante. Como ilustração, afirma-se que o fato de um anfitrião ter convidado amigos para uma festa e, ao recebê-los, um deles morre ao cair num buraco na garagem (falha de algum empregado) não o faz culpado de homicídio, pois não pode ser considerado, indubitavelmente, autor de uma conduta típica.⁷⁴

Observa-se que, com as lacunas deixadas diante da limitação do regresso infinito, houve a necessidade de abordar-se de modo mais específico os crimes qualificados pelo resultado, praticados em co-autoria, pois neles há sempre o risco de que a responsabilidade pelo resultado mais grave seja dada ao agente

⁷³ BRUNO, A. *Direito Penal*, p.328.

⁷⁴ DIAZ, C. L. Op. cit., p. 45.

como simples consequência de sua atuação anterior contrária ao direito. Sob a sombra desta teoria, há necessidade de verificar se a causalidade está próxima ou distante do processo que o tipo legal traça como proibido, bem como questionar o fim de proteção da norma. Caso se distancie delas, o agente não poderá ser responsabilizado, e sim aquele que atuou com relevância típica, isto é, aquele que produziu o resultado mais grave dentro do desdobramento daquela atividade típica.

Oportunamente, cabe traçar os liames entre causalidade e imputação de resultado, conforme ensinamentos de TAVARES, que utiliza-se da doutrina germânica ao afirmar: “A causalidade será decidida pela teoria da condição. A imputação teria por base a relevância jurídico-penal do processo causal, que só reconheceria as condições tipicamente adequadas a produzir o resultado, sob o enfoque da finalidade protetiva da norma e as particularidades concretas do tipo legal de crime.”⁷⁵

Tal abordagem sobre a finalidade, o fim da conduta, desaguou nos fins do Direito Penal e fins da pena, que acabaram por ser objeto de estudo de ROXIN, em sua moderna teoria da imputação objetiva. ROXIN e JESCHECK lamentam que MEZGER falhou ao considerar o ponto de vista interpretativo um problema da Parte Especial, apenas.⁷⁶

Já TAVARES afirma que ela trabalha com critérios exclusivamente normativos, mas que estes clamam por decisões exegéticas do sentido de cada tipo penal para serem válidos.⁷⁷

⁷⁵ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 221.

⁷⁶ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 280.

⁷⁷ TAVARES, J. Op. cit., p. 222.

Percebe-se que a teoria acaba resolvendo o problema da responsabilidade penal, e não o da causalidade, pois ultrapassa os limites desta. MEZGER comprova tal assertiva ao, ele mesmo, definir os pressupostos da punibilidade: a conexão causal do ato de vontade com o resultado, a relevância jurídica de tal conexão e, por último, mas não menos considerada, a culpabilidade do sujeito.⁷⁸ Sabe-se que a causalidade tem sua valoração apenas quando se trata da responsabilidade penal.

⁷⁸ BRUNO, A. *Direito Penal*, p. 329.

CAPÍTULO II – IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Semanticamente, o vocábulo “imputar” está definido no Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa como: “atribuir (a alguém) a responsabilidade de.” Entretanto, no universo das leis, imputar tem valorações distintas, no campo do Direito Processual Penal e no do Direito Civil. No caso do primeiro, significa “atribuir ao sujeito certa participação criminosa em feito que apresenta características de delito ou falta”, correspondendo à relação existente entre o acontecimento e a vontade. Em Direito Civil, afirma-se que é uma conduta (ação ou omissão) atribuível ao ser humano.⁷⁹

A imputação objetiva apresenta-se como um complemento das diversas teorias causais. Quando se afirma que alguém causou determinado fato, se está transmitindo que aquele acontecimento é obra de sua vontade e não de um acontecimento acidental. O fato é a realização da vontade, e a imputação é o juízo que relaciona o fato com a vontade.⁸⁰ É chamada de objetiva, segundo RÉGIS PRADO⁸¹, porque a previsibilidade não é aferida com base na capacidade de conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do “homem inteligente e prudente”.

⁷⁹ MARTÍN, Mari Ángeles Rueda. *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, p. 64.

⁸⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I, Parte Geral, p. 267.

⁸¹ PRADO, L. R. *Idem*, p. 268.

1 ORIGENS

No mundo da Filosofia, PLATÃO pode ser considerado o primeiro a esboçar a idéia da escolha que cada um faz sobre seu próprio destino. Mas ARISTÓTELES foi mais a fundo, iniciando com a definição de virtude: disposição racional que leva o homem a fazer bem sua tarefa. Pode-se mesmo dizer que quem determinou pela primeira vez os princípios da imputação foi ele, estudando as estruturas jurídicas *a priori*, isto é, as categorias ontológicas.⁸² O princípio mais geral da imputação em ARISTÓTELES é o “domínio do fato”, no sentido de que uma ação somente é imputável se estiver em nosso poder, ou se somos seus donos, de modo que também poderíamos realizar de outra forma. Afirmou o pensador que “o homem age voluntariamente, pois nele encontra-se o princípio que move as partes apropriadas do corpo em tais ações; aquelas coisas cujo princípio motor está em nós, em nós está igualmente o fazê-las ou não as fazer”.⁸³ Estes princípios da imputação referem-se, sobretudo, à estrutura e aos elementos categoriais da ação humana, e também aos fundamentos essenciais do juízo de culpa. Portanto, ARISTÓTELES centra-se na estrutura teleológica da ação e nos informa sobre o princípio da imputação.

Nesta estrutura dos elementos da ação humana, descrita por Aristóteles, está o núcleo da teoria final da ação, “Parece, pois, que, como já ficou dito, o homem é o princípio das ações; ora, a deliberação gira em torno de coisas a serem feitas pelo próprio agente, e as ações têm em vista outra coisa que não elas

⁸² ARISTÓTELES. *Ética* - Coleção os Pensadores. p281.

⁸³ ARISTÓTELES. *Idem e ibidem*.

mesmas”.⁸⁴ Com efeito, o fim não pode ser objeto de deliberação, mas apenas o meio⁸⁵, para determinar a continuação: “o objeto de escolha é uma coisa que está ao nosso alcance e que é desejada após deliberação, a escolha é um desejo deliberado de coisas que estão ao nosso alcance (...) porque, após decidir em resultado de uma deliberação, desejamos de acordo com o que deliberamos.”⁸⁶

Considera-se, desta forma, descrita em linhas gerais a escolha, estabelecida a natureza dos seus objetos e o fato de que ela diz respeito. Esta estrutura teleológica coincide com o modelo da teoria final da ação, na qual se encontra, em primeiro lugar, a colocação da meta da ação, seguida pela escolha do meio para o fim, e conclui com a aplicação deste meio para consecução daquele fim. Portanto, em seu conceito de imputação, interessa a vontade atual, o acionamento da vontade, que representa uma ação de exercício dos hábitos “bons” e “maus”. Todo conceito destaca, pois, o domínio do fato como elemento ontológico imanente da estrutura da imputação. Na imputação, trata-se então de determinar que um fato, com independência de sua valoração, é obra de um autor determinado, e isto se constata mediante a comprovação de que o autor teve o domínio daquele fato.

A prescrição mais antiga considerava que o tipo objetivo se perfazia apenas com a causalidade do comportamento do autor. No caso de crimes dolosos comissivos, tentava-se negar o dolo para resolver situações em que a punição parecia inapropriada, pois se o tipo objetivo foi preenchido, só a negação do *animus* poderia ser a solução.

Samuel PUFFENDORF, filósofo do Direito Natural, trouxe em 1694 o termo “imputação” de volta com a dita teoria da imputação, utilizando-se de dois

⁸⁴ ARISTÓTELES. Idem e ibidem.

⁸⁵ ARISTÓTELES. Op. cit., p. 286.

termos para explicar o conteúdo de imputação: a *imputativitas* está formada pelos elementos materiais da imputabilidade e as condições de sua exclusão, e assim determinar-se-ia se a relação de pertinência da ação livre do autor. Já a *imputatio*, como assinalou WELZEL, refere-se às operações *judiciais ex post* de comprovação, em primeiro lugar da afluência dos elementos da *imputativitas*, e em segundo lugar, a valoração do fato.⁸⁷ De acordo com SCHÜNNEMANN, a *imputatio* de PUFFENDORF significava realmente a imputação (objetiva e subjetiva) do tipo, e não só do resultado do delito.⁸⁸

Posterior a seus estudos, a ciência do Direito Penal faz uma distinção que fraciona entre uma parte subjetiva e outra objetiva do delito, a elas aplicando-se os conceitos de *imputatio facti* (ou imputação do objetivo) e *imputatio iuris* (ou imputação do subjetivo).

Entretanto, HEGEL projetou, com sua filosofia idealista do Direito, o nascedouro das idéias que a teoria da imputação objetiva preconiza: buscava imputar ao sujeito, de uma infinidade de cursos causais, um apenas que fosse considerado de sua autoria. Se há que se garantir o reconhecimento da pessoa, há que se estar seguro de que o autor está ciente de que o resultado produzido por sua ação é legalmente desaprovado. Ultrapassando os limites do conceito de sujeito, descreve a pessoa como aquele ser humano que é determinado por meio de sua própria vontade: vislumbra o homem como um ser racional, portador de uma razão supra-individual, composto de sujeito e espírito. Para ele a ação é a objetivação da vontade. Percebe-se aqui que HEGEL só abordou a imputação de ações dolosas,

⁸⁶ ARISTÓTELES. Idem e Ibidem.

⁸⁷ WELZEL, apud MARTÍN, M. A. R. *La Teoría da Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, p. 69.

⁸⁸ SCHÜNNEMANN, Bernd. *Temas actuales e permanentes del Derecho Penal después del milenio*, p. 72.

desconsiderando a responsabilidade por culpa, haja vista ser esta externa à sua vontade.

Fazem-se importantes tais estudos porque, segundo MARTÍN⁸⁹, foi a primeira vez em que surge um projeto de constituição do mundo exterior “manifestado” na ação e que abrangeria a atividade imediata do sujeito, os resultados e os fatos decorrentes dela, ao mesmo tempo que as situa em um nexo teleológico, vez que tal atividade é controlada pela vontade e realiza-se com um fim. A ação apresenta-se, destarte, com uma totalidade de sentido, para a qual é decisiva uma direção final da ação e não a pura causalidade, sem que tenha lugar uma distinção da vontade entre sua função originadora da causalidade e o conteúdo de sua representação. Assim, por ser a ação manifestação da vontade é que se estabelece sua relação com os estudos de PUFFENDORF.

O jurisfilósofo e civilista Karl LARENZ, em sua tese de doutorado datada de 1927, aprofundou as bases dos estudos de imputação de HEGEL, tentando primeiramente desvincular a adequação da causalidade ao defender que se deveria exigir a causalidade “objetivamente imputável”, em vez de causalidade “adequada”⁹⁰. A questão da imputação pode ser discutida primeiramente, sem necessidade de uma valoração moral. Para ele, há questões decisivas a serem levantadas, pois o problema fundamental da teoria da imputação é: o que se pode atribuir ao sujeito como sua ação, sobre o que ele é responsável?⁹¹ Ou, em outras palavras, qual é aquele resultado que se perfaz como produto de nossa ação e qual

⁸⁹ MARTÍN. M. Á. R.Op. cit.,p. 69.

⁹⁰ SANCINETTI, Marcelo A. et al. *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, p. 187.

⁹¹ *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen idealismus und zur Lehre von der “Juristischen Kausalität.* Leipzig, 1927 p. 51, LARENZ, apud SANCINETTI M.OBRA.p. 187.

é entendido como mero acaso? Então, o acaso é tudo que não está na finalidade, na vontade do sujeito.

Em decorrência, a finalidade passa do simplismo (aquilo que se previu e quis) para tudo aquilo que a ação visa a atingir objetivamente. Assim, a finalidade da ação é tudo aquilo que for objetivamente previsível: exige-se para sua concretização que haja “possibilidade de previsão” como critério de imputação⁹². Irá, desta forma, verificar se não o autor do fato, mas a pessoa, o ser racional estaria em condições de prever e ter vontade de que ocorresse determinado acontecimento. Converte-se esta averiguação em um juízo teleológico: o fato realizado pelo autor estava dirigido por sua vontade? Foi ou não previsível objetivamente? Se afirmativa é a resposta, se era previsto que causasse tal resultado, este será imputado ao autor em virtude da possibilidade de tê-lo previsto e evitado.

Alguns anos depois, mais precisamente em 1930, surge um artigo de homenagem a LARENZ, de autoria de Richard HONIG, intitulado “Causalidade e Imputação Objetiva”. Proclama neste que o objeto exclusivo do juízo de imputação é a ação humana, mas a direção da vontade é chave-mestra para que este juízo se perfaça corretamente. “Siempre se trata de demostrar el accionamiento de la voluntad como objeto apropiado del posterior juicio jurídico-penal. (...) Así, la relación normal presupuesta por el legislador entre la actividad y el resultado y por eso, también aquí la imputación objetiva del resultado – en la conducta ativa – es un elemento constitutivo.”⁹³

⁹² GRECO, L. In: Roxin, C.. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, introdução, p. 19.

⁹³ HONIG, apud Maria Á. R. M. *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, p. 84.

Desta forma, HONIG transpôs a teoria de LARENZ para o Direito Penal, defendendo que a causalidade é demasiadamente ampla, e que só adquire valoração para tal área do Direito quando houver um nexu normativo, construído segundo as necessidades da ordem jurídica. A este problema axiológico, HONIG chama de juízo de “Imputação Objetiva”, qual seja, aquele que visa verificar a relevância do nexu causal para a ordem jurídica. Somente com a finalidade objetiva associada à causalidade acontece o fundamento da significação jurídica para uma conduta humana. Para MARTIN, esta concepção de “*imputatio*” vislumbra uma ação em que os elementos estruturais estão separados, pois os critérios da imputação objetiva projetam-se apenas sobre a parte objetiva externa da ação, e que por estar totalmente desvinculada do conceito material de imputação, mostra-se como o nascedouro da moderna imputação objetiva.

Para LARENZ e HONIG, a imputação é uma comprovação da relação de correspondência de uma ação e seu autor, e se isto coaduna-se diante de um juízo teleológico, posto que a pergunta é se o curso causal podia ser dominado pela vontade do agente. Há necessidade concreta da dirigibilidade conduzida a um fim (*objektive Bezweckbarkeit*)⁹⁴.

LARENZ E HONIG alegaram até que a vontade é o fator causal, mas é só: conclui-se nesse momento sua função no processo da imputação objetiva e no processo da constituição da ação, pois aqui prescinde completamente este momento do conteúdo da vontade do autor.

Pelos idos da década de 1930, WELZEL surge com a concepção teórica da adequação social. Por ela, aquelas ações que, mesmo formalmente

preenchedoras dos requisitos dos tipos, estejam integradas à organização da vida de uma comunidade em determinado momento histórico, não podem jamais serem chamadas de típicas. Ausenta assim de tipicidade a ação do famoso sobrinho malvado que incita o tio a visitar a floresta perigosa (caso criado por TRAEGER e utilizado reiteradamente), interessado em acelerar o recebimento da herança. Critica as idéias do dogma causal, de lesão ao bem jurídico e de absolutização do valor do resultado. GRECO afirma que guarda certa semelhança (mas não identidade) com a idéia de risco permitido da atual teoria da imputação, superando-se quando afirma que o fim do Direito Penal não é sobremaneira a proteção aos bens jurídicos. Todavia, tal teoria foi rechaçada pela doutrina que a considera deveras imprecisa.

Apesar de ENGISCH ter seus trabalhos de 1931 e 1939 direcionados à teoria da adequação, que considerava imprescindível para conter a falta de limites da teoria da equivalência das condições, deu importante préstimo à moderna Teoria da Imputação ao passo que, além da adequação referida ao resultado e da previsibilidade geral do resultado por infração do dever objetivo de cuidado, exigia também “a adequação em relação ao modo especial do curso causal”⁹⁵. Todavia, já afirmava que não seria essa teoria o único meio de correção das imperfeições da teoria da equivalência.

Foi de HARDWIG o mérito de, no final da década de 50, retomar o tema da imputação objetiva, proclamando que “imputação significa a verificação de uma relação positiva, de um nexo, entre o acontecimento e uma pessoa, no sentido de reconhecer ou reprovar a conduta da pessoa, seguindo um complexo de normas

⁹⁴ Cabe ressaltar a estrutura do neologismo de HONIG: *Bezweckbarkeit*, substantivo, origina-se do adjetivo *bezweckbar* (aquilo que pode se pretendido, almejado) e a terminação *keit* que o substantiva. GRECO, L. In: Roxin, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal* – Introdução, p. 21.

⁹⁵ ENGISCH, apud SCHÜNEMANN, B. *Temas actuales e permanentes del Derecho penal despues del milenio*, p. 74.

da razão”⁹⁶. Atribuía ao “dogma causal” e ao conceito de ação o título de provocadores da ruína da imputação. Chegou ao extremo de substituir a conceituação tripartida do delito por uma nova concepção, agora ancorada apenas na imputação objetiva, para o campo da antijuridicidade, e de imputação subjetiva no âmbito da culpabilidade.⁹⁷ HARDWIG prefere observar separadamente os delitos de mera conduta, os de mera omissão, os comissivos de resultado e os omissivos de resultado. Todavia, a maioria dos doutrinadores não aprovou a tese e seu trabalho obteve pouca atenção.

2 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA OBRA DE CLAUS ROXIN

Foi principalmente em torno da visão de HONIG que a chama da imputação objetiva reacende: foi a ele que ROXIN dedicou seu livro-homenagem no ano de 1970 (aniversário de setenta anos de HONIG), definindo que aqueles estudos foram para ele “fecundas pisadas”, que apontavam qual direção a seguir no Direito Penal.⁹⁸

Reunindo enfoques de HONIG, ENGISCH e WELZEL, que nos anos 30 haviam trabalhado sobre os critérios da “possibilidade objetiva de perseguir-se uma finalidade”, da adequação social e da realização do risco, criou ROXIN um novo conceito, segundo o qual a essência dos delitos dolosos de lesão, bem como dos culposos, consiste, da mesma maneira, na criação e realização de um risco não permitido.

⁹⁶ HARDWIG, apud GRECO, L. Op. cit., p. 48.

⁹⁷ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 279.

⁹⁸ ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 145.

Em sua configuração atual, a imputação objetiva constitui mecanismo para limitar a responsabilidade penal, perfazendo-se por meio de um rol de critérios normativos expostos na seguinte regra: só é objetivamente imputável um resultado quando a ação é produzida por meio de um risco desaprovado, desde que tipicamente relevante, e que finde em resultado típico pertencente ao fim de proteção da norma que restou infringida.

Para ROXIN, os fenômenos jurídicos não se esgotam em um simples processo causal e a dimensão destes deve ser determinada social e juridicamente. ROXIN fez uma revisão de todo o sistema do delito, assinalando o caráter dinâmico que adquire cada um de seus componentes à luz de critérios políticos. Para a tipicidade, o critério básico é o da determinação legal, para a antijuridicidade, é o da solução social dos conflitos, e para a culpabilidade são os fins da pena. No caso da tipicidade e da culpabilidade, se utilizariam princípios propriamente jurídico-penais; na antijuridicidade, necessário seria recorrer-se a princípios que provêm de outros setores do ordenamento jurídico.⁹⁹

Desenvolveu ele critérios de imputação objetiva, conforme citado, com lastro na doutrina elaborada por HONIG e, a exemplo deste, também sustenta que só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade. Dessa forma, caso esteja diante de um curso causal irregular ou não-dominável, onde não existe a possibilidade de um controle efetivo do processo causal, ainda que presente uma relação de causalidade, faltarão a possibilidade de

⁹⁹ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Teorias Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: AD-Hoc, 1998. Apud Greco, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*, p79.

imputar objetivamente o resultado ao sujeito. Assim, os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade não são típicos.¹⁰⁰

A Teoria da Imputação Objetiva não dispensa onexo causal, muito ao contrário: o pressupõe. Só que não se pode imputar um resultado a alguém somente pelo fato de que o tenha causado; necessário, ademais, que o resultado causalmente produzido represente a realização de um perigo criado pelo autor e desaprovado pelo tipo penal respectivo.

ROXIN entende que 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 normativos. Melhor definindo, propõe-se a edificação de um sistema penal teleológico no âmbito do tipo, de modo que a existência do tipo objetivo não dependeria da constatação da causalidade e/ou da finalidade, mas da aferição das circunstâncias que permitiriam imputar a uma pessoa um resultado típico como obra sua, de acordo com critérios de índole normativa.¹⁰¹

Esse normativismo, inspirado no pós-modernismo, não se detém na consideração idealista das categorias dogmáticas, mas pretende a consecução de fins mais ousados cujo atingimento constituirá um marco decisivo na história do Direito Penal: a supressão de indagações subjetivas para o estabelecimento da imputação e conseqüente tratamento unitário e indiferenciado entre delitos dolosos e culposos, visto que, do ponto de vista do bem jurídico, é irrelevante que o risco criado ou incrementado tenha se originado em razão de dolo ou de culpa.¹⁰²

¹⁰⁰ PRADO, L. R.; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*, p. 64.

¹⁰¹ PRADO, L. R.; CARVALHO, É. M. de. *Idem*, . p. 70.

¹⁰² ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O Princípio da Confiança no Direito Penal. Uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*, Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, 2000. p. 55.

ROXIN preocupa-se em elucidar o papel do bem jurídico no injusto para poder aprofundar os critérios político-criminais sobre a solução de conflitos sociais, obtendo, assim, uma maior precisão quanto ao alcance do tipo legal.

Costuma-se definir a imputação objetiva com base em dois planos: criação de um risco e sua subsequente realização. ROXIN acrescenta um terceiro plano: o alcance do tipo.¹⁰³ Neste plano, ROXIN trata de todos os casos em que outras pessoas, além do próprio autor, contribuem de modo relevante para o resultado típico. Contribuição esta que pode ser dada pela própria vítima ou por terceiros. Cumpre esclarecer que os demais autores optam por tratar desses casos no plano da criação de riscos.¹⁰⁴

2.1 CRIAÇÃO E REALIZAÇÃO DE RISCOS

Faz-se necessário, para a imputação objetiva, que o autor tenha criado um risco não permitido ou, no caso da existência prévia deste, que o tenha agravado. O risco pode ser criado ou aumentado, tanto dolosa como culposamente. Em ambas as hipóteses, o critério da criação do risco tem por fim selecionar grupos de casos nos quais, apesar do dolo do autor ou de sua culpa, exclui-se a imputação. Tal estudo será exposto no próximo capítulo.

¹⁰³ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 116.

¹⁰⁴ ROXIN, C. *Idem*, p. 117.

2.2 O FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA

ROXIN reconhece que todos os problemas da imputação na esfera do tipo penal podem ser resolvidos pelo fim de proteção da norma, partindo-se do ponto de vista da existência de um risco juridicamente desaprovado, e como último critério para delimitação do tipo.¹⁰⁵

Tem-se então, como regra geral, que haverá a imputação se existir a criação e materialização de um risco não permitido. Contudo, em determinados casos, referidos pressupostos tornam-se insuficientes para dar suporte fático ao juízo de imputação, que requer, muitas vezes, um exame mais aprofundado do fim de proteção do tipo. Pode sim ocorrer a hipótese de, apesar de indubitosa a criação de um risco não permitido com a sua subsequente materialização em um resultado, a imputação ainda fracassar, “porque o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (...) não abarca resultados com as características que exhibe o (resultado) que se produziu, porque o tipo não está destinado a evitar tais acontecimentos”.¹⁰⁶

ROXIN cita como exemplos desse enfoque os seguintes casos, os quais serão estudados no próximo capítulo:

- a) a participação em uma auto-exposição ao perigo;
- b) o consentimento em uma auto-exposição ao perigo;
- c) a transferência do risco para um âmbito de responsabilidade alheio;
- d) os danos decorrentes de um trauma;
- e) os danos supervenientes.

¹⁰⁵ ROXIN, C. Op. cit., p. 242-243.

¹⁰⁶ CANCIO MELIÁ Manuel. *La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo*. p. 61.

3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS

Baseado nos estudos sociológicos de NIKLAS LUHMANN, JAKOBS funcionaliza não só os conceitos dentro do sistema jurídico-penal, como também este, inserido em uma teoria funcionalista-sistêmica da sociedade. Resumidamente LUHMANN constata:

o mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido. As possibilidades do agir humanos são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão. O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um “elemento de perturbação”: não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, o de expectativa, desempenha um valor central na teoria de Luhmann: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.

E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais. Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. Luhmann prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já as expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos, (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: “norma são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente.”¹⁰⁷

No entanto, as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um

¹⁰⁷ JAKOBS apud GRECO, L. Texto apresentado no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido na UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000. GREGO, L. “*Funcionalismo no Direito Penal*”, p.8. <http://www.derechopenalonline.com/br/dogmaticafuncionalista.htm>.

“processamento de decepções”: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção.¹⁰⁸

Para JAKOBS, a conduta (causação), ainda que adequada ou dolosa é insuficiente para fundamentar a imputação. Fundamenta a Teoria da Imputação Objetiva na criação de um risco determinante do resultado. O risco, pelo qual deve responder qualquer um dos intervenientes no processo causal, deve ser definido como causa determinante e, todas as demais condições consideradas não-determinantes devem ser entendidas como adequadas.¹⁰⁹

Dessa forma, dentre os antecedentes causais, deve-se selecionar aqueles determinantes, definidos pelo autor como *risco determinante*, que pode consistir em conduta de um ou de vários dos intervenientes, até mesmo da própria vítima, que neste caso deve suportar a título de fatalidade ou acidente.¹¹⁰

JAKOBS procura estabelecer uma coerência sistemática para a imputação objetiva, definindo-a como uma *teoria do tipo objetivo*. Esta tem sua base em uma determinada idéia reitora – a concepção do injusto como expressão do sentido de perturbação social incompatível com a norma –, a partir da qual projetam-se os dois níveis de imputação objetiva: o *nível do comportamento* (imputação do comportamento) e o *nível do resultado* (afeto aos delitos de resultado).¹¹¹

Toma-se como referência, do ponto de vista metodológico, a exemplo de LARENZ, a necessidade de encontrar uma fundamentação teórica para a responsabilidade no marco do tipo para, ao final, configurar de modo dedutivo as instituições dogmáticas que a determinaram. Inicialmente qualifica-se o comportamento como típico (imputação objetiva do comportamento), e a partir daí, no âmbito dos delitos de resultado, constata-se que o resultado produzido se explica

¹⁰⁸ GREGO, L. Idem, ibidem.

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther. *A imputação Objetiva no Direito Penal*, p.15.

¹¹⁰ JAKOBS, G. Idem. p. 17

¹¹¹ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, É. M. de. Op. Cit., p. 109.

precisamente pelo comportamento objetivamente imputável (imputação objetiva do resultado).¹¹²

Para JAKOBS, o mundo está ordenado de modo normativo, com lastro em relações de competência, e o significado de cada comportamento depende de seu contexto social, tornando-se necessário cindir comportamentos socialmente adequados daqueles que são socialmente inadequados. Só através dessa fixação de parâmetros é possível determinar qual o comportamento exigível de uma pessoa em dado contexto. E se a pessoa não cumpre tal exigência, seu comportamento adquire um significado delituoso, ou seja, a responsabilidade jurídico-penal sempre tem como fundamento a violação de um papel, onde pode-se diferenciar duas classes: os papéis comuns e os papéis especiais.¹¹³

Os *papéis especiais* são sempre segmentos referentes a pessoas, ou a instituições que conferem à sociedade sua configuração fundamental *específica*, ou seja, aquela configuração que se considera indispensável no momento atual e que existem independentemente da juridicidade da constituição da sociedade, que é tomada como pressuposto. Para exemplificar pode-se citar o papel de pai (os pais devem formar com os filhos uma comunidade); o papel de cônjuge (junto ao esposo ou à esposa se construirá um mundo conjugal comum); ou o de prestador de serviços assistenciais em casos de emergência (devem atuar em caso de necessidade no interesse de quem está desamparado). Cumpre salientar que os titulares de papéis dessa ordem, ao violá-los, geralmente respondem a título de autores.¹¹⁴

¹¹² GONZÁLES, Carlos Suárez; CANCIO M., M. *Estúdio preliminar. La imputación objetiva e derecho penal*, p. 52.

¹¹³ JAKOBS, G. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, p.

¹¹⁴ JAKOBS, G. *Idem*. p. 55.

Já os *papéis comuns* referem-se ao papel de comportar-se como uma pessoa comum em Direito, ou seja, o de respeitar os direitos dos demais em contrapartida ao exercício dos próprios direitos. Mas aqui, para o autor, interessa mais o aspecto negativo, ou seja, o dever de não provocar dano a outrem. O que não significa que o papel comum possa ser infringido só por uma ação e não por meio de uma omissão.

“ O dever de evitar que outro resulte lesionado não só pode gerar-se como dever institucional de criar um universo comum, mas também como dever de evitar as conseqüências lesivas da organização própria. Quem freia seu veículo diante de um pedestre não gera um espaço de relações comuns especial, mas se mantém dentro do marco da juridicidade geral. O mesmo sucede a respeito de quem cimenta as telhas de seu telhado para que não caiam, ou volta a recolher uma criança que previamente lançou ao ar brincando, ou de quem conduz a um lugar seguro uma pessoa enferma que previamente obrigara a sair da calçada”.¹¹⁵

¹¹⁵ JAKOBS, G. Op. cit, p. 56.

CAPÍTULO III – CRIAÇÃO DE RISCOS E EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO

A convivência em sociedade, conforme já analisado, pressupõe a tolerância de determinados riscos, diante da vantagem indiscutível de certas atividades, sem as quais aquela não se manteria no mundo atual, tais como o tráfico aéreo, terrestre e marítimo, a utilização do gás, eletricidade, petróleo, a venda de bebida alcoólica, etc.. Ademais, a proibição pelo Direito Penal de tais condutas significaria uma limitação insuportável da liberdade de ação.¹¹⁶

Em face disso, a doutrina divide os riscos em *permitidos* e *proibidos* (ou desaprovados), sendo aqueles os socialmente aceitáveis e estes os que excedem os limites da tolerância.

A criação de risco permitido, por mais que venha a produzir um resultado típico, não pode ser considerada como tal, por não estar presente a relevância jurídica, tornando ilegítima a intervenção estatal. A partir dessa premissa é que ocorre a filtragem objetiva tão buscada pelos penalistas por meio de várias teorias, obtendo-se uma fundamentação sólida que limita o dogma causal. Comprovado o nexo de causalidade empiricamente, resta analisar se é possível a imputação objetiva do resultado através da averiguação da conduta do autor: primeiro, se criou um perigo juridicamente desaprovado; segundo, se o resultado produzido é a realização daquele.¹¹⁷

Os juízos de partida são extraídos da função do Direito Penal, visto que para este somente interessam as ações que criam um risco maior que o autorizado e a produção de um resultado evitável. Tomando-se aqueles como

¹¹⁶ CALLEGARI, André L. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. In: Revista dos Tribunais n° 764, ano, p. 434-452.

parâmetros, são elencados critérios através dos quais podem ser descartadas as condutas irrelevantes para o Direito Penal, o que se dá sem a necessidade da análise do tipo subjetivo, posto que a exclusão procede no campo objetivo, abrindo-se uma trilha para a solução adequada nos casos em que a dogmática antiga, por não encontrar outra alternativa quando imprópria a punição, negava a existência do dolo.¹¹⁸

O exemplo famoso na doutrina de alguém que, ao começar uma tempestade, envia outro a um bosque conhecido pelas propriedades específicas de seu solo, as quais causam atração de descargas elétricas em havendo tormentas, na esperança de que um raio lhe mate, o que vem a se concretizar, tem sua solução agregada a novos embasamentos teóricos.¹¹⁹

Pela teoria da equivalência das condições, há nexos causal entre a ação e o resultado, restando preenchido o tipo objetivo. Neste caso WELZEL defende que não há como ser configurado o dolo, tendo em vista que somente há uma esperança ou desejo, mas não um poder de influência real.¹²⁰

Entretanto, tal argumento não se mostra convincente, sendo o mesmo completamente derrubado por ROXIN.¹²¹ Este compara o exemplo ao disparo de um assassino, efetuado, entretanto, a uma grande distância. Se, neste caso, a vítima for por ele acertada, vindo a falecer, por mais que a probabilidade de acerto tenha sido escassa, haverá homicídio consumado. O controle causal é importante não do ponto de vista do autor, mas sim do ordenamento jurídico. No caso do bosque, por mais que o autor estime que sua ação é um meio eficaz para

¹¹⁷ ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, p. 366.

¹¹⁸ CALLEGARI, A. L. Op. cit., p 434-435.

¹¹⁹ ROXIN, C. Op. cit., p.366.

¹²⁰ WELZEL, H., apud Roxin. Op. cit., p. 84.

¹²¹ ROXIN, C. *Problemas Básicos do Derecho Penal*, p.144-145.

alcançar a morte de quem deseja, não há criação de um risco relevante. Tal controle não é ontológico, mas um elemento que deve ser estabelecido normativamente.

Ocorre, porém, que a conduta realizada não era geradora de riscos, exatamente pela falta do poder de influência. Assim, objetivamente o tipo é incompleto, não lhe faltando o tipo subjetivo.

Conclui-se que a análise objetiva não pode ser depreciada ao ponto de esgotar-se na constatação do nexa causal, ao contrário: tem importância máxima na análise do delito¹²², o que é reconhecido e aproveitado pela teoria da imputação objetiva, acrescido de que o resultado causalmente produzido *“represente a realização de um perigo criado pelo autor e desaprovado pelo tipo penal respectivo.”*¹²³.

Para exame deste primeiro critério – criação do risco juridicamente relevante – serão sistematizados alguns tópicos, quais sejam, o risco socialmente permitido, o aspecto das capacidades individuais, casos de diminuição de risco, de auto-colocação em perigo e os denominados cursos causais hipotéticos, procurando esclarecer as principais questões acerca do tema, para que seja melhor compreendido.

¹²² ROXIN, ao mencionar os estudos de SCHAFFSTEIN, traz um interessante reflexo do uso do critério da criação do risco, que seria no que tange à delimitação entre atos preparatórios e a tentativa, nos casos de delitos de omissão imprópria, que certamente, seria beneficiada. Em *Festschrift für Honig*, p. 169 e ss. ROXIN, *Problemas Básicos del Derecho Penal.*, p.133. Quanto ao tema, cf. ROCHA. *Imputação Objetiva*, p. 83.

¹²³ . ROXIN, C. op. Cit., p. 346.

1 CRIAÇÃO DE RISCOS SOCIALMENTE PERMITIDOS

Onde situam-se os contratos sociais, ocorrem casos em que, embora aumentem consideravelmente a possibilidade de superveniência de muitos tipos de risco, não são proibidos pelo direito, notadamente porque as razões a que respondem, por serem de utilidade ou necessidade sociais, justificam os riscos criados dentro de certos limites. Segundo JAKOBS, “posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível, pelo contrário: o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido.”¹²⁴

Fala-se em uma relação de custos e benefícios, de modo que sua existência possa ser administrada para que sejam estabelecidos os marcos segundo os quais há uma tolerância em favor de determinados proveitos sociais.¹²⁵

Convém analisar onde se pode encontrar os parâmetros para distinguir o permitido. Em certos âmbitos, há normas reguladoras que nos permitem extrair proibições que servem como limitações das condutas, percebidas com certa clareza. Isso ocorre, por exemplo, no tráfego aéreo, na manipulação de substâncias perigosas ou de alimentos, construção de edifícios, entre outros. Por mais que não sejam normas jurídicas, as regras profissionais possuem esse poder delimitador. As *lex artis* gozam de amplo reconhecimento, substituindo nesses âmbitos, preceitos jurídicos.¹²⁶

¹²⁴ JAKOBS, G. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 31.

¹²⁵ No mesmo sentido, ROXIN afirma haver “uma ponderação, entre a *liberdade* geral dos cidadãos, de um lado, e os *bens jurídicos* que se deseja proteger, de outro.” Ver, Roxin, *Funcionalismo e Imputação Objetiva do Direito Penal*, p. 83. Ver, ROCHA, Fernando A. N. *Imputação Objetiva*, p. 58.

¹²⁶ JAKOBS, G. Op. cit., p.40.

Assim, verifica-se que o risco permitido pode ser traduzido nos limites de dever de cuidado que integram os delitos culposos, ou, como prefere CIRINO DOS SANTOS – no que lhe assiste inteira razão – crimes de *imprudência*, distinção esta sublime e que merece sua exposição de motivos ser aqui transcrita, para o que se abrem parênteses na explicação que vem sendo desenvolvida.

O substantivo culpa e o adjetivo culposo, são inadequados por várias razões: primeiro confundem culpa, modalidade subjetiva do tipo, com culpabilidade, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar entre culpa em sentido estrito e culpa em sentido amplo, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual crime culposo parece ser mais grave que crime doloso, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo imprudência e o adjetivo imprudente exprimem a idéia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes culpa e culposo; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna parece melhor definível como imprudência.¹²⁷

Encontra-se problemas quando não há regras. A utilização do modelo padrão, sendo este a do homem prudente, leva à imprecisão e não se mostra suficiente.

Neste ponto, JAKOBS sugere que se recorra ao Direito Civil, o qual se vale de componentes individuais, cujo aproveitamento adapta-se de modo ideal ao objetivo almejado, havendo a reprodução do socialmente adequado, bem como o impedimento da possibilidade absurda de se usar do Direito Penal quando nem mesmo é possível servir-se do campo civil.¹²⁸

¹²⁷ JAKOBS, G. *Imputação Objetiva*, p 97.

¹²⁸ JAKOBS, G. *Idem*, p. 40.

2 DIMINUIÇÃO DE RISCOS

O Direito Penal não deve proibir ações que não pioram a situação do bem jurídico protegido, mas a melhoram.¹²⁹ Assim, há ausência de um risco juridicamente relevante quando o autor modifica o curso causal, de tal forma a diminuir o perigo já existente para a vítima¹³⁰, ou seja, influência no resultado, em sua forma concreta.¹³¹

Dessa forma, a situação do bem jurídico não é piorada, não se podendo falar em criação do risco e, conseqüentemente, não há tipicidade da conduta. Toma-se por exemplo o médico que, durante o transcorrer de uma cirurgia, estende a intervenção a situações que não estavam inicialmente programadas, ocasionando lesão no paciente para evitar danos futuros de maior gravidade.

Embora haja uma aparência simplória de tais casos, o que conduz à errônea suposição de que teriam pronta solução, pela notória ausência de reprovabilidade da conduta – e talvez exatamente por isso –, o que se denomina de “diminuição do risco” apresenta-se conflitante diante dos sistemas tradicionais pela

¹²⁹ ROXIN, C. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, p.314.

¹³⁰ DIAZ, C.L. *Introducción a la imputación objetiva*, 1996, p. 67.

¹³¹ O resultado foi sempre tratado como aquele concretamente ocorrido, com todas as circunstâncias de tempo e lugar, com todas as suas características individualizadoras. A autora alemã PUPPE, no entanto, posiciona-se contrariamente a tal entendimento, por entender inútil tal conceito de resultado. Cita alguns exemplos em que a individualização feita torna-se inócua. Assim, no caso de alguém dentro de uma casa que pega fogo vira um sofá que, em conseqüência, vem a queimar da esquerda para a direita e não ao contrário, causou o resultado – destruição após o fogo iniciado pelo lado esquerdo; ou quem arrasta um moribundo cinco metros será o causador da “morte em lugar X.” Deve-se ter em vista que a nominada autora considera causa como “o componente necessário de uma condição suficiente de resultado.

Dentro deste raciocínio, entende que o resultado deve ter um conceito eminentemente jurídico, de forma que, para o Direito Penal, cujo interesse reside nas lesões a bens jurídicos, deve se traduzir na “modificação desfavorável de determinado objeto protegido pelo Direito.”

Por conseguinte, os casos de diminuição de risco são situações nas quais, na verdade, inexistiu qualquer resultado a ser explicado através da ação do autor. O fato de um médico prolongar a vida de um paciente em dez dias não será causador do resultado, já que não houve modificação desfavorável para o bem jurídico. Em *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, p. 863 e ss.;

disparidade entre a falta do desvalor da ação e o tratamento que lhe era aplicado. ROXIN explica que se poderia, segundo a teoria tradicional, resolver os casos de diminuição do risco sob o ponto de vista da antijuridicidade, admitindo-se um estado de necessidade justificante. No entanto, isto pressuporia que se considerasse a diminuição do risco como uma lesão a bem jurídico, que preenche um tipo de delito, e é exatamente isso que aqui falta.¹³²

A exclusão da imputação no caso de diminuição do risco é providencial, sendo bastante aceita pela doutrina.¹³³ Cabe, porém, fazer algumas ressalvas, para que não haja equívocos.

Deve ser salientado que a situação de diminuição de risco que impede a imputação objetiva pressupõe que o bem jurídico já se encontre em perigo. Desta forma, analisa-se um motorista que por imprudência atropela alguém, e este, que por ter se lesionado, deixa de tomar um avião, adiando sua viagem. Dado avião cai, matando todos os passageiros. Por mais que, por meio de sua conduta, o motorista tenha impedido que o lesionado morresse, evidentemente não se trata de hipótese de diminuição do risco. Isso porque não houve a diminuição de um risco preexistente.¹³⁴

Ainda, somente fica excluída a imputação nos casos em que há a diminuição do risco, e não de sua substituição por outro em que a realização no resultado é menos gravosa. ROXIN traz alguns exemplos elucidativos, como o caso de alguém que atira uma criança pela janela da casa que pega fogo, lesionando-a gravemente, mas salvando-a da morte pelas chamas. Há, nesse caso uma ação

Erfolgszurechnung im Strafrecht, p. 17 e ss. E *Naturalismus und Normativismus in des modernen Strafrechtsdogmatik*, p. 306 e ss. ROXIN, C. Op. cit., p. 143 e ss.

¹³² ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva*, p. 314.

¹³³ ROXIN, C. *Idem*, *ibidem*.

¹³⁴ ROXIN, C. Op. cit., p. 166-167.

típica que pode, porém, ser justificada pelo estado de necessidade. A distinção entre diminuição e substituição pode ser difícil, devendo-se analisar cuidadosamente a situação concreta. DIAZ¹³⁵ acrescenta mais duas hipóteses: primeiro, deve tratar-se de um mesmo bem jurídico, cuja titularidade pertença a um mesmo sujeito, haja vista que, no caso de colisão de bens jurídicos, exclui-se a antijuridicidade pelo estado de necessidade. Segundo, que o sujeito não esteja obrigado a reduzir integralmente o perigo criado e tenha possibilidades reais de diminuí-lo, não sendo suficiente o requisito quantitativo da diminuição de um perigo. Por exemplo, um cirurgião salva a vida de alguém, porém lhe ocasiona a perda de um membro, dano este que foi produzido por imperícia.

Conclui-se que, dentro dos parâmetros traçados, a causação de diminuição do risco é excludente da tipicidade, pela ausência da possibilidade de se imputar objetivamente o resultado ao autor. Deve-se, todavia, atentar para as ressalvas acima explicitadas.

3 OS CHAMADOS PROCESSOS CAUSAIS EXTRAORDINÁRIOS

Aqui se enquadram aquelas situações configuradoras de processos causais designados doutrinariamente como improváveis, aleatórios ou inesperados. São condutas que, se valoradas previamente - e não quando do resultado -, não

¹³⁵ ROXIN, C. Op. cit., p.68.

representam nenhum perigo relevante para o bem jurídico.¹³⁶ É o caso do sobrinho que convence o tio a realizar repetidas viagens aéreas para, morrendo este em razão de um possível desastre, arrecadar-lhe a herança. Nesta hipótese não há o que se falar de criação de um risco juridicamente relevante (se bem exista a relação causal), nem em responsabilidade penal do sobrinho, embora evidente sua vontade dolosa. É que a imputação, neste caso, é incompatível com a natureza aleatória inesperada e improvável do resultado morte.

4 CONDUTAS QUE NÃO IMPORTAM, PELA SUA IRRELEVÂNCIA, EM AUMENTO DE UM PERIGO JÁ EXISTENTE

Caracterizam situações que, sem deixarem de conter nexo de causalidade, não são determinantes da imputação do agente que as deu causa, porque o perigo que a norma penal tem por fim evitar não é, de fato, agravado com a conduta daquele. É o exemplo citado por DIAZ¹³⁷ da inundação produzida por alguém que verteu um simples jarro d'água numa represa já prestes a transbordar.

5 CRIAÇÃO DE RISCO E CURSO CAUSAL HIPOTÉTICO

Analisa-se aqui o cabimento ou não da imputação se, superveniente o resultado, o autor logra demonstrar que o mesmo ocorreria, ainda que subtraída sua conduta, por força de outro processo causal independente. É o exemplo do

¹³⁶ ROXIN, apud DIAZ, op. cit., p.70.

¹³⁷ DIAZ, C. Op. cit., p. 71.

cirurgião que provoca, por imperícia, a morte de paciente que, portador de doença incurável, terminaria por morrer necessariamente. Da mesma forma o julgamento dos criminosos de guerra do nacional socialismo alemão, onde o defensor alegou que a estrutura militar da época de Hitler caracterizava-se pela fungibilidade e que a execução dar-se-ia incondicionalmente, mesmo que o autor se negasse a realizá-la, outro membro da organização criminal o substituiria.

Para a Teoria da Imputação Objetiva não basta, para imputar um resultado a determinada conduta, a criação de um risco não permitido, fazendo-se necessária também a materialização, a realização desse risco em um resultado concreto e danoso ao bem jurídico. Portanto, só é legítima a imputação de um resultado que, derivado de um desdobramento causal deflagrado pelo autor, manifeste a realização *in concreto* do risco por este criado. Aqui encontra-se os casos cujos resultados são o produto de uma cadeia complexa de fatores causais, ficando claro que a criação de um risco não permitido, desacompanhada da influência que possa ter no resultado, não constitui suporte fático mínimo para a formulação do juízo de imputação. Exemplo interessante citado por DIAZ é o de que não deve responder por homicídio culposo o motorista que, ao ultrapassar outro veículo, causando ao condutor deste grande susto, provoca-lhe um enfarto seguido de morte. Embora haja neste exemplo uma clara relação de causalidade, a relação fortuita entre causa e resultado, nesta hipótese, é determinante para afastar a imputação, porque não é da índole do risco criado na espécie (sobressalto no trânsito) produzir o resultado morte.

Não há ainda realização de risco nas hipóteses de fatalidade e de resultados incomuns ou imprevisíveis, já que estes casos não podem ser definidos como realização do risco criado.

CAPÍTULO – IV EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO

1. EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO DO RESULTADO QUANDO NÃO ESTÁ COBERTO PELO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA DE CUIDADO

As normas jurídicas delimitam o dever de cuidado, bem como definem o risco permitido na circulação de veículos, na indústria, no meio ambiente, no esporte, etc.¹³⁸ Quando infringidas, constituem em regra a criação de risco não permitido, caracterizando lesão do dever de cuidado. No entanto, existem casos nos quais, apesar de a superação do risco permitido ter claramente elevado o perigo de que ocorresse um determinado curso causal, estará excluída a imputação do resultado.¹³⁹

Quando o perigo que a norma de cuidado violada queria prevenir não se realizou, inexistente imputação do resultado, sendo o fim de proteção da norma de cuidado que delimita o risco permitido.¹⁴⁰

Para saber se houve realização do risco não permitido, é importante saber se o comportamento contrário ao dever de cuidado teve efeitos causais, se estes efeitos elevaram o risco e se a elevação chegou a um nível relevante. No entanto, se a prevenção de tais conseqüências não for o fim de proteção da norma de cuidado, mas unicamente um reflexo desta proteção, muito embora o curso causal esteja em uma relação adequada com o risco não permitido, a imputação do resultado restará excluída.¹⁴¹

¹³⁸ CIRINO DOS SANTOS J. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p. 101.

¹³⁹ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 335.

¹⁴⁰ ROXIN, C. *Idem*, p. 337.

¹⁴¹ ROXIN, C. *Idem*, *Ibidem*.

Afirma ROXIN¹⁴² que em todos os casos de não realização do risco não permitido (ou de ausência do “nexo de risco”, como também se costuma dizer), o fim de proteção da norma não compreende a forma concreta em que ocorreu o resultado. Como por exemplo: o fim dos limites de velocidade não visa afastar automóveis de determinados pontos da rua etc. É o fim de proteção da norma de cuidado que delimita o risco permitido, quando da realização do risco não permitido. Para ROXIN os casos autênticos de exclusão da imputação através do fim de proteção do tipo são aqueles em que a norma típica (a proibição de matar, lesionar, danificar, etc.) sequer compreende determinados comportamentos e conseqüências. Estas hipóteses são por ele tratadas sob a perspectiva do “alcance do tipo” (como veremos no próximo capítulo), e não devem – ao contrário do que quase sempre acontece – ser confundidos com os casos nos quais a imputação fica excluída até porque o fim de proteção da norma de cuidado não compreende o resultado ocorrido.¹⁴³

ROXIN, nos traz os seguintes exemplos:¹⁴⁴

1. Dois ciclistas dirigem no escuro, um atrás do outro, sem iluminar as bicicletas. Por causa da ausência de iluminação, o ciclista da frente colide com um ciclista vindo no sentido oposto. O resultado teria sido evitado se o ciclista de trás tivesse iluminado sua bicicleta.
2. Um dentista extrai dois molares de uma paciente sob anestesia geral. A paciente falece em razão de um colapso cardíaco. Apesar de ela lhe haver avisado anteriormente que “tinha algo no coração”, procedeu o dentista sem o necessário pré-exame por um clínico geral, no que violou a norma de cuidado. Contudo, é de admitir-se que o problema cardíaco tampouco seria descoberto pelo exame do clínico geral. De qualquer maneira, como a operação seria

¹⁴² ROXIN, C. Op. cit, p. 337-338.

¹⁴³ Idem. Ibidem

¹⁴⁴ ROXIN, C. *Derecho penal, Tomo I*, p377.

postergada para que se realizasse o exame, a paciente teria morrido em um momento posterior.

Em ambos os casos não incide a imputação do resultado, uma vez que não se realizou o perigo que a norma de cuidado violada queria prevenir, pois o fim da norma que exige iluminação de bicicletas é evitar acidentes que decorram imediatamente da própria bicicleta, e não iluminar outras bicicletas, impedindo colisão de terceiros. Da mesma forma, o dever de chamar um clínico geral não tem o fim de atrasar a cirurgia e, com isso, estender a vida do paciente, pelo menos a curto prazo.

2 EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO POR FALTA DE REALIZAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO

ROXIN¹⁴⁵ diferencia a realização do risco não permitido da realização genérica do perigo, que só depende da adequação ou previsibilidade do curso causal. Para saber se houve realização do risco não permitido, da mesma forma é importante saber se o comportamento contrário ao dever de cuidado tem efeitos causais, se estes efeitos elevaram o risco e se a elevação do risco produziu o resultado. Nas hipóteses em que o curso causal está em uma relação adequada com o risco não permitido, a imputação também ficará excluída se a prevenção de tais conseqüências não for o fim de proteção da norma de cuidado, mas unicamente um reflexo desta sua proteção.¹⁴⁶

¹⁴⁵ ROXIN, C. Op. cit, p. 336.

¹⁴⁶ ROXIN, C. Idem.

Conforme salienta ROXIN¹⁴⁷, às vezes a superação do risco permitido não é totalmente irrelevante para o resultado concreto, porém devido a sua natureza incomum não permite defini-lo como produto de lesão do dever de cuidado ou realização do risco não permitido.¹⁴⁸ São as fatalidades. Exemplo: a vítima morre de colapso cardíaco por causa de leve acidente de trânsito, ou porque seu veículo foi “fechado” por outro, em manobra irregular no trânsito. Seguindo orientação de ROXIN, leciona CIRINO DOS SANTOS que o perigo de colapso cardíaco pode aumentar por tensões inesperadas, ou por sustos resultantes de ações arriscadas de terceiros, mas a elevação desse risco não parece suficiente para fundamentar a atribuição do resultado ao autor, ou, como preferem JESCHECK/WEIGEND, WELZEL e WESSELS, a forma concreta do resultado estaria fora de qualquer previsibilidade.¹⁴⁹

3 AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO

A regra diz que, com a realização de um perigo ao bem jurídico tutelado, não compreendido no risco permitido, ocorre a imputação ao tipo objetivo. No entanto, quando o tipo penal (matar, lesionar, danificar) não abranger o resultado ocorrido, ou seja, quando o tipo não for determinado a impedir tais acontecimentos, pode deixar de ocorrer a imputação.

Em alguns casos observamos que a vítima não só interage com o autor do crime, como pode até criar o risco para si própria, colocando-se em uma situação, que a levará ao resultado danoso.¹⁵⁰

Existem várias situações dessa ordem. ROXIN¹⁵¹ nos apresenta três

¹⁴⁷ ROXIN, C. Op. cit. p. 377.

¹⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, J. Op. cit. p. 111.

grupos de casos relevantes, nos quais pode-se excluir a imputação e evitar uma sobrecarga na culpabilidade do autor, pois sua conduta não foi a única fonte de elementos produtores do resultado lesivo, quais sejam: a contribuição a uma autocolocação dolosa em perigo, a heterocolocação em perigo consentida, e a imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheio, tendo, em todos os casos, como elemento que justifica a exclusão da imputação, o consenso entre o autor e a vítima na criação do risco.

3.1 A CONTRIBUIÇÃO A UMA AUTOCOLOCAÇÃO A PERIGO DOLOSA

Nesse primeiro grupo de casos, inicia-se com o exemplo citado por ROXIN: A entrega a B heroína para consumo; estando ambos conscientes do perigo existente, B injeta a substância e falece.

Responde ROXIN¹⁵² que, neste caso, a simples entrega de tóxicos já é severamente punida pela legislação, e o perigo criado por A, o qual realizou-se no resultado, de modo algum se pode dizer socialmente permitido. Este pensamento mudou a jurisprudência alemã, principalmente, sobre a influência da crítica de SCHÜNEMANN, pois a jurisprudência de início punia por homicídio culposo, sem levar em conta o ponto de vista da autocolocação em perigo. O Tribunal Superior Alemão 1981, 350, declarava em sua ementa : “Aquele que causar a morte de um viciado através da entrega de heroína é culpável por homicídio culposo se sabia ou podia saber do perigo da substância entregue”.¹⁵³ Já em decisão mais

¹⁴⁹ CIRINO DOSSANTOS, J. C. Idem. Ibidem

¹⁵⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da Vítima em Risco*, p. 103.

¹⁵¹ ROXIN, C. Op. cit., p.352 e ss.

¹⁵² ROXIN, C. Op. cit., p. 357.

¹⁵³ .Aderindo a BGH JR 1979, 429, m. comentários críticos de HIRSCH; BGH MDR (H) 1980, 985.

recente o mesmo Tribunal 32, 262, alterou todo o contexto, negando a imputação de tais casos ao tipo objetivo dos delitos de homicídio: “Auto-colocações em perigo realizadas e queridas de modo responsável não se enquadram no tipo de delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco que conscientemente se corre realize-se em um resultado. Aquele que provoca, possibilita ou facilita uma tal auto-colocação em perigo não é punível pelo delito de lesões corporais ou homicídio”.¹⁵⁴ Desde então, essa jurisprudência tem sido reiterada em várias decisões¹⁵⁵, de modo que o posicionamento anterior deve ser tido como ultrapassado.

No entanto as premissas corretas da jurisprudência mais recente nem sempre são respeitadas. O mesmo Tribunal, na decisão 32, 264, deixou em aberto a pergunta quanto a “o que ocorre se aquele que participa de modo ativo (com dolo ou culpa) na auto-lesão de alguém, que age responsabilmente, possui um dever de garantidor”, condenando por homicídio culposo um médico que, no curso de uma terapia para a abstenção do uso de entorpecentes, prescreveu ao paciente tóxicos por meio dos quais este acabou morrendo em virtude de uma *overdose*. A decisão parece estar certa em seu resultado, eis que tudo indica que o consumidor viciado em drogas fosse inimputável, incapaz de tomar decisões responsabilmente. Mas se, como fez o Tribunal, admitir-se ter ele capacidade de decisão, ser o acusado um médico não pode levar a que se lhe impute a morte do consumidor. Com efeito, o médico tem de proteger o paciente de doenças, não de auto-lesões. É praticamente impossível excluir que um paciente se auto-lesione, abusando dos medicamentos a ele prescritos (ainda que se trate de remédios para

¹⁵⁴ ROXIN, C. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 357.

¹⁵⁵ ROXIN, C. Op. cit., p358.

dormir).” Se os médicos fossem penalmente responsáveis por isso, ficariam eles sempre com uma perna dentro da prisão¹⁵⁶.

Apesar de admitir a não punibilidade da contribuição ativa a uma auto colocação em perigo responsável, o mesmo Tribunal, em várias decisões¹⁵⁷ puniu o fornecedor de drogas por homicídio culposo por omissão, uma vez que ele não teria chamado um médico quando o consumidor entrou no estado de inconsciência. Assim, se o fornecedor de drogas não causou de modo imputável a situação de perigo do consumidor, não se pode deduzir desta causação, que é irrelevante sob a perspectiva do Código Penal Alemão (§ 222¹⁵⁸), qualquer dever de evitar o resultado e, com efeito, de gerar a responsabilidade pela omissão. Dessa forma, fica isento de pena aquele que participa de uma autocolocação em perigo responsável, sendo a punição prevista na legislação existente¹⁵⁹ já suficiente, analisando-se sob o aspecto político-criminal¹⁶⁰.

ROXIN entende como correto que só não se deve imputar a contribuição a uma auto-colocação em perigo se aquele que se coloca em perigo conhece o risco na mesma medida que aquele que contribui.¹⁶¹ Se o provocador “reconhecer que a vítima não tem consciência do alcance de sua decisão” (periódico do Tribunal Superior Federal Alemão 1986, 266), ele cria um risco que não é mais compreendido pela vontade da vítima, cuja realização deverá imputar-se ao contribuidor.¹⁶²

¹⁵⁶ ROXIN, C. Op. cit., p. 358- 359.

¹⁵⁷ ROXIN, C. Op. cit., p. 359.

¹⁵⁸ Roxin C. Idem. Ibidem. (**N. do T.**) Homicídio culposo.

¹⁵⁹ Omissão de socorro, art. 135 e tráfico de entorpecentes, art. 12, Lei n.º. 6368/76.

¹⁶⁰ In ROXIN, p. 359(**N. do T.**) O primeiro dos dispositivos legais citados refere-se ao crime de omissão de socorro. O segundo é um equivalente ao art. 12 de nossa Lei n.º. 6.368/76, incriminando as condutas relacionadas, principalmente, ao tráfico de entorpecentes.

¹⁶¹ ROXIN, C. Op. cit., p.360.

¹⁶² ROXIN, C. Idem, ibidem.

Quanto ao semi-imputável que se auto-coloca em perigo, ROXIN entende que deve-se fazer uma distinção: se o que se autocoloca em perigo tem plena consciência do risco, e só tem reduzida a sua capacidade de autodeterminação, ficará excluída a imputação; no entanto, se sua capacidade de discernimento está afetada de maneira que ele não tenha mais consciência plena do risco, não se deve imputar-lhe o resultado, e sim ao contribuidor.¹⁶³

As regras desenvolvidas por ROXIN valem também para todas as hipóteses em que salvadores voluntários acidentem-se. Se B, realizando ações que ultrapassam o risco permitido exigido pelo art. 135¹⁶⁴, tenta salvar A, que se encontra em uma situação de perigo em uma montanha ou na água, e acaba falecendo, A terá criado um perigo que se realizou na morte ou nas lesões do salvador. Ainda assim, não deve A ser penalmente responsabilizado pelo homicídio culposo (ou, dependendo do caso, mesmo doloso) do salvador, uma vez que o primeiro acidente nunca passará de uma causação de uma auto-colocação em perigo¹⁶⁵. ROXIN ressalta que aquele que se expõe a um risco sem ser juridicamente obrigado a tanto não deve impor a outrem conseqüências penais, ainda mais porque este não pode, na maior parte dos casos, exercer qualquer influência sobre a decisão de seu salvador. Um salvador consciencioso há de sentir-se unicamente incomodado ao saber que submete aquele que deseja ajudar ao perigo da punição. Também a valoração quanto a que ações de salvamento ainda seriam (mais ou menos) “racionais” depende de tantas imponderabilidades que não

¹⁶³ ROXIN, C. Idem, ibidem.

¹⁶⁴ Art. 135.- Deixar de prestar assistência, quando possível faze-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública....- O artigo fala em “sem risco pessoal”; portanto, só pune o agente se a prestação de socorro lhe for possível sem risco considerável.

¹⁶⁵ ROXIN, C. Op. cit., p.361.

se deveria fazer a punição decorrer delas, até em razão do princípio da determinação.¹⁶⁶

Afirma ROXIN¹⁶⁷ que situação diversa é a de salvadores que tenham dever de agir. Não se pode decidir segundo os parâmetros da autocolocação em perigo voluntária se não se imputar ao primeiro causador (por ex., ao causador de um incêndio ou de uma perturbação no trânsito) as conseqüências decorrentes da atividade funcional do bombeiro ou do policial que venha a intervir. Se se quiser excluir tais casos do alcance do tipo, isso só poderá ser feito sob o fundamento de que o resultado cai no âmbito de responsabilidade de outra pessoa.

Na hipótese da vítima de uma lesão recusar cuidados possíveis, tendo plena consciência do risco, não deve haver imputação. Exemplo dado por ROXIN é o de A que feriu B em um acidente de trânsito, e B falece em razão de recusar a transfusão de sangue, por motivos religiosos: não se deve punir A pelo homicídio culposo, mas unicamente pelas lesões corporais, visto que B se expôs, por decisão própria, à certeza ou ao grande perigo de morte.¹⁶⁸ Da mesma forma no caso da vítima que, apesar dos insistentes avisos, se recusa a receber tratamento hospitalar. Ainda se A, por motivos políticos, deseja eliminar B por realização de um atentado, e este, que sofreu somente lesões leves, recusa qualquer tratamento no intuito de morrer como um mártir, A deverá ser punido unicamente por homicídio tentado, pouco importando se de tal acontecimento pode dizer-se previsível ou não. Uma vez que B decidiu de modo responsável a respeito da própria morte, a causação desta por A não é abrangida no fim de proteção do tipo.¹⁶⁹

¹⁶⁶ ROXIN, C. Idem, ibidem.

¹⁶⁷ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 365.

¹⁶⁸ ROXIN, C. Op. cit., p. 362.

¹⁶⁹ ROXIN, C. Op. cit., p. 366.

A exclusão da imputação ocorre de igual maneira em fatos culposos e dolosos. O caso da vítima que culposamente se lesiona ou provoca a própria morte, por não se deixar tratar adequadamente, só se enquadra neste contexto se a vítima se expõe conscientemente ao risco envolvido em seu comportamento. Na medida em que faltar à vítima o conhecimento das possíveis conseqüências de seu comportamento descuidado, torna-se impossível excluir a imputação sob o ponto de vista da autocolocação dolosa em perigo. Somente pode-se isentar o autor de pena se as conseqüências forem atribuídas ao âmbito de responsabilidade da vítima.¹⁷⁰

Dessa maneira, a exclusão da imputação pela contribuição a uma auto-colocação intencional em perigo abrange uma grande parcela do grupo de casos em que a teoria da “proibição de regresso” queria resolver por meio da negação da causalidade do primeiro causador. Hoje se reconhece que esta teoria não se trata de um problema de causalidade, mas de imputação, tendo, nesta segunda forma, um núcleo correto.

3.2 A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Ainda pouco explorado, este grupo de casos, abrange hipóteses em que a própria pessoa, tendo consciência do risco, não se coloca dolosamente em perigo, mas se deixa colocar em perigo por outrem. Exemplos trazidos por ROXIN:

1. Um condutor de embarcação, apesar da tempestade, cede à insistência do passageiro para que faça com ele a travessia do Rio Memel. O barqueiro aceita correr o risco, perde o controle do barco, que afunda, e o freguês finda por morrer afogado.

¹⁷⁰ ROXIN, C. Idem, p.366.

2. O passageiro, que deseja chegar a tempo em um compromisso, ordena ao motorista que este ultrapasse a velocidade máxima permitida. Em virtude da velocidade elevada, acontece um acidente, no qual o passageiro vem a falecer.

3. O dono de um carro, já incapaz de dirigir por motivo de embriaguez, atende aos pedidos de um dos participantes da festa e permite que ele vá em seu carro. O passageiro morre em um acidente causado pela alcoolização do motorista.¹⁷¹

Nesses casos, a doutrina e a jurisprudência procuram resolvê-los por meio da figura do consentimento do futuro ofendido¹⁷², mas, segundo ROXIN, essa não é a melhor solução, porque mesmo nos casos de mera lesão, o consentimento no resultado raramente existe, uma vez que aquele que se expôs a um risco costuma confiar que tudo termine bem; nessa esteira de raciocínio, o consentimento na mera exposição a perigo poderia excluir o injusto somente se o resultado não fosse uma de suas partes. Além disso, no homicídio, o consentimento do ofendido é irrelevante, tendo em vista tratar-se de bem jurídico indisponível.

Nos crimes culposos, a jurisprudência alemã, ao negar lesão ao dever de cuidado pelo autor, deixou outra via de interpretação: “quando alguém aceita correr um certo perigo tendo dele clara consciência e o autor cumpre com seu dever geral de cuidado” (Decisão do Tribunal Superior Federal). Por meio desses argumentos, o Tribunal do Império chegou à absolvição já no caso Memel (exemplo1). O que foi concretizado pelo Tribunal Superior, no sentido de que a violação do dever, em tais hipóteses, ficaria “dependente das circunstâncias do caso”, devendo-se levar especialmente em conta “o eventual consentimento de pessoas plenamente responsáveis no perigo claramente reconhecido; motivo e fim da atividade, bem como a medida da falta de cuidado e do perigo”. Na ponderação

¹⁷¹ ROXIN, C. Idem, p. 367.

¹⁷² ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva do Direito Penal*, p.368.

em casos individuais, a jurisprudência considerou presente a violação de um dever de cuidado sempre que a atividade arriscada esteja em desacordo com uma proibição jurídica expressa. Dessa forma, nos exemplos 2 e 3, há que se imputar o resultado, punindo-se o autor por homicídio culposo, considerando-se que tanto o ato de dirigir demasiadamente rápido quanto em estado de embriaguez violam proibições jurídicas expressas.”¹⁷³

Para ROXIN, em virtude da periculosidade do comportamento, o dever geral de cuidado está sempre violado, prevalecendo em relação ao risco permitido. Ademais, dificilmente se harmoniza com o princípio da determinação, em que a decisão seja tomada predominantemente com base nas circunstâncias do caso concreto, dependendo do juízo discricionário do julgador.¹⁷⁴ Da mesma forma, não é correto que nos exemplos 2 e 3 seja o motorista punido, apesar de ser o próprio lesado o criador do acidente que o atingiu. Coloca aqui ROXIN uma pergunta: em que medida o fim de proteção do tipo compreende a heterocolocação em perigo consentida?¹⁷⁵

Segundo as valorações que subjazem à legislação, tal não será o caso quando a heterocolocação em perigo equivaler, em todos os aspectos relevantes, a uma auto-colocação em perigo. Uma tal equivalência não é sempre possível, uma vez que aquele que se deixa expor a perigo está mais entregue aos acontecimentos que alguém que se auto-coloque em perigo, que pode tentar dominar os perigos com as próprias forças. Contudo, a equivalência parece adequada sob dois pressupostos: o dano deve ser consequência do risco corrido, e não de outros erros adicionais, e a vítima deve ter a mesma responsabilidade pelo fato comum que o autor.¹⁷⁶ Para tanto, deve ela, como já na autocolocação em perigo, conhecer o risco na mesma medida em que o autor. Estando presentes estes pressupostos, terá a vítima “assumido” o risco. Assim sendo, ficará

¹⁷³ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 368.

¹⁷⁴ ROXIN em crítica aos critérios formulados em BGHSt 7, 115, também em SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, 1974, 569; SCHÜNEMANN, JÄ 1975, 723. ROXIN, C. Idem, ibidem, p.369

¹⁷⁵ BURGSTALLER, 1974, apud ROXIN, que também está de acordo. Op. cit. p.370.

¹⁷⁶ ROXIN, C. Idem, ibidem.

excluída a imputação nos três exemplos, uma vez que o passageiro conhecia o risco por completo, tendo-o provocado conscientemente; ao passo que deveria haver imputação se o motorista convencesse o passageiro que, por bons motivos, permanecia hesitante, ocultando-lhe os riscos, fazendo-os parecer menores ou se acidente decorresse de erros na condução independentes do risco corrido. É óbvio que, nos exemplos dos automóveis, qualquer lesão ou morte de terceiro será imputada ao motorista. Igualmente, deve-se imputar um homicídio culposo se a violação do empregador às normas de prevenção de acidentes levar à morte ou lesão de um trabalhador. O fato de conhecer este a violação e o perigo dela decorrentes não excluem a punibilidade do empregador. Com efeito, o empregado, em virtude de sua dependência, não possui a mesma responsabilidade pela segurança da empresa que o empregador. O Supremo Tribunal Austríaco legitima seu julgamento da seguinte forma: numa abordagem valorativa, o princípio da responsabilidade pelos bens jurídicos de um terceiro sobrepõe-se à auto-responsabilidade deste terceiro.¹⁷⁷

Para ROXIN, o argumento da posição de garante só deve ser utilizado em situações especiais nas quais o autor tem um dever especial de cuidado com respeito à vítima, por exemplo, um policial ou um bombeiro.¹⁷⁸

Caso bastante atual é o de relações sexuais, com perigo de transmissão do vírus HIV. A questão é se estas hipóteses devem ser enquadradas no âmbito da heterocolocação em perigo consentida, ou não. Estes grupos de casos são tratados comumente sob o ponto de vista de que o infectado participaria de uma auto-colocação em perigo de seu parceiro.¹⁷⁹ Tendo em vista o fato de que o perigo parte exclusivamente do infectado e o paciente aceita a exposição, trata-se de uma heterocolocação em perigo consentida¹⁸⁰, semelhante ao caso daquele que se deixa injetar tóxico por outra pessoa. Na linha de raciocínio desenvolvida por ROXIN, o contato sexual (mesmo no caso de relações sexuais desprotegidas) é impunível, quando ambos os parceiros estiverem esclarecidos a respeito do risco de infecção e

¹⁷⁷ Idem. ibidem

¹⁷⁸ GRECO, A. O. P. *A Autocolocação da Vítima em Risco*, p. 11.

¹⁷⁹ ROXIN, C. Op. cit., p.372.

¹⁸⁰ Idem, ibidem.

forem responsáveis em comum por sua ação.¹⁸¹ No entanto, se o aidético ocultar sua infecção ao ter contatos sexuais, devem ser-lhes imputadas as conseqüências do ato. Da mesma forma, se ele pressionar o parceiro, que opõe resistência, a que se entregue em arriscada aventura.¹⁸²

A figura jurídica da heterocolocação em perigo consentida precisa de investigações dogmáticas mais aprofundadas.¹⁸³ Abordá-la sob o ponto de vista do alcance do tipo tem a vantagem de que os casos que até então eram examinados quase que exclusivamente na teoria do delito culposos, passam agora a ser enquadrados na Teoria Geral da Imputação ao Tipo Objetivo, podendo trazer frutos também para as hipóteses onde há dolo. Em muitas situações, como por exemplo nos casos de AIDS, haverá mesmo um “dolo” eventual referido ao resultado de lesão; enquanto consideramos excluída a imputação ao tipo objetivo.

¹⁸¹ Idem, ibidem.

¹⁸² Idem, ibidem.

¹⁸³ Trata-se de um tema bastante controverso. DÖLLING, citado por ROXIN quer excluir a imputação nas auto-colocações em perigo somente quando o valor da autonomia da vítima, atuada através do consentimento, e o valor dos fins assim almejados superem o desvalor consubstanciado no perigo de vida. HELGERTH transpõe o critério de DÖLLING para os casos de AIDS, concluindo que a heterocolocação em perigo consentida, mesmo tratando-se de um parceiro completamente esclarecido, excluirá a imputação em regra só nos limites da vida matrimonial. A finalidade de satisfazer o impulso sexual, por si só, não representa um valor superior se comparada a periclitación da vida. Ao recorrer ao “valor” dos objetivos perseguidos pela vítima, o critério de DÖLLING e HELGERTH acaba por substituir a pergunta quanto à decisão autônoma da vítima por considerações moralizantes, conclusão criticada por ROXIN, afinal, trata-se aqui de equivalência à auto-colocação em perigo, na qual só interessa a vontade responsável daquele que se coloca em perigo, e não do “valor” de seus objetivos. ZACZYK pensa que haverá heterocolocação em perigo, e não mera autocolocação, se a vítima puder “confiar de forma juridicamente segura em que o outro (o autor) domina, através de uma conduta conforme o dever, o acontecimento provocador da lesão. Também entre aqueles que reconhecem a figura da heterocolocação em perigo consentida um significado autônomo, é muito controverso determinar-se quais seus efeitos sobre a imputação. SCHÜNEMANN, por ex., deseja tratar a heterocolocação consentida em perigo como auto-colocação, o que torna a distinção, por fim, supérflua. LACKNER/KÜHL pensam que a distinção entre auto e heterocolocação em perigo segue as regras desenvolvidas para distinguir o suicídio do homicídio a

3.3 A ATRIBUIÇÃO AO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADE ALHEIO

O alcance do tipo não abrange aqueles resultados cujo dever de evitar está no âmbito de responsabilidade de outra pessoa. ROXIN cita o seguinte exemplo, deste grupo de casos:

Exemplo (Tribunal Superior Federal Alemão 4, 360): Apesar da escuridão, A conduz seu caminhão sem luzes traseiras. Uma patrulha policial o pára e o adverte. Como medida de proteção contra veículos que possam vir, um policial põe uma lanterna de luz vermelha na pista. O policial instrui A que dirija até o próximo posto de gasolina; o carro da patrulha irá logo atrás, protegendo o caminhão não iluminado. O policial retira a lanterna da pista antes de A partir. Em decorrência disso, um segundo caminhão vai de encontro ao caminhão não iluminado, num acidente em que falece o passageiro do segundo caminhão.¹⁸⁴

Estando presente a relação de causalidade, o Tribunal considerou haver um homicídio culposo da parte de A. No entanto, é bastante duvidoso que também se deva admitir a previsibilidade do curso casual e, com ela, a adequação e a realização do risco. Mas talvez isso sequer interesse. Mesmo que se parta da idéia de que, segundo a experiência de vida, também policiais cometem erros, nem por isso o cidadão terá dever de vigiá-los. A partir do momento em que a policia assumiu a segurança do tráfego, o acontecimento caiu em seu âmbito de responsabilidade e não pode ser imputado a A.¹⁸⁵ O alcance do tipo não compreende o que vier depois.

Os âmbitos de responsabilidade ainda não estão suficientemente delimitados, não se podendo formular a seu respeito enunciados seguros ou de

pedido da vítima; isto é um critério de delimitação bastante útil, mas deixa em aberto os parâmetros da imputação. ROXIN, C. Op. cit., p. 373.

¹⁸⁴ ROXIN, C. Op. cit., p.376.

reconhecimento geral. O fundamento da exclusão da imputação em tais casos está no fato de que, de acordo com o âmbito de competência de certos profissionais, cabe-lhes a vigilância e a eliminação da fonte de perigo a que está sujeito o bem jurídico, de tal forma que estranhos não devem intervir. Dessa forma a conseqüência político-criminal mais sensata desta atribuição de competência é isentar o primeiro causador de conseqüências que decorrerem do comportamento lesivo do profissional. A relevância prática destas considerações diz respeito principalmente à atividades que servem ao combate de perigos, como a dos bombeiros, salva-vidas, policiais e, em certos casos, dos soldados.

Outra questão de relevante importância prática, e não muito esclarecida, dá-se quanto aos erros médicos, se podem ser imputados ao causador de uma lesão. Uma opinião respeitável quer imputar a morte do paciente, assim como aumentos no seu sofrimento, ao primeiro causador nos casos de erros leves ou de gravidade média, uma vez que se deve contar com eles. No entanto, erros médicos grosseiros, por sua vez, deveriam isentar o primeiro causador de responsabilidade.¹⁸⁶ RUDOLPHI, no entanto, defende que nunca pode haver responsabilização por comissão, segundo o princípio da confiança. Já no caso de omissão quanto às medidas de tratamento, o resultado deve ser imputado ao primeiro causador: neste caso, teria sido “exatamente o perigo antijurídico criado pelo primeiro autor que se realizou no segundo dano”.¹⁸⁷ Para uma terceira concepção, o que interessa é a qualidade do risco inerente à lesão, se este vem a realizar-se no resultado influenciável pelo erro médico. Neste caso deve ocorrer imputação do resultado ao primeiro causador, ainda que haja culpa grosseira do

¹⁸⁵ ROXIN, C. Idem, *Ibidem*.

¹⁸⁶ ROXIN, C. op. cit., p. 379.

médico. Por outro lado, fica excluída qualquer imputação se o erro médico é estranho ao tipo de lesão, como, por exemplo, nos erros de anestesia.¹⁸⁸

ROXIN aponta como solução correta a combinação das duas últimas concepções:

primeiramente distinguir “se o comportamento médico substitui ou não impede a realização do perigo criado pelo autor”.¹⁸⁹ Pois se a vítima não morre da lesão, mas somente de um perigo oriundo do erro médico, o médico substitui o risco original por outro que se encontra unicamente em seu âmbito de responsabilidade. Este risco não poderá de modo algum ser imputado ao primeiro causador, pouco importando se o médico agiu com culpa leve ou grosseira. O causador do acidente não é responsabilizado, assim, por homicídio culposo, “se, no curso da operação, um corte errado leva à morte por hemorragia; se forem ministrados medicamentos contra-indicados e que, por isso, provoquem a morte; se, em virtude de um erro de anestesia, sobrevém uma parada cardíaca, etc.”¹⁹⁰ É também adequado excluir aqui qualquer imputação, porque mesmo lesões inofensivas podem levar à morte diante de tratamentos médicos errôneos.

No caso da vítima vir a morrer, contrariamente ao que pensam – com algumas diferenças – RUDOLPH, JAKOBS, SCHÜNEMANN e W. FRISCH, em consequência das lesões por que o médico não as tratou ou o fez de modo insuficiente não é correto, sob a ótica de ROXIN, imputar o resultado ao autor das lesões. Mas concorda ROXIN que, se for culpa grosseira do médico, deve-se excluir a imputação ao primeiro causador. Já, se a culpa do médico que não consegue impedir o desenvolvimento mortal das lesões se encontra abaixo do que se considera culpa grosseira, nem sempre poder-se-á dizer que a morte se enquadra unicamente no âmbito de responsabilidade do médico. Aqui concorrem dois comportamentos culposos de igual peso, realizando-se ambos no resultado. Por isso

¹⁸⁷ Idem e ibidem, p. 379.

¹⁸⁸ Assim, também, JAKOBS, 1972, 92 ss.; SCHÜNEMANN, JÁ 1975, 719. ROXIN, C. Op. cit., p. 380.

¹⁸⁹ ROXIN, C. *Funcionalismo e imputação objetiva*. op. cit. p. 381

é correto punir os dois por homicídio culposo. No entanto, se uma lesão facilmente curável leva a óbito a vítima unicamente em decorrência de culpa médica grosseira, o erro médico ganha uma tal preponderância que desaparece qualquer necessidade político-criminal de “imputar o resultado final também ao autor do primeiro delito. Isto se pode dizer tanto com base em pontos de vista preventivo-gerais como especiais”.¹⁹¹ Segundo os fins da pena, esta valoração deve ser decisiva.

Da mesma forma ocorre se a vítima, com um comportamento não-doloso, mas errôneo, provoca sua própria morte ou um agravamento do dano. Tratando-se de conseqüências não inerentes a lesão, como por exemplo, a vítima morre por uma troca de medicamentos por ela não percebida, serão elas atribuídas ao âmbito de responsabilidade da vítima. No caso de conseqüências inerentes ao dano inicial (a lesão que leve à morte), isto só ocorre se o resultado decorrer de comportamento grosseiramente inadequado da vítima, por exemplo, se ela não recorre a um médico, apesar da manifestação de sintomas estranhos.¹⁹² É verdade que a culpa grosseira da vítima não exclui necessariamente a punição do primeiro causador por culpa (por exemplo, no surgimento de acidente). Mas um acidente é ocorrência repentina, enquanto no comportamento posterior errôneo restam possibilidades suficientes de reflexão. Aqui se mostraria inadequado responsabilizar o primeiro causador pela imperdoável leviandade da vítima.

Quanto aos acidentes de salvadores, ROXIN expõe a dúvida: se devem ser punidos por homicídio culposo o dono da casa que culposamente causa um incêndio, a professora que, numa excursão para um local de águas, não vigia suficientemente um aluno, e se na tentativa de salvamento, vem a morrer um

¹⁹⁰ ROXIN, C. Idem. Ibidem.

¹⁹¹.BURGSTALLER, apud Roxin. ROXIN, C. Idem. Ibidem

bombeiro ou um salva-vidas. A doutrina majoritária pensa que sim,¹⁹³ eis que um perigo não garantido realiza-se no resultado e ela não vê motivo para não incluir tais acontecimentos no alcance do tipo. Contudo, podem ser trazidas à colação razões consideráveis em sentido oposto.¹⁹⁴ Primeiramente, é quase impossível distinguir as ações salvadoras que se mantêm nos limites do obrigatório de ousadias voluntárias cujas conseqüências não podem ser imputadas ao primeiro causador já sob o ponto de vista da auto-colocação em perigo. Em segundo lugar, riscos profissionais são voluntários já em um sentido pouco mais amplo, vez que são assumidos juntamente com o cargo, com base numa decisão livre (exceção no caso do serviço militar), já que o profissional, na maior parte dos casos, é pago pelos riscos que corre em seu trabalho. Em terceiro lugar, há razões político-criminais contrárias à imputação de acidentes de salvador. Se um incendiário que age culposamente tiver de contar com ser responsabilizado ainda pelas mortes de bombeiros, esta consideração pode desestimular que ele os chame. E se aquele que passeia por uma montanha e se perde puder ser punido por, dependendo do caso, homicídio culposo da equipe de salvamento chamada, será natural que tente salvar-se com as próprias forças – o que frequentemente terá resultados fatais; tais acontecimentos não deveriam ser estimulados pela ordem jurídica.

O problema vai além dos casos de acidentes de salvadores. O ladrão será punido por homicídio culposo, caso um policial acidentalmente se envolva numa difícil perseguição automobilística? Se assim fosse, o delinqüente perseguido teria de entregar-se à polícia, em não desejando correr outros riscos de punição. Uma tal obrigação seria, porém, dificilmente compatível com princípios gerais de direito,

¹⁹² ROXIN, C. Op. cit., p. 382.

¹⁹³ ROXIN, C. Idem. p. 377

segundo os quais ninguém precisa contribuir para a própria punição. Dever-se-ia, portanto, atribuir tais riscos típicos do exercício da profissão ao âmbito de responsabilidade do profissional, não os imputando a estranhos.

3.4 TRAUMAS SOBRE TERCEIROS

São danos a saúde causados pela psique, quando se tem notícia da morte ou lesão grave de uma pessoa próxima, também chamados de danos resultantes de choque¹⁹⁵. A pergunta é se é possível imputar os danos ao primeiro causador. A resposta é negativa, pois o tipo de homicídio ou lesões corporais não está em preservar o outro de efeitos corporais que se produzem como consequência de um primeiro acidente.

No entanto há casos em que danos resultantes de choque podem legitimar uma imputação. Exemplo trazido por GRECO¹⁹⁶ é o de uma velhinha que está internada, em razão de seu quinto infarto, e alguém, sabendo de seu coração fraco, lhe conta a mentira de que seu filho acabara de ser assassinado, o que provoca mais uma parada cardíaca a que a velhinha não resiste. Neste caso, há um risco e, o homem prudente, conhecedor das debilidade da velhinha, não consideraria tal resultado de todo improvável, o que torna este risco não permitido, porque ninguém tem o direito de contar tais mentiras a outrem, nem tampouco há um interesse social superior nesse sentido. Um homem prudente não se comportaria dessa maneira.

¹⁹⁴ ROXIN, C, Idem p.378.

¹⁹⁵ GRECO, L. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, p.115.

¹⁹⁶ GRECO, L. Op. cit., p. 116.

Assim, danos resultantes de choque estão, em regra, fora do fim de proteção da norma. Mas há exceções, decorrentes da aplicação dos mesmos critérios expostos no presente trabalho.

3.5 DANOS POSTERIORES

Neste caso temos um dano posterior com a mesma pessoa, derivado do primeiro acidente. Como exemplo tem-se o caso: dois automóveis colidem e um dos condutores tem sua perna amputada. Anos mais tarde, o mesmo está num cinema que pega fogo: o deficiente não consegue escapar das chamas, vindo a óbito. Não se pode atribuir ao primeiro a causa da morte, pois o tipo não abrange danos posteriores que surjam depois do restabelecimento, como consequência da redução de forças que gera normalmente um acidente, qualquer complicação posterior, sarada a primeira lesão é problema da vítima.

Situação diversa ocorre quando a pessoa falece depois de uma grave enfermidade causada pela lesão.

CAPÍTULO IV - TEORIA DA ELEVAÇÃO DO RISCO

1. CRIAÇÃO DO RISCO PERMITIDO

Como abordado no capítulo anterior (p.64), trata-se aqui daqueles casos que ultrapassam as fronteiras do risco permitido, ou seja, onde embora haja a violação dos limites do risco permitido, chega-se a demonstrar, com grande probabilidade, que o resultado teria ocorrido ainda que o agente tivesse se conduzido dentro daqueles limites.

Para ROXIN, nesses casos a solução não deve ser buscada na indagação da ocorrência do resultado se e quando respeitada a norma regulamentar, mas sim deve-se averiguar se a conduta contrária ao dever de cuidado redundou em agravamento do risco para o bem jurídico. Em caso positivo, deve imputar-se o resultado.¹⁹⁷

2 ELEVAÇÃO DO RISCO PERMITIDO

A doutrina¹⁹⁸, seguindo as lições de ROXIN, traz alguns casos nos quais vêm a esclarecer o tema em questão:

a) Caso do farmacêutico que, com autorização do médico, vende a uma mãe um medicamento composto de fósforo para o tratamento do filho desta; posteriormente, sem pedir a receita do médico, entrega em várias oportunidades o mesmo medicamento, morrendo seu filho em função de consumo reiterado deste. No

¹⁹⁷ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 379.

¹⁹⁸ DIAZ, Claudia Lopes. *Introducción a la Imputación objetiva*. p. 180.

entanto, o farmacêutico poderia ter perguntado se a criança poderia continuar tomando a medicação.(Decisão do Tribunal do Império 15, 151 e ss.)

b) Caso da cocaína e da novocaína: um médico negligencia ao anestésiar um paciente, aplicando-lhe cocaína ao invés de novocaína, que era o previsto. A pessoa morre em consequência da anestesia. Posteriormente, fica demonstrado que a vítima tinha uma especial sensibilidade em relação a qualquer tipo de anestesia e que possivelmente também teria morrido se lhe houvesse sido ministrado o medicamento indicado, no caso, a novocaína. (Decisão do Tribunal do Império, 15 de outubro de 1926).

c) Caso dos pêlos de cabra: um comerciante importa da China pêlos de cabra para a fabricação de pincéis; apesar da advertência de que deveria desinfetar os pêlos antes de seu processamento, omite-se em tal medida e morrem quatro operárias infectadas pelo bacilo antrácico (Milzbrandbazillen) contido nos pêlos. Posteriormente, fica demonstrado que embora houvesse sido feita a desinfecção, não haveria segurança suficiente de que esta eliminaria os bacilos contidos no produto. (Decisão do Tribunal do Império 63, 211 e ss.)

d) Caso do ciclista. Um motorista de um caminhão que, objetivando ultrapassar um ciclista embriagado, não observa a distância mínima necessária para a ultrapassagem. Certamente pelo efeito do álcool, perde o ciclista o controle da bicicleta e precipita-se sob as rodas traseiras do caminhão. No processo, ficou demonstrado que o resultado teria ocorrido mesmo que o motorista tivesse empreendido a ultrapassagem com observância das normas regulamentares.(Decisão do tribunal superior 11,1 e ss.).

3 DEVER DE CUIDADO

Esta problemática surge em decorrência do fato de que, nos delitos imprudentes, é necessário um nexo entre a violação do dever de cuidado e o resultado produzido, devendo ser o resultado o efeito causal da ação do autor¹⁹⁹, qual seja, a realização da violação do dever de cuidado.²⁰⁰ Assim, se restar demonstrado que o resultado também sobreviria se o autor tivesse seguido as normas regulamentares, falta o pressuposto do nexo causal necessário entre a infração da norma de negligência e o resultado típico.

ROXIN²⁰¹ é bastante severo quanto a aplicação da teoria da elevação do risco, nos crimes imprudentes, assim se vê consoante crítica por ele proferida à decisão do Tribunal Superior Federal Alemão:

Esta “teoria da elevação do risco”, por mim criada²⁰², encontrou um número crescente de adeptos²⁰³ na doutrina. A jurisprudência e uma parte da literatura chegam à outra conclusão. O Tribunal Superior Federal (BGHSt 11, 1): “Um comportamento contrário às normas de trânsito só pode ser considerado causa de um resultado danoso se houver certeza de que o comportamento segundo as normas de trânsito evitaria este resultado”. Do contrário, e assim também se argumenta na literatura, não haveria certeza de que o perigo não permitido se realizou no resultado, devendo o autor ser absolvido, em respeito ao princípio *in dubio pro reo*. Isto é incorreto, porque não é possível dividir o risco em uma parte permitida, outra não permitida, e analisar separadamente a realização do perigo. Se o autor ultrapassa o risco permitido e, através disso, eleva o perigo anteriormente tolerado, ele cria um risco que, em sua totalidade, é proibido. Este risco *in totum* não permitido realiza-se com a ocorrência do resultado. Quanto a isto, inexistente dúvida, não restando espaço para aplicar o princípio *in dubio pro reo*.²⁰⁴

¹⁹⁹ SANTOS, J. C. dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p.108.

²⁰⁰ DIAZ, C. L. *Introducción a la Imputación Objetiva*, p. 181.

²⁰¹ ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 380

²⁰² ROXIN, ZStW74 (1962), 411ss. (= Grundlagenprobleme, 147 ss.); o mesmo, ZStW 78 (1966), 214 ss. ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p.339.

²⁰³ ROXIN, C. *Idem*, *ibidem*.

²⁰⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 338.

ROXIN nos ensina que não se pode dividir o risco em uma parte proibida e outra permitida porque isto exige provas separadas da causalidade.²⁰⁵ No entanto, deve o legislador insistir no respeito às normas de cuidado nos casos em que isto eleve a chance em salvaguardar o bem jurídico de modo claro, mas não com certeza absoluta. Cita o exemplo de um cirurgião que, em uma operação de risco, medicamente indicada, provoca a morte do paciente em um erro grosseiro. A opinião contrária a de ROXIN teria de deixá-lo impune, por não se poder excluir a possibilidade da morte, tampouco na operação realizada segundo a *lex artis*, significando a dispensa de qualquer exigência de cuidado justamente ali onde é mais necessário.²⁰⁶ O Tribunal Superior Federal, em 1994, periódico n.º 425, pelo contrário, isenta de pena nos casos de homicídio causado por erro no tratamento médico, se não estiver certo que a operação segundo a *lex artis* teria aumentado o tempo de vida do paciente. ROXIN aponta como correto que o aumento do risco provocado pelo erro de tratamento seja o suficiente para a imputação do resultado.

Ainda, quanto ao argumento de que, além do princípio *in dubio pro reo*, a teoria da elevação do risco transforma, contrariamente à lei, crimes de resultado em crimes de perigo, o mesmo não se consubstancia verdadeiro, uma vez que a imputação de um resultado ao tipo objetivo é *sempre* intermediada por um perigo criado pelo autor²⁰⁷, sendo que a diferença entre os crimes de resultado e crimes de perigo está em que, nos primeiros, o perigo não permitido realiza-se em um resultado típico de lesão, enquanto nos segundos este se realiza unicamente em um resultado de perigo, a ser determinado segundo exigências diversas.

²⁰⁵ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 341.

²⁰⁶ SK5 - RUDOLPHI, vor § 1, nm. 68; KÜPER, Lackner-FS, 1987, 286; STRUENSEE, GA 1987, 104, apud ROXIN, C. *Op. cit.* p. 341.

²⁰⁷ Cf. STRATENWERTH, Gallas-FFS, 1973, 237 s.; WOLTER, 1981, 36 ss. apud ROXIN, C. *Op. cit.*, p. 342.

De acordo com esse pensamento extraí-se que o aumento do risco deve ser verificado em uma perspectiva *ex post*.²⁰⁸ Todas as circunstâncias que só posteriormente venham a ser conhecidas, como a embriaguez do ciclista, a distância exata, a velocidade do caminhão, a infecção do bacilo, a sensibilidade quanto ao medicamento, etc., devem ser analisadas segundo parâmetros normativos, isto é, deve-se verificar, com base no conhecimento *ex post*, se a norma formulada *ex ante* ainda pode ser considerada proibição racional, redutora do risco do resultado, analisando se o respeito ao risco permitido teria diminuído o perigo para a vítima, ou seja, aumentado suas chances de salvação. Neste caso, o resultado será imputado, ou se, face aos novos conhecimentos, a norma se mostra *in concreto* inidônea, não haverá imputação.

Ressalva ROXIN que a perspectiva normativa aqui referida, deve levar em conta o resultado de uma comparação “naturalística-estática” entre o comportamento real e o hipotético.²⁰⁹

4 EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO RELATIVAMENTE A RESULTADOS QUE NÃO ESTÃO COBERTOS PELO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA DE CUIDADO.

Parte-se do princípio de que as normas de cuidado têm por fim determinar o âmbito social dentro do qual o cidadão pode se mover livremente, sem exceder os limites do risco permitido e, assim, seus comandos não estão, *ipso facto*, preordenados a impedir todo e qualquer tipo de resultado, mas se destinam apenas a prevenir determinadas lesões ao bem jurídico decorrentes da infração daquele

²⁰⁸ ROXIN cita como pioneiro STRATENWERTH, Gallas-FS, 193, 227 ss. In: *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 343.

dever. Ou seja, se o resultado não é daqueles que a norma de cuidado destina-se a evitar, a sua produção não deve ser atribuída ao agente, ainda que este tenha, efetivamente, transgredido um preceito regulamentar. DIAZ cita o exemplo²¹⁰ de que, em muitos países, as regras de trânsito estabelecem limites máximos de velocidade, equivalentes aos de uma marcha a pé, toda vez que um veículo circule nas imediações de estabelecimentos de ensino. Se certo motorista, a despeito de circular nesta região, imprime velocidade não permitida e atropela um adulto que inopinadamente atravessa a sua frente, é inquestionável sua transgressão a norma regulamentar, haja vista que sobrepujou o risco permitido. No entanto, a Teoria da Imputação Objetiva recomenda que o resultado (lesão ou morte) não deve ser a ele imputado, haja vista tratar-se de um dano que a norma de cuidado não tem por fim evitar, limitando-se seus preceitos a estabelecer proibições (como aquela concernente à redução da velocidade) protetivas da integridade física de crianças que freqüentam os referidos estabelecimentos de ensino, e não de toda e qualquer pessoa adulta que transita por aqueles domínios, objeto de específica tutela regulamentar.²¹¹

ROXIN faz a distinção entre a realização do risco não permitido e a realização genérica do perigo²¹², sendo que esta só depende da adequação ou previsibilidade do curso causal. Assim, para saber se houve realização do risco não permitido, é imprescindível saber se o comportamento contrário ao dever de cuidado teve efeitos causais, se tais efeitos elevaram o risco e, ainda, se a elevação chegou a um nível relevante. Todavia, quando o curso causal está em uma relação

²⁰⁹ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 344.

²¹⁰ ROXIN, C. *Idem*, p. 78.

²¹¹ ROXIN, C. *Idem*, *ibidem*.

²¹² ROXIN, C. *Idem*, p. 336.

adequada com o risco não permitido, a imputação do resultado ficará excluída se a prevenção de tais conseqüências não for o fim de proteção da norma de cuidado, mas unicamente um reflexo desta proteção.²¹³

Afirma ROXIN²¹⁴ que em todos os casos de não realização do risco não permitido (ou de ausência do “nexo de risco”), o fim de proteção da norma não compreende a forma concreta em que ocorreu o resultado, visto que o fim da norma que ordena a desinfecção (p. 95) não exige que seja ela feita quando inútil, o fim dos limites de velocidade não consiste em afastar automóveis de determinados pontos da rua, etc. É de se ter em mente, porém, que na realização do risco não permitido sempre se trata do *fim de proteção da norma de cuidado que delimita o risco permitido* (da obrigação de iluminar, do dever de consultar um médico especializado), e não no alcance do tipo penal. Os casos autênticos de exclusão da imputação através do alcance do tipo são aqueles em que a norma típica (a proibição de matar, lesionar, danificar etc.) sequer compreende determinados comportamentos e conseqüências. Tais hipóteses são tratadas, aqui, sob a perspectiva do “alcance do tipo”, e não devem, ao contrário do que quase sempre acontece, ser confundidos com os casos nos quais a imputação fica excluída, já porque o fim de proteção da norma de cuidado não compreende o resultado ocorrido (v.p. 64).

²¹³ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 337.

²¹⁴ ROXIN, C. *Idem*, *Ibidem*.

5 RISCO PERMITIDO E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Os conceitos gerais da teoria do delito, no que diz respeito à determinação de seus conteúdos, dependem, em última instância, da noção de homem consagrada em cada época pelas disciplinas filosóficas que dão forma ao Direito penal. Ou seja, cada momento histórico traz uma idéia diferente de sujeito, e determina, dessa forma, o significado de ação, de ilicitude, de culpabilidade e, por consequência, os conceitos de crime e de pena. Para o Direito Penal tradicional, o sujeito destinatário de suas normas é o indivíduo com suas condutas próprias. Para o funcionalismo penal, numa visão Luhmanniana, ao revés, o que conta é o sistema e suas comunicações com o meio que o circunda. Entre o indivíduo e o sistema social não existe compromisso, ambos são independentes a tal ponto de que aquele não forma parte deste, nem mesmo há entre eles uma relação de *parte e todo*. Cada sistema é titular da elaboração e aplicação de suas próprias regras segundo um registro específico que, para o Direito, se cifra no código *legal* ou *ilegal*. Assim, tendo-se como válida tal premissa, os sistemas moral e jurídico restam inconfundíveis porque reduzem, enquanto subsistemas, complexidades em distintos âmbitos dentro do sistema social.²¹⁵

O denominado Princípio da Confiança foi desenvolvido pela jurisprudência alemã e tem por fundamento o fato de que todas as pessoas que vivem em sociedade são responsáveis e devem agir de forma a não prejudicar terceiros. Seria impossível convivermos socialmente se tivéssemos de verificar, a cada instante, se os outros estão agindo da forma esperada, ter que vigiar pessoas

para se verificar se estão cumprindo com seus deveres na realização de suas atividades. Assim, o sujeito que realiza uma atividade arriscada, em princípio lícita, pode confiar que quem participa junto com ele na mesma atividade comportar-se-á de acordo com as regras existentes. Não se deve, segundo STRATENWERTH, responder pela falta de cuidado alheia.²¹⁶

Confia-se num futuro concreto, seja na estabilidade de uma ponte ou na segurança de um elevador, seja na fidelidade de um amigo ou no respeito ao seu direito de propriedade. Contudo, a inteligência do homem é incapaz de “esgotar” a realidade. Que se tome por um enfoque ou por outro, na conformidade deste ou daquele método, ficará sempre patente aos nossos olhos a sua inesgotabilidade. ALBUQUERQUE, com muita propriedade cita HERÁCLITO quando este diz que “A natureza gosta de ocultar-se”, e prossegue o autor: “uns, como KANT, falarão da coisa em si; outros, como cristãos, do mistério da criação ; e até os que, como HEGEL, afirmam que “todo real é racional”, ver-se-ão obrigados a diferir para um futuro indeterminado a vigência efetiva de sua afirmação.”²¹⁷

E continua o mesmo autor: “o homem não pode deixar de crer em algo, é naturalmente crédulo. Se aparentemente deixa de crer é porque novas crenças substituíram as antigas, ou estas se depuraram pela desmistificação de crenças supérfluas.”²¹⁸

Assim, o homem não pode deixar de confiar, por isso ALBUQUERQUE diz que a confiança é um *hábito entitativo* de sua natureza que se

²¹⁵ ALBUQUERQUE, M. P. Op. cit., p. 85

²¹⁶ MELIÁ, M. C. Cancio .*Conducta de la víctima e imputación objetiva em Derecho penal*, p. 322.

²¹⁷ Idem, p. 93.

²¹⁸ Idem., p. 94.

manifesta positivamente no caminhar resolutivo para a posse de si mesmo que a matéria e o tempo querem impedir.²¹⁹

A Teoria da Imputação Objetiva, em uma concepção funcionalista, é incompatível com tudo aquilo que não possa ser reduzido ao campo da experiência. Pode-se admitir uma ou outra disposição de caráter como indicadores da responsabilidade, mas que não sejam tão voláteis a ponto de impedir sua quantificação, nem tão enaltecidas que passem por alto os dados objetivos, haja vista que quanto mais se considera a subjetividade, menos precisa é a imputação.²²⁰ Ao tipo objetivo não pertencem as questões relativas à parte subjetiva do fato.

6 A PROIBIÇÃO DE REGRESSO

A teoria da proibição de regresso fundamentava-se, originariamente, na exclusão da causalidade de determinados fatos precedentes a uma ação dolosa, no intuito de limitar a responsabilidade penal pelo resultado, não havendo uma aceitação unânime na doutrina quanto a este tema, pois os autores não chegaram a um consenso que pudesse alcançar todas as formas de pensamento.

Ocorre a proibição de regresso quando um comportamento anterior, considerado inidôneo, não pode ser considerado co-autoria ou participação em conduta futura proibida. Esta teoria estabelece que no caso de uma intervenção num curso causal doloso, em que tenha mediado uma condição imprudente de um

²¹⁹ Idem, p. 96.

²²⁰ MELIÁ, M. C. Op. cit., p. 97.

terceiro para a produção de um resultado, não é punível este último, uma vez que a participação exige uma vontade intencional no partícipe.

Cita a doutrina²²¹ vários exemplos, de acordo com o exposto acima: o dono do bar não é responsável pela dor de cabeça do freguês que ingeriu bebida alcoólica em excesso, mesmo tendo consciência disto; o taxista que leva um homicida até o local onde a vítima se encontra para matá-la não responde por homicídio, ainda que saiba, durante o trajeto, da intenção do autor; o comerciante de canetas não é responsável pelo crime de falso praticado pelo agente com a mesma; o gerente de banco que faz um empréstimo não responde por tráfico de entorpecentes feito pelo autor com este dinheiro; o padeiro não responde pelo homicídio cometido com o pão envenenado pelo freguês; o funcionário postal não responde por calúnia por ter manipulado uma carta que contenha tal crime, etc.

Verifica-se que, em todos estes casos, as condutas anteriores estão dentro do risco permitido (vender pão, serviço postal, taxista e o gerente do banco), portanto não se imputará o resultado àqueles que tiveram uma conduta anterior não intencional. Não há a possibilidade de regresso em casos de ações imprudentes precedentes a condutas dolosas ou de ações dolosas não subsumíveis ao tipo, há sim exclusão da imputação objetiva por mais que permaneça a continuidade causal.

Consoante nos ensina ROXIN²²², a ruptura do nexo de imputação ocorrerá sempre que uma ação tornar-se causa de um resultado típico, em virtude do desvio provocado por um terceiro. No exemplo do gerente de banco que empresta dinheiro para um cliente que o utiliza para o tráfico de entorpecentes, não será responsável pelo crime, mesmo que, ao emprestar tivesse conhecimento da

²²¹ GRECO, A. O. P. *A autocolocação da vítima em risco*. p. 147.

²²² ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 355.

intenção criminosa do cliente. Destarte, restará excluída não apenas a responsabilidade dolosa pelo evento, o que poderia ser cogitado no âmbito da participação, como também a título de culpa, pois não se trata de um problema de dolo, como pretendem alguns autores: a questão resume-se em problema de imputação.²²³

Já quando o agente da conduta precedente encontra-se na posição de garante em relação ao resultado danoso, a solução é diferente. JAKOBS²²⁴ pondera que o agente não é eximido de suas responsabilidades em um crime comissivo, quando, com independência de sua ação é *garante* de que o bem lesado reste intacto ou que não seja exposto a determinados perigos.

7 COMPORTAMENTO ALTERNATIVO CONFORME O DIREITO

Os casos aqui tratados aproximam-se daqueles em que cursos causais hipotéticos se tornam relevantes para a imputação, restando a diferença no fato de que aqui se obtém o juízo de aumento do perigo com base não em uma causalidade hipotética realmente pronta para atuar, mas sim em uma hipótese construída para fins comparativos.

ROXIN aponta ser o problema mais discutido no pós-guerra, dentro do contexto de risco, a questão de imputar ou não um resultado nos casos em que não seja certo, mas unicamente provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme o Direito evitaria o resultado.²²⁵

²²³ JAKOBS, G. Op. cit., p. 259-260.

²²⁴ JAKOBS, G. Op. cit., p. 264.

²²⁵ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 33.

Como já abordado, a imputação fica excluída no caso de o comportamento alternativo conforme o Direito levar, com certeza, ao mesmo resultado, posto que aqui a superação do risco permitido não se realizou no curso real dos acontecimentos. Vale refletir sobre a posição de JESCHECK²²⁶, que parece ser mais democrática e menos repressiva, onde basta a probabilidade da ocorrência do mesmo resultado para excluir a imputação do tipo objetivo, já que a certeza é de difícil comprovação.

²²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal* .p 309.

CAPÍTULO V – APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal, dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, exerce uma função subsidiária, atuando somente como *ultima ratio*. Está adstrito à prevenção geral e especial e aos direitos constitucionalmente assegurados, sendo estes os parâmetros que devem nortear os elementos do crime de forma a redimensioná-los, para que possam ser instrumento de concretização da finalidade sistemática.

A própria norma jurídica só é legítima pela configuração social, tendo em vista que sua justificativa ocorre por sua aceitação. Do contrário, o Direito Penal seria apenas simbólico.

Entretanto, tais considerações são ainda distantes do Direito Penal pátrio. Pode-se considerar que este está inserido em um sistema fechado, que tem por base a norma, nos estritos termos da lei, que se traduz como sua única fonte.

Isso se revela claramente por meio de uma jurisprudência de conceitos – e não de valores, como a pretendida pelo funcionalismo – que tem como ápice as decisões dos tribunais, que servem de soluções prévias, as quais acabam por se distanciar, e mesmo ignorar, os fatos da realidade social.

Na verdade, ocorre que, além das considerações finalistas, a influência exercida pela dogmática alemã, nas últimas décadas, foi intensa. e, para superar os preceitos naturalistas da escola italiana - que certamente tiveram reflexo no Código Penal de 1940 - utilizou-se do positivismo neokantiano, cujas bases ainda subsistem e impedem a integral concretização de novas posturas, até mesmo do

finalismo. Um exemplo disto é a reiteração da quantificação da pena em razão do resultado, através de uma jurisprudência apriorística.²²⁷

A desconsideração da realidade faz com que o sistema não atinja seus objetivos, tornando-se inútil. Pela impossibilidade de satisfazer as necessidades sociais, não sendo verificadas produtivas as formas de prevenção do crime, procura-se um outro meio para que se possa dar uma resposta à crescente e preocupante criminalidade.

Desta forma, oferece-se uma perspectiva intervencionista, agravando-se as sanções penais, bem como reduzindo-se as possibilidades de progressão de pena. Este é o reflexo da excessiva legislação dos anos 90 do século passado, que muitas vezes colidiu com a sistemática do Código e com preceitos constitucionais, trazendo, porém, como consequência, além de tais transgressões, apenas o simbolismo, o que é inadmissível pela evidente e inegável incompatibilidade com os princípios que regem um Estado Democrático de Direito.²²⁸

Para que possa ser inserida uma teoria do porte da Imputação Objetiva, é imprescindível que haja uma mudança sistemática, a fim de que possa ser realizada uma atividade valorativa que permita a interação com a realidade social, buscando somente aquilo que tem relevância para o direito. Não há espaço para um mero logicismo-formal, o qual desvirtuaria a utilização de tal instituto.

Dentro do panorama pincelado, a análise do artigo 13 do Código Penal Brasileiro ganharia novo aspecto, já que a causalidade material não pode culminar no preenchimento do tipo objetivo, sendo exigido um critério normativo para tanto, a realização do risco criado pelo autor.

²²⁷ CAMARGO, Antonio L. C. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro* p. 117-120.

²²⁸ CAMARGO, A. L. C. *Idem.* p. 122.

Somente sob esta ótica é que poderá ser discutida a imputação objetiva, para que alcance sua finalidade e produza seus efeitos.

Corroborando com este entendimento, é que ROXIN²²⁹, para facilitar a compreensão das questões dogmático-sistemáticas, de modo mais claro possível, utiliza-se de exemplos de casos, não tomando o sistema jurídico-penal como algo inquestionável, mas o expõe em sua atual feição histórica do ponto de vista político criminal, apresentando como solução a síntese entre um pensamento sistemático e problemático, entendendo-se este último como tópico, no qual as respostas surgem da discussão e do consenso sobre a correta constelação de casos.

Partindo-se de um sistema jurídico estruturado teleologicamente, estará o mesmo aberto aos novos fatos da vida, tendo em vista que terá como base princípios valorativos, que lhe fornecem soluções adequadas para qualquer caso, inclusive para aqueles desconhecidos ou ignorados anteriormente.

Ao longo desta exposição, pôde-se perceber que a Teoria da Imputação Objetiva é didaticamente inversa aos moldes de ensino, pois, ao invés de se utilizar de um conjunto de enunciados, como normalmente se faz, trabalha *“de um modo disperso, difuso, fazendo referência a vários grupos de casos, o que nos parece sumamente estranho”*.²³⁰

Ademais, o fato de ser até pouco tempo desconhecida para nós, faz com que as dificuldades aumentem.

Exatamente por isso, o uso de tal teoria merece muita cautela. Os critérios em que se baseia não são “fórmulas mágicas” que solucionam qualquer

²²⁹ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 211 ss.

²³⁰ GRECO. *Imputação Objetiva....em ROXIN. Funcionalismo....* p. 03.

caso. É imprescindível que haja uma fundamentação adequada que motive as decisões que dela se valerem, e não simplesmente invocá-la de modo irracional.²³¹

O raciocínio desenvolvido para que se possa enquadrar uma situação em um grupo de casos é demasiadamente complexo, exigindo que a matéria seja conhecida a fundo, em seus mínimos detalhes, a fim de que não se cometam equívocos.

²³¹ Idem, p. 165

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **O Princípio da Confiança no Direito Penal. Uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional.** Dissertação apresentada no curso de Mestrado de Criminologia e Direito Penal. Universidade Cândido Mendes. 2000. p. 55.

ARISTÓTELES. **Ética** – Coleção os Pensadores. São Paulo: 1973.

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos impróprios de omisión.** Buenos Aires: Pennedille, 1970.

BATISTA, N.: **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro,** Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

____ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1978

BUSTOS, RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal.** 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

____ : **La imputación objetiva. Teorías actuales em el derecho pena/.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

CAMARGO. Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho pena/.** Barcelona: Bosch, 1998.

____.: **La teoria de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo.** Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, vol. 1, p. 196-222, maio-ago. 2000.

_____, M.: **Conducta de la víctima e imputación objetiva em Derecho penal.** *J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.*

_____.: **Um nuevo sistema Del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoria de la imputación de Günther Jackobs.** Ad. Hoc., Buenos Aires, 1999.

CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. **La teoria de la imputation objetiva em la teoria del injusto em España: introdução a obra de Claus Roxin. *La imputación objetiva em el derecho penal.*** Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: IDENSA, 1997.

DÍAZ, C. L.: **Introducción a la imputación objetiva.** *U. E. C., Bogotá, 1997.*

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral.** 13^a ed. Revisada por Ferando Fragoso. Rio de Janeiro, Forense: 1991.

FRISCH, W.: **Tipo penal e imputación objetiva.** Colex, Madrid, 1995.

GALLEGARI, André Luiz. **A Imputação objetiva do Direito Penal – Revista dos Tribunais.** São Paulo, 764:434 e ss.

GARCIA AMADO, J.A.: **La filosofia Del derecho de Habermas y Luhmann.** U.E.C., Bogotá, 1997.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito.** Revista Jurídica n.º 272, Rio de Janeiro, jun/2000.

_____. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva.** Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora: 2005.

JAKOBS, G.: Derecho Penal, Parte general, fundamentos y Teoria de la Imputación, Marcial Pons. Madrid, 1997.

_____.: **Estúdios de Derecho Penal.** Civitas, Madrid, 1999.

_____.: **A imputação objetiva no direito penal de Günther Jakobs**; tradução André Luís Callegari. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. **Imputação Objetiva do Direito Penal**. Trad. André Luís Gallegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muños Conde. Barcelona: Bosch, 1978.

MARTÍN, Maria Ángeles Rueda. **La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Dolos de Acción**. J.M. Bosch Editor, Zaragoza: 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000-2002.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976.

QUEIROZ, Paulo. **A teoria da imputação objetiva**. *Boletim IBCCrim*, n. 103, p. 6-8, 2001.

RAMIREZ, J.B.: **La imputación objetiva**. Temis, Bogotá, 1998.

_____.: **Introducción al derecho penal**. Temis, Bogotá, 1996.

REYES ALVARADO, Yesid. **Antijuridicidad material e imputación objetiva**. *Revista del Colegio de Abogados de Bogotá*. Bogotá, n.5, 1995

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: mandamentos, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General, Tomo I**. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la Segunda Edición Alemana y Notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2003.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva do Direito Penal.** Trad. e Introdução Luís Greco. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas Básicos do Derecho Penal.** Trad. Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Ed. Réus, 1976.

_____. **Teoria del Tipo Penal.** Buenos Aires: Ed. Dipalma, 1979.

SANCINETTI, Marcelo A. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: FERRANTE, Marcelo; CANCIO MELIÁ, Manuel; SANCINETTI, Marcelo A. **Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva.** Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

_____, M.: **Subjetivismo e imputación objetiva em Derecho penal.** U.E.C.; Bogotá, 1996.

_____. **Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Teorías actuales em el derecho penal.** *Buenos Aires:* Ad-Hoc, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **Aberratio ictus e imputación objetiva. Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales.** Madrid, vol. 37, n. 2, p. 347-386, maio-ago. 1984.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível.** Curitiba: Editora Fórum, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la imputación objetiva.** Trad. Mariana Sacher de Köster. Teorías actuales en el derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

_____.: **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana.** U.E.C., Bogotá, 1996.

_____.: **Introducción al razonamiento sistemático em derecho penal, en El sistema moderno del deecho penal: Cuestiones fundamentales,** Tecnos, Madrid, 1991.

_____.: **Temas Actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio.**

SILVA SÁNCHEZ, J.: **Aproximación al derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona.** 1992.

STATENWERTH, G.: **El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, Univ. Complutense. Madrid,** 1980.

SUÁREZ GONZÁLES, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Estúdio preliminar. La imputación objetiva e derecho penal.** Madrid: Civitas. 1999. p. 52.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal.** 2ª Edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Teorias do Delito (Variações e Tendências.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980

WESSELS, Johannes. **Direito Penal – parte geral.** Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – parte geral.** 6ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1997.

_____.: **Tratado de Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar,

ZIELINSKI, D.: **Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto de ilícito, Hammurabi,** Buenos Aires, 1990.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)