

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Cairo Ítalo França David

Nilo Batista

Rio de Janeiro
2005

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, área de Ciências Penais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Nilo Batista.

Rio de Janeiro
2005

David, Cairo Ítalo França

Relação de Causalidade e Imputação Objetiva/ Cairo Ítalo França
David. Rio de Janeiro. Universidade Cândido Mendes, Mestrado
em Direito, 2005.

212 p. 4 capítulos.

Orientador: Nilo Batista

Dissertação de Mestrado – UCAM, Mestrado em Direito, 2005.

Referências Bibliográficas, f. 207-212

1. Conduta 2. Causalidade 3. Resultado 4. Imputação.

Dedico aos meus pais SANSÃO PEDRO DAVID (*in memoriam*) e HERNANDINA CARDOSO DAVID, “Dona Nina”, a minha esposa IVANY BASTOS FRANÇA DAVID e às minhas filhas PALOMA AZEVEDO LIMA DAVID, KARINA AZEVEDO LIMA DAVID e JULIANA BASTOS FRANÇA DAVID, por quem vale lutar por meus ideais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus professores do Curso de Mestrado da Universidade Cândido Mendes e o faço nas pessoas do Dr NILO BATISTA, meu Orientador, exemplo vivo de que a simplicidade é uma qualidade dos grandes homens, Dr JUAREZ TAVARES, que despertou o meu interesse por estudar Imputação Objetiva, Dr HEITOR COSTA JÚNIOR, Dr HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO e Dr^a VERA MALAGUTTI BATISTA. Agradeço também à minha família pela compreensão das horas que me ausentei do seu convívio na elaboração desse trabalho. Agradeço também a todos os que de qualquer forma colaboraram comigo, especialmente a VIVIAN BASTOS MUTSCHAEWSKI que me ajudou na tradução do resumo e ao meu secretário MARCOS SIMÕES PERINI, pelo auxílio inestimável na digitação.

A perfeição não existe como algo concreto.
Talvez que ela só seja vislumbrada no
mundo das idéias ou no reino da abstração.
Entretanto, sempre a procuramos, e por
vezes pensamos tê-la encontrado nas
miragens mágicas do pensamento.
O sublime está em sua busca.

RESUMO

O princípio causal passa efetivamente a ocupar o ponto nuclear da teoria do delito a partir do final do século XIX. A lei de causa e efeito, com a aceitação alcançada no mundo científico após a física newtoniana, ganha *status* de verdade incontestável no campo das ciências naturais e é levada para o âmbito das ciências sociais.

Com essa transposição do princípio causal das ciências exatas para as sociais, e com o papel destinado à causalidade na ação e no tipo penal, os juristas sentem a necessidade de estabelecer o conceito da causalidade e os seus limites de imputação. Várias teorias a esse respeito são elaboradas, algumas delas considerando a inexistência de diferença entre causa, condição e ocasião, outras defendendo um ponto de vista diverso. A teoria que ganhou mais popularidade foi a dos antecedentes causais que não distinguia entre causa, condição e ocasião. Os seus limites de alcance, eram questionáveis. O critério da eliminação hipotética não tinha solução para diversas hipóteses.

Em conseqüência disso, sucederam-se as teorias e chegamos à fórmula que alguns autores denominam moderna teoria da imputação objetiva.

Nesta dissertação procuramos fazer uma breve descrição acerca dos critérios de responsabilização penal no tempo, até o limiar do século XX, quando o princípio causal ganha foros de estabilidade sendo encontrado nas diversas legislações mundo afora. Também discorreremos a respeito da fase histórica em que vieram a lume a teoria da relatividade, a física quântica e à revolução causada pelo experimento de HEISEMBERG que representou a derrocada do “dogma causal” e as suas conseqüências no direito penal.

Após isso, cumpru-nos falar sobre os caminhos percorridos pelo finalismo e pela imputação objetiva, comentando sobre as suas influências nos elementos do crime.

Demos especial destaque à teoria da imputação objetiva, fazendo rápidos comentários acerca do funcionalismo e das principais correntes da referida teoria.

O trabalho alicerça-se em pesquisa bibliográfica, e na abordagem de alguns temas nos animamos a tecer amenas críticas e emitimos o nosso entendimento a respeito dos assuntos controvertidos.

Ao final desse árduo, mas prazeroso trabalho, concluímos que nos encontramos numa fase transitória e de entrelaçamento das diversas escolas de direito penal e de uma aproximação entre os fundamentos da política criminal, criminologia e direito penal, o que se faz imprescindível e necessário para um correto enfoque do problema.

Somente com uma criteriosa e abrangente reflexão poderemos determinar a dimensão exata dos aspectos natural, normativo, objetivo e subjetivo do fato punível e definir o seu lugar e alcance adequados na teoria do delito.

ABSTRACT

The cause principle starts to effectively occupy the nuclear point of the theory of criminal offense from the nuclear point of the theory of criminal offense from the end of the XIX century on. The law of cause-and-effect, with its successful acceptance in the scientific world after Newton's physics acquires status of indubitable truth in the field of natural sciences and is taken to the sphere of Social sciences.

With the overlapping of the cause principle from exact to social sciences, and with the role destined to causality in the action and in the crime type the jurors feel the need to establish the concept of causality and the limits of imputation. Many theories on this matter are developed, come of them, considering the lack of difference between cause, condition and occasion – others defending a diverse point of view. The theory which reached more popularity was the one with the antecedent causes, which did not differentiate between cause, condition and occasion. Their limits of reach were questionable. The criteria of hypothetical elimination did not present solution to several hypotheses.

As a consequence, theories emerged and we come to the formula that some authors denominate as the Modern Theory of objective imputation.

In this essay, we try to elaborate a brief description on the criteria of criminal liability over time, until the beginning of XX century, when the cause principle gains stability and will be found in many legislations worldwide. We also discuss about the historical phase in which came to light the theory of relativity, quantum physics and the revolution caused by the Heisemberg experiment, which represented the decline of the “cause dogma” and its consequences in criminal law.

After that, we had to talk about the paths taken by finalism and by the objective imputation, relating to its influences on the element of crime.

We highlighted the importance of the theory of objective imputation, making short commentaries about the functionalism and main streams in such theory.

The essay, lay the foundations in bibliographical research and on some of the themes, we felt compelled to make use of subtle criticism and established our understanding in regards to controversial matters.

At the end of this painstaking however pleasant paper, we came to the conclusion that are in a transition and overlapping period between diverse schools of penal law and also in a time of proximity between the fundamentals of criminal politics, criminology and criminal law, which makes it both crucial and necessary for an accurate view on the problem.

Only after a thorough investigation were we able to determine the exact dimension of the natural, normative, objective and subjective aspects of the punishable act and therefore to define its place and adequate reach in the theory of criminal offense.

Sumário

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – A Imputação no Tempo	06
1. A Imputação no Brasil	15
1.1 – O Código Penal de 1940	18
CAPÍTULO II	
1. A Relação de Causalidade	22
1.1 – A Teoria da Totalidade das Condições	23
1.2 – A Teoria da “ <i>conditio sine qua non</i> ”	24
1.3 – Teoria da Causalidade Adequada	27
1.4 – Teoria da Causa Humana Exclusiva	28
1.5 – Teoria da Condição Perigosa	29
1.6 – Teoria da Causa Intellectualizada	30
1.7 – Teoria do Equilíbrio	31
1.8 – Teoria da Relevância Jurídica	31
1.9 – Teoria da Causa Típica	34
1.10 – Teoria da Causa Eficiente	34
1.11 – A Cláusula <i>CETERIS PARIBUS</i>	35
1.12 – Teoria da Causa Conforme as Leis Naturais	38
2. Causalidade e Conceito da Ação	40
2.1 – A Teoria Causalista	41
2.2 – A Teoria Social da Ação	45
2.3 – Teoria Finalista	49
CAPÍTULO III – A Imputação Objetiva	55
1. Origens da Teoria	58
1.1 – Hegel	62
1.2 – Karl Larenz	64
1.3 – Honig	67
1.4 – Hardwig	69
1.5 – Roxin	71
1.5.1 – Criação do Risco não Permitido	
1.5.1.a – Exclusão da Imputação na Diminuição do Risco	73
1.5.1.b – Exclusão da Imputação na Ausência de Criação do Perigo	76
1.5.1.c – Criação de Perigo e Cursos Causais Hipotéticos	79
1.5.1.d – Exclusão da Imputação nos Casos de Risco Permitido	80
1.5.2 – Realização de um Risco não Permitido	
1.5.2.a – Ausência da Imputação pela não Realização do Risco não Permitido	83
1.5.2.b – Exclusão da Imputação no Caso de Resultados não Compreendidos no fim de Proteção da Norma de Cuidado	89

1.5.2.c – Comportamento Alternativo Conforme ao Direito e Teoria do Aumento do Risco	94
1.5.2.d – Sobre a Combinação das Teorias do Aumento do Risco e do Fim de Proteção	100
1.5.3 – O Alcance do Tipo	103
1.5.3.a – A Contribuição a uma Autolocação em Perigo Dolosa	103
1.5.3.b – A Heterocolocação em Perigo Consentida	105
1.5.3.c – Atribuição ao Âmbito de Responsabilidade Alheio	106
1.6 – Jakobs	107
1.6.1 – Existência do Risco Permitido	110
1.6.2 – Princípio da Confiança	113
1.6.3 – Proibição de Regresso	115
1.6.4 – Capacidade da Vítima	117
1.7 – Frisch	120
1.8 – Puppe	126
CAPÍTULO IV – Reflexos da Imputação Objetiva	135
1. O Tipo Objetivo	137
2. O Tipo Subjetivo	140
3. O Dolo Direto e Indireto	143
3.a – O Dolo Direto de Primeiro Grau	144
3.b – O dolo Direto de Segundo Grau	144
3.c – O Dolo Eventual	145
4. Imputação Objetiva e o Tipo Culposo	146
4.1 – Espécies de Culpa	150
4.2 – Culpa Consciente e Dolo Eventual	151
4.2.1 – Teorias da Vontade	153
4.2.2 – Teorias da Representação	154
5. Welzel e o Crime Culposo	156
5.1 – Atividades com Risco Residual	159
5.2 – O Princípio da Confiança	160
5.3 – O <i>Homo Medius</i>	161
6. Comentários	165
7. Imputação Objetiva e Omissão	166
7.1 – A Concepção de Günther Jakobs	170
8. Imputação Objetiva e Antijuridicidade	175
9. Imputação Objetiva e Culpabilidade	182
9.1 – Teoria Extrema da Culpabilidade	185
9.2 – Teoria Limitada da Culpabilidade	186
9.3 – O Conceito Material da Culpabilidade	189
9.4 – Günther Jakobs	194
9.5 – As Críticas de Bernd Schünemann	197
CONCLUSÃO	201
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	207

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

INTRODUÇÃO

O primeiro critério para a punição de alguém, pelo cometimento de algum fato danoso, foi o da responsabilidade sem culpa. Se alguém tivesse feito algo considerado crime, devia pagar por isso. Os livros religiosos antigos e a bíblia sagrada, quando se referem aos primórdios da humanidade e aos primeiros crimes (ou pecados) ocorridos, mostram um julgamento no qual se levava em conta a prática do fato em si, sem maiores considerações a respeito das circunstâncias, motivos, intenção do sujeito, enfim, sem se considerar mesmo se o pecador teria sido induzido por alguém. No julgamento previsto no Livro dos Mortos dos Egípcios, por exemplo, o coração do sujeito era colocado num dos pratos da balança e no outro prato uma pena (Maat), e se o coração (que encerrava a consciência do morto) pesasse mais que a pena, ele encontraria a segunda morte. Não havia considerações a respeito das razões pelas quais ele teria praticado ações ruins, ou alimentado pensamentos pecaminosos.

Esta maneira de julgar e responsabilizar era encontrada nas mais antigas civilizações, cujos costumes chegaram ao nosso conhecimento. Assim era na legislação babilônica (Leis de Eschnunna e Código de Hamurabi), no Código de Manu, Legislação Mosaica, Leis Egípcias, enfim no mundo antigo.

Posteriormente vemos o surgimento de outros critérios para a responsabilização penal. Teremos alguns períodos nos quais conviverão, lado a lado, regras diversas, oriundas de direitos de diferentes origens, como no período que sucedeu à queda do Império Romano do Ocidente. Nesse período conviviam regras do direito romano, do direito canônico e do direito germânico.

Procuramos dividir o nosso trabalho em conformidade com esse desenvolvimento histórico. A dissertação é apresentada em quatro capítulos. O primeiro trata da imputação desde os primórdios até o estabelecimento do princípio da causalidade. Nesse primeiro capítulo procuramos falar a respeito das Leis de Eschnunna, Código de Hamurabi e fazemos algumas referências ilustrativas a respeito da gênese e de passagens do Livro dos Mortos dos egípcios. Também examinamos a respeito do critério do livre arbítrio, falando sobre a doutrina de Santo Agostinho, com

referências a Santo Tomás de Aquino e em relação às influências que o direito canônico exerceu, introduzindo a subjetivação na apreciação dos crimes.

No segundo capítulo vamos examinar a causalidade e as teorias que surgiram para conceituá-la e para delimitar o seu alcance de imputação. As teorias surgidas acerca desse tema foram várias e procuramos fazer referência às consideradas como principais. Algumas delas não procuravam estabelecer distinção entre causa e condição, outras já as diferenciavam. Determinadas teorias priorizavam apenas as conseqüências materiais da ação, outras já levavam em conta a atitude do agente, como a da causa intelectualizada de Sebastião Soler¹, enquanto algumas fórmulas já exigiam a relevância jurídica do fato produto de alguma causa.

Nesse mesmo capítulo falamos acerca das teorias da ação e da influência exercida pelo causalismo e a respeito dos novos rumos procurados pelo Direito Penal após a queda de prestígio do princípio causal.

Destarte, são feitas breves considerações sobre a teoria causal da ação, teoria social e teoria finalista.

No terceiro capítulo, que trata da imputação objetiva propriamente, procuramos tecer comentários sobre as origens da teoria, mencionando PLATÃO e falando acerca do conceito de ação de ação de ARISTÓTELES, HEGEL e SAMUEL PUFENDORF. Também são feitas alusões aos trabalhos de KARL LARENZ, RICHARD HONIG, HARDWIG, KARS e chegamos ao período no qual surge a chamada teoria moderna da imputação objetiva.

A partir dessa fase é feito um exame da imputação objetiva segundo as concepções de CLAUS ROXIN, GÜNTHER JAKOBS, WOLFGANG FRISCH e uma abordagem sucinta aos conceitos de INGBORG PUPPE.

CLAUS ROXIN a partir de um exame a respeito da obra de RICHARD HONIG, desenvolve a sua teoria analisando uma constelação de casos, procurando com base na solução encontrada para as hipóteses concretas, construir a sua teoria. A sua fórmula possui dois pilares básicos, ou seja, a criação do risco não permitido, que se refere ao desvalor da ação e a realização do risco que se relaciona ao desvalor do resultado. Também é levada em consideração a atitude da vítima, tanto em relação aos casos em que existe um concurso de riscos, quanto em referência às hipóteses nas quais o sujeito

¹ BRUNO, Aníbal. Direito penal, tomo 1º, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1967, rodapé.

age por força de uma atitude direta da vítima. No trabalho são feitos estudos a respeito de cada um dos itens nos quais ROXIN divide a sua teoria.

GUNTHER JAKOBS procura evitar a constelação de casos e construir uma teoria que ele pretende apresentar-se livre da pecha de *ad-hoc*. Nesse sentido dota a sua fórmula de bases funcionais e objetivas, procurando construir um sistema todo regido sob parâmetros normativos, onde há um macrocosmos integrado por microcosmos que se inter-relacionam, exigindo que os parâmetros jurídicos nos quais se funda esse sistema sejam respeitados. Sempre que há um delito, há para ele, um déficit de comunicação e a recomposição do sistema é feita com a incidência da norma jurídica. Ele leva esse método a extremos, aplicando-o no tocante à ação e omissão, ao concurso de agentes e à própria culpabilidade. Também ele entende que existe um super conceito de ação, estabelecido sob bases normativas e esse conceito enfeixa a ação, a omissão, os fatos dolosos e os fatos culposos.

No terceiro capítulo também tecemos observações aos trabalhos de WOLFGANG FRISCH e INGBORG PUPPE, que trazem a lume questões interessantes. FISCH fala a respeito da necessidade do direito penal ser efetivamente a *ultima ratio* dentro do ordenamento jurídico, dando relevância ao seu aspecto fragmentário e chega a exemplificar como deve o legislador agir quando da escolha a respeito de quais bens devam ser protegidos e qual a tutela adequada a essa proteção. Também são feitas considerações significantes sobre a criação do risco e a sua realização, exigindo-se que exista uma correspondência entre a ação e o resultado, ou seja, o risco criado *ex ante*, deve materializar-se no dano verificado *ex post*.

PUPPE dá contornos à teoria da causa segundo as condições naturais, e procura fazer uma releitura do resultado, vendo-o como uma situação na qual ocorre uma depreciação do bem jurídico. Ao seu modo de ver qualquer conduta humana só se torna relevante na medida em que torne desfavorável a condição do bem juridicamente tutelado e por esse critério ela resolve hipóteses solucionadas por ROXIN pela fórmula “diminuição do risco”. Também ela desenvolve estudos a respeito do próprio conceito de causalidade, que deve alicerçar-se na probabilidade. Com relação aos casos solucionados com o princípio do alcance da norma, ela propõe que só exista esse alcance quando a proteção jurídica dela decorrente atingir uma hipótese que se inclua na

generalidade dos fatos que ela procura reprimir. Destarte, um caso insólito, que fuja a essa generalidade, não se encontra coberto pelo âmbito da norma jurídica.

No quarto capítulo procuramos estabelecer algumas conseqüências advindas da adoção da teoria da imputação objetiva. Falamos assim acerca dos seus reflexos na teoria do delito, na configuração do tipo objetivo e do tipo subjetivo, e nas alterações introduzidas em relação ao tipo doloso e culposo. Também são tecidas considerações a respeito do crime omissivo perante a imputação objetiva e sobre a relevância da normatização desse comportamento.

Não chegamos a comentar a respeito dos seus reflexos no concurso de agentes, porque breves estudos sobre esse tema já haviam sido feitos no tópico proibição de regresso e a concisão do trabalho não nos permitia um estudo que enfeixasse pelo menos os itens principais do assunto. Devemos desde logo frisar que na Alemanha, onde a questão encontra-se bem avançada, predomina em relação ao concurso de agentes, a teoria do domínio do fato que não alcançou em nosso País a mesma popularidade.

Foram feitas observações a respeito dos efeitos da teoria da imputação objetiva na antijuridicidade e em relação às causas de justificação. O exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal, segundo os paradigmas dessa teoria, passam a ser vistos como causas de exclusão da própria tipicidade.

Por último, falamos sobre a culpabilidade e a sua concepção sob a ótica de GÜNTHER JAKOBS, que a insere num macrosistema onde há uma atomização do sujeito, transformado em um sistema psicofísico, chamado por BERND SCHUMAN de interface normativa.²

Constatamos em nossa análise que, mesmo sob a ótica da imputação objetiva, a culpabilidade deve conservar os mesmos elementos que possui segundo a teoria da ação final.

Durante a elaboração desse trabalho, que se mostrou árdua, mas ao mesmo tempo fascinante, pudemos constatar, que muitos princípios são, em realidade, releitura de fórmulas anteriores e que na verdade existem praticamente transformações de conceitos já pré-estabelecidos. A ciência jurídica se apresenta, de certa forma, como um oceano e as correntes e tendências, como as ondas; ora avança o objetivismo, ora o

² Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre el estado de la teoria del delito (Seminário en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madri, Espanha, Civitas Ediciones S.L. 2000, pp. 93-128.

subjetivismo, ora o normativismo. É claro que cada novo movimento apresenta novas roupagens, mas não há algo que se possa dizer totalmente genuíno e absolutamente desatrelado de princípios já latentes.

O importante é darmos a significância que merece ocupar o ser humano, o meio ambiente, todos os seres que compõem o nosso universo e procurarmos estabelecer condições que propiciem uma coexistência harmônica, onde exista menos injustiça e mais igualdade.

Encerrando essa introdução vem à nossa mente, as palavras proferidas pelo arquiteto Oscar Niemeyer, numa entrevista num programa de televisão, onde foram mostradas algumas das suas obras mais importantes, como Brasília, o Museu da Imagem e do Som de Niterói, obras na França e na Itália; ele ao final de tudo isso, disse que o importante não eram as obras, nem a arquitetura, o mais importante de tudo era o ser humano.

CAPÍTULO I

A IMPUTAÇÃO NO TEMPO

Atualmente a causalidade vem perdendo o prestígio alcançado até meados do Século XX, e com o destaque atingido pela teoria finalista da ação, deixou de ser o ponto nuclear da teoria do delito. A despeito disso, a própria teoria finalista não abriu mão do princípio causal e como adverte NILO BATISTA, “Welzel se fundamentou precisamente na filosofia causalista de Nicolai Hartmann”, ao elaborar a teoria finalista. Mais ou menos na mesma época, começa a ser construída a moderna teoria da imputação objetiva, levada do Direito Civil para o Direito Penal por RICHARD HONIG, vindo a seguir HARDWIG, KAHRS e chegando-se a CLAUS ROXIN. A teoria da imputação objetiva também não descarta o princípio da causalidade, procura apenas limitá-lo, estabelecendo, o que deve ou não, ser atribuído ao sujeito como obra sua.

O princípio causal alcançou o seu ápice no final do Século XIX e início do Século XX, sendo fruto de uma transposição de princípios das ciências naturais para o Direito Penal. Acerca do tema é oportuna a alusão feita pelo professor NILO BATISTA:

“Do chamado renascimento científico brotara a concepção de um mundo físico causal, onde fenômenos guardam entre si aquela *“ferma e costante conessione”* à qual se referia Galileu, onde o determinismo de Newton concebe a força como uma causa. A teoria jurídico-penal das forças – física e moral – do delito, formulada por Carmignani e desenvolvida por Carrara, que as decompunha em graus, exprime uma recepção clara e direta daquela concepção.”³

De qualquer sorte, esse princípio foi recepcionado e ganhou popularidade no Direito Penal há menos de duzentos anos e, antes disso, eram utilizados outros critérios para justificar a punição de quem cometesse crimes. Cumpre-nos nessa rápida introdução fazer uma breve referência a esse período que antecedeu ao princípio causal.

³ BATISTA, Nilo. Novas tendências do direito penal, artigos, conferências e pareceres – Rio de Janeiro, Revan, 2004, p. 14.

Inicialmente o critério pelo qual alguém era criminalmente punido, era o da responsabilidade objetiva. Na Bíblia Sagrada encontramos no livro Gênesis, a primeira notícia da transgressão a uma ordem proibitiva e o castigo que se seguiu a isso. Capítulo 2, versículo 17, a advertência: “Mas da árvore da ciência do bem e do mal, dela não comerás; porque no dia em que dela comeres, certamente morrerás.” Como narra o livro sagrado, a serpente convenceu Eva a comer o fruto e esta, além de comê-lo, deu-o a Adão que igualmente o ingeriu. O Senhor Deus se aproxima e Adão se esconde. Depois de ser chamado pelo Senhor, confessa que comeu o fruto proibido pela mão da mulher que Deus lhe dera por companheira. A mulher, por sua vez, ao ser inquirida responde ter sido enganada pela serpente, que a teria induzido a comer o fruto. Todos então são punidos. A serpente é amaldiçoada, e terá que andar sobre o próprio ventre e comer pó todos os dias de sua vida; ela e a mulher tornar-se-ão inimigas e esta inimizade estender-se-á às gerações de uma e outra. A mulher ferirá a cabeça da serpente e esta ferirá o calcanhar da mulher. A mulher, além disso, terá multiplicada a sua dor para dar à luz e ainda será dominada pelo marido. Com relação a Adão a terra é amaldiçoada pelo pecado por ele cometido, e ele passa a comer o pão com o suor do próprio rosto, até tornar-se pó e voltar a terra, de onde surgiu. Depois ambos são expulsos do paraíso, numa pena similar ao degredo.

Vê-se que quem agiu intencionalmente foi a serpente, que teria induzido Eva a comer o fruto e esta o deu para Adão, não se esclarecendo se ele ao comer o que era proibido o fez em confiança a Eva e se esta teria agido com o intuito de fazê-lo pecar. O fato é que todos foram punidos, pela simples conduta praticada, sem maiores considerações a esse respeito.

No Livro dos Mortos dos egípcios, encontra-se uma referência ao julgamento que era feito por Osíris. O morto tinha que passar pelo julgamento do peso da alma. Numa balança Hórus colocava o seu coração, símbolo da alma e da consciência. No outro prato da balança, mantinha-se a deusa Maat representada por uma pena, esse conjunto simbolizava a harmonia e a justiça. No meio da balança o deus Anúbis ajustava o fiel. A cada questão respondida, o deus Thot registrava o movimento dos pratos, e caso o coração pesasse mais que a pluma isso significava que o ser em julgamento possuía a consciência pesada e cheia de pecados, sendo então decretada a sua morte definitiva, e um monstro devorava o seu coração, que continha a sua

consciência; sem ela, ele não poderia despertar para a vida eterna. Caso o seu coração pesasse menos que a pluma, ele ganhava o direito à vida eterna no mundo dos mortos.⁴

Vemos que tanto no julgamento bíblico, quanto naquele descrito no Livro dos Mortos, não se questionava quanto às razões que teriam impellido a pessoa em julgamento a cometer os pecados a ela atribuídos.

Da mesma forma, se estudarmos a respeito da história do direito penal dos povos antigos encontraremos a responsabilidade sem culpa como critério das punições. Isso pode ser constatado se lermos a respeito dos Sumérios, Leis de Eshnuna, Código de Hamurabi (em realidade não um código e sim uma coletânea de leis), legislação penal dos egípcios e nas leis mosaicas.⁵

Na fase do império romano, encontramos referências à causalidade, embora naquela época esse instituto não possuísse contornos definidos. Em alguns delitos ela era decisiva no sentido de sinalizar o caminho a ser seguido, embora os romanos não tivessem estudado a esse respeito como mais vagar, nem tivessem conceituado a causalidade, nem lhe dado contornos de um instituto. Na obra do Professor JOÃO MESTIERI encontramos algumas notas acerca da causalidade em Roma.

MESTIERI observa que são encontrados princípios importantes acerca da causalidade no direito romano. Eles teriam diagnosticado a importância da causalidade, mas não realizaram um estudo sistemático e geral do tema, “limitando-se a fornecer soluções práticas para casos concretos.”⁶

Ele cita o Digesto, IX, 2, 7, § 5, onde se estabelecia o seguinte: “*si quis servum aegrotum lebiter percusserit, recte Labeo dicit lege Aquilia eum teneri, quia aliud alii mortiferum esse solet*” (se alguém golpeia levemente a um servo ferido e este morre, diz com razão Labeão ficar ele obrigado pela lei Aquilia, pois esta causa (a pancada que produziu a morte) pode ser mortal para determinada pessoa e não para outras).⁷

O mesmo penalista ainda cita texto de Ulpiano, no Digesto IX, 2,7, § 7, “*si quis de ponte aliquem praecipitaverit, Celsus ait sive ipso ictu perierit, aut continuo este aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri*” (Se alguém jogou a outro de

⁴ Extraído da Coleção Divindades Egípcias, vol. IV (Revista das Religiões), Editora Abril.

⁵ Os que desejarem mais informações sobre esse assunto podem encontrá-las em GIORDANI, Mário Curtis, História do direito penal entre os povos antigos do oriente próximo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶ MESTIERI, João, Manual de direito penal, parte geral, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 228.

⁷ Ibidem, páginas 228/229.

uma ponte, diz Celso ficar obrigado pela lei Aquilia, tanto se houvesse perecido do golpe como se submergido em seguida ou houvesse perecido exausto, vencido pela força do rio).⁸ Nota-se que o resultado era imputado a quem lançou a vítima no rio, tivesse ela morrido e submergido por força do afogamento que se seguiu ao ato dela ser atirada às águas ou tivesse morrido posteriormente enquanto lutava para sair de lá, vencida pelo cansaço. Vemos aqui uma hipótese que seria examinada da mesma maneira nos dias atuais. Deve ser observado que se a pessoa lançada ao rio saísse de lá lesionada, e um terceiro a atingisse com uma lança e ela morresse por força desse segundo ferimento, o primeiro agente só responderia pela primeira lesão causada. Isto pode ser inferido da disposição constante do Digesto, IX, 2, II, citado por MESTIERI, “*Celsus scribit si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea examinaverit, priorem quidem non teneri quase occiderit, sed quase vulneraverit, qui ex alio vulnere perit, posteriorem teneri, quia occidit, quod et marcello videtur et est probabilis*” (Celso escreve que, se uma pessoa houvesse ferido mortalmente e outro houvesse rematado, o primeiro não é responsável como se houvesse matado, senão por haver ferido, já que a vítima morreu de uma ferida distinta, mas o segundo é responsável porque matou; assim também opina Marcelo, e é o mais provável).

Há ainda, segundo nos cita MESTIERI a disposição do Digesto IX, 2, 30, § 4º, a respeito de ocorrer a morte por causa da negligência da vítima, após o ferimento inicial que não a matou. “*Si vulneratus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso*” (se um servo foi ferido mortalmente, e perecer por negligência, a ação será por haver sido ferido e não por haver morto). Esta concausa era considerada.

Os romanos falaram também a respeito do subjetivismo, mas o critério que predominou entre eles foi o da responsabilidade objetiva.

Após a queda do Império Romano do Ocidente, com a deposição de Rômulo Augustulo pelo rei germânico Odoacro, e com relevância após as leis lombardas, francas e feudais, no período compreendido entre os séculos VI e XI, passa a ser aplicado naquelas terras o direito germânico no qual predominava a extensão do dano causado por um crime e seus efeitos em relação à quebra da paz. Apesar disso, os crimes involuntários eram passíveis apenas de uma com reparação pecuniária, enquanto

⁸ MESTIERI, João. em, página 229, Manual de direito penal ... op. cit. p. 229.

que os voluntários eram severamente punidos. Os que cometessem delitos voluntários eram condenados por terem “rompido a paz” e se sujeitavam à vingança da comunidade; eram declarados fora da lei, deixando de pertencer a uma família ou à pátria, podendo assim ser mortos por qualquer do povo. Essa a punição aos “delitos públicos”. Se o criminoso “rompia a paz” privadamente, sujeitava-se à “*vindicta*” da vítima ou dos seus parentes, entretanto poderia celebrar com o ofendido e sua família uma composição, evitando a vingança.⁹

Os germânicos chegaram a estabelecer que ferida a vítima, se a sua morte ocorresse por outras causas o agressor não responderia pelo homicídio. Dentre essas outras causas, estava a negligência da própria vítima, ou do “cirurgião”, ou uma nova agressão de um terceiro. A hipótese de negligência da vítima guarda similitude com o nosso homicídio concausal presente nos Códigos de 1830 e 1890.

Apesar dessas pequenas exceções, a responsabilidade era objetiva. O que importava era o fato inesperado perturbador da paz do grupo. As condições pessoais do autor da ofensa não eram levadas em conta, “imputabilidade, controle consciente sobre sua execução, motivação e finalidades configuram, perante as relações fato-*fridr* ou fato-*ewa*, simples antecedentes desprovidos de maior significado.”¹⁰ Nota-se assim um predomínio do objetivismo nas práticas germânicas antigas, “sua contribuição para aquilo que se designaria por responsabilidade objetiva: o resultado, não a conduta e seus predicados baliza a reação penal.”¹¹ NILO BATISTA também observa que a responsabilidade, além de não ser subjetiva, também não era pessoal, e a imputação poderia assim ser estendida ao grupo ao qual pertencia o sujeito. A responsabilidade assim era objetiva e podia ser coletiva. Durante esse período também eram aplicadas as regras do direito romano e do canônico, por força do poder do Papa que exercia o governo religioso naquelas terras.

A subjetivação da responsabilidade foi desenvolvida no seio do direito canônico, que conviveu com o direito germânico nas áreas remanescentes do império do ocidente. Nesse ramo do direito desenvolve-se o conceito de livre arbítrio (já mencionado pelos antigos filósofos), que depois será utilizado no direito laico.

⁹ FERRI, Enrico, Princípios de direito criminal, tradução Paolo Capitanio, 2ª edição. Campinas – SP: Bookseller, 1999, p 39.

¹⁰ BATISTA, Nilo. Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos, 2000, p. 40.

¹¹ BATISTA, Nilo. Matrizes Ibéricas ... op. cit. p. 40.

No final do Século IV da era cristã, Santo Agostinho termina de escrever “De libero arbítrio”. Ele se preocupava em encontrar respostas para o mal, pois se tudo o que existe provém de Deus, que é o bem supremo, de onde vem o mal?

Depois de contactos com os maniqueístas e com a filosofia de Plotino, ele examinou o problema do mal em três níveis: a) o metafísico-ontológico; b) moral; e c) físico.

Do ponto de vista metafísico-ontológico não existe o mal; do ponto de vista físico, as doenças e os sofrimentos, seriam fruto do pecado original. Já o mal moral decorreria da vontade que orientava uma escolha ruim. Essa escolha equivocada era de responsabilidade do homem e era considerada o mal moral. A respeito, AGOSTINHO escreveu:

“O mal moral é o pecado. Esse depende de nossa má vontade. E a má vontade não tem “causa eficiente”, e sim muito mais, “causa deficiente”. Por sua natureza, a vontade deveria tender para o Bem supremo. Mas, como existem muitos bens criados e finitos, a vontade pode vir a tender a eles e, subvertendo a ordem hierárquica, preferir a criatura a Deus, optando por bens inferiores, em vez dos bens superiores. Sendo assim, o mal deriva do fato de que não há um único bem, e sim muitos bens, consistindo precisamente o pecado na escolha incorreta entre esses bens. O mal moral, portanto, é a “*aversio a Deo*” e “*conversio ad creaturam*.” O fato de se ter recebido de Deus uma vontade livre é para nós grande bem. O mal é o mau uso desse grande bem.”¹²

No mesmo livro encontramos outras referências às escolhas erradas feitas por livre vontade e também a situações de “legítima defesa”, além da diferenciação entre os fatos cometidos por homens livres e pelos escravos.¹³

A essência do livre arbítrio estava lançada, o homem possuidor da liberdade de escolha, fazia a opção errada, sendo responsável por isso.

NILO BATISTA observa que uma das características mais remarcáveis do direito penal canônico é o subjetivismo, aduzindo que ao contrário do direito germânico, que procurava dar relevância ao aspecto objetivo do fato que quebrava a paz grupal,

¹² AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona, 354-430. O livre-arbítrio, tradução, organização, introdução e notas, Nair de Assis Oliveira; revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995, p. 16.

¹³ AGOSTINHO, Santo. Bispo de Hipona. O livre-arbítrio ... op. cit. pp 35-36.

sem levar quase em conta as condições pessoais de quem tivesse cometido o evento, o direito canônico enfatizava a subjetividade. E conclui com maestria:

“Talvez fosse um exagero, não porém um despautério, dizer que muitos dos bordões da teoria jurídico-penal sobre a ação humana até os nossos dias, incluindo contribuições finalistas e funcionalistas, não se libertaram de algumas urdiduras conceituais do Tratado sobre os Atos Humanos que integra a Segunda Parte da *Summa Theologica*. Não haveria, entretanto, erro algum em observar que tomar a **vontade**, na esteira de Agostinho e Tomás de Aquino, como “alma” do delito, significou para o direito canônico estabelecer na subjetividade o liame da imputação do fato.”¹⁴

A imputabilidade no direito penal canônico achava-se vinculada à vontade livre do sujeito possuidor de discernimento. NILO BATISTA informa que a doença mental e a embriaguez podiam tornar o sujeito irresponsável, mas lembra que “era preciso que tanto o *demens* (ou *furiosus*) quanto o *ebrius* não houvessem por culpa chegado a tal situação.” Dependendo das circunstâncias, poder-se-ia considerar segundo os princípios da *culpa praecedens*, que o louco chegou à própria culpa *ad furorem*, bem como que o ébrio tivesse se embriagado voluntariamente, não sendo assim afastada a sua responsabilidade.¹⁵ No direito canônico foi estabelecida a distinção entre a embriaguez acidental e a voluntária, diferenciação que se encontra na raiz da teoria da *actio libera in causa*. Segundo o citado mestre, a imputabilidade poderia também sofrer a incidência da *infermitas* (febre intensa), do sono (mãe que sufoca o filho) e dor moral justa e violenta.¹⁶

Durante um largo período, teremos a convivência do direito romano, do germânico e do canônico.

Acerca da *actio libera in causa*, BERND SCHÜNEMMAN narra um fato que teria sido inaugural em relação à aplicação prática desse princípio na Alemanha. Isso

¹⁴ BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas ... op. cit. p. 206. E ele ainda observa que “Este uso teórico da *vontade*, na atribuição do fato a seu autor, não é estranho ao direito romano, porém foi a reflexão escolástica – escandindo e explorando minuciosamente as relações entre vontade, fins e meios – que lhe outorgou densidade e garantiu-lhe a longa permanência.” (p. 206)

¹⁵ Ibidem, pp 207-208.

¹⁶ Ibidem, p. 208.

teria ocorrido no ano de 1892 e a decisão foi tomada pelo “Tribunal Supremo do Reich”.

Trata-se de um fato ocorrido em Königsberg, cidade natal de IMMANUEL KANT, ou seja, um atropelamento por um carro que transportava leite e era puxado por cavalos, e conduzido pelo réu, totalmente embriagado. Este alegou que quando do atropelamento estava completamente ébrio, não possuindo qualquer imputabilidade. O Tribunal decidiu de maneira *sui generis*:

*“Ya entonces, el Tribunal Supremo esbozó el actualmente denominado modelo de la tipicidad y lo fundamentó a través de la analogia con la autoria mediata: consideró que la propia ingestión prolongada de bebida era la acción típica imprudente y la equiparo al supuesto en que “el acusado, en su trayecto por la ciudad, hubiese dejado las riendas de su impetuoso caballo en manos de un tercero inconsciente”.*¹⁷

Nesta parte introdutória que antecedeu ao princípio da causalidade, não poderíamos deixar de fazer menção ao mestre de Pisa FRANCESCO CARRARA, que teria lançado as bases do Direito Penal como ciência, e enunciado vários dos seus princípios que se desenvolveram e nos acompanham até os dias atuais.

FRANCESCO CARRARA em seu “Programa do curso de Direito Criminal”, ao se referir a Deus como origem da retribuição do bem e do mal, diz que essa retribuição tem como único fundamento a justiça, absoluta no absoluto, infalível no infalível. E ele vê essa justiça como um talião, “Deus não pune o ladrão, e o homicida, para defender o homem, mas porque o homicídio e o furto são males; e quer a justiça que em pratica o mal sofra outro tanto.”¹⁸

FRANCESCO CARRARA na mesma obra estabeleceu os conceitos de imputabilidade e de imputação. No Capítulo I da citada obra, ele fala exatamente em imputabilidade e imputação, comentando que a distinção entre a teoria da imputação e a da pena, teria sido um dos mais notáveis progressos da ciência criminal, e que havia sido necessário percorrer uma trajetória de vinte séculos até que finalmente essas

¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, *La culpabilidad: Estado de la cuestión, Sobre el estado de la teoria del delito (Seminário en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Espana: Civitas Ediciones, S.L, 2000. p.122.

¹⁸ CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN Editora, 2002, p. 53.

diferenças fossem identificadas. No que tange à teoria da imputação, esta, segundo a opinião do citado autor, considerava o delito “nas suas puras relações com o *agente*, e a este, por sua vez, em suas relações com a *lei moral*, conforme os princípios do *livre-arbítrio* e da responsabilidade humana...” ele também considerava tais princípios imutáveis, não se alterando com o passar dos tempos ou as mudanças dos povos.¹⁹ (grifos do texto original)

Para ele, imputar significa “atribuir determinada coisa a alguém”, sendo o juízo “de um fato já acontecido”, o exame de “um fato concreto”, e afirma:

“§ 3. A imputabilidade e a imputação variam de *predicado*, segundo proceda o juízo – que atribui ao agente a responsabilidade de um fato *previsto* (imputabilidade) ou *verificado* (imputação) – da simples consideração do nexó natural entre o fato e a moralidade do agente, ou de considerações derivadas das relações externas do homem.”²⁰ (grifos do texto original).

Ele também entendia que, além de ser causa material de um fato, o homem também deveria ser sua causa moral.

Interessante que ele, de certa forma já fazia referência à necessidade de uma ação ser proibida por lei, para possibilitar a imputação de um delito a alguém.

“§ 11. Para que uma ação possa ser declarada, pela autoridade social, imputável ao seu autor como delito, são indispensáveis os seguintes requisitos: 1 – que lhe seja *imputável moralmente*; 2 – que possa ser imputada como *ato reprovável*; 3 – que seja *danosa à sociedade*. Além disso, para que a declaração da imputabilidade resulte eficaz, é mister.- 4 – que se encontre *promulgada a lei que a proíbe*.”²¹ (grifos do texto original).

Ele exigia ainda que o homem fosse moralmente livre.

Em FRANCESCO CARRARA encontramos alguns princípios que depois foram desenvolvidos, e podemos ver em sua obra referências aos embriões da ação social (ele exigia que a ação delituosa gerasse um dano social), à imputação de um fato a alguém; a

¹⁹ CARRARA, Francisco. Programa do curso ... op. cit p. 49.

²⁰ Ibidem, p. 53.

²¹ Ibidem, p. 53.

necessidade de uma lei proibitiva (semente da tipicidade), e pela reprovação moral, pode-se chegar ao moderno conceito de imputabilidade.

1 - A IMPUTAÇÃO NO BRASIL

Os portugueses chegaram ao nosso país em 1500, e aqui só habitavam os silvícolas. Os portugueses vinham da Europa, viviam uma época de conquistas e imposição de costumes sobre os conquistados. Aqui, onde encontraram povos que viviam praticamente na idade da pedra lascada, fizeram o “traspasso da civilização européia para a colônia na América.”²² Com a sua chegada sequer houve efetivamente um choque de civilizações. Os portugueses impuseram a sua língua, os seus costumes, a sua religião e as suas leis. A esse respeito é oportuna a observação da Professora VERA MALAGUTI BATISTA: “A relação conquistadores-conquistados no Mundo Novo é permeada pela pouca percepção que os primeiros têm dos segundos, pelo sentimento de superioridade, e pela preferência pela terra e suas riquezas antes que pelos homens.”²³

Em 1500, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, mas estas, nenhuma aplicação tiveram no Brasil, já que quando foram revogadas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas, “nenhum núcleo colonizador havia se instalado no nosso país”.²⁴ Ao iniciar-se a colonização com a fundação de São Vicente em 1532, já estavam em vigor as Ordenações Manuelinas. Posteriormente a isso o regente D. Henrique incumbiu Duarte Nunes Leão de compilar as leis posteriores às Ordenações Manuelinas e essa compilação, depois de revisada, foi aprovada pelo Alvará Real de 14 de fevereiro de 1569, sendo determinada a sua imediata observância.²⁵

As Ordenações Filipinas passam a vigorar em junho de 1595 e no Brasil têm vigência até o Código Criminal do Império de 1830, quanto à matéria criminal, e no que tange à matéria civil vigoraram até o Código de 1916.

²² LIMONAD, Max. História do direito brasileiro, São Paulo, 1956, I, 23/24. (Cf. PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil, 2ª edição, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

²³ BATISTA, Vera Malaguti. Díficeis ganhos fáceis; drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. (Coleção Pensamento Criminológico “2”). Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia-Freitas Bastos, 1998, p. 29.

²⁴ PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais ... op. cit. p. 61.

²⁵ Ibidem, p. 65.

A legislação penal de então era extremamente dura, havendo abundância de penas de morte, o “morra por ello”, e sendo amplamente utilizada a tortura para a obtenção de confissões. Também se aplicava o direito canônico, normas do direito romano e dos glosadores, desde que não contrariassem os princípios cristãos.

A legislação constante do Livro V das Ordenações Filipinas foi severamente criticada por GALDINO SIQUEIRA em sua obra “Direito Penal Brasileiro”, e ele disse a seu respeito:

“Expressão exacta das idéias e sentimentos que predominavam na época em que foram promulgadas (1603), semelhante legislação penal, além de confundir o direito com a moral e a religião, erigindo em crimes o peccado e o vicio, de sancionar a desigualdade perante a lei, de desconhecer o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, fazendo recahir a infâmia do crime na pessoa dos descendentes do delinqüente, de dar predomínio ao arbítrio judicial, não resguardando a liberdade individual dos abusos, consagrava um systema de penalidade que, inspirado nas idéias de expiação e de intimidação, se distinguia pela crueldade, prodigalizando-se as penas infamantes e de morte, requintada a cruexa na sua execução e no emprego da tortura para obtenção das confissões.”²⁶
(redação do texto original).

O critério de punição era o do livre arbítrio, sendo permitida desde antes do nosso descobrimento, a morte cometida em legítima defesa, que era considerada como “justificativa do fato, quando houvesse invasão da casa, pousada, herdade, préstamo ou prazo pelo criminoso, para matar, desonrar ou fazer outro mal à vítima, ou esta fosse atacada em caminho;”²⁷

Proclamada a independência, são realizados estudos e é elaborado o Código Criminal do Império de 1830. O referido diploma legal abandonava o critério do livre arbítrio, passando a exigir apenas a voluntariedade da conduta. O seu artigo 2º tinha a redação seguinte:

“Art. 2º Julgar-se-há crime ou delicto:

§ 1º Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais.”

²⁶ SIQUEIRA, Galdino, Direito penal brasileiro, 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho Editora, 1932, página 11.

²⁷ PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais... op. cit. p. 49.

TOBIAS BARRETO, com base nessa disposição, Não fazia referência direta ao livre arbítrio, mas entendia que era a vontade livre, que diferenciava um acontecimento livre, de uma ação humana. Dizia o insigne mestre: “Só onde, pois, existe uma tal liberdade de escolher e realizar um plano é que se levanta a questão de saber se este ou aquele fato é um simples acontecimento, uma ação ou omissão voluntária.”²⁸

Dessa afirmação de TOBIAS BARRETO, que não se apartava do livre arbítrio, podemos extrair o conceito atual da imputação objetiva. Àquela época vivíamos uma fase anterior ao critério da causalidade. A sua afirmação no sentido de haver uma ação ou omissão voluntária, quando existir uma liberdade de escolha e realização de um plano, é, guardadas as devidas proporções, semelhante à assertiva de que se o sujeito, de forma livre age e tem controle do processo causal, a modificação por ele causada não é obra do acaso e sim obra dele. O fundamento da teoria da imputação objetiva é exatamente atribuir algo ao sujeito como obra sua. O grande jurista já antevia isso, embora não tivesse chegado a falar nada a respeito de um nome que denominasse aquela maneira de se atribuir algo a alguém como sua ação ou omissão. Ele já definiu o que diferenciava “um simples acontecimento” de “uma ação ou omissão voluntária” e que seria “uma tal liberdade de escolher e realizar um plano”.

TOBIAS BARRETO já entendia ser necessário o critério da causalidade para imputar-se o fato a alguém, o que só foi adotado pelo nosso legislador em 1940:

“Já se vê que a expressão *vontade criminosa* não quer significar uma substância com sua qualidade, mas uma causa com o seu efeito. O crime é um produto da força voluntária e livre; onde quer que não exista nexos de causalidade (na obra a grafia é esta e não causalidade) entre essa força e o fato malsinado de criminoso, aí também não existe crime. (grifos do autor)²⁹

À época também não existia uma teoria a respeito da tipicidade, mas nota-se na afirmação acima algumas coisas interessantes. A referência feita por TOBIAS

²⁸ BARRETO, Tobias, Estudos de direito II, edição comemorativa dos 400 anos do Estado do Sergipe, Recife/Aracaju: Record, 1989, p 122.

²⁹ Ibidem, página 123.

BARRETO ao “fato malsinado de criminoso” chega a guardar similitude com fato típico penal.

Interessante que o artigo 194 do Código Criminal de 1830 previa o homicídio concausal, quando a morte se verificasse, “não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o offendido não applicasse toda a necessária diligência para removê-lo.” NILO BATISTA, observa: “estes eram o lugar e os efeitos, naquele momento, da auto-exposição perigosa da vítima.”³⁰

Com relação ao homicídio embora o Código falasse em “causa eficiente”, o critério não era o da causalidade e sim o da letalidade das lesões.³¹

1. 1 - O CÓDIGO PENAL DE 1940.

O nosso Código Penal adotou de forma expressa o critério da causalidade para a imputação do resultado, sendo que antes da reforma de 1984, o artigo 11 possuía apenas um parágrafo e tinha a redação seguinte:

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

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

Com a reforma penal de 1984, a relação de causalidade passou a ser regulada no artigo 13, que em seu “caput” manteve a mesma redação, tendo introduzido no antigo parágrafo único, o vocábulo “relativamente” e inserido o parágrafo segundo e seus três itens, regulando a relevância da omissão e o dever de agir.

É a seguinte a redação dos dois parágrafos:

³⁰ BATISTA, Nilo. Novas tendências do direito ... op. cit. p. 13.

³¹ Cf. BATISTA, Nilo. Novas tendências do direito penal ... “O código imperial não dispunha de uma regra básica sobre causalidade. A palavra *resultado* não aparecia uma só vez em sua parte geral. Para os problemas práticos colocados pelo homicídio, recorria-se ao histórico critério da letalidade das lesões, a ser afirmado pelos facultativos mencionados no artigo 195 CCr 1830, p. 12.”

§ 1º - A superveniência de causa **relativamente** independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (grifamos).

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

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

Na exposição de motivos do Código de 1940, o Ministro FRANCISCO DE CAMPOS observava a respeito do tema:

“Seguindo o exemplo do Código italiano, o projeto entendeu de formular, no art. 11, um dispositivo geral sobre a *imputação física* do crime. Apresenta-se, aqui, o problema da causalidade, em torno do qual se multiplicam as teorias. Ao invés de deixar o problema às elucubrações da doutrina, o projeto pronunciou-se *expressis verbis*, aceitando a advertência de Rocco, ao tempo da construção legislativa do atual Código italiano:

“... adossare la responsabilità della risoluzione di problemi gravissimi all’giurisprudenza é, da parte del legislatore, una vegliaccheria intellettuale” (Lav. prep. IV, 2º, 117).

O projeto adotou a teoria chamada de *equivalência dos antecedentes* ou da *conditio sine qua non*. Não distingue entre *causa* e *condição*; tudo quanto contribui, *in concreto*, para o resultado, é *causa*. Ao agente não deixa de ser imputável o resultado ainda quando, para a produção deste, se tenha aliado à sua ação ou omissão uma *concausa*, isto é, uma outra causa preexistente, concomitante ou superveniente. Somente no caso em que se verifique uma *interrupção de causalidade*, ou seja, quando sobrevém uma causa que, sem *cooperar* propriamente com a ação ou omissão, ou representando uma cadeia causal autônoma, produz, por si só, o evento, é que este não poderá ser atribuído ao agente, a quem, em tal caso,

apenas será imputado o evento que se tenha verificado por efeito exclusivo da ação ou omissão.” (redação original).

Já a exposição de motivos da reforma de 1984, traz a seguinte manifestação sobre o tema:

“12. Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade; quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumbia o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo.

13. No art. 13, § 2º, cuida o Projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas. Fica dirimida a dúvida relativa à superveniência de causa independente, com a inclusão no texto do § 1º do art. 13, da palavra *relativamente*, “*se a causa superveniens*”, destaca Nelson Hungria, “se incumbe sozinha do resultado, e não tem ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser, no tocante ao resultado, uma “não-causa” (Comentários, v. 1, t. 2, 5. ed., 1978, p. 67).” (redação original)

Desde a adoção do critério da causalidade, como veremos no tópico seguinte, percebeu-se que a imputação dela decorrente necessitava ser limitada. Tivemos várias teorias a esse respeito e também foi desenvolvida a fórmula da imputação objetiva, mas o princípio da causalidade continua a ser necessário em relação aos delitos materiais. No capítulo seguinte teremos uma interessante concepção da causalidade na visão de INGBORG PUPPE, que a estabelece nas leis de probabilidade.

NELSON HUNGRIA dizia que o crime, em seu aspecto objetivo, seria um fato humano, que compreendia dois momentos, a ação ou omissão e o resultado e que entre esses dois momentos devia existir, condicionando a *imputatio facti*, uma relação de

causa e efeito.³² A ação, para o eminente jurista, seria o “voluntário movimento corpóreo” e a omissão era definida como sendo a “voluntária abstenção de movimento corpóreo”. HUNGRIA observou que existiam eventos que não possuíam uma causa única e exclusiva, havendo uma complexidade dos antecedentes causais, passando então a fazer menção às principais teorias acerca do tema.

No tópico “Relação de causalidade” iremos falar de forma mais minudente a respeito do instituto e das várias teorias que procuraram solucionar a questão.

Relevante observarmos que o nosso legislador de 1940 não se referiu expressamente ao que a doutrina chamava de “rompimento do nexo causal”, pelo contrário, ele falou em “exclusão da imputação”. (A despeito disso, na exposição de motivos, como vimos supra, há menção ao rompimento do liame causal). Apesar disso, inúmeros doutrinadores continuaram e continuam a falar que em hipóteses similares à prevista no citado parágrafo único do artigo 11 (atual parágrafo primeiro do art. 13), ocorre o rompimento do nexo causal. Em realidade o mencionado dispositivo fala o tempo todo a respeito de quem seria o responsável, a quem se poderia imputar o resultado ocorrido, trata-se assim de imputação e não de rompimento do nexo causal.

Também a redação pós-reforma, só se refere à exclusão da imputação: “§ 1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

No clássico exemplo da ambulância que socorre uma pessoa ferida sem gravidade num acidente e que cai num rio, vindo a vítima a falecer afogada, não devemos focar a questão em se houve ou não o rompimento do nexo causal, já que, se a vítima não tivesse sido ferida, não teria sido socorrida, a ambulância não cairia no rio e ela não morreria. Devemos nos ater a examinar se essa morte é ou não imputável a quem feriu a vítima de forma não grave no acidente. O nosso legislador já nos dava esse rumo. Ele não falava que o nexo causal rompeu-se, mas firmou regras a respeito da imputação.

³² BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito ... op. cit.* página 46.

CAPÍTULO II

1 - RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

O critério da causalidade foi adotado para a imputação penal com base em princípios naturalísticos. Transpôs-se para o direito penal a lei de causa e efeito. A ação era composta do movimento corporal que provocava uma mudança no mundo físico. Destarte o responsável criminalmente seria o autor de uma conduta ligada ao resultado dela decorrente, resultado esse, previsto em lei como crime.

A relação de causalidade não possuía contornos claros e definidos e a seu respeito os juristas e filósofos meditaram e procuraram construir teorias. Na busca da exata noção do que seria a causalidade, e quais seriam os seus limites, inúmeras teorias foram edificadas, sendo que alguns doutrinadores as reúnem em três grupos: a) teoria da condição; b) teoria da causalidade adequada e c) teoria da relevância, também chamada da relevância jurídica.

ANÍBAL BRUNO prefere dividir essas teorias em dois grupos, colocando no primeiro as teorias que não estabelecem diferença entre condição e causa e no segundo as que diferenciam uma coisa da outra, firmando critérios para “dentre as condições destacar a causa”.³³

No primeiro grupo ele coloca as teorias da totalidade das condições e a da equivalência de condições.

No segundo grupo ele reúne as teorias da causalidade adequada, da predominância e da relevância jurídica.

JUAREZ TAVARES fala nas teorias da condição, da causalidade adequada, da relevância jurídica e na chamada cláusula “*ceteris paribus*”,³⁴ que estaria colocada imediatamente antes da teoria da imputação objetiva, esta última com bases filosóficas em KARL LARENZ e modernamente desenvolvida a partir de RICHARD HONIG, HARDWIG e KAHRS, sendo finalmente elaborada em 1970 por CLAUS ROXIN.

Devemos observar que existem diversas teorias a respeito da causalidade e NELSON HUNGRIA noticiando apenas “as de maior prestígio”, mencionou as

³³ BRUNO, Aníbal, Direito penal, tomo 1º, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1967, pág. 322.

³⁴ TAVARES, Juarez, Teoria do injusto penal, 2ª edição revista e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp 271-278.

seguintes: a) teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da “*conditio sine qua non*”; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da eficiência; d) teoria da causa próxima; e) teoria da causa decisiva; f) teoria do equilíbrio; g) teoria da condição insubstituível; h) teoria do movimento atual; i) teoria da causa humana exclusiva; j) teoria da causa relevante para o direito penal; l) teoria da causa típica; m) teoria da tipicidade condicional e n) teoria da condição perigosa.³⁵

Falaremos a respeito de algumas das teorias que tratam do tema causalidade, sem ignorar que algumas delas guardam similitude com a teoria da *conditio sine qua non*, outras parecem desdobramentos da teoria da causalidade adequada, e outras mantêm semelhanças com a teoria da relevância jurídica. Iniciaremos pela teoria da totalidade das condições, citada por ANÍBAL BRUNO e que sequer foi mencionada por HUNGRIA.

1.1 - A TEORIA DA TOTALIDADE DAS CONDIÇÕES

Para essa teoria, considera-se causa o conjunto de todas as condições que atuaram como um complexo individual, provocando o resultado. ANÍBAL BRUNO cita, para fins de ilustração, a atividade de plantar. “Não é o gesto do lavrador lançando a semente, argumenta-se, que faz nascer a planta, mas ainda os atributos da própria semente, e o clima, e a natureza do solo, e a água, e o sol, e os cuidados do cultivo.”³⁶

A causa é considerada como sendo um somatório de todas as condições, pois se faltasse uma delas, o resultado não teria ocorrido, ou pelo menos não teria acontecido da forma como aconteceu.

Segundo PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, os seus conceitos teriam sido emitidos por STUART MILL em seu “Sistema de Lógica”, e existiriam algumas coincidências entre a obra de STUART MILL e a teoria desenvolvida por von BURI.

“Stuart Mill considera arbitrária e destituída de base científica qualquer distinção entre causa e condição. Apesar de serem muitas as condições determinantes de um fenômeno, nenhuma delas merece receber a preferência

³⁵ HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27, por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Forense 1983, páginas 46/48.

³⁶ BRUNO, Aníbal, Direito penal ... op. cit. p. 322.

(meramente nominal) de causa. Costuma-se ainda diferenciar, prossegue o autor, aquele que faz (agente) daquilo (ou daquele) que suporta a ação realizada (paciente). Nova distinção estritamente verbal. Até mesmo os atributos dos objetos constituem fatores causais, que influem diretamente na produção do resultado. Na educação, por exemplo, o professor é o agente e o aluno a matéria sobre a qual ele age. No entanto, é inegável, sustenta-se que determinados fatores, inerentes ao próprio discípulo, como sua maior ou menor inteligência, irão favorecer ou dificultar os esforços expendidos pelo docente.³⁷

STUART MILL, conclui assim que “causa, em linguagem filosófica, é a soma de todas as condições tomadas em conjunto, positivas ou negativas”.³⁸

Essa teoria pecava ao incluir condições totalmente independentes da vontade humana como fatores provocadores do resultado. Sob o ângulo da filosofia, não se pode negar o valor da teoria elaborada por STUART MILL. Dentro de um processo causal, não se deve desprezar essa ou aquela condição, o efeito será, no final das contas, um somatório de todos os fatores causais antecedentes. Para o direito penal, entretanto, a ação humana é imprescindível na caracterização de um delito, perdendo relevância outras causas, que não poderiam assim ser atribuídas ao comportamento do homem. Essa teoria seria aplicável “à realidade das coisas no processo geral dos fenômenos” mas não se ajustaria à necessidade de se esclarecer “se determinada condição” decorrente da conduta humana, “poderia considerar-se causa” em relação a um resultado.³⁹

1.2 - A TEORIA DA “*CONDITIO SINE QUA NON*”

Para essa teoria, causa é toda condição do resultado, não existindo, em princípio, nenhuma diferença entre causa, condição e ocasião. NELSON HUNGRIA citando VON BURI, afirmava inexistir diferença entre causa no plano natural e no plano jurídico e arrematava afirmando que “Existe relação causal entre a ação ou omissão e o evento sempre que este não teria ocorrido sem aquela, isto é, quando não se possa,

³⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. 1925- Nexo causal, 3ª ed. – São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 102.

³⁸ STUART MILL. *A system of logic*, v. I, Livro 3, cp. 5, § 3. (cit. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Nexo causal. Op. cit. p. 102.

³⁹ *Ibidem*, página 323.

mentalmente supor excluída na série causal a ação ou omissão...”⁴⁰. Em consequência não se podia estabelecer diferença também entre causa e concausa. O nosso legislador adotou essa teoria na segunda parte do artigo 13, ao estabelecer que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. A doutrina a chama comumente de teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*.⁴¹ Segundo DAMÁSIO esse “sistema atribui relevância a todos os antecedentes do resultado naturalístico, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Por isso tem o nome de “equivalência” dos antecedentes.”⁴²

Essa teoria foi formulada por JÚLIO GLASER, processualista austríaco, e depois introduzida na jurisprudência por VON BURI,⁴³ O primeiro já procurara depurar o que poderia ser considerado **causa**, propondo o método de eliminação hipotética, ou seja, uma condição só poderia causar um resultado, se suprimida mentalmente este deixasse de ocorrer. Esse método foi reproduzido por VON BURI.

A doutrina atribuí a criação da fórmula de exclusão hipotética ao jurista sueco THYRÉN, e JUAREZ TAVARES afirma que THYRÉN “embora tenha contribuído para a solução de vários casos práticos de causalidade, por uma crítica rigorosa aos seus postulados de certeza e incerteza, não foi o seu criador.”⁴⁴

Existem controvérsias a respeito do uso dessa fórmula pela primeira vez nos Tribunais e JUAREZ TAVARES recomenda seja examinada a indicação de CLAUS ROXIN, Strafrecht, § 11.⁴⁵

A esse respeito, o Professor NILO BATISTA nos informa que, segundo ROXIN, o emprego da fórmula “suprimir mentalmente” teria ocorrido pela primeira vez num aresto do Tribunal do Reich, em 1910 e NILO BATISTA, em contrapartida, cita uma sentença datada de 6 de março de 1891, proferida pelo juiz municipal ZACHARIAS HORÁCIO DOS REIS, em Simão Dias, Sergipe, e que foi publicada no 56º volume de sua revista de Direito de 1891, onde o magistrado teria aplicado o critério da eliminação hipotética. O juiz teria afirmado o seguinte:

⁴⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Nexo causal... op. cit. p. 46.

⁴¹ JESUS, Damásio E. de, Imputação objetiva, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p 6.

⁴² Ibidem, página 6.

⁴³ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 258.

⁴⁴ Ibidem, página 258.

⁴⁵ Ibidem, página 258 (nota de rodapé).

“Todas as testemunhas dão a luta e a bofetada como causa da apoplexia, e portanto como causa eficiente da morte, porquanto sem aquela causa não haveria este efeito; sem a luta não haveria a supressão da circulação pulmonar, e sem esta não se daria morte.”⁴⁶

Vê-se assim no nosso Brasil, em 1891, uma decisão judicial, onde o magistrado teria usado a fórmula da eliminação hipotética, quase vinte anos antes da decisão do Tribunal da Alemanha.

A teoria da equivalência dos antecedentes, que se valia do método de eliminação hipotética, sofreu severas críticas. As condições que não fossem afastadas pelo critério contrafático, seriam consideradas como causa do evento. Em muitos casos ela conduzia ao regresso *ad infinitum*. Num homicídio praticado com arma de fogo, poderíamos imputar o fato ao fabricante da arma, ao vendedor da loja, ao fabricante da munição, etc. Também ela não equacionava os casos de cursos causais hipotéticos, uma vez que, suprimindo-se mentalmente o comportamento do sujeito, ainda assim o resultado teria ocorrido. A título de ilustração podemos citar a hipótese do sujeito afastar o carrasco e acionar a descarga elétrica. Afastando-se esta conduta, o sentenciado morreria de qualquer forma, pois o carrasco iria acionar o mecanismo de execução por eletrochoque. O real executor da ação teria, em tese, agido sem nada causar.

Logo se percebeu que essa teoria não resolvia satisfatoriamente as questões ligadas à causalidade e aos limites da imputação do fato ao sujeito.

Na Alemanha, antes da reforma penal de 1953 que introduziu um novo parágrafo 56 no Código germânico, era possível que o agente respondesse por lesão corporal seguida de morte, desde que houvesse dolo na primeira ação. Sendo a primeira ação dolosa, ele poderia responder pelo resultado agravador mesmo que o tivesse provocado sem dolo ou culpa.⁴⁷ Os penalistas procuraram então construir a teoria da condição adequada de resultado, visando corrigir as injustiças geradas pela teoria da equivalência dos antecedentes causais. Outras soluções passaram também a ser procuradas.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. Novas tendências do direito penal... op. cit. p. 14.

⁴⁷ ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. p. 24.

1.3 - TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Para ANIBAL BRUNO essa teoria pertence ao segundo grupo, sendo estabelecidas diferenças entre condição e causa, e adotados critérios para, dentre as condições, destacar a causa.⁴⁸ Para essa teoria, causa é a condição que se mostra mais adequada a produzir o resultado. Ela teria sido elaborada por VON BAR e VON KRIES, segundo informações da doutrina, como por exemplo NELSON HUNGRIA e ANÍBAL BRUNO, sendo que JUAREZ TAVARES realça o papel de VON KRIES, afirmando que ele teria sido o grande teorizador dessa teoria.⁴⁹ VON BAR teria procurado restringir, “no campo jurídico, a causalidade natural, tendo em conta os fins próprios do direito, dele excluindo todas as condições que não se incluíssem nas chamadas *regras gerais da vida*,” aqui citando MEZGER.

Advindo um resultado que não seja oriundo de uma causa adequada, será ele produto de uma causa fortuita ou de uma causa “não adequada”, não podendo o evento ser atribuído ao autor. Em tal circunstância, inexistirá causalidade que mereça a tutela penal.

Para sabermos se uma causa foi ou não adequada, devemos fazer uso da experiência e do senso comum dos homens, daí falar-se em “experiência da vida”, “regras gerais da vida”.

Essa teoria não abria mão de inicialmente fazer uso da teoria da *conditio sine qua non*. Usando-se esse critério e subsistindo alguma causa, passava-se ao exame a respeito da adequação dessa causa. JUAREZ TAVARES nos lembra que estabelecido se alguma das condições teria sido causa segundo a fórmula da teoria da equivalência das condições, era feito um exame mediante o uso da **prognose posterior objetiva**, (critério proposto por MAX RÜMELIN) quando então era possível saber se aquela condição antes identificada, teria sido ou não uma causa adequada à produção do resultado.⁵⁰

A condição para ser adequada, necessitava possuir eficácia para provocar o resultado, segundo um juízo de probabilidade oriundo da experiência de vida.

⁴⁸ BRUNO, Aníbal, Direito penal ... op. cit. p. 322.

⁴⁹ TAVARES, Juarez, Teoria do injusto penal,... op. cit. 268. Segundo JUAREZ TAVARES o grande teorizador foi, porém, o médico e fisiologista VON KRIES, que, analisando as condições que contribuem para a produção de resultados juridicamente proibidos, destaca que algumas delas são efetivamente *adequadas* a produzir semelhantes resultados e, segundo a experiência da vida, *tendem* a produzi-los, na forma concebida. (grifos do texto original).

⁵⁰ Ibidem, página 268.

A título de ilustração podemos dizer que se “A” deseja a morte de “B” e o incentiva a sair durante uma tempestade, e se “B” falece atingido por um raio, não se pode dizer que a ação de “A” possua causalidade adequada no tocante à morte de “B”, pois esse resultado situa-se fora da probabilidade que a experiência de vida nos dá.

JUAREZ TAVARES fala no caso de um agente que, sabendo da existência de uma bomba num avião, cuja detonação ocorreria quando a aeronave estivesse no ar, e desejando matar a vítima, a incentivasse a pegar esse vôo. Em tal caso, segundo o insigne mestre, haveria relação de causalidade entre a conduta do agente e a morte da vítima, pois nessa hipótese, o sujeito ativo possuiria um “conhecimento especial”.⁵¹

Devemos frisar, que essa teoria, como muito bem observado por JUAREZ TAVARES, não é propriamente uma teoria da causalidade e sim da imputação. Ela pretende limitar a causalidade natural, segundo “parâmetros juridicamente aceitáveis”.⁵²

Dita teoria alcançou grande sucesso na doutrina, mas alguns estudiosos não a aplicaram em sua inteireza, optando pela construção de algumas variantes a seu respeito.

1.4 - TEORIA DA CAUSA HUMANA EXCLUSIVA

Essa teoria é um desdobramento da teoria da causalidade adequada, ou sua variante, como cita a doutrina. Foi elaborada por ANTOLISEI. Este manifestou o entendimento de que a causalidade em sentido jurídico necessitava da concorrência de dois elementos: um de natureza positiva e outro de natureza negativa. O elemento positivo surgia a partir do momento em que o homem, realizando uma conduta, criasse uma causa, um antecedente necessário ao resultado. Havia assim, a necessidade desse comportamento humano que criasse esse fator de causação do evento. Já o elemento negativo exigia que o resultado não fosse fruto de nenhum outro fator estranho à conduta do agente. NELSON HUNGRIA afirma que para existir o nexo de causalidade, em sentido jurídico, (na visão de ANTOLISEI) :

“É necessário que o homem, com sua ação ou omissão, tenha posto em ato uma condição do evento, e mais que a produção deste não se tenha verificado

⁵¹ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal... op. cit. p. 269.

⁵² Ibidem, página 267.

pelo concurso de fatos excepcionais (*raríssimos*), pois, se tal concurso advém, o nexó entre a ação ou omissão e o evento é simplesmente *ocasional*, e não basta para que se possa imputar o evento ao agente ou omitente.” (grifos do texto original)⁵³

Essa teoria poderia limitar-se a exigir que o homem, com a sua conduta, criasse uma condição para o resultado, e que essa condição fosse o antecedente exclusivo, sem o qual não ocorreria o evento. Pela exigência da exclusividade do antecedente estariam afastadas quaisquer outras causas. Se o acontecimento decorresse dessas outras causas, o fato não poderia ser imputado ao sujeito. Não haveria assim necessidade de se alinhar de um lado os elementos de natureza positiva e de outro os de natureza negativa.

1.5. TEORIA DA CONDIÇÃO PERIGOSA

Também chamada de teoria da condição qualificada pelo perigo, foi criada por GRISPIGNI, como se verifica de sua obra *Diritto penale italiano, II, Milão, 1947*, páginas 91 e segs. Ela estabelecia que o comportamento humano só poderia ser considerado como causa do resultado, quando além de ser uma condição da eclosão do evento, tivesse constituído, *ex ante*, um perigo à produção do fato. Era necessário um exame da ação, considerando-se as circunstâncias anteriores, concomitantes e “previsivelmente subseqüentes”⁵⁴. Apreciada *ex ante*, a conduta humana teria que necessariamente se constituir num perigo capaz de produzir o resultado.

De se observar, que GRISPIGNI procurou delimitar a incidência das circunstâncias preexistentes, que só seriam consideradas causa, a partir do momento em que gerassem um perigo à eclosão do evento. Com isso ficava afastada a possibilidade do regresso *ad infinitum*. As causas que não representassem a criação de risco ao bem juridicamente tutelado eram descartadas. Futuramente WOLFGANG FRISCH vai utilizar esse critério para solucionar questões relativas à imputação do fato a alguém, entendendo que o perigo gerado “*ex ante*” deve ser a causa do resultado verificado “*ex post*”.⁵⁵

⁵³ HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal ... op. ci. p. 47.

⁵⁴ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, II, Milano, 1947*, págs. 91 et seq.

⁵⁵ ROXIN, Claus, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...* op. cit. p. 141.

Deve ser notado que GRISPIGNI já exigia que a conduta, por si só, devia consistir num fator de risco para o bem jurídico, na medida em que ele entendia necessário que ela produzisse um perigo com potencialidade de gerar o resultado. Podemos ver nessa teoria alguns dos princípios utilizados atualmente pela imputação objetiva, onde se exige para a imputação da conduta, a criação de um risco não permitido e para a imputação do resultado, a realização do risco antes criado.

1.6 - TEORIA DA CAUSA INTELECTUALIZADA

Nessa mesma linha, ANÍBAL BRUNO cita a teoria da causa intelectualizada, elaborada por SEBASTIÃO SOLER, que levava em consideração o curso causal produzido e controlado pelo agente, incluindo as conseqüências que normalmente decorressem desse processo causal, excluindo a imputação na hipótese de um evento excepcional, fortuito e autônomo.

Essa teoria procurava estabelecer o resultado como decorrente do comportamento do sujeito, sem deixar de considerar todo o processo causal, o seu início, desenvolvimento e término, devendo todo esse processo, inclusive as condições tidas como prováveis pelo agente, ser a ele imputado.

Segundo ANÍBAL BRUNO, a teoria de SEBASTIÃO SOLER possui o seguinte esquema:

- a) verificação da causalidade simples, conforme a *coditio sine qua non*;
- b) verificação do conteúdo normativo da figura a aplicar-se (causalidade típica);
- c) para as figuras comuns, probabilidade razoável, tendo-se em conta os fatores objetivos e os subjetivos;
- d) para os crimes qualificados pelo resultado, possibilidade razoável.

O limite seria “o fortuito incalculável e incalculado”.⁵⁶

⁵⁶ BRUNO, Aníbal, Direito penal, tomo 1º, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 326, rodapé.

1.7 - TEORIA DO EQUILÍBRIO

Formulada por BINDING e também denominada da preponderância ou da predominância, considera que existem dois conjuntos de forças, um composto de condições positivas dirigidas no sentido de produzir o resultado e outro constituído de condições negativas, que visam impedir a eclosão do evento. A força última que rompe esse equilíbrio e provoca o resultado é considerada como sua causa.

BINDING ainda exigia que essa causa decisiva fosse decorrente da conduta humana, que pusesse a serviço de sua deliberação “as forças naturais, desdobrando-as, multiplicando-as, orientando-as segundo o fim visado.” E arrematava: “É dessa maneira que o agente se torna autor.”⁵⁷

Segundo esses parâmetros, considera-se autor quem dirige o seu comportamento no sentido de concretizar o total da figura típica descrita abstratamente na lei penal. Também é inferido do enunciado, que só ocorre a relação de causalidade, quando o processo causal iniciado, dirigido e controlado pelo homem, suplanta o conjunto de condições que atuam no sentido de evitar o resultado.

Devemos também frisar que a partir do momento em que o sujeito coloque em prol de sua deliberação as forças da natureza, desdobrando-as, multiplicando-as e orientando-as segundo o fim por ele visado, podemos afirmar que o resultado de todo esse empreendimento possa ser considerado como obra sua.

1.8 - TEORIA DA RELEVÂNCIA JURÍDICA

Segundo essa fórmula, a ação, ainda que guarde nexos de causalidade com o resultado, só pode ser considerada como sendo sua causa, se possuir relevância jurídico-penal. Exige-se assim que todo o processo causal seja revestido de relevância jurídica, sem o que não se pode imputar o resultado ao sujeito.

Essa teoria, desenvolvida por MAX LUDWIG-MÜLLER, segundo os ensinamentos de ANÍBAL BRUNO, teria sido fruto da combinação dos elementos constitutivos das teorias da equivalência e da causalidade adequada.⁵⁸ O problema da causalidade propriamente dita seria solucionado pela fórmula da *conditio sine qua non* e

⁵⁷ BRUNO, Aníbal. Direito penal... op. cit. p. 328.

⁵⁸ Ibidem, página 328.

os paradigmas da teoria da adequação seriam utilizados, não para ser estabelecido o nexo de causalidade, mas para definir a relevância jurídica dessa condição.

HUNGRIA, que a denomina teoria da causa relevante para o direito penal, ensina que sob o ângulo dessa fórmula, seria considerada causa qualquer condição, como na teoria da equivalência dos antecedentes, entretanto, a mera existência do nexo causal não firmava a relevância deste para o direito penal. O insigne mestre asseverava: “só é juridicamente relevante a causa idônea (a idoneidade, aqui, diversamente da teoria de VON KRIES ou da causalidade adequada, não é necessária para a existência do nexo causal, mas para a relevância jurídico-penal).”⁵⁹

JUAREZ TAVARES, fazendo menção a MEZGER, assevera que ainda que uma ação seja fator de causalidade do resultado, quer sob o enfoque da teoria da *conditio sine qua non*, quer sob o prisma da adequação causal, não induz desde logo ao agente a responsabilidade pelo resultado. Só ocorrerá a imputação do evento, “se a conexão causal for juridicamente relevante.”⁶⁰

Acerca do tema, MEZGER afirmou: “A questão da causalidade, portanto, não se resume à determinação se a ação do agente era condição *sine qua non* ou causa adequada do resultado, mas em saber se, juridicamente, essa relação causal era relevante.”⁶¹

Como se vê, não se trata propriamente de uma teoria da causalidade e sim de uma teoria da imputação.

A relevância jurídica deveria ser aferida examinando-se a conduta em relação à antijuridicidade dos tipos penais. A conexão causal só adquiria relevância jurídica a partir do momento em que guardasse conformidade com a antijuridicidade típica penal. Corroborando esse entendimento, ANÍBAL BRUNO prelecionou: “A corrente causal a partir do atuar do agente há de desenvolver-se de maneira ajustável à fórmula das figuras penais.”⁶²

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal ... op. cit. p. 47.

⁶⁰ TAVARES, Juarez, Teoria do injusto penal, 2ª edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pág. 269.

⁶¹ EDMUNDO MEZGER, *Tratado de derecho penal*, vol. I p. 241, et seq., apud JUAREZ TAVARES, Teoria do injusto penal ... op. cit. p. 270.

⁶² BRUNO, Aníbal, Direito penal, ... op. cit. p. 329.

JUAREZ TAVARES ensina que, para essa teoria:

“A causalidade seria decidida pela teoria da condição. A imputação teria como base a *relevância jurídico-penal do processo causal*. Esta, 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, (fazendo remissão a HERMANN BLEI, *Strafrecht*, AT, 16. ed. 1975, p. 78 et seq). A teoria da relevância jurídica ocupa-se basicamente de casos-limite, nos quais a justiça da atribuição de causalidade é posta em dúvida diante das finalidades do próprio direito e pode ser vista como o primeiro passo para a formulação da moderna *teoria da imputação objetiva do resultado*. (grifos do texto original).”⁶³

A teoria da relevância jurídica exigia o exame a respeito do “fim de proteção da norma” de grande utilidade na hipótese dos crimes qualificados pelo resultado. A norma não tem por escopo incluir também os resultados mais graves advindos do comportamento delituoso anterior como simples conseqüência dessa conduta. O agente não pode ser o responsável por todos os desdobramentos de sua conduta inicial, a não ser que ele tenha querido ou assumido o risco de produzir tais fatos mais graves, ou mantenha em relação a eles uma conduta negligente. Atribuir-se a ele responsabilidade por todas as conseqüências dos seus atos, com base única e exclusivamente no seu comportamento inicial antijurídico, seria consagrar o princípio *versari in re illicita*. Só pode ser responsável pelo resultado mais grave “quem, no caso concreto, atuou com relevância típica, isto é, aquele que produziu o resultado mais grave dentro do desdobramento da própria atividade típica.”⁶⁴

Essa teoria sofreu críticas já que não resolvia todas as questões ligadas à causalidade e não fazia uso de critérios exclusivamente objetivos para definir a imputação, mas alguns dos seus fundamentos foram acolhidos no âmbito da denominada moderna teoria da imputação objetiva do resultado.

⁶³ TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal ... op. cit.* p. 270.

⁶⁴ HERMANN BLEI, *Strafrecht*, AT, 16, ed. 1975, p. 78 et seq. apud JUAREZ TAVARES, *Teoria do injusto penal ... op. cit.* p. 270.

1.9 - TEORIA DA CAUSA TÍPICA

Formulada por BELLING e se deriva da teoria da relevância jurídica, por ele recepcionada. Para BELLING o foco da questão não repousava propriamente na relação de causalidade e sim na subsunção do fato ao tipo penal, “mediante a interpretação do texto legal, especialmente do sentido do “verbo” que precede à configuração do crime.”⁶⁵ Para BELLING, segundo HUNGRIA, a teoria da causalidade não pertencia à teoria da ação e sim à do tipo legal.⁶⁶

Por tais razões, o problema deveria ser solucionado examinando-se os tipos constantes da parte especial do Código. “O que há a distinguir é se o atuar do agente corresponde à ação característica que determina a figura típica, se esse atuar se ajusta ou não ao tipo legal.”⁶⁷

Como se infere, essa fórmula tinha significância no sentido de estabelecer critérios para definir a imputação, mas não enfrentava os problemas decorrentes da causalidade naturalística, nem estabelecia limites precisos em relação à *conditio sine qua non* que tomava por base para inicialmente firmar o nexo causal. O seu aspecto positivo foi firmar a relevância da tipicidade no que concerne ao processo causal. Para essa teoria não seria importante a discussão a respeito da causalidade de um comportamento que não se amoldasse a um tipo penal.

1.10 - TEORIA DA CAUSA EFICIENTE

A sua criação deve-se a STOPPATO e ela foi adotada pela jurisprudência italiana, onde teve inúmeros seguidores, “ao tempo em que vigorava o Código Zanardelli.”⁶⁸ Ela estabelecia distinções entre causa, condição e ocasião.

Entende-se por causa eficiente a força ou o ser que, com a sua ação, **produz** um fato qualquer. **Condição** é o que permite à causa eficiente operar,

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27 / por/ Nelson Hungria /e/ Heleno Cláudio Fragoso, 6 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

⁶⁶ Ibidem, pág. 47.

⁶⁷ BRUNO, Aníbal, Direito penal... op. cit. p. 336.

⁶⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, Conduta punível, São Paulo: José Bushatsky – Editor, 1961, p. 102.

predispondo-a à operação ou removendo os obstáculos; **ocasião** é uma coincidência, uma circunstância mais ou menos favorável, que convida à ação.⁶⁹

Essa teoria recebeu muitas críticas já que era extremamente difícil estabelecer uma distinção segura entre causa eficiente e condição. Ademais, a ação humana não poderia ser equiparada à “força”, alheia ao comportamento humano.

Devemos observar que a maioria quase que absoluta dos juristas não estabelece diferença entre causa, condição e ocasião e a teoria que se tornou mais conhecida, ou seja a da *conditio sine qua non*, professava exatamente no sentido de inexistir qualquer distinção a esse respeito.

1.11 - A CLÁUSULA *CETERIS PARIBUS*

Essa teoria considera que a causalidade existe, como fenômeno natural, e que a lei da causalidade é uma explicação desse fenômeno. Exige que haja regularidade dos fatores atuantes durante todo o processo causal. A teoria da regularidade foi formulada por HUME e JOHN STUART MILL e “constitui o cerne de um modelo bastante avançado de causalidade, porque individualiza as condições que atuam na produção do resultado e possibilita trabalhar, não apenas sobre o dado objetivo da causalidade física, mas também sobre o impulso volitivo.”⁷⁰

DAVIDSON, segundo JUAREZ TAVAREZ, trabalhou o tema da diferenciação entre a relação causal e as leis da causalidade. As leis da causalidade seriam uma explicação da relação causal. A causalidade é assim uma relação natural de fenômenos que persiste por si mesma, não importando se a seu respeito sejam feitas afirmativas ou negativas. Para o citado mestre, o fato de terem sido estruturados separadamente o fenômeno e a teoria é que deu origem a várias conjecturas a respeito do fundamento da relação de causalidade.⁷¹

Ao considerar os dados objetivos da causalidade física em conjunto com os impulsos volitivos, e ao exigir uma regularidade nos fatores que incidiram tanto na ação quanto no resultado, torna-se uma teoria mais segura para estabelecer quando se pode

⁶⁹ STOPPATO, L'evento punibile, 1998, p. 61, apud Heleno Cláudio Fragoso, *Conduta punível ... op. cit.* p. 106.

⁷⁰ TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal ... op. cit.* p. 272.

⁷¹ TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal ... op. cit.* p. 271.

imputar ou não o resultado a alguém.. A *ceteris paribus* elimina os problemas resultantes do regresso *ad infinitum*, pois não se estabelece em critérios contrafáticos e, além disso, identifica com maior confiabilidade as forças que causaram o resultado final, garantindo com acerto a quem ele deve ser imputado. Apesar disso, foi preterida pela teoria da *conditio sine qua non*.

No Brasil, tem conseguido ganhar espaço, a teoria da imputação objetiva, mas como observa JUAREZ TAVARES, a causalidade ainda pode ser trabalhada “sob o crivo da cláusula *ceteris paribus*, informando-nos que KEIL, após um aprofundado estudo acerca da relação de causalidade baseada na ação volitiva e no resultado, elaborou cinco enunciados:

- a) *ceteris paribus* significa “segundo iguais fatores”;
- b) *ceteris paribus* significa “segundo todos os iguais fatores”;
- c) *ceteris paribus* significa “sob normais circunstâncias”;
- d) *ceteris paribus* significa “em seqüência não perturbada”;
- e) *ceteris paribus* significa “se não há outros fatores (*ceteris absentibus*).”⁷²

Essa cláusula leva em consideração todos os fatores que atuam durante todo processo causal, desde a ação inicial até o resultado. Para que se possa imputar o resultado, é necessário que esses fatores guardem uniformidade e regularidade do início ao fim.

Cumprindo observar que durante uma relação causal é praticamente impossível que os fatores permaneçam o tempo todo iguais, bastando que guardem regularidade, não se podendo aceitar integralmente o enunciado “segundo todos os iguais fatores”. O enunciado da letra “c”, “sob normais circunstâncias” também merece críticas, por permitir inúmeras interpretações acerca do que se entenderia por “normais circunstâncias”. Cada intérprete poderia ter uma visão particular ao estabelecer se houve a relação de causalidade. A mesma crítica pode ser feita a respeito do enunciado da letra “d”, “em seqüência não perturbada”. No tocante ao enunciado da letra “e”, como observou com justeza JUAREZ TAVARES, pode ser substituído pelo método da eliminação hipotética.

⁷² TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal... op. cit. p. 275.

A cláusula *ceteris paribus* deve assim ser considerada como uma teoria que, só considera ter ocorrido a relação de causalidade, quando houver uniformidade dos fatores que atuaram, tanto no momento da ação quanto no instante do resultado. Havendo alteração desses fatores, não subsiste a causalidade.

Ao ver do mencionado autor, o parágrafo 1º do artigo 13 do Código Penal, incorporou, de certa forma, a *ceteris paribus*, ao estabelecer que a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produzir o resultado. Note-se que a causa superveniente mencionada, apesar de relativamente independente, **por si só**, ou seja, mediante a atuação de fatores diversos dos iniciais, produz o resultado final. A mencionada causa possui fatores diferentes daqueles que incidiram no início da relação causal.

Podemos dar o exemplo seguinte: João, com o intuito de ferir Paulo, dà-lhe pauladas, lesionando-o, sem gravidade, nos braços e na cabeça. Quando a vítima está sendo levada ao pronto socorro por uma ambulância, esta cai num rio e ela morre afogada.

Pela *conditio sine qua non* persistiria a imputação. Caso João não tivesse ferido Paulo, este não teria sido socorrido, a ambulância não teria caído no rio e ele não morreria afogado. Portanto, o método contrafático não funciona. Excluindo-se a conduta de João o resultado não adviria e assim a sua ação foi causa do evento. Já pela *ceteris paribus*, verificaríamos com facilidade, que os fatores que atuaram durante a ação foram diferentes daqueles que incidiram no resultado. Os fatores iniciais tinham potencialidade apenas para atingir a integridade corporal da vítima, jamais para matá-la; ela faleceu por força de outros fatores. Os doutrinadores chamavam a isso, equivocadamente, de rompimento do nexu causal. Em realidade não foi isso que ocorreu e sim a incidência de outras forças a provocar um novo resultado. Essas forças guardaram total independência do impulso volitivo do autor das primeiras lesões.

Poderíamos formular os enunciados seguintes:

a) igualdade de fatores na ação e no resultado = causalidade.

b) desigualdade de fatores na ação e no resultado = ausência de causalidade.

1.12 - TEORIA DA CAUSA CONFORME AS LEIS NATURAIS

Essa teoria foi desenvolvida por ENGLISH, (como nos informa CLAUS ROXIN, em sua obra *Derecho Penal, parte general*, traduzida por Diego Manual Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madri – *Civitas*, 1997, vol 1, página 352), fundamenta a causalidade, valendo-se de critérios decorrentes do conhecimento experimental, ou pela experiência dos especialistas em determinada matéria. Em conformidade com CUESTA AGUADO, em consonância com a teoria de ENGISCH, o que importa é “averiguar se tenham seguido a uma ação, modificações cronológicas posteriores do mundo exterior (material) que achassem unidas à ação segundo as leis da natureza e apareçam como resultado típico”.⁷³

Segundo PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, ENGISCH, para explicar a causalidade, baseava-se nos seguintes princípios: “o conceito de causa penalmente relevante coincide com o conceito de causa peculiar às ciências naturais” e “a relação de causalidade só pode ser constatada empregando-se o critério de subsunção às leis naturais”.

Essa teoria é considerada por CUESTA AGUADO, porém, menos imperfeita que a da condição. Ela observa: “*Esta formula tampoco logra solventar penalmente los problemas aludidos, pero por lo menos, según Roxin, no lo oculta*”.⁷⁴

PUPPE, como veremos no tópico apropriado, vem pregando que não se pode considerar a causa como uma condição segundo leis determinantes e sim em conformidade com leis probabilísticas. Como causa, segundo PUPPE, podemos considerar “todo componente necessário de uma condição suficiente, que no sentido das leis naturais, indicar que se ocorrerem uma série de antecedentes, a eles seguir-se-á um determinado resultado”.⁷⁵

Devemos assim recorrer às leis da natureza para averiguar se determinadas ações antecedentes ordinariamente produzem determinado efeito. Por exemplo: se alguémingere dois gramas de cianureto de potássio essa pessoa irá falecer. Isso é constatável

⁷³ CUESTA AGUADO, Paz M. de La. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza – Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998. Ela ainda diz que a teoria teria sido matizada recentemente por FRISCH, *en el sentido de que no hay de preguntar “si el resultado también se hubiera producido sin la acción”, sino si la acción concreta há sido efectiva realmente en el resultado concreto*”, p 136.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, cit. p., 219, numero marginal 14. (cit. PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, p. 137).

⁷⁵ CUESTA AGUADO, Paz M. de La. *Tipicidad e imputación objetiva...*op. cit. p. 137.

segundo leis naturais. Caso “A” coloque na sopa de “B” dois gramas do referido veneno e se “B” toma a sopa e morre, é lícito concluirmos que a conduta de “A” provocou a morte de “B”.

Nem sempre é fácil constatar-se de plano a causalidade, mediante o simples exame das leis naturais, e os defensores da teoria recomendam outras formas de se chegar à resposta objetivada, como por exemplo o exame pericial.

CUESTA AGUADO propõe que se siga o seguinte esquema para constatar se um comportamento foi causal, segundo as leis naturais:

- “1 – Conocimiento de las relaciones causales a partir de las reglas impuestas por las leyes naturales – **ley general abstracta** – (premissa mayor).
 2 – Examen del curso concreto de los hechos (premissa menor).
 3 – Procedimiento de subsunción del caso concreto em la ley general abstracta (conclusión).”⁷⁶

Esses princípios devem ser aplicados aos delitos que provocam mudanças no mundo exterior (delitos materiais).

A causalidade pode também ser comprovada através do uso de conhecimentos científicos. Há casos nos quais só a prova pericial define a questão.

Nas questões ligadas ao meio ambiente, v.g., muitas das vezes, é imprescindível a manifestação do *expert*. No IV Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro, tivemos oportunidade de apreciar uma questão que envolvia o vazamento de esgoto no Rio dos Macacos, que por sua vez deságua na Lagoa Rodrigo de Freitas e no referido feito, o Ministério Público deixou de oferecer denúncia, por entender imprescindível a prova pericial atestando que teria ocorrido poluição na Lagoa.

A fórmula em comento abandona por completo o processo hipotético, passando a exigir um exame do evento segundo as leis naturais ou conhecimentos científicos.

Essa teoria, segundo afirma o jovem jurista FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA, com esteio em CLAUS ROXIN e JESCHECK, tem sido aplicada em lugar da teoria da *condito sine qua non*, face às imperfeições que a última encerra e que já foram objeto de considerações de nossa parte.

⁷⁶ CUESTA AGUADO, Paz M. de La. *Tipicidad e imputación objetiva ...* op. cit. p. 137.

FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, citando JAKOBS enuncia que:

“A teoria da ‘causa como condição conforme as leis’ abandona por completo o sistema de hipótese, para fundamentar a apreciação causal em critérios que podem ser chamados de “*ley causal ajustada a nuestro conocimiento experimental*” ou “*experiência general o de expertos*”.⁷⁷ (itálicos do autor).

A referida teoria é muito popular na Alemanha e, em nosso país foi a adotada pelo citado jovem jurista FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA.⁷⁸

Sem dúvida a fórmula da causa como condição segundo as leis naturais, embora como reconhecido, não tenha respostas para todas as hipóteses, pelo menos fornece um norte mais seguro para o esclarecimento dos cursos causais.

2 – CAUSALIDADE E CONCEITO DE AÇÃO

O princípio da causalidade logrou grande prestígio, com o renascimento científico, do qual “brotara a concepção de um mundo físico causal, onde fenômenos guardam entre si aquela “*ferma e costante conessione*” à qual se referia Galileu, onde o determinismo de Newton concebe a força como uma causa.”⁷⁹ Essa concepção causal foi recepcionada no direito penal através da teoria das forças “– física e moral – do

⁷⁷ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Crime culposo e imputação objetiva, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 33.

⁷⁸ Ele comenta: Tais critérios, sem dúvida alguma, são mais adequados que a vetusta fórmula da eliminação. Primeiro, porque, como já salientamos ao tratar do problema lógico e metodológico da equivalência, o critério de causalidade tem que ser conhecido para a aplicação da fórmula de eliminação, e esse conhecimento nos é fornecido, inegavelmente, pelos critérios da experiência. Assim, ilógica e redundante a fórmula da equivalência, pois que pressupõe o conhecimento buscado para que possa ser aplicada, quando o critério, quase inconscientemente atingido, em virtude de sua naturalidade, é justamente o proposto pela teoria em questão. Segundo, porque, quando o nexos causal não pode ser alcançado pela experiência geral, o que inviabilizaria, *a priori*, a aplicação da fórmula da eliminação hipotética, a resposta é buscada de forma científica, por intermédio da apreciação de especialistas. Como exemplo dessa última hipótese, temos o caso da influência da talidomida na deformação de recém-nascidos. (ver JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. cit. p. 253), cuja relação causal-naturalística somente pode ser apreciada por especialistas da área médica. Terceiro, porque os critérios sugeridos pela teoria da causa como condição conforme as leis naturais, embora não ajudem a descobrir a causalidade real, (ROXIN, Claus. Op. cit. p. 351) como faz a *conditio sine qua non* com sua formulação *input-output*, simplificam a apreciação da causalidade e evitam os erros decorrentes da aplicação da fórmula da eliminação hipotética.

⁷⁹ BATISTA NILO, Novas tendências ... op. cit. p. 14.

delito, formulada por Carmignani e desenvolvida por Carrara”,⁸⁰ NILO BATISTA ainda cita FEUERBACH, que considerava autor de um delito “a pessoa em cuja vontade e ação está a causa eficiente que produziu o crime como efeito” e também via na tentativa uma conexão mais diminuta entre a ação e o resultado, razão pela qual o crime tentado merecia uma pena mais branda que o consumado. Constata-se assim que o princípio da causalidade era o tema central da teoria do delito. A teoria da ação que passa a reinar escoteira é a causal. Posteriormente, com a queda da intangibilidade do princípio causal teremos o desenvolvimento da teoria social e da finalista, por volta de 1930, época em que também passa a ser edificada em sede penal a fórmula que passou a ser chamada de moderna teoria da imputação objetiva.

2.1 - A TEORIA CAUSALISTA

Essa teoria dava enfoque ao resultado que violava a norma penal. A ação humana só era relevante na medida em que se constituía na causa de um resultado. O crime era visto como um fato, integrado pela ação ou pela omissão e também pelo resultado.

O grande NELSON HUNGRIA após afirmar que o crime era, antes de tudo, um **fato**, entendendo-se como tal, não apenas a expressão da vontade mediante uma **ação** ou **omissão**, mas também o **resultado**, fez a seguinte assertiva, que traduzia o seu pensamento a respeito da conduta humana e sua conseqüência no mundo penal: “Não há crime sem uma vontade *objetivada*, sem a voluntária conduta de um homem, produtiva ou não impeditiva de uma alteração no mundo externo. É uma vontade que se realiza.”⁸¹

No dizer de MAGGIORE, citado por ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, “ação é uma conduta voluntária consciente em um fazer ou em um não-fazer que produz uma mutação no mundo exterior.” MEZGER, também mencionado por MAYRINK afirmou: “No conceito de ação está compreendido o conceito de resultado. Resultado do crime é a total realização típica exterior.”⁸²

⁸⁰ Idem, p. 14.

⁸¹ HUNGRIA, Nelson e Heleno Cláudio Fragoso, Comentários ao Código Penal, vol I, Tomo II, arts. 11 a 27, 6ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1983 (1ª ed. 1948), p. 6.

⁸² COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal: vol. 1, tomo I – parte geral, 6ª ed. atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 581.

Também MEZGER, no dizer de ÁLVARO MAYRINK, teria resumido a ação causal segundo o querer do agente, seu comportamento e o resultado dele decorrente:

“À doutrina jurídico-penal da ação só interessa saber o que foi causado pelo querer do autor que é produzido como efeito do querer. Todos esses efeitos são partes integrantes da ação e para constatar a existência de uma ação basta a certeza de que o autor atuou voluntariamente, sendo o que foi por ele querido totalmente indiferente. O conteúdo da vontade só é relevante para a culpabilidade.”⁸³

Analisando a teoria causal, JUAREZ TAVARES observa que para os causalistas o resultado era parte integrante da conduta causal e que não existia crime sem resultado. Mas ele conclui que isso só seria verdade, na medida em que reconhecêssemos como resultado, não apenas o evento naturalístico, mas também a lesão ao ordenamento jurídico. “Na verdade, se reconhecermos como resultado não apenas o evento natural, sensível, mas também a lesão de bem jurídico (o chamado resultado jurídico), está claro que todos os crimes possuirão resultado, mas no sentido jurídico, não natural.”⁸⁴

Essa teoria exigia voluntariedade acompanhada de um efeito causal, sem levar em conta o conteúdo da vontade. O sujeito, através de um ato de vontade, causa um determinado resultado. A ação seria assim o fator de causação de um resultado, o seu conteúdo pertenceria à culpabilidade. O conceito causal de ação foi estruturado com base nos paradigmas do mecanicismo do século XIX. As leis naturais que nortearam o positivismo e o conceito causal da ação, exigiam a comprovação das verdades por experimentos.

LIZT e BELING criaram o sistema causal-naturalista e nesse sistema ação seria o movimento humano voluntário que causasse uma alteração no mundo físico. FRANZ VON LIZT, mencionado por ROGÉRIO GRECO, teria dito:

“ação é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime; *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não

⁸³ COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal, vol. 1, tomo I ... op. cit. p. 581. (Cf. Mezger, *Strafrecht ein Lehrbuch*, 2, Auflage, 1933, p;108.

⁸⁴ TAVARES, Juarez, Teoria do injusto... op. cit. p. 132.

há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado.”⁸⁵

Nota-se, assim, que o foco central repousava no resultado e não na conduta.

GALDINO SIQUEIRA, em sua obra *Direito Penal Brasileiro*, fez uma referência ao conceito de ato de VON HAMEL:

“Acto é o movimento muscular que se apresenta como manifestação da vontade. Para o direito, porém, o movimento muscular só tem importância, em tanto quanto determina uma mudança no mundo exterior, cuja realização é pelo direito considerada como ofensa ou como compromisso de um interesse jurídico, e por isso proibida e sujeita a pena. A mudança no mundo exterior é o *resultado* do acto. Do ponto de vista do direito penal devem ser consideradas as três faces do acto, como *movimento muscular* (ou movimento corpóreo, como equivalentemente diz LISZT), como *resolução* e como *causação*.”⁸⁶ (grifos do texto original).

Para os causalistas a ação abrangia três momentos: a) querer interno do sujeito; b) conduta do agente e c) resultado.

A ação para essa doutrina, também chamada de mecanicista ou naturalista, seria um comportamento corporal voluntário consistente num fazer (ação) ou num não fazer (omissão).

A doutrina causal da ação alicerçou-se em dois principais argumentos filosóficos. O primeiro deles o ligado às concepções físicas de Sir Isaac Newton. Tudo girava em torno da relação causa e efeito e a conduta humana também estava subordinada a esse paradigma. Este o primeiro argumento da base filosófica do sistema edificado por LIZT e por BELING, no dizer de ZAFFARONI. O segundo argumento, surge quando é descartada a filosofia positivista, “o que provocava a destruição do sistema se sua base filosófica não fosse rapidamente substituída”.⁸⁷ Esta base é fornecida pelo neokantismo de Baden. Alicerçada no primeiro argumento temos a doutrina clássica e ligada ao segundo a teoria neoclássica.

⁸⁵ GREGO, Rogério, *Curso de direito penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 426.

⁸⁶ SIQUEIRA, Galdino, *Direito Penal Brasileiro*, Vol. 1, parte geral, Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho Editora, 1932, p. 39.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro; parte geral*, 4 ed. rev. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 421.

Para a doutrina clássica, a culpabilidade confundia-se com o dolo e a culpa. O dolo caracterizava-se pela intenção do agente de produzir o resultado, ou de assumir o risco de produzi-lo. A culpa ocorria quando não existisse a vontade de causar o resultado nem a assunção do risco de produzi-lo mas este adviesse de uma ação eivada de negligência, imprudência ou imperícia. Era a chamada teoria psicológica da culpabilidade, pois estabelecia um vínculo psicológico entre o agente e o resultado. Num segundo momento, essa base filosófica é descartada e substituída pelo neokantismo. Surge então a estrutura neoclássica. No período neoclássico, houve uma alteração acerca do conceito de culpabilidade, surgindo a teoria psicológico-normativa, para a qual o dolo e culpa não eram espécies de culpabilidade e sim seus elementos.

Segundo DAMÁSIO, o Jurista Alemão FRANK, em 1907, analisando o estado de necessidade inculpável previsto no artigo 54 do Código Penal da Alemanha, percebeu que existiam condutas dolosas não culpáveis. Ele verificou que o agente que matasse em estado de necessidade, embora agindo dolosamente não era passível de punição, diante da inexigibilidade de comportamento diverso. Percebeu também que o mesmo se dava em relação a fatos culposos. Logo, concluiu que o dolo e a culpa não eram espécies da culpabilidade e que o elemento caracterizador da culpabilidade era a reprovabilidade. Ele também tentou que a culpabilidade não era apenas o liame psicológico entre o autor e o resultado mas era também um juízo de reprovação que incidiria tanto no fato doloso quanto no culposo. Assim a culpabilidade passou a compor-se de três elementos: a) imputabilidade; b) elemento psicológico-normativo (dolo e culpa); e c) exigibilidade de comportamento diverso.⁸⁸

Esse modelo de ação predomina até meados do século XX, quando passa a ganhar campo o conceito finalista de ação. Devemos, antes de falar a respeito da teoria finalista, também discorrer sobre a chamada teoria social da ação, sendo que esta, a exemplo da causalista, focava a relevância no resultado e não na conduta, mas procurava conciliar os conceitos causal e final da conduta.

⁸⁸ JESUS, Damásio E. de, 1935 – Direito penal, vol 1, parte geral, São Paulo: Saraiva, 2005, pp 460-461.

2.2 - A TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

A doutrina causalista adaptou para o direito penal as leis da natureza. Alguns juristas porém, começaram a defender o entendimento de que o conceito de ação não poderia alicerçar-se exclusivamente nas leis da natureza, devendo basear-se em uma análise axiomática levando em conta os valores sociais, já que o direito regula relações sociais. Esse conceito deveria ser valorado por paradigmas de natureza social. Destarte, a ação seria a produção de um resultado socialmente relevante. Esse resultado deveria ser analisado segundo as regras do direito e não as da natureza. Esta teoria, segundo alguns penalistas, continha os defeitos da anterior e fixava o desvalor no resultado e não na conduta, embora atualmente existam alguns juristas renomados que entendam de forma diferente, mostrando-a como uma teoria eclética com fundamentos tanto do causalismo quanto do finalismo.

Segundo DAMÁSIO, esta teoria tinha os mesmos defeitos da causalista e também era causal, não respondendo satisfatoriamente às questões ligadas à tentativa e ao crime omissivo. Para essa teoria, segundo DAMÁSIO, “o conteúdo da vontade, em que se perquire qual o resultado visado pelo agente, não pertence à ação, mas à culpabilidade. É suficiente, na vontade da ação, que o agente tenha querido **alguma coisa**. O problema referente **àquilo** que ele quis pertence à culpabilidade. A única diferença em relação à teoria mecanicista é que esta se contentava com um resultado naturalístico, enquanto que a teoria social exigia que o evento resultante da ação fosse “questionado pelos requisitos do direito e não pelas leis da natureza.”⁸⁹

Segundo o jovem criminalista ROGÉRIO GRECO, a concepção clássica que via a ação apenas sob o prisma naturalístico, recebeu inúmeras críticas por suas deficiências em solucionar, por exemplo, o problema da omissão. Com o conceito social, em conformidade com as lições de PAZ AGUADO,

“A ação deixa de ser absolutamente natural para estar inspirada de um certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como a

⁸⁹JESUS, Damásio E. de. *Ibidem*, Direito penal ... 233.

omissão. Agora a ação se define como o comportamento humano voluntário manifestado no mundo exterior.”⁹⁰

Para JUAREZ CIRINO DO SANTOS, a teoria social da ação, fundada por EBERHARD SCHMIDT, na década de 1930, e desenvolvida por JESCHECK e WESSELS, “representa um compromisso entre os modelos *causal* e *final* de ação e, talvez por causa disso, parece ser a mais difundida teoria sobre ação humana” e conclui: “assim como parece ser, também, o modelo com maiores problemas de definição de conceitos e de uniformização de linguagem.”⁹¹

A teoria social da ação não possui um contorno definido, por vezes procura conciliar conceitos tanto da teoria causal quanto da finalista, sendo assim conceituada como uma teoria eclética.

WESSELS, mencionado por JUAREZ CIRINO afirma que “a ação constitui **comportamento social relevante dominado ou dominável** pela vontade humana, com todos os seus aspectos **pessoais, finais, causais e normativos.**”⁹² (grifos do original).

O conceito social resultou assim da busca por um conceito que compreendesse as noções de ação e omissão como componentes do comportamento humano com relevância social.

CIRINO cita trecho de JESCHECK/WEIGEND, onde isso fica bem delineado:

“as formas em que se realiza o intercâmbio do homem com seu meio (finalidade no atuar positivo e dirigibilidade na omissão de ação) não são unificáveis ao nível ontológico, porque a omissão mesma não é final, pois o emprego esperado da finalidade não existe nela. Ação e omissão de ação podem, contudo, ser compreendidas em um conceito de ação unitário, se conseguirmos encontrar um ponto de vista *valorativo* superior, que unifique no âmbito normativo elementos não-unificáveis no âmbito do ser. Esta síntese deve ser procurada na *relação do comportamento humano com seu meio*. Este é o sentido do conceito

⁹⁰ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de La. *Tipicidad e imputación objetiva*, Mendoza – Argentina: Ediciones jurídicas Cuyo, Artes Gráficas Unión, Peru 1875, p. 48. GRECO, ROGÉRIO Curso de direito penal, parte geral, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Impetus, Rio de Janeiro, 2002. P. 429.

⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, 3ª ed. revista e ampliada, Curitiba; editora Fórum, 2004, pp 19-20.

⁹² WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, n.91, p. 24-25 e n. 93, p. 26, apud JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, na obra citada acima, página 21.

social de ação. Ação é comportamento humano de relevância social.”⁹³(grifos do autor)

Também é lembrado pelo mesmo autor, que a relevância social é aferida fazendo-se uma análise axiomática da conduta humana. Realizada a ação, examina-se se ela possui ou não a qualidade de ser socialmente relevante. Segundo ROXIN, citado por JUAREZ CIRINO, o conceito de relevância social designa apenas, uma propriedade necessária para valorar o **injusto**, já que pode existir uma ação sem relevância e a ausência dessa relevância não faz desaparecer a ação.

Há juristas de peso que criticam a teoria social da ação e não vêem nela mais que a esterilidade. ZAFFARONI, em seu livro *Direito Penal Brasileiro*, escrito em parceria com JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, faz severas críticas ao conceito social da ação. Ele afirma que:

o “conceito “social” de ação, além de introduzir na conduta problemas que são próprios da tipicidade, nada acrescenta ao conceito finalista.” E também assevera: “Não é possível extrair qualquer outra consequência desta teoria que – por ser nebulosa – se tem pretendido que sirva de base para todas as estruturas do delito. A exigência da “relevância social” como lesividade social é inadmissível.”⁹⁴

O professor ÁLVARO MAYRINK faz algumas observações interessantes a respeito desse conceito de ação. Segundo ele, esse conceito deve ser apreciado sob tríplice enfoque:

“a) um comportamento humano, um fazer positivo e um omitir do homem; b) domínio efetivo desse comportamento ou, quando menos, possibilidade de ser dominado pela vontade humana; c) relevância social, isto é, com o mundo que o rodeia, suscetível de ser objeto de um juízo de valor segundo as consequências desejáveis ou não que provoca na esfera social.”⁹⁵

No mesmo parágrafo ele ainda observa que a causação de um mesmo resultado pode ser portadora de significações sociais diversas e que o conceito de ação “formulado

⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria ...* op. cit. p 21.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique *Manual de direito penal ...* op. cit. p 427.

⁹⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal ...* op. cit. pp 589-590.

pela doutrina social não é um puro conceito naturalístico, neutro ao valor, senão um conceito valorativo.”

CEZAR BITENCOURT propõe que seja buscada a união entre as teorias finalista e social, destacando os seus postulados comuns, “como fazem MAURACH, JESCHEK e, mais recentemente, JACOBS”. O último teria definido a ação como sendo “a causação do resultado individualmente evitável, pois os postulados fundamentais das duas teorias – *exercício de atividade final e um agir socialmente relevante* – não se excluem, mas se complementam, embora acentuando aspectos diferentes da ação.(Derecho Penal, citação na página 174) (grifos do texto original).

Nós entendemos que o conceito social de ação tem o seu valor o que pode ser melhor delineado, trazendo para o campo do direito penal princípios de política criminal e fundamentos da própria criminologia.

È interessante notar que um dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, ou seja, o da adequação social, que guarda mais harmonia com a teoria social da ação, teve em WELZEL, o pai do finalismo, o seu mais aguerrido defensor. WELZEL afirmava que somente condutas socialmente relevantes eram tipificadas pela lei penal. Em consequência as condutas socialmente adequadas se apresentariam desprovidas de tipicidade. CEZAR ROBERTO BITENCOURT, observa que

“O tipo penal implica uma *seleção de comportamentos* e, ao mesmo tempo, uma *valoração* (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.⁹⁶(grifos do autor).

Segundo observa CEZAR BITENCOURT, WELZEL entendeu inicialmente que a “adequação social” tinha a natureza de excludente da tipicidade, depois causa de justificação, após retornou ao entendimento de que ela excluía a própria tipicidade e finalmente como princípio geral de interpretação. Esse último entendimento tem sido

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal; parte geral, vol. 1, 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2003 p 17.

seguido por vários penalistas, conforme frisa BITENCOURT, com apoio em JOSÉ MANUEL GOMEZ BENITEZ.⁹⁷

Para os que entendem que o direito penal, como ciência social, só deve estar preocupado em tutelar os bens mais caros à preservação da integridade da própria sociedade, cabe aplicar a ação socialmente adequada como excludente da própria tipicidade de algumas condutas, que são plenamente aceitas pela grupo social e que não geram qualquer desequilíbrio no seu meio, ou não atingem nenhum bem socialmente relevante. Seria uma ampliação da incidência dos critérios de política criminal e uma ligação entre o direito penal e a criminologia, ligação tão reclamada pelo ilustre jurista e emérito professor NILO BATISTA. Na vida prática há inúmeras condutas que já estão adequadas socialmente e que, por isso, perderam há muito, qualquer nocividade que reclame a tutela penal. Alguns juristas dão como exemplo a contravenção do jogo do bicho, por parte dos apontadores. São, em realidade, pessoas que vêem o que fazem como uma profissão, e a nossa sociedade as aceita plenamente. No nosso país existem inúmeros jogos oficiais, como Loteria Esportiva, Loto, Quina, Sena, Raspadinha, etc... Não há nenhuma diferença, do ponto de vista moral, entre esses jogos e o jogo do bicho. Há, tão somente, uma proibição legal, que sequer é bem entendida pela sociedade, e que coloca os agentes policiais numa situação delicada, sendo comum vermos nas esquinas da cidade do Rio de Janeiro, pessoas tranqüilamente escrevendo o mencionado jogo de apostas. Há alguns Estados da federação que inclusive “legalizaram” em seu território o jogo do bicho. Podemos estender o exemplo para os chamados “flanelinhas” e àquelas pessoas que com um aparelho na mão medem a pressão arterial dos transeuntes. A sua conduta, dentro dos costumes sociais, é plenamente adequada, não havendo lugar para que respondam pela contravenção do exercício irregular de profissão.

2.3 – TEORIA FINALISTA

A teoria finalista foi desenvolvida por WELZEL, tendo contado com a contribuição de outros juristas como MAURACH, ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH e HIRSCH. Ela passou a ser arquitetada pelo primeiro na década de

⁹⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal... op. cit. p. 18.

1930, quando ele falou na “finalidade potencial”⁹⁸ e em tal época, o princípio causal já estava completamente desacreditado no âmbito das ciências físicas, no dizer de NILO BATISTA, na sua palestra proferida em 08/05/2003, no Centro de Estudos Jurídicos.

A teoria da causalidade elaborada por GLASER, sofreu influência da física mecânica de ISAAC NEWTON, vindo a dar alicerce para a teoria causal da ação.

JUAREZ TAVARES discorrendo sobre o positivismo,⁹⁹ nos explica que ele se origina do paradigma da constância e invariabilidade da relação entre os fenômenos naturais. Sob tais parâmetros, a lei natural teria que ser necessariamente a conclusão infalível de uma experiência. Essa ligação imutável entre os fenômenos deu origem à causalidade. Haveria assim uma causa atuando no mundo físico e provocando uma alteração verificável naturalisticamente, o que se constituiria no resultado. A ciência penal adotou o causalismo como aspecto central da ação. A relação de causalidade baseava-se assim nesses parâmetros científicos. Era necessário verificar-se tão somente se o sujeito teria causado um resultado tido como típico; se ele o causou, o fato lhe era imputável. Após isso seria examinado se ele previu, se ele quis, se ele admitiu, se ele tinha a possibilidade de prever o resultado, respondendo então a título de dolo ou culpa.

Até fins do século XIX, essa era a perspectiva dominante e que passou a sofrer alterações com o neokantismo. Sob essa nova visão, passou-se a questionar a premissa de que somente as chamadas ciências naturais deveriam merecer o nome de ciência. Passou-se a constatar que as ciências não naturais, que trabalhavam com um método próprio, o axiomático, eram efetivamente ciências com características peculiares.¹⁰⁰ A partir de então houve aos poucos uma normatização da teoria do delito, que passou a ser entendida como um conjunto de valores. Mas a valoração da conduta, o seu conteúdo, repousava na culpabilidade, que passou a ter o dolo e a culpa como seus elementos, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de comportamento diverso.

Próximo a 1930 pouco antes de WELZEL formular a teoria final da ação, HEISENBERG elaborou o Princípio da Indeterminação do Átomo e suas observações colocaram em cheque a causalidade física. O brilhante cientista, desejava prever a posição e velocidade futuras de uma partícula, e, para isso, necessitava determinar a sua

⁹⁸ BATISTA, Nilo, *Novas tendências do ...* op. cit. p. 17.

⁹⁹ TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal...* op. cit. p. 14.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus, *Funcionalismo e imputação objetiva...* op. cit, p. 13.

posição e velocidade atuais.¹⁰¹ Conforme nos descreve o jovem jurista, HEISEMBERG, Prêmio Nobel de Física em 1930, passou então

“a projetar luz sobre a partícula em estudo acreditando, com base nas ondas de luz que se dispersassem, ser possível determinar a sua posição. No entanto, para obter uma maior precisão no experimento, era necessário usar luz de ondas curtas em quantidade nunca inferior a um quanta (unidade de energia teorizada pelo cientista alemão MAX PLANCK, em 1900), o que acabou por revelar um insólito resultado: a emissão desse quantum de luz perturba a partícula, alterando a sua velocidade de forma não previsível, ou seja, quanto mais preciso o critério de emissão adotado, maior a energia do quantum emitido, maior a perturbação e, por conseqüência, maior a *incerteza da sua velocidade*.¹⁰² (grifos do texto original)

A reação obtida com o experimento demonstrou que inexistia a estabilidade intocada das reações físicas, e que não se podia prever que velocidade a partícula iria desenvolver, apesar de ser usada a mesma medida de emissão de ondas curtas. Ou seja, o mesmo antecedente não produzia o mesmo conseqüente. Nessa experiência não atuou a lei de causa e efeito, tida até então como incontestável. Desacreditada no mundo científico a lei da causalidade, pouco depois é elaborada a teoria finalista surgindo também os estudos a respeito da imputação objetiva no direito penal.

HANS WELZEL ao falar do conceito de ação, em sua obra *Direito Penal*, traduzida por AFONSO CELSO REZENDE, afirma:

“A ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecer “finalista” e não somente “causal”. “A finalidade” ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as conseqüências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índole diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos.”¹⁰³

¹⁰¹ D'ÁVILA, Fabio Roberto, *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva ... op. cit. p. 35.*

¹⁰² HAWKING Stephen William. *Uma breve história do tempo: do big bang aos buracos negros*. 19ª edição, tradução: Maria Helena Torres, Rio de Janeiro: Rocco, 1988, páginas 86-87, apud FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, p 35..

¹⁰³ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução Afonso Celso Rezende, Campinas: Romana, 2003, p 79.

Em 1927, KARL LARENZ, escreveu sua tese de doutorado, intitulada “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”.

Ele procurou explorar as idéias de HEGEL para depois edificar sua teoria.¹⁰⁴ Observou o autor:

“Para Hegel, a liberdade é inerente ao homem enquanto sujeito racional. Esta liberdade manifesta-se no mundo através da vontade, da vontade livre, da vontade moral. A vontade, por sua vez, exterioriza-se sob a forma de uma ação. A ação é, portanto, uma objetivação da vontade. A vontade tem o poder de controlar os cursos causais em determinado sentido, de maneira que o resultado de todo este empreendimento pode-se considerar, ao final, obra do sujeito.”

Hegel, interpretado por LARENZ, ainda estabelece que são imputadas as conseqüências de uma ação dominada por uma finalidade, e que o acaso é aquilo que for estranho à vontade.¹⁰⁵ LARENZ é visto como quem teria redescoberto o conceito de imputação objetiva, sendo interessante observar que a ação descrita por HEGEL e citada por KARL LARENZ guarda grande similitude com o conceito de ação elaborado por WELZEL.

Nota-se em ambos os conceitos que as ações decorrem da vontade e o homem, nesse exercício, consegue controlar os cursos causais e que o resultado desse empreendimento será ao final obra dele no dizer de HEGEL ou, após dirigir sua atividade logra os objetivos inicialmente propostos no dizer de WELZEL.

De qualquer sorte, com a teoria final da ação, passou-se a distinguir o que era obra do sujeito daquilo que era obra do acaso.

A finalidade no dizer de WELZEL é um atuar dirigido conscientemente desde o objetivo antes arquitetado, ao passo que a causalidade não seria dirigida por ninguém e sim resultante de “componentes causais circunstancialmente concorrentes. Por isso, graficamente falando, a finalidade é “vidente”; a causalidade é “cega”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação objetiva ... op. cit. p. 16.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus, Funcionalismo e teoria da imputação objetiva ... op. cit. p. 17.

¹⁰⁶ WELZEL, Hans, Direito Penal... op. cit. p. 79.

A ação finalista tem, dentro desses parâmetros, uma dimensão subjetiva e outra objetiva. No plano interno ela compreende o objetivo pretendido, a seleção dos meios empregados para isso e as conseqüências secundárias necessariamente vinculadas a esses meios.

No plano objetivo, representa a concretização do mundo real do fim inicialmente traçado, mediante a utilização dos meios que o agente selecionou, “mediatizada pela representação (ou não) dos efeitos colaterais necessários ou possíveis.”¹⁰⁷

JOÃO MESTIERI entende que a ação humana finalista é composta apenas por dois elementos, vontade e manifestação da vontade, a vontade seria um “processo volitivo capaz de antecipar o resultado provável do atuar”, já a manifestação de vontade, seria a sua materialização no “mundo fático” como produto da utilização dos meios causais, objetivando o fim colimado. O resultado não faz parte do conceito de ação para a teoria finalista, devendo assim sendo estudado na teoria do tipo, “como característica última deste para a existência do delito consumado.”¹⁰⁸

LUIZ REGIS PRADO observa que as normas jurídicas “não podem proibir ou ordenar meros processos causais”, mas devem regular “tão-somente ações (ou omissões) dirigidas finalisticamente.” E citando WELZEL menciona; “a estrutura da ação humana é o pressuposto de possibilidade para valorações, as quais, se há de ter sentido, só podem ser valorações de uma ação, tais como, por exemplo, a ilicitude e a culpa”.¹⁰⁹

DAMÁSIO registra que mesmo antes de WELZEL, a doutrina penal já havia percebido que em alguns casos a teoria causal da ação levava à perplexidade.

“Diante dela, não havia diferença entre a ação de uma lesão dolosa e a de uma lesão culposa, visto que o resultado nos dois crimes é idêntico (ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima). O desvalor do resultado não constitui elemento diversificador. A diferença está na ação: é o desvalor da ação que faz

¹⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ... op. cit. pp 17-18.

¹⁰⁸ MESTIERI, João, Manual de direito penal, vol I, parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p 113.

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro, volume I, parte geral, arts. 1º a 120 – 3ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 251.

com que um homicídio doloso seja apenado mais severamente do que um homicídio culposo...”¹¹⁰

A teoria final da ação adota o dolo natural; retira o dolo e a culpa da culpabilidade (onde eram os elementos psicológico-normativos) inserindo-os no tipo, sendo o dolo o seu elemento subjetivo e a culpa o seu elemento normativo.

Por outro lado, a potencial consciência da ilicitude antes integrante do dolo normativo, é dele retirada e passa a figurar como um dos elementos da culpabilidade.

Mais relevante que tudo isso, foi a colocação do conteúdo da vontade no seu local adequado, qual seja a conduta humana. Também esse conteúdo passa a definir a tipicidade ou atipicidade da conduta num exame que antecipa a análise da culpabilidade que se transforma num juízo de reprovação da conduta típica e antijurídica.

Interessante notar que no tocante ao delito omissivo a solução permaneceu a mesma, e se lermos o que dizia a seu respeito NELSON HUNGRIA veremos que coincide com o que é dito por HELENO FRAGOSO, DAMÁSIO e outros juristas que aderiram ao finalismo. Ou seja, o agente é punido pela omissão da conduta determinada pelo ordenamento jurídico. Considera-se acertadamente que a omissão não possui causalidade mecanicista, embora NELSON HUNGRIA falasse que ela encerrava uma causalidade lógica¹¹¹ e alguns finalistas digam que a omissão possui a causalidade normativa.¹¹²

MIGUEL REALE JÚNIOR, entende que a omissão possui causalidade naturalístico-normativa.¹¹³ Enquanto que EUGENIO RAÚL ZAFFARONI fala em nexo de evitação,¹¹⁴

Embora se questione a teoria finalista em relação às soluções propostas para o crime culposo e para a omissão, não se pode negar o seu valor e a inestimável contribuição que deu ao desenvolvimento da teoria da ação, do tipo e ao estudo do direito penal, estabelecendo a relevância da conduta humana e a imprescindibilidade do elemento de natureza subjetiva para a existência de um delito.

¹¹⁰ JESUS, Damásio E. de, 1935 – Direito penal, 22ª edição, revista e ampliada, vol I, parte geral, São Paulo: Saraiva, 1999, p 233.

¹¹¹ HUNGRIA, Nelson, Comentários ...op. cit. p. 53.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal ... op. cit. p. 189.

¹¹³ REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito, 2ª edição, revista. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 184.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de direito penal brasileiro ... op. cit. p. 539.

CAPÍTULO III

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Como exposto no primeiro capítulo, a responsabilidade pelo cometimento de crimes foi inicialmente fixada de forma objetiva. Aquele que cometia o delito era por ele responsabilizado tão-só pelo fato de havê-lo cometido. Geralmente só era punido o delito intencional decorrente de uma atuação positiva, mas, na Bíblia, alguns “crimes omissivos” já eram punidos (como no caso do dono que não cuidava do boi escorneador), e nas Leis de Hamurábi, infrações que hoje seriam consideradas culposas, também eram punidas. O critério aplicado para a punição era o da responsabilidade objetiva. Posteriormente a isso, pudemos constatar que a imputação passou a ter por base a ação livre e consciente, e esse critério, o do livre arbítrio, inicialmente desenvolvido no âmbito eclesiástico, figurou em muitos Códigos Penais durante o século XIX. Também foi adotada a fórmula da voluntariedade da ação ou omissão com a letalidade das lesões, como no nosso Código de 1890. A partir de então, desde o final do século XIX até a metade do século XX, o critério que reinou quase que absoluto foi o da causalidade. Essa lei da física, desenvolvida por ISAAC NEWTON foi levada para o Direito Penal. Surgiram teorias acerca da causalidade, seu significado, limites e incidência. A mais popular delas foi a da *conditio sine qua non*, porém, depois de algum tempo, percebeu-se que essa fórmula encerrava algumas imperfeições, podendo acarretar injustiças e o seu âmbito de imputação era muito amplo. Destarte o seu campo de incidência passou a ser delimitado por novos critérios, sendo formuladas as teorias da causalidade adequada, da relevância jurídica e além das por nós referidas no capítulo II e outras que lograram menor popularidade. Ditas teorias diziam mais respeito à imputação e seus limites do que à causalidade em si. A cláusula *ceteris paribus*, tão bem descrita pelo professor JUAREZ TAVARES teve pouca aceitação no meio jurídico, embora seja muito popular na economia. A despeito das várias teorias elaboradas não se conseguia regular todas as situações e, em inúmeros casos, era necessário recorrer-se ao exame do dolo ou da culpa para a solução de questões que não puderam ser resolvidas *ex ante*. A solução dos chamados cursos causais hipotéticos, alternativos e cumulativos,

era insatisfatória. Também o critério de punição nos casos de condutas que interrompiam cursos causais salvadores não era satisfatório. O método contrafático não resolvia a contento tais questões. As condutas omissivas desafiavam os critérios da causalidade física. Sentiu-se a necessidade de algo mais. Era mister que a atribuição de um resultado ao sujeito fosse feita de modo objetivo, não bastando a verificação naturalística da causalidade, sendo então lançados os alicerces da teoria da imputação objetiva, teoria esta ainda em construção e que tem o seu conjunto de *topoi* diferentes, dependendo da linha que segue cada autor. Podemos citar os caminhos traçados por ROXIN, JAKOBS, FRISCH e PUPE como os mais populares, mas há outros autores que têm procurado meditar sobre o assunto e vêm assim contribuindo para que essa teoria ganhe contornos mais precisos. Há um grande número de criminalistas espanhóis dedicando-se ao estudo do tema e na América do Sul, vários juristas têm-se debruçado sobre o assunto. A escritora CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, por exemplo fez um curso de extensão na Universidade de Bonn, na Alemanha, sob orientação do Professor GÜNTHER JAKOBS, e escreveu a sua obra *Introducción a la imputación objetiva*, publicada pela Universidad Externado de Colômbia, um dos livros de consulta obrigatória sobre o assunto.¹¹⁵

LUÍS GRECO, que faz Curso de Mestrado sob orientação do Professor CLAUS ROXIN, em Munique na Alemanha, é outro exemplo de pessoa que se dedica ao tema imputação objetiva. O livro no qual fez uma tradução e introdução, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal (CLAUS ROXIN)* traz contribuições imprescindíveis para quem esteja tendo os primeiros contatos com a teoria.¹¹⁶

Um dos pontos de partida é a necessidade de se exigir algo mais que a simples causalidade no sentido de se imputar um empreendimento a alguém como obra sua.

É oportuno citarmos JUAREZ TAVARES, que não se contenta apenas com a prova da causalidade:

“Apesar disso, não basta que se afirme essa causalidade para que esse resultado seja imputável a alguém. Será preciso fazer com que esse resultado seja atribuído, objetivamente ao agente como obra sua, isto é, como base para uma

¹¹⁵ DIAZ, Claudia Lopes. *Introducción a la imputación objetiva 3ª edición*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colômbia, 1996 - 2000.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal – tradução e introdução de Luís Greco*, 3ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

responsabilidade pessoal a partir de considerações de sua própria capacidade de domínio sobre essa causalidade.¹¹⁷

CLÁUDIA LÓPES DÍAZ manifesta a mesma opinião, asseverando que nos casos em que o tipo penal só atinge a consumação com a modificação do mundo exterior (delitos materiais), exige-se um vínculo causal entre a ação e o resultado. Este liame deve, segundo ela, ser determinado com base “*en una categoria ontológica y prejurídica*”.¹¹⁸

O jovem criminalista, ROGÉRIO GRECO, após dividir o tipo penal complexo em duas partes: uma com natureza objetiva e a outra com natureza subjetiva, afirma-nos que a teoria da imputação objetiva se antecipa à aferição do dolo e da culpa, procurando averiguar “se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente.”

Na mesma obra¹¹⁹ ele assevera que a teoria da imputação objetiva teve por escopo limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, entretanto, sem eliminar essa doutrina.

DAMÁSIO DE JESUS analisa os reflexos das ciências naturais no direito penal, observando que o positivismo do século XIX adotava o princípio natural de que todo conseqüente deveria ter um antecedente. Fala-nos que, a partir da teoria da relatividade desenvolvida por EINSTEIN, essa regra de causa e efeito absolutos, foi colocada em xeque, e passou-se a ter em vista a lei das probabilidades. DAMÁSIO vê atenuações da lei de causa e efeito nas teorias da causalidade adequada e da relevância típica, chegando-se até a imputação objetiva.¹²⁰

De qualquer sorte, a teoria da imputação objetiva não prescinde da causalidade. Havendo a causação de um resultado, deve-se aferir se ele pode ou não ser imputado ao agente. A teoria da imputação objetiva vale-se de critérios normativos para a imputação do fato ao sujeito.

REGIS PRADO diz-nos que “o critério que permite imputar ao sujeito determinado fato e diferenciá-lo dos acontecimentos fortuitos é a finalidade objetiva.

¹¹⁷ TAVARES, Juarez, Teoria do injusto penal, 2ª edição, editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 270.

¹¹⁸ CLAUDIA LÓPES DÍAS, *Introducción a la imputación objetiva...* op. cit. p. 46.

¹¹⁹ GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, parte geral, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 259.

¹²⁰ JESUS, Damásio E. de, Imputação objetiva, 2ª edição, ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 23.

São, portanto, imputáveis, aqueles resultados que podem ser finalmente vislumbrados.”¹²¹

GÜNTHER JAKOBS, na tradução de ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, adverte que a imputação deve ser averiguada dentro de um contexto social. A sua normatividade deve ser aferida sem que se perca de vista os costumes, a cultura, o progresso tecnológico e demais práticas da sociedade. Só então, com base nesses parâmetros, poderá ser imputado o fato ao sujeito.¹²²

Podemos dizer que a imputação objetiva visa delimitar as responsabilidades decorrentes da relação causal, definindo se há tipicidade penal e a quem ela pode ser imputada, só considerando como responsável pelo evento aquele que possui o domínio do curso causal. Ela toma como base critérios normativos extraídos do contexto social, para aferir e determinar a imputação, podendo ser aplicada aos fatos culposos, dolosos, comissivos e omissivos. Insta acentuar, que algumas hipóteses de atipicidade por irrelevância jurídica do risco criado pelo agente, ou pela não criação de um risco desaprovado, guardam certa similitude com a atipicidade comportamental, ou exclusão de tipicidade, de ÁLVARO MAYRINK DA COSTA¹²³ e também com a tipicidade meramente formal (diversa da conglobante) de ZAFFARONI.¹²⁴

1 - ORIGENS DA TEORIA

JUAREZ TAVARES, citando PLATÃO (A República, X 617 c.) diz que essa teoria “parece remontar, filosoficamente, a PLATÃO, quando se refere à eleição que cada um faz acerca do seu próprio destino.” Observa ainda que se pode atribuir sua origem “à noção de *virtude* de ARISTÓTELES, como a disposição racional que conduz o homem a fazer bem a sua tarefa.” (A ética, II, 6, 1106 a 22).¹²⁵ (grifos do autor)

Encontramos algumas considerações interessantes a respeito da visão platônica de imputação, no livro Teorias da Imputação Objetiva do Resultado, de autoria de LUIZ

¹²¹ PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral, 3ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

¹²² JAKOBS, Günther, A imputação objetiva no direito penal, tradução de André Luís Callegari, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp 16-17.

¹²³ COSTA, Álvaro Mayrink da, Direito penal, parte geral, vol. I, tomo II, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998 p 948.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de direito penal brasileiro; parte geral/Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp 457 a 459.

¹²⁵ TAVARES, Juarez, Teoria do injusto penal ... op. cit. p. 279.

REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO. Na página 18, por exemplo há referências à obra de Platão “Leis IX, 853 c-d”, e na visão do filósofo grego, as leis penais têm uma função imperativa e essa função “se expressa na generalidade que une na sanção os delitos e os delinquentes, na proporcionalidade os crimes às penas, na moralidade as normas e os costumes, as prescrições e os atos.”¹²⁶ A imputabilidade do ato moral seria definida pela lei. Segundo a análise dos mesmos autores, citando PLATÃO, a imputação não é mais fruto da ação dos deuses, (fatalismo), pelo contrário, “cada qual é causa de sua própria escolha”. O homem estaria assim ligado às suas ações e às conseqüências dela decorrentes.¹²⁷

ARISTÓTELES, fez estudos muito interessantes a respeito da ação falando a respeito da deliberação (que antecedia a ação) e da ação voluntária, que ao seu ver se verificava quando “a origem do movimento das partes do corpo que atuam como instrumentos do ato reside no agente, e quando a origem de uma ação encontra-se em si mesmo (no próprio agente) está no poder de alguém realizá-la ou não.”¹²⁸

Em contrapartida nas ações involuntárias a sua causa estaria “encerrada em coisas externas ao agente e em que o agente nada contribuiu”.

Também ARISTÓTELES já professava que as ações humanas encerravam um fim decorrente da escolha ou da deliberação, falando em responsabilidade quando o ato além de voluntário (no sentido de oriundo de movimentos do corpo do agente) também se originasse de uma deliberação ou escolha livres.

Verifica-se assim que para o mestre helênico, a “imputação” decorria da vontade livre dirigida a um fim.

MARIA ÁNGELES RUEDA MARTÍN observa que é possível distinguir-se em ARISTÓTELES o “domínio do fato como elemento estrutural da imputação, da valoração da ação e da consciência do sujeito acerca de tal valoração.”¹²⁹

RÉGIS PRADO falando de ARISTÓTELES diz que para o insigne mestre, “uma ação somente poderia ser imputável se submetida ao âmbito do controle daquele que atua, de forma que poderia ter agido de outro modo.”

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes. Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

¹²⁷ Ibidem, p. 18.

¹²⁸ ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco, tradução, estudo bibliográfico e notas de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2002, p. 84.

¹²⁹ RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva Del resultado en el delito doloso de acción*, p. 67.

SAMUEL PUFENDORF, segundo RÉGIS PRADO, teria desenvolvido um conceito de ação, que foi introduzido na ciência jurídico-penal através de J.S. VON BÖHMER (1704-1722) e esse conceito teria servido de fundamento à dogmática penal até princípios do século XIX.¹³⁰

Para WELZEL, deve-se a PUFENDORF introdução no direito penal do “fundamental conceito de imputação, tratando-o sistematicamente.”¹³¹

Para PUFENDORF, o fato do ser humano possuir capacidade de raciocínio e ter discernimento, e de poder comparar e deduzir lhe possibilita “dominar e dirigir seus movimentos através de suas decisões.”¹³²

Em suma, o ser humano tem a possibilidade de desejar algo, planejar e executar, dirigindo a sua conduta ao fim por ele objetivado, controlando todo esse processo.

Também em decorrência dessa capacidade de pensar, planejar e atuar, o homem pode, ele mesmo, dar início a um comportamento causal, ou pode intervir numa conexão causal da natureza, dirigindo-a segundo a sua vontade.

SAMUEL PUFENDORF dividia a imputação em *imputativitas* e *imputatio*. A primeira representava o nexa existente entre vontade livre do agente e a ação por ele realizada, sob o prisma ontológico. Para ele a obra do ser humano consistia no seu atuar livre e consciente.

Explicando o que seria a *imputativitas*, LUIZ REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO, nos dizem:

Significa uma determinada relação funcional que se estabelece entre a ação e o agente; a ação pertencerá ao agente quando for expressão de sua livre autodeterminação. A ação livre do homem pode ser qualificada como obra sua, quando for por ele causada com consciência e vontade.¹³³

Já a *imputatio* seria aferida *ex post* pelas atividades judiciais, que teriam o escopo de verificar se estava comprovada a existência da *imputativitas*, com todos os

¹³⁰ PRADO, Régis. Teorias da imputação ... op. Cit. p. 29.

¹³¹ HANS WELZEL, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf. Um contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII*, p. 119 e ss. Apud PRADO, Regis, op. cit. p. 21.

¹³² PRADO, Luiz Regis. Teorias da imputação ... Op. cit. p. 21.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 22.

seus requisitos e também incumbir-se-iam de fazer um exame do evento sob o prisma axiomático, estabelecendo, assim, as suas conseqüências no mundo jurídico.

No que tange ao “acontecimento” (que era formado pela *imputativitas* e pela *imputatio*), como nos alerta RÉGIS PRADO, SAMUEL PUFENDORF fazia distinção entre os *entia physica* e os *entia moralia*.

Os primeiros são regidos pelas leis da natureza. Há que se fazer uma análise a seu respeito, apenas sob o enfoque ontológico. Eles devem ser examinados sob o prisma naturalístico.

Os segundos teriam como substrato os *entia physica* e incidiriam sobre eles, através de princípios próprios, valorando-os. Iriam assim dar sentido à ação humana.

No dizer de PUFENDORF os *entia moralia* são impostos por Deus e pelo homem. Já os *entia physica* compreendem os elementos físicos e psíquicos de uma ação, mas são axiologicamente neutros. “A sua valoração é feita pelos *entia moralia*, que dotam de sentido uma ação.”¹³⁴

O conceito de ação defendido por PUFENDORF (onde estavam presentes apenas os *entia physica*) guardava similitude com o seu conceito segundo os causalistas, ou seja, a conduta compreendia também o resultado e era desprovida de conteúdo. Este seria definido pelos *entia moralia*, que também iriam fixar a suas conseqüências jurídicas.

Para PUFENDORF o fato seria atribuído a um ser humano que tivesse agido de forma livre e consciente, ou seja, exigia-se que seus atos fossem decorrentes da vontade e que esta fosse consciente e livre. Era o critério do livre arbítrio, que imperou até o início do século XIX. Os Códigos Penais de então, v.g. Itália, utilizavam o livre arbítrio para responsabilizar alguém por sua ação. Posteriormente passou-se a exigir apenas a voluntariedade da conduta e depois o critério da imputação passou a ser fixado na causalidade.

Segundo WELZEL, PUFENDORF ainda estabelecia que os *entia physica* possuíam dois momentos, um material e o outro moral. Pertenceriam ao momento moral “não só o movimento do corpo e a ulterior modificação causal por ele produzida,

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. Teorias da imputação... op.cit. p. 22.

na medida em que seja fruto do querer do agente. Mas também todos os atos do intelecto e da vontade, desde que considerados abstratamente no seu sentido natural.”¹³⁵

No que tange ao momento material, a ação é considerada como um “ato de vontade”. Ele ainda distinguia “ato de vontade” de “ato voluntário”. O primeiro dizia respeito apenas ao momento material e o segundo referia-se aos momentos material e formal.

A forma seria a imputabilidade dos efeitos de uma ação livre ao sujeito, como obra sua. A forma seria a própria *imputativitas*, conforme RÉGIS PRADO.¹³⁶ A forma era arquitetada em pressupostos ontológicos.

PUFENDORF conceituou os pressupostos materiais de uma ação (*imputativistas*) estabelecendo ainda como essa ação seria valorada juridicamente (*imputatio*).

Essa ação seria oriunda da vontade livre e consciente estabelecendo o domínio do fato. A *imputativitas* estabelecia os critérios mediante os quais se podia imputar um evento a alguém como obra sua, sob pressupostos ontológicos. Analisava-se se a pessoa de forma livre e consciente realizou algo. A *imputatio* fazia uma análise axiológica desse substrato material valorando-o sob o enfoque jurídico.

1.1 - HEGEL

No início do século XIX, GEORG HEGEL enuncia princípios que irão servir de reflexão a outros filósofos e a juristas e que também fornecerão o alicerce da chamada moderna teoria da imputação objetiva, sendo ainda utilizados na formulação da teoria finalista.

Para o filósofo germânico, um fato só seria imputado a alguém quando fosse decorrente da sua vontade. Era necessário que o sujeito representasse um fato por ele desejado e que também imaginasse os meios pelos quais esse fato seria concretizado e que exteriorizasse essa vontade através da ação, e todo o seu atuar seria dominado pelo fim por ele previamente idealizado. Também era exigido que ele tivesse o controle do

¹³⁵ HANS WELZEL, Op, cit. p. 49.

¹³⁶ PRADO, Luiz Régis. Teorias da imputação ... op. cit. p. 23.

curso causal que seria dirigido à obtenção do seu desejo e o resultado dessa conduta poderia ser considerado como obra sua.

A imputação, para HEGEL, tinha bases teleológicas e não causais. O indivíduo buscava com sua ação atingir os objetivos por ele idealizados e desejados, logo a sua ação era teleológica, visava a um fim pré-estabelecido, não era simplesmente causal. Só se poderia considerar obra do sujeito o que fosse fruto de sua vontade, vontade livre que dirigia a sua conduta.

CLAUS ROXIN, fazendo referência à tese de doutorado escrita por KARL LARENZ em 1927, “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”, observa o seguinte:

“Para Hegel, a *liberdade* é inerente ao homem enquanto sujeito racional. Esta liberdade manifesta-se no mundo através da *vontade*, da vontade livre, da vontade moral. A vontade, por sua vez, exterioriza-se sob a forma de uma ação. A ação é, portanto, uma objetivação da vontade. A vontade tem o poder de controlar os cursos causais em determinado sentido, de maneira que o resultado de todo este empreendimento pode-se considerar, ao final, *obra* do sujeito. É a vontade que anima as nossas ações, é ela que faz de uma ação uma ação.”¹³⁷ (grifos do texto original)

Na interpretação de LUIZ RÉGIS PRADO em sua obra escrita em conjunto com ÉRIKA MENDES DE CARVALHO, o insigne filósofo teria afirmado o seguinte:

“A vontade atuante no seu fim encontra, na medida em que o orienta para uma existência dada, a representação das circunstâncias (...). Tem, por isso, a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos.”¹³⁸

Depreende-se assim, que a ação não era um mero fator de causação de um resultado, pelo contrário, ela era dominada pela vontade e dirigia-se ao fim representado pelo agente, constituindo-se no substrato da imputação.

¹³⁷ ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 16.

¹³⁸ PRADO, Luiz Regis. Teorias da imputação objetiva ... op. cit. 28.

Segundo REGIS PRADO esse conceito de ação predominou até a década de 80 do século XIX, e o seu defeito era identificar a ação (no Direito Penal) com a ação livre e, portanto, culpável, e por isso “não pôde adaptar-se às exigências do desenvolvimento dogmático”.¹³⁹ A conduta realizada por um inimputável escapava a esse conceito.

O conceito de ação desenvolvido por HEGEL era aplicável sem restrições aos crimes intencionais cometidos por pessoas plenamente imputáveis, mas a sua incidência seria questionável com referência aos delitos negligentes, nos quais não se pode estabelecer um vínculo entre o fim perseguido pelo sujeito e o resultado. O evento é diverso do fim desejado pelo agente. No crime doloso o sujeito representa e canaliza os seus esforços no sentido de concretizar o fato mentalmente idealizado; já no crime culposos, não existe identidade entre o fim por ele querido e o evento. Esse será fruto de uma conduta descuidada e, para se estabelecer que uma conduta foi descuidada, é necessário recorrer-se a critérios valorativos. Para estabelecermos a tipicidade, teremos que examinar a ação sob o enfoque normativo. Conclui-se, destarte, que o conceito de ação desenvolvido por HEGEL, na medida em que continha um vínculo psicológico entre o agente e o resultado, não poderia ser aplicado aos delitos negligentes, onde não há esse liame psicológico (o fim é diverso do resultado) e a imputação teria que se socorrer da apreciação normativa da conduta. Também esse conceito não se aplicava aos inimputáveis ao aos que agissem sob coação, pois era exigida a vontade **livre e consciente**. (grifos nossos)

1.2 - KARL LARENZ

Credita-se a KARL LARENZ a redescoberta do conceito de imputação no sentido de se atribuir algo ao sujeito como obra sua. Até então predominava de forma escoteira a causalidade. O conceito de imputação em tal época só era usado com referência à culpabilidade. Ao escrever a sua tese de doutorado, em 1927, “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”, ele procurou explorar as idéias de HEGEL para depois edificar sua teoria.¹⁴⁰ Segundo observa REGIS PRADO o conceito de ação que surgiu a partir da tese de doutorado de KARL LARENZ não

¹³⁹ PRADO, Luiz Regis. Teorias d imputação ... op. cit. p. 28. conf. RUEDA MARTIN, op. cit. p. 75

¹⁴⁰ ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação objetiva ... op. cit. pp 15-16.

coincidia com o conteúdo do conceito elaborado por ARISTÓTELES E PUFENDORF.¹⁴¹

Como vimos anteriormente, PUFENDORF criou o conceito de *imputativitas*, que enfeixava os pressupostos ontológicos da ação e HEGEL que dotou a ação de plenitude de sentido, focando o valor de sua direção final, não a via como mero fator de causalidade e sim como um empreendimento dirigido pelo agente. ARISTÓTELES concebia a ação como uma manifestação voluntária do sujeito, embora também falasse nas ações que, embora fossem voluntárias do ponto de vista natural, eram decorrentes de uma escolha não livre, como no caso de coação.

A teoria elaborada por LARENZ socorreu-se de critérios normativos para definir a imputação de um resultado a alguém. Ele desenvolveu a idéia de um juízo de imputação, que teria a finalidade de estabelecer o que seria obra do sujeito e o que pertenceria a um acontecimento fortuito. Para LARENZ a ação era, em essência, a vontade, e tudo o que pudesse ser abarcado por essa vontade, seria obra do sujeito. A vontade, seguindo os ensinamentos de HEGEL, é que guiava a conduta do sujeito, e todos os resultados que fossem alheios a ela, não poderiam ser imputados ao agente. Embora existam algumas controvérsias a esse respeito, o conceito de ação de GEORG HEGEL só era aplicável aos crimes dolosos e KARL LARENZ procura edificar a sua teoria, corrigindo essa estreiteza do conceito de ação elaborado por HEGEL.

HEGEL, interpretado por LARENZ, estabelece que são imputadas as conseqüências de uma ação dominada por uma finalidade, e que o acaso é aquilo que for estranho à vontade.¹⁴² Ocorre que essa finalidade que dominava a ação, era considerada por HEGEL como uma finalidade subjetiva, ou seja, ela correspondia ao que era desejado pelo agente. LARENZ queria estabelecer critérios de imputação que fossem aplicados tanto aos crimes dolosos quanto aos culposos e por força disso considerava como obra do autor “aquelas conseqüências compreendidas na finalidade objetiva da ação.” E ele assevera o que entendia por finalidade objetiva:

“O conceito de finalidade só não pode ser compreendido de modo subjetivo, mas sim objetivamente, isto é, não podemos nos contentar em imputar aquilo que foi conhecido e querido, mas temos também de imputar aquilo que

¹⁴¹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 30.

¹⁴² Ibidem, página 17.

poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, o objeto possível da vontade. Logo torna-se possível imputar como obra da pessoa aquelas conseqüências compreendidas na finalidade objetiva da ação, isto é: tudo aquilo que for *objetivamente previsível*.”(grifos do autor)¹⁴³

Para estabelecer o que era objetivamente previsível, era necessário que se lançasse mão de critérios normativos e, por esse aspecto, a teoria da KARL LARENZ não era perfeita e isenta de críticas. Quanto ele inseriu dados axiológicos para se estabelecer a imputação, envidou esforços no sentido da construção de uma teoria unitária da ação, independentemente de ser o crime doloso, culposo, comissivo ou omissivo. Acontece que ele tinha que fundamentar e explicar como se daria essa imputação nos delitos negligentes e nos omissivos, por isso o seu conceito de finalidade não compreendia apenas o que o agente desejava e que por isso fazia parte de sua vontade, mas também o que pudesse ser englobado por essa vontade dentro de um juízo de previsibilidade objetiva.

Também, com esteio em HEGEL, o sujeito não era considerado segundo as circunstâncias pessoais e concretas do fato em questão e sim como pessoa enquanto ser racional. Estabelecia-se assim essa previsibilidade com base nos conhecimentos de um ser racional objetivamente considerado.

Por tais paradigmas, se alguém realizasse uma conduta e com ela provocasse lesões em outrem, poderia ser responsabilizado por tais lesões, se elas fossem previsíveis a uma pessoa racional. Ele queria assim estabelecer a imputação com base tão somente em requisitos objetivos.

Segundo RÉGIS PRADO o objetivo fundamental de KARL LARENZ não foi investigar “se um comportamento determinado constituiu a causa de um resultado, mas se este resultado pode ser imputado a quem o tenha causado como fato próprio, como conseqüência de sua vontade.”¹⁴⁴

Em realidade KARL LARENZ ampliou o conceito de finalidade e o de vontade, para nele incluir o que pudesse ser objetivamente previsível, querendo com isso, que a sua teoria fosse aplicada sem restrições tanto aos fatos intencionais quanto aos negligentes, comissivos ou omissivos.

¹⁴³ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 18.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 33.

Interessante notar que a tese de doutorado de KARL LARENZ seria utilizada para estabelecer os fundamentos da moderna teoria da imputação objetiva, e para ROXIN, LARENZ é um dos precursores da aludida teoria. Só que ela também serviria de subsídio para a elaboração do conceito final de ação e WELZEL, segundo o autor, chega a apontar para a identidade de resultados entre a teoria dele e a de LARENZ.¹⁴⁵

O trabalho de LARENZ foi importantíssimo na medida em que rediscutiu o tema imputação como integrante da conduta e não como pressuposto da culpabilidade e a sua tese deu origem tanto à teoria da imputação objetiva quanto à da ação final.

Concluindo, LUÍS GRECO afirma o seguinte:

“Por mais inacreditável que pareça, é bem possível afirmar que a teoria finalista da ação e a imputação objetiva, tal como a conhecemos hoje, são irmãs, ambas filhas da teoria da imputação de LARENZ.”¹⁴⁶

1.3 - HONIG

Poucos anos após LARENZ ter elaborado a sua tese de doutorado, que tratava da imputação na esfera cível, HONIG, em 1930, resolve levar o instituto para o direito penal, tendo sido quem primeiro falou em imputação objetiva no âmbito criminal. Para ele, era necessário um nexó normativo para que uma relação causal adquirisse relevância jurídica. Da mesma forma que LARENZ, entendia que a vontade humana dirigia-se a um fim, e as conseqüências dessa ação causavam uma modificação no mundo físico, distinta daquela provocada pelo acaso. O seu conceito de ação era muito parecido com o de LARENZ e a vontade humana regeria o processo causal através da previsão e da direção do respectivo curso de causalidade. Para ele, a exemplo de LARENZ, só possuía relevância a ação típica que pudesse ser atribuída, exclusivamente, a quem dirigiu seus esforços para a sua consecução. Para RICHARD HONIG só se podia imputar a alguém os resultados previsíveis e dirigíveis pela vontade, e a imputação seria pressuposto da tipicidade. Um comportamento, ainda que provocasse um resultado, se não se pudesse imputá-lo a alguém não possuiria tipicidade.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus, op. cit. p. 19.

¹⁴⁶ Ibidem, pág. 19 e 20.

A imputação, segundo HONIG e LARENZ, passa por um exame teleológico, realizado posteriormente ao fato, “cujo objetivo seria aferir a dominabilidade de um curso causal pela vontade humana e, uma vez comprovada essa dominabilidade, imputar a ação a determinado autor como obra sua.”¹⁴⁷

A vontade humana para ele, englobaria tanto o que o agente quis como aquilo que lhe era previsível. Essa dominabilidade do curso causal incidiria tanto na direção que lhe dava o agente (no caso dos delitos intencionais) quando em relação à previsibilidade do resultado (delitos negligentes). No caso de alguém agir intencionalmente, o resultado lhe é imputado, já que em tal hipótese o sujeito dirige o curso causal no sentido de obter o que é querido por ele. Se ele é o reitor desse comportamento, o resultado obtido é considerado como sendo obra sua. Já em relação aos delitos culposos, onde não existe uma coincidência entre o que o agente deseja e o resultado obtido, o domínio do curso causal deve ser aferido com base na previsibilidade dos resultados que advenham da conduta do sujeito. O fato dele agir provocando o resultado que lhe era previsível o torna senhor do evento. Além disso, HONIG exigia que o resultado fosse relevante perante o ordenamento jurídico. Nesse particular, o seu conceito de imputação coincide com a *imputatio* de SAMUEL PUFENDORF.

Como oportunamente nos lembra REGIS PRADO, o conceito de ação de HONIG era causal e o seu conteúdo só era examinado em sede de culpabilidade. Por força de excluir o conteúdo da ação da tipicidade, o conceito por ele desenvolvido deixou de ser “um conceito superior unitário” e, por força disso, mostrou-se “incapaz de apreender a unidade do delito”.¹⁴⁸

Ele procurou desenvolver o seu conceito com base na ação típica e, segundo ROXIN, comentado por LUIS GREGO, ele soube distinguir com nitidez a questão axiológica da ontológica.¹⁴⁹

Os seus estudos serviram de lume e de reflexão para muitos estudiosos e CLAUD ROXIN em 1970 publica a sua obra *Festschrift*, a qual é iniciada com uma exposição da teoria da imputação de RICHARD HONIG.¹⁵⁰

¹⁴⁷ TORÍO LOPEZ, Angel. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp.36-37.

¹⁴⁸ PRADO, Regis. Op. cit. p 37, fazendo referência a RUEDA MARTÍN.

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 22.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 57.

1.4 - HARDWIG

Após a iniciativa de RICHARD HONIG de levar a imputação objetiva para o direito penal, a ciência criminal durante quase trinta anos, deixou de lado a imputação e prestigiou a causalidade. No ano de 1957, HARDWIG retornaria ao tema, inclusive formulando uma teoria do delito alicerçada na imputação. É dele o conceito que se segue: “A imputação significa a verificação de uma relação positiva, de um nexos, entre um acontecimento e uma pessoa, no sentido de reconhecer ou reprovar a conduta da pessoa, seguindo um complexo de normas da razão.”¹⁵¹

Com base na teoria da imputação de HONIG, HARDWIG concluiu que os delitos de mera conduta esgotavam-se no simples atuar positivo e que os de mera omissão, esgotavam-se na abstenção de atuar. Se o agente não evitasse, com sua ação ou omissão, uma vulneração ao âmbito de proteção da norma penal, seria passível da imputação e da antijuridicidade. A sua conduta seria também culpável se ele tivesse, além disso, a possibilidade de optar entre a maneira correta de agir e a censurável. Nessas hipóteses ele desenvolveu a idéia de evitabilidade. Ele também entendia que a vontade relevante era a vontade livre e só ela seria pressuposto da culpabilidade. Segundo comentários constantes da obra de CLAUD ROXIN com tradução e introdução e LUIZ GRECO, nos delitos de mera conduta e nos omissivos sem resultado, a imputação ocorreria em dois níveis,

“como imputação à antijuridicidade (resposta à pergunta quanto ao que faz de uma ação uma ação proibida), e a imputação à culpabilidade (resposta à pergunta quanto ao que faz de uma ação proibida uma ação censurável): “o acontecimento deve ser imputado à antijuridicidade, se o sujeito obrigado evitasse (ou pudesse evitar) o acontecimento, caso o quisesse. À culpabilidade deve o acontecimento ser imputado se o sujeito pudesse querer da maneira que deveria”.(pp. 120/121)¹⁵²

¹⁵¹ HARDWIG, *Die Zurechnung – Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1957, p. 7, apud Luís Greco p 48.

¹⁵² ROXIN, Claus. Op. cit. p. 49-50.

HARDWIG usa o termo **acontecimento** ao se referir tanto ao comportamento omissivo quanto ao comissivo e conceitua **acontecimento** como sendo “um acontecimento no mundo exterior, que é separável, em pensamento do próprio comportamento, podendo ser pensado como seu produto. Entendemos por resultado, assim, somente o resultado exterior.”¹⁵³

No que se refere aos delitos comissivos de resultado, ele falava em direcionamento, significando que o agente poderia dirigir o curso causal a um resultado proibido (delitos dolosos) ou poderia não ter tido o cuidado de direcionar corretamente o curso causal, descumprindo a determinação legal de fazê-lo, provocando um resultado (crimes culposos).

Para HARDWIG, o conceito de causalidade no direito, é diverso desse conceito nas ciências naturais. Causar, seria assim, a interferência humana no curso causal, incrementando as possibilidades de ocorrer o resultado, ou seria uma atuação sem observância do dever legal, produzindo um resultado diretamente subordinado a essa conduta descuidada. No caso da ingerência humana num processo causal em andamento, ocorreria a imputação se o agente, com sua conduta, aumentasse as possibilidades da ocorrência do evento, ou noutras palavras se ele incrementasse o risco do resultado.

Com relação aos delitos omissivos de resultado, entendia exigível que o sujeito tivesse o dever jurídico de impedir o evento, e que essa causalidade não era natural e sim normativo-final, existindo a imputação se o sujeito não procurasse, ao menos, reduzir o risco da ocorrência do evento. Ele via nessa omissão uma dirigibilidade por parte do omitente e entendia que ela possuía causalidade normativo-final. No que concerne a esse tipo de delito, não fundava a imputação em critérios contrafáticos. Como ele não usava o método de exclusão hipotética, entendia subsistir a imputação desde que se provasse que o acusado omitiu-se na hipótese de um resultado provável ou, no caso de um evento certo independentemente de sua omissão, que ele não procurou, pelo menos, reduzir os riscos à superveniência do resultado. Como exemplo, ele fala no caso de um médico deixar de realizar uma operação necessária sob o argumento de que com ela a salvação não era certa.

¹⁵³ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 49 (citação em nota de rodapé).

LUÍS GRECO, na citada obra, destaca que, apesar da pouca receptividade na doutrina, o trabalho de HARDWIG foi precursor em relação a vários fundamentos da atual teoria da imputação objetiva. Ele colocou a imputação em lugar central na teoria do delito; desenvolveu a idéia de evitabilidade, dirigibilidade, e o conceito de causalidade normativo-final, antecipando a teoria do aumento do risco, formulada por ROXIN em 1962.

Posteriormente a isso, um discípulo de HARDWIG, KAHRS, procurou desenvolver a teoria da evitabilidade. Criticou as teorias causalidade, pois estas não resolviam os casos de omissão, interrupção de cursos causais salvadores e os de atuação sobre o psiquismo de outrem, lembrando que este iria agir, posteriormente, fazendo uso do livre arbítrio. O resultado só poderia ser imputado caso o agente não o evitasse, contrariando, assim, o dever legal de fazê-lo. As normas penais teriam por escopo evitar os resultados socialmente danosos. Além disso, levava em conta a disposição da sociedade em suportar o resultado.

Para KAHRS, não se poderia imputar o resultado ao agente que empurrasse o carrasco e apertasse o botão, acionando a guilhotina e executando o condenado. O resultado morte, do condenado à pena capital, era plenamente aceito pela sociedade, logo, a abstenção do atuar do agente, não evitaria que o evento ocorresse. Como a morte do condenado já era algo definido e aceito, essa atuação não seria imputável. No caso de mais de um agente atuarem de forma antijurídica, ele entendia subsistir a imputação, já que em tal hipótese, a sociedade não estaria disposta a aceitar nem o resultado real, nem o hipotético. Ele fornece o exemplo de A haver furtado um objeto de uma loja quando B estava decidido a fazê-lo. Se A não praticasse o furto o delito, de qualquer forma seria cometido por B. Como ambos agiram ilicitamente, o fato é imputável a A.¹⁵⁴

As soluções que ele propôs para diversos casos concretos e as suas críticas à causalidade, não encontraram eco na doutrina majoritária.

1.5 - ROXIN

O tema imputação objetiva, que permaneceu esquecido durante alguns anos volta ao cenário jurídico em 1970, quando HONIG estava completando 70 anos e em

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. Op. cit. p.56.

sua homenagem, foi publicado a obra *Festschrift für Richard Honig*, de autoria de CLAUD ROXIN.¹⁵⁵

ROXIN inicialmente expôs e estudou a teoria da imputação escrita por HONIG e após isso, teria mencionado o exemplo do sobrinho, que desejando a morte do tio, o envia ao bosque de Zahrigen, sendo o tio fulminado por um raio. Ele passa então a desenvolver a sua teoria, abandonando os critérios ontológicos em favor de critérios normativos. Ele também desliga a sua teoria do dogma causal, atrelando-a à idéia do risco.¹⁵⁶ O princípio do risco teria o enunciado seguinte: “a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico.”¹⁵⁷ Ele passa então a elaborar a sua teoria, formulando alguns critérios normativos que serviriam para estabelecer a imputação no tocante aos delitos materiais ou de resultado (os que produzem uma modificação no mundo físico). Ele procura desvincular a sua teoria do chamado dogma causal e a alicerça no princípio do risco. A análise era feita a partir do resultado, examinando-se, então, se o comportamento do autor teria produzido ou não um risco juridicamente relevante.

Interessante observar que ele entendia que só seria cabível a imputação de um resultado se o agente tivesse atuado com domínio final e se a sua conduta fosse dirigível ou previsível. A exemplo do entendimento esposado por HONIG, ele entendia que a conduta deveria ser final, mas esta finalidade enfeixava tanto o que o agente desejava quanto aquilo que lhe era previsível. Além disso, ele deveria agir dominando o processo causal. Ausentes tais pressupostos, não subsistiria a imputação, ainda que em face de uma conduta causal. A relação de causalidade é considerada por ROXIN como pressuposto da imputação, devendo ser ambas comprovadas sob o aspecto exclusivamente objetivo. Se o fato, objetivamente considerado, não pudesse ser considerado obra do sujeito, não remanesceria a imputação, e a conduta seria atípica.

O princípio do risco foi apresentado em quatro *topoi*: a) diminuição do risco; b) criação e não criação de um risco juridicamente relevante (ou irrelevância do risco); c) incremento do risco; e d) o fim de proteção da norma.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. Op. cit. p. (citação de rodapé), página 49.

¹⁵⁶ Confirma PRADO, Luiz Régis, op. cit. p.64, e CLAUD ROXIN, op. cit. p. 58.

¹⁵⁷ NATSCHERADETZ, Ana Paula, Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal, tradução da obra de ROXIN, *Gedanken zur Problematik der zurechnung im strafrecht*, Veja Universidade, Lisboa, 1993, p. 145 e ss.

Também no mesmo trabalho ROXIN falou a respeito da distinção entre imputação do comportamento e imputação do resultado. Esse trabalho inicial foi modificado, tendo havido algumas subdivisões e agrupamentos de casos concretos.

ROXIN agrupa as diversas hipóteses componentes do seu princípio em três grupos: 1) Criação do risco não permitido, que se subdivide em: a) exclusão da imputação na diminuição do risco; b) exclusão da imputação na ausência de criação de perigo; c) criação de perigo e cursos causais hipotéticos e d) exclusão da imputação nos casos de risco permitido. 2) Realização do risco não permitido, que se subdivide em: a) exclusão da imputação no caso de não realização do risco não permitido; b) exclusão da imputação no caso de resultados não compreendidos no fim de proteção de norma de cuidado; c) comportamento alternativo conforme ao direito e a teoria do aumento do risco; d) combinação das teorias do aumento do risco e do fim de proteção. 3) O alcance do tipo, subdividido em a) a contribuição de uma autocolocação em perigo dolosa; b) a heterocolocação em perigo consentida; c) atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio;

1.5.1 – CRIAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO

1.5.1. a – EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO NA DIMINUIÇÃO DO RISCO

Não são imputáveis as ações que visam diminuir o risco ou retardar a sua concretização (num resultado). Ditas ações, em consequência, não se revestem de tipicidade. Como exposto supra, para a teoria da imputação objetiva são típicas as ações dirigidas à criação, ao aumento do risco ao bem jurídico, ou direcionadas à concretização desse risco, com a produção do evento danoso; se o sujeito age em sentido contrário a isso tudo, na medida em que procura diminuir os riscos provocados por um outro processo causal, ou se atua visando retardar o advento do fato danoso, não se pode considerar que tenha atuado de forma típica. Ele não será passível de imputação.

JUAREZ TAVARES observa que mesmo tendo o agente provocado uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico, não ocorrerá a imputação se “a sua conduta

consistir numa alteração do processo causal em marcha, de modo a tornar menor essa lesão ou menor a possibilidade da ocorrência do perigo.”¹⁵⁸

A doutrina nos fornece um exemplo clássico a esse respeito. “A”, percebendo que uma pedra irá atingir a cabeça de “B”, o empurra e a pedra atinge apenas o ombro de “B” lesionando-o de forma menos perigosa. Como “A” atuou visando diminuir o risco ao bem jurídico, a lesão sofrida por “B” não lhe será imputada.

Também se um médico age no sentido de tentar salvar o paciente, que havia padecido uma parada cardíaco-respiratória, fazendo-lhe uma traqueotomia, não conseguindo, contudo, evitar o resultado letal, não responderá por nenhum delito, já que objetivamente retardou a morte do paciente.

O item “diminuição do risco” sofre algumas críticas, e JUAREZ TAVARES nos adverte que ocorrerá a imputação no caso do sujeito interferir no processo causal, não para diminuir o risco, mas sim produzindo um resultado diverso, mesmo que este eventualmente possa ser “mais vantajoso ou menos lesivo para a vítima”.¹⁵⁹ A título de ilustração ele cita a hipótese de “A” convencer “B” a atirar no abdome de “C” ao invés de alvejá-lo na cabeça. Embora o disparo realizado seja menos lesivo que o inicialmente intentado por “B”, subsistiria a imputação em relação a “A” e “B”. Na opinião abalizada do citado Mestre, “A” teria dado início a um novo processo causal, direcionando-o à produção de uma lesão distinta. (o exemplo é de WESSELS). (v. p. 283 da citada obra).

Outro exemplo muito citado a respeito desse tópico é o de alguém, que encontrando uma criança no interior de um apartamento em chamas, e sem outra forma de debelar o perigo, lança-a pela janela evitando que morra, provocando-lhe, entretanto, graves lesões. Também aqui remanesceria a imputação. Existirá uma conduta típica, que no caso encontrar-se-á amparada por uma justificante.

No último exemplo, o agente teria dado origem a uma seqüência de risco diversa daquela que se originou do incêndio.

Hipótese diferente ocorreria se “A” atacasse “B” com um lança-chamas e “C” percebendo que a vítima seria atingida no tórax e no rosto, a empurrasse e o fogo só ferisse as pernas de “B”. “C” não teria inaugurado um novo processo causal, ele atuou dentro do empreendimento causal pertencente a “A” e diminuiu as suas conseqüências perigosas.

¹⁵⁸ TAVARES, Juarez, op. cit. pp. 282-283.

¹⁵⁹ TAVARES, Juarez, op. cit. p. 283.

Para JUAREZ TAVARES no último exemplo (do apartamento) inexistiria imputação.

Nas hipóteses de serem atingidos bens jurídicos diversos, e tendo o agente inaugurado um novo processo causal, TAVARES defende o entendimento de que a imputação persiste e que poderá, se for o caso, incidir uma excludente de ilicitude.¹⁶⁰

Já LUIZ REGIS PRADO, na obra escrita em parceria com ÉRIKA MENDES DE CARVALHO entende que em ambos os casos remanesce a tipicidade e que esse conflito de interesses deve ser examinado no âmbito das causas de justificação.¹⁶¹

MARCELO A. SANCINETTI tece fortes críticas a esse topos, entendendo que ele tem uma amplitude exagerada. Ele entende que, com o uso do critério “diminuição do risco”, pode-se chegar a conclusões equivocadas. Ele cita um exemplo no qual “A” arma uma bomba relógio que deverá explodir às 12.00 horas. Após isso, aparece “B” que fazendo uso do mesmo relógio arma outra bomba com a explosão prevista para as 12.10 horas. Por alguma razão, esse segundo mecanismo anula o primeiro e mantém-se eficaz, ocorrendo apenas a explosão da segunda bomba. Acontece, que quando a segunda bomba explode, a vítima já estaria morta. Ele dá a solução seguinte: *“Si, al momento de actuar “B” no sabe nada de la acción de “A”, comete tentativa – pues, por pura casualidad, falta la consumación, debido a que “B” beneficia a la victima -; pero, si “B” conoce la situación previa, no crea ya un riesgo reprobado”*.¹⁶²

No exemplo acima, vemos que o segundo agente não atuou no sentido de diminuir o risco, ele limitou-se a substituir um risco por outro de igual letalidade e a ele será imputado o resultado.

Exemplo similar seria o seguinte: João, inimigo de Antônio, arma-lhe uma emboscada. Quando a vítima se aproxima, João desfere-lhe um disparo de arma de fogo, que por alguma circunstância não a atinge. Manoel, também inimigo de Antônio, e que quer, ele, matar a vítima toma a arma de João e permite que a vítima se afaste embora não a perdendo de vista. Segue a vítima à distância e vinte minutos após a alveja e mata. A imputação subsistirá íntegra para os dois agentes. A conduta de Manoel retardou a morte da vítima, mas ele não atuou, de forma alguma, visando a que fosse diminuído o

¹⁶⁰ TAVARES, Juarez, op. cit. pp. 283-284.

¹⁶¹ PRADO, Luiz Regis, op. cit. p. 69.

¹⁶² SANCINETTI, Marcelo A. *Observaciones sobre la teoria de la imputación objetiva. Teorias actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 198.

risco ao bem jurídico. Ele substituiu esse risco. Ele tomou o lugar de João. Um responderá por tentativa, o outro pelo delito consumado.

Nós entendemos que a razão está com JUAREZ TAVARES, devendo excluir-se a imputação se o sujeito intervém num processo causal e atua no sentido de reduzir o risco e que a imputação persistirá nos casos em que o agente dê início a um novo processo causal, gerando uma lesão que a ele será atribuída.

FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, prefere dizer que subsiste a imputação quando há por parte do agente a substituição de um perigo por outro, ainda que menos lesivo que o primeiro.¹⁶³

Não podemos deixar de observar que nesse *topoi* é relevante sabermos a intenção que dirigiu a conduta do sujeito e esse é um aspecto subjetivo que, dependendo das circunstâncias, irá decidir o que é ou não imputável.

No exemplo da pedra, nos coloquemos como expectadores: De longe vemos uma pedra caindo na direção da cabeça de uma pessoa e antes que ela seja atingida, outra pessoa dá-lhe um empurrão e a vítima acaba sendo atingida no ombro, resultando uma lesão menos perigosa. Objetivamente, a pessoa que deu o empurrão agiu no sentido de diminuir o risco em relação ao bem jurídico tutelado. Entretanto, suponhamos que o autor do empurrão, possuidor de péssima visão, fosse um inimigo da vítima, e pensasse que a pedra não atingiria o seu desafeto e por isso o empurrou visando que fosse atingido na cabeça e assim, por circunstâncias alheias à sua vontade ocorreu uma lesão menor. No plano objetivo teríamos uma conduta atípica, por exclusão da imputabilidade, mas se considerássemos o aspecto subjetivo, teríamos um crime de lesão corporal ou quiçá uma tentativa de homicídio. Por isso entendemos que esse item necessita de uma maior reflexão.

1.5.1.b - EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO NA AUSÊNCIA DE CRIAÇÃO DE PERIGO

Pelos parâmetros da teoria da imputação objetiva, para que se possa atribuir um resultado a alguém é mister que esse alguém tenha criado um risco não permitido. Se ele não cria esse risco juridicamente relevante à lesão de um bem tutelado, não será passível de imputação e a sua conduta, em consequência, será atípica.

¹⁶³ D'ÁVILA, Fabio Roberto, Crime culposo e a teoria ... op. cit. p. 53.

Há condutas que não produzem, objetivamente, qualquer risco de lesão ao bem protegido pela norma penal. Tais condutas têm existência a nível subjetivo mas não são acompanhadas de uma exteriorização com potencialidade real de lesionar o bem tutelado. Elas subsistem no âmbito intelectual mas o seu aspecto subjetivo não se concretiza numa conduta apta a produzir o que foi desejado. Há um desejo anterior à representação, que é edificada de forma imperfeita, exteriorizando-se de maneira totalmente inócua a produzir o evento arquitetado pelo sujeito. O agente pode, a nível subjetivo, querer produzir um risco a um bem ou concretizar esse risco com a eclosão de um evento material, mas apenas isso não é suficiente para que seja passível de uma imputação. Faz-se necessária a exteriorização do que ele representou e ainda exige-se que a sua atuação efetivamente produza um risco relevante do ponto de vista jurídico. Ademais, se realizada a conduta ocorrerem lesões diversas das por ele intentadas, buscadas e não previsíveis, ou perigos não representados ou por ele perseguidos, e para os quais a sua conduta não possua relevância, ele não responderá por essas outras lesões ou pela criação desses outros perigos.

Exemplo: na Alemanha existe o bosque de Zahringen, local onde é grande a incidência de raios por ocasião das tempestades de verão. Um sobrinho, desejando a morte do tio, para ficar com a sua herança, o aconselha a passear no referido bosque, pois tem esperanças de que se forme uma tempestade e que o tio seja atingido por um relâmpago e morra. A vítima vai ao passeio, sendo fulminada por um raio.

Não se pode imputar esse resultado ao sobrinho já que a sua ação não criou um perigo no plano objetivo. A conduta dele, a nível objetivo, não tinha possibilidades concretas de provocar o evento que ele desejava. Ele não possuía o domínio sobre o curso causal e não podia nele interferir com sua atuação física. O fato ocorreu por força de fatores estranhos e independentes. O risco causado por sua conduta não se revestiu da imprescindível relevância. A esse respeito ROXIN aduz com propriedade: “quem induz outrem a ir ao bosque com tempestade não cria com isso nenhum perigo de morte relevante juridicamente, porque a possibilidade de ser alcançado pelo raio é estatisticamente tão pequena que o Direito não a valora como um perigo proibido.”¹⁶⁴

Outro exemplo: “A” fere “B” sem gravidade. Quando a vítima está sendo levada para o hospital por uma ambulância, o motorista desta perde o controle e o veículo cai

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis, op. cit. p. 72.

num precipício, vindo “A” a morrer por fortes contusões. A conduta de “A” não gerou nenhum risco para que a vítima morresse por contusões generalizadas. Esse resultado não lhe pode ser imputado.

Não podemos deixar de observar que a imputação *in casu* poderia também ser afastada pelo princípio do âmbito de proteção da norma.

O primeiro requisito para que se impute um resultado a alguém é que esse alguém crie um perigo ou concretize esse perigo com a produção de uma lesão ao bem protegido. Se o agente não criou risco algum ao bem tutelado a sua conduta será atípica. Se ele criou um risco e ocorreu algum resultado, faz-se mister estabelecermos se esse resultado foi fruto do risco por ele criado. Os eventos que não guardam liame com o risco criado pelo agente não lhe podem ser imputados. Assim, se ele cria um risco não permitido, mas sem que este possua qualquer potencialidade causal, caso ocorra algum fato, este não pode ser considerado obra sua.

A doutrina costuma citar o exemplo de um motorista que empreendendo velocidade acima do limite permitido faz uma ultrapassagem sem as devidas cautelas e o motorista do outro veículo leva um susto, sofre um enfarte do miocárdio e morre. Resulta claro que apesar do agente ter violado o dever de cautela, tanto ao dirigir em velocidade excessiva quanto ao fazer ultrapassagem em manobra arriscada, o resultado ocorrido não é fruto dessa conduta, e a sua ação não possui assim relação relevante para o direito. A sua conduta, apesar de criadora de riscos, não influiu de forma significativa para a eclosão do evento. Sob o prisma da teoria da *conditio sine qua non*, a sua conduta seria considerada causa do acontecimento, mas tal não ocorre sob o enfoque da imputação objetiva.

No que concerne a esse exemplo é oportuna a observação de LUÍS GRECO: “o perigo de que alguém sofra um ataque cardíaco por medo é aumentado, se bem que em um *quantum* pouco significativo, pela direção errônea de outra pessoa. Mas este aumento é ainda insuficiente para que o resultado possa considerar-se imputável.”¹⁶⁵

Por outras palavras, o risco criado não se revestiu de relevância jurídica por não possuir em circunstâncias normais potencialidade para produzir o aludido resultado.

A esse respeito JUAREZ TAVARES, sempre de forma abalizada, fala em “intangibilidade do risco”. Por esse princípio, “a imputação não subsiste quando for de

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. (trad. Introd. Luís Greco) op. cit. p. 335.

tal forma diminuta a participação no processo causal que não se possa demonstrar a sua relevância.”¹⁶⁶ (grifos do autor).

Por conseguinte, não demonstrada a relevância da contribuição causal, devemos considerar que o risco criado permanece no âmbito “daquele risco normal da vida diária.”¹⁶⁷

1.5.1.c – CRIAÇÃO DE PERIGO E CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS

Uma das falhas do método da eliminação hipotética de THYRÉN era afastar a causalidade nos casos de cursos causais hipotéticos. O exemplo clássico, seria o do cidadão que afasta o carrasco e ele mesmo aciona a chave eletrocutando o condenado. Se excluíssemos a conduta desse cidadão, ainda assim ocorreria a morte do condenado. E por esse critério a conduta do agente não teria sido causal.

ROXIN dedicou-se também ao estudo dessa hipótese. E ele nos fala no princípio da **assunção**, (*Übernahmeprinzip*) afirmando o seguinte: “a imputação de uma realização antijurídica de um tipo não pode ser excluída por existir um autor substituto que, na inexistência do primeiro autor, teria assumido a prática do fato.”¹⁶⁸

Não se pode negar que tenha ocorrido uma ação dirigida a um fim e que o resultado eventualmente ocorrido é obra do agente (que substituiu o outro) e que criou o perigo para o bem penalmente tutelado. A agente substituidor assume a autoria do fato.

Aliás defender-se o contrário vulneraria o fim da norma penal, e o senso de justiça, inclusive dos leigos.

ROXIN cita as hipóteses de fuzilamentos ilegais em época de guerra. No caso de uma execução assim, o seu autor não pode livrar-se da imputação sob o fundamento de que se não fosse ele a executar a vítima outro teria feito a mesma coisa em seu lugar.¹⁶⁹ Ele ainda fala no exemplo de quem empurra o carrasco e o substitui durante uma execução e noutros casos similares, tudo na mesma página por nós citada.

Ainda dentro desse tópico o autor fala nos casos em que ocorre uma atuação do agente no sentido de modificar um processo causal natural, sem contudo, agravar a

¹⁶⁶ TAVARES, Juares, Teoria do injusto penal ... op. cit. p. 285.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 285.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus (trad. Introd. Luís Greco, op. cit. p. 318.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 318.

situação da vítima e nos casos em que o agente substitui a causalidade natural por uma ação autônoma.

Na primeira hipótese haverá a exclusão da imputação; na segunda, ela persistirá.

Como exemplo da primeira hipótese, ele se socorre em SAMSON e nos fornece o exemplo seguinte:

“F está dentro de um trem, que avança sobre uma linha férrea de dois trilhos. A linha se encontra bloqueada por um desabamento de uma montanha, de tal maneira que F não consegue frear a tempo, ficando o trem na iminência de chocar-se. A altera a agulha, de modo que o trem é levado do trilho esquerdo para o direito, que se encontra igualmente bloqueado pelo desabamento. F morre.”¹⁷⁰

O mestre germânico ainda nos alerta de que nesse caso só haverá a imputação se o dano for aumentado ou antecipado, ou seja, se o dano for intensificado, segundo o princípio da intensificação de SAMSON in Cursos Causais hipotéticos no Direito Penal, 1972, p. 96 e seguintes.

Como exemplo da segunda hipótese, ele fala no fato de alguém, que vendo outro vítima de desabamento, dá-lhe um tiro no momento em que vai ser atingido pelas pedras.

1.5.1.d - EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO NOS CASOS DE RISCO PERMITIDO

Com o progresso tecnológico, as distâncias foram encurtadas. Pode-se apanhar um avião no Rio de Janeiro e em doze horas chegar-se à Europa. Já se fala nas viagens em naves espaciais, havendo pessoas dispostas a gastar fortunas para uma excursão na estratosfera. Também ocorreram avanços na medicina, nas atividades industriais, na agricultura e há um incremento do turismo, e das relações comerciais entre países distantes, com pessoas deslocando-se por diversos meios de transporte de uma nação para outra. Temos a energia nuclear e há projetos para aeronaves comerciais viajarem em velocidade superior duas vezes à do som. Todo esse avanço possui um resíduo de

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 320.

riscos. Um acidente nuclear tem a capacidade de gerar graves danos causados pela radiação. A queda de um avião de grande porte gera uma enorme perda de vidas. O tráfego automobilístico causa um número impressionante de mortes todos os anos. Tais atividades produzem algum perigo. A maioria dessas atividades é regulada administrativamente, sendo fixadas regras de segurança quanto ao seu funcionamento. Por conseguinte, quando alguém desempenha uma dessas atividades seguindo essas normas de segurança, se ocorre algum dano a outrem, esse evento não se revestirá de tipicidade penal.

O próprio Estado reconhece que tais atividades possuem riscos em potencial, tanto que procurou regulamentá-las, fixando as regras que devem ser seguidas por quem as desempenha.¹⁷¹

Há um intenso debate na doutrina quanto à sua natureza jurídica. Alguns entendem que a conduta dentro do âmbito do risco permitido seria uma ação socialmente adequada. HANS WELZEL ao se referir à adequação social ilustrou a sua exposição com a hipótese de tráfego de veículos.

*“La participación en el tránsito es imposible absolutamente sin asumir un cierto riesgo. Aquí, se añade el segundo aspecto, el Del ‘obrar prudente’, que restringe al primero: contrario al cuidado es solo aquella puesta en peligro que va más allá de la medida normal en el ámbito de relación o de la medida ‘adecuada socialmente’.”*¹⁷²

ROXIN, na tradução e introdução de LUÍS GRECO fala que por vezes o risco permitido é “identificado total ou extensamente, com a adequação social”, citando ENGISCH, WELZEL E KIENAPFEL.¹⁷³

¹⁷¹ Conforme FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA, “Preocupado em, ao menos, minimizar os prejuízos dessa atividade tão importante, o ordenamento jurídico, entre outras esferas, passou a regulamentar a circulação de veículos automotores, como procedeu, igualmente, em inúmeras outras atividades, dentre as quais, v.g., a medicina, a exploração de energia nuclear, o tráfego de aeronaves, etc.” (D’ÁVILA, Fábio Roberto. Op. cit. p. 46).

¹⁷² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán, Parte general*. 4 ed. trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago : *Editorial Jurídica do Chile*, 1997, p. 158-159. Cf. também FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA. Op. cit. p. 46.

¹⁷³ ROXIN, Claus (trad. Luís Greco) op. cit. p. 324.

Há doutrinadores que o vêem como consentimento em comportamentos contrários ao dever de cuidado, como v.g. SCH/SCH/LENCKNER, na menção de ROXIN, na mesma obra já referida, p. 324.

Também ele é visto como causa de justificação, sendo mencionados como defensores desta posição KIENAPFEL e HIRSCH.¹⁷⁴

Os partidários do entendimento de que o comportamento dentro dos parâmetros do risco permitido seja causa de exclusão da imputação objetiva, o consideram como excludente da tipicidade. Destarte, quando alguém age sem extrapolar o risco permitido, se ainda assim a sua conduta produz algum dano, não se pode dizer que essa conduta seja típica e justificada. Ela sequer será típica.

O jovem jurista FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, fala com muita propriedade que algumas atividades possuem uma periculosidade intrínseca e que por isso geram um risco socialmente permitido, não se podendo confundir esse risco decorrente do desempenho desse tipo de atividade, com o perigo especial “gerado em condições desafortunadas”. E, arremata a sua exposição com a ilustração seguinte:

“É muito diferente a conduta de um motorista de ambulância que trafega normalmente, sem atender a nenhum chamado de urgência, daquela praticada por um motorista de ambulância que, para salvar uma vida, infringe normas regulamentares. Apesar de ambas as condutas, indubitavelmente perigosas, estarem permitidas pelo direito, geram conseqüências diversas na estrutura do delito: no primeiro exemplo, o motorista age dentro do risco socialmente aceito para aquela atividade (condução de veículos automotores em vias públicas), não ultrapassando os limites do risco permitido e, por sua vez, agindo de forma atípica. No segundo exemplo, o agente ultrapassa os limites do risco permitido, não observando inúmeras normas regulamentares; porém, sua ação atende a um interesse específico, socialmente valioso, o que acarretará a sua permissão, mediante a exclusão da ilicitude.”¹⁷⁵

ROGÉRIO GRECO, após citar JAKOBS, fala-nos que se cada um dos membros da sociedade comportar-se em conformidade com o seu papel,

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 324.

¹⁷⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. cit. p. 49.

“mesmo que a conduta praticada importe na criação do risco de lesão ou perigo de lesão aos bens de terceira pessoa, se tal comportamento se mantiver dentro dos padrões aceitos e socialmente assimilados pela sociedade, se dessa conduta advier algum resultado lesivo, este será imputado ao acaso”.¹⁷⁶

Concluimos assim que o perigo normal, oriundo das atividades já referidas, não vulnera a tipicidade. As condutas que permaneçam na esfera dessa periculosidade (geral) não são objetivamente imputáveis, não são pressupostos de tipicidade. Já a perigosidade especial poderá estar amparada, se atendidos os requisitos legais, por uma causa de justificação. O perigo residual dessas atividades goza assim da característica de ser permitido, normal, socialmente aceitável, portanto, atípico. Já o perigo especial verificado em situações necessárias, é amparado por normas permissivas, ficando assim sob o manto protetor de uma excludente de ilicitude.

1.5.2 – REALIZAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO

1.5.2.a – AUSÊNCIA DA IMPUTAÇÃO PELA NÃO-REALIZAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO.

Há hipóteses em que o sujeito cria o perigo, há a produção de um resultado, só que este não é decorrente do risco criado pelo sujeito e sim de outros fatores alheios àquela conduta inicial criadora do risco. Em tais hipóteses o autor só responderá pelo evento proveniente de sua conduta. Essa realização do perigo não poderá ser a ele imputada, já que decorrente de outras forças, não de sua ação inicial. No caso do sujeito intentar matar alguém, alvejando-o com disparos de arma de fogo, exige-se que a morte da vítima ocorra por força desse comportamento criador de riscos à vida. O ferido pode falecer por anemia aguda provocada por hemorragia interna ou por uma infecção proveniente das lesões por ele sofridas. Tanto a anemia aguda quanto a infecção decorrem diretamente da conduta que criou risco à vida da vítima. Já no caso dessa mesma vítima ser levada para um hospital que desaba e ela morrer por força das lesões oriundas desse desabamento, não se pode falar em homicídio consumado. A morte da

¹⁷⁶ GRECO, Rogério. Curso de direito penal – 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 264.

vítima não se originou diretamente da conduta criadora do risco. Houve um novo processo causal que criou um risco diverso e este é que causou o falecimento. Esse desvio no processo causal foge ao domínio do autor e lhe é totalmente imprevisível. O evento não lhe pode ser imputado. Nessa segunda hipótese, o autor responderá por um homicídio tentado.

Nota-se que o sujeito empreendeu uma conduta que efetivamente gerou risco à vida da vítima, mas esse risco veio a se concretizar, não por força dessa conduta, e sim em decorrência de outros fatores alheios ao querer e mesmo à previsibilidade do autor; tais fatores externos achavam-se totalmente fora dos planos do sujeito.

Em hipótese similar, ROXIN fala no caso de uma vítima de tentativa de homicídio falecer, não em consequência do ataque sofrido, mas sim em razão de um incêndio no hospital. E conclui com toda a propriedade:

“Verifica-se a realização do risco através de um segundo juízo de perigo, a ser formulado depois da prática da ação, com base no curso causal efetivamente percorrido. No caso do exemplo, deve-se perguntar se o tiro disparado pelo autor aumentou de modo juridicamente mensurável o risco de uma morte através de incêndio.”¹⁷⁷

Há também o exemplo seguinte: “A” fere “B” na perna, sendo o último transportado ao hospital, onde o médico “C”, erroneamente, entende que lhe deva amputar o membro ferido, porque seria, ao seu ver, o único meio de evitar uma septicemia. (Exemplo de JUAREZ TAVARES).¹⁷⁸

No caso em exame, o resultado mais grave (amputação da perna) deve ser imputado ao médico e não ao autor da primeira agressão.

JUAREZ TAVARES, fazendo menção ao JAKOBS e ao modelo de risco por ele proposto, assevera com a precisão de sempre:

“Desde que a intervenção do médico se afaste do *modelo de risco* posto em prática pelo primeiro causador e passe a constituir um outro modelo de risco, é de se excluir a imputação quanto ao primeiro causador, no que toca a esse segundo

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. (trad. e introd. Luís Greco). Op. cit. p. 328.

¹⁷⁸ TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 297.

modelo, porque situado fora do alcance do tipo correspondente àquele primeiro modelo de risco.” (grifos do texto original).¹⁷⁹

Esse princípio é aplicável aos delitos dolosos e aos culposos. Nos delitos negligentes deve-se aferir se o perigo criado pelo autor, segundo um juízo *ex ante*, realizou-se, com a produção de um resultado. Pode ocorrer que o agente aja de forma descuidada e com isso que ele crie um perigo, o que é examinado posteriormente ao fato (já que estamos tratando de concretização do perigo), mas também é possível que se constate que essa concretização do risco não tenha ocorrido em consequência da conduta criadora do perigo. Em tal hipótese, não se pode imputar o resultado ao agente.

ROXIN, acerca desse assunto, fala no conhecido exemplo dos pêlos de cabra, realizando uma variação de um caso concreto, RGSt 63, 211.

“O gerente de uma fábrica de pincéis entrega a suas trabalhadoras pêlos de cabra chineses, sem tomar as devidas medidas de desinfecção. Quatro trabalhadoras são infectadas pelo bacilo antrácico (*Milzbrandbazillen*) e falecem. Uma investigação posterior concluiu que os meios de desinfecção prescritos seriam ineficazes em face do bacilo, até então desconhecido na Europa.”

Na argumentação trazida à baila por ROXIN não se pode imputar o resultado ao agente, já que em tais circunstâncias, “ele estaria sendo punido pela violação de um dever cujo cumprimento seria inútil.” Também restaria violado o princípio da igualdade, “pois o curso causal corresponde exatamente àquilo que ocorreria se o autor se mantivesse dentro dos limites do risco permitido, não se justificando um tratamento diverso.”¹⁸⁰

A imputação no caso poderia ser afastada com base no argumento de que o autor, apesar de ter agido de modo a criar o risco ao bem protegido, teve uma atuação sem qualquer potencialidade causal face ao resultado ocorrido, que teria sido consequência de fatores estranhos à sua conduta. A morte das vítimas não pode ser considerada obra do seu empregador, ela foi fruto de infecção causada por um agente

¹⁷⁹ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal... op. cit. p. 297.

¹⁸⁰ ROXIN, Claus (trad. introd. Luis Greco) Op. cit. p. 332. ROXIN menciona que esse é o entendimento predominante na doutrina, mas ele tem opinião diversa. Ao seu sentir, teria ocorrido um homicídio culposo, porque o sujeito, com a sua atuação teria provocado “um aumento considerável do risco”. Cf. n° 85 na p. 346.

infeccioso até então desconhecido e as normas de desinfecção, delimitadoras do risco, mesmo que seguidas, seriam ineficazes.

O tema será examinado com mais profundidade no tópico “comportamento alternativo conforme ao Direito e teoria do aumento do risco”.

Em sentido contrário, quando o agente, com seu comportamento, aumentar o perigo do curso causal posterior, de modo juridicamente relevante, o evento deve ser-lhe imputado. Isso ocorre quando o sujeito pratica uma tentativa que não gera o resultado, mas produz risco relevante que influi diretamente no processo causal posterior a essa tentativa e que acaba por produzir o evento.

Ex: “A” querendo matar “B” por afogamento, lança-o de cima de uma ponte bem alta, visando a que caia nas águas profundas do rio; só que por um desvio causal a vítima atinge uma pedra próximo à margem do curso d’água e morre por fratura no crânio e não afogada.

Não há dúvidas de que a conduta que visava cometer o homicídio por afogamento gerou o risco que influiu no segundo processo causal, que no fim das contas provocou a morte por ele intentada. Essa morte não ocorreu por força do processo causal inicial e sim através de um desvio que o desdobrou, mas o processo inicial produziu um risco juridicamente relevante no que tange a esse desdobramento que provocou o falecimento da vítima. Por força disso, o resultado deve ser imputado ao agente.

O exemplo acima é uma variação da ilustração de ROXIN, na qual a vítima após lançada morre ao bater na coluna de sustentação da ponte. Ele conclui que o resultado não ocorreu “por acaso”, devendo ser imputado ao agente, como homicídio consumado, considerando-se irrelevante o desvio no curso causal.¹⁸¹

Até aqui falamos em hipóteses de condutas visando a um homicídio nas quais o resultado ocorre por fatores diversos. Podem também advir resultados diferentes do pretendido pelo autor, como os decorrentes de erro na execução. A esse respeito RÉGIS PRADO na obra escrita em parceria com ÉRIKA MENDES DE CARVALHO no tópico “Realização do plano do autor”, nos diz que esse critério é proposto para estender a imputação objetiva ao tipo subjetivo. Ele dá o exemplo de “A” desejando matar “B”, dispara em sua direção, mas a bala é desviada e atinge o próprio filho de “A”, “C”, que

¹⁸¹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 329.

estava nas proximidades, matando-o. REGIS PRADO observa que o nosso Código Penal teria adotado a “teoria da igualdade de valor” e no caso considera ter havido um homicídio consumado (art. 73). Mas, também nos informa que ROXIN defende o entendimento de haver ocorrido, nessa hipótese, um concurso formal entre um homicídio doloso e um culposo, mencionando outros autores que perfilhariam o mesmo posicionamento, entre eles JESHECK, CERESO MIR, RODRIGUEZ DEVESA e MIR PUIG.¹⁸²

Os critérios da imputação objetiva seriam utilizados para a imputação subjetiva e essa realização do risco no âmbito objetivo corresponderia à realização do plano do autor no âmbito subjetivo.

Para ROXIN a imputação subjetiva (tratada no mesmo tópico acima) ocorre quando, além de se constatar a imputação objetiva ocorrer uma correspondência entre a realização do risco (objetivamente considerada) e a “realização de um plano ‘por parte do autor’.”¹⁸³

No exemplo citado, o plano do autor era matar o seu inimigo, e esse plano não se concretizou a nível objetivo, já que ele acabou por matar o próprio filho. Para REGIS PRADO na obra escrita juntamente com ÉRIKA MENDES DE CARVALHO, teria ocorrido um homicídio culposo com relação à morte da vítima efetiva e uma tentativa de homicídio no que tange à vítima virtual.

Para melhor elucidar a questão, REGIS PRADO cita a hipótese de um terrorista que desejando gerar uma insegurança no sistema estatal, alveja o policial “A”, mas atinge o policial “B”, frisando que nesse caso apesar do erro quanto à vítima, teria ocorrido um homicídio consumado, já que o plano do autor foi conseguido e o importante não era que a vítima fosse “A” ou “B”, importando apenas que se tratasse de um policial. Já no primeiro exemplo o plano do autor restou frustrado.

Esse critério serviria também para solucionar as hipóteses de dolo geral. O exemplo citado é o de “A” desejando matar “B”, desferir-lhe um tiro e supondo a vítima morta, a lança no rio, onde esta morre, não pelas lesões produzidas pelo disparo de arma de fogo e sim em virtude de afogamento.

Para ROXIN, mencionado por REGIS PRADO, no tocante ao último exemplo, se tiver ocorrido o dolo direto, pode-se imputar a morte ao agente. Ao seu ver, apesar da

¹⁸² PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 96-97.

¹⁸³ Cf. PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 96-97.

realização do risco ter sido conseguida por caminho diverso do utilizado pelo sujeito, o seu plano restou concretizado. A diferença entre a *causa mortis* efetiva e a representada pelo agente, seria irrelevante, “tanto para a valoração jurídica quanto para o sujeito.”¹⁸⁴

Na nossa doutrina há o entendimento quase unânime de que no caso em comento ocorre um homicídio consumado. Mas há na doutrina penal quem defenda que teria ocorrido um homicídio doloso em concurso com um homicídio culposo.

Nos atrevemos a solucionar de maneira diferente essa hipótese. Há inicialmente uma tentativa de homicídio. O agente, desejando matar a vítima, efetuou contra esta um disparo de arma de fogo atingindo-a em local que ele pensou ser letal. Supondo estar morta a pessoa atingida, deixou de alvejá-la, deixando assim de prosseguir na execução do delito em razão dessa errônea suposição. Após isso, e face à mesma suposição equivocada, lança o corpo da vítima nas águas do rio, tentando ocultar o cadáver. Essa segunda ação é que provoca a morte do ferido.

Ao nosso ver, a despeito do resultado ter sido provocado pela ação do sujeito, não se lhe pode imputar um homicídio consumado.

Com todas as vênias subsiste um homicídio tentado, pelo menos em princípio. Quando da ação inicial, disparo de arma de fogo, houve uma cessação dos atos de execução do delito por circunstância que escapou ao querer do agente, ou seja, a suposição de que a vítima já estava morta. Caso o agente percebesse que a vítima, embora atingida, continuava viva, prosseguiria com os atos visando conseguir a sua morte.

Tendo em vista o nosso ordenamento jurídico, seria o caso de se analisar qual o tipo de erro que ocorreu. O autor teria empreendido uma conduta que no aspecto objetivo era apta a matar a vítima, só que ele teria errado quanto a uma elementar do tipo do artigo 121, “alguém” (alguém com vida). Ele pensou que a vítima estivesse morta, quando a lançou nas águas. Sendo vencível o erro, ele poderia responder por homicídio culposo em concurso com tentativa de homicídio na forma dolosa. Em se tratando de erro invencível, restariam afastados o dolo e a culpa e conseqüentemente a própria tipicidade e ele responderia apenas pela tentativa de homicídio referente à sua conduta inicial.

¹⁸⁴ PRADO, Luiz Regis.op. cit. p. . 97.

A considerarmos que a segunda ação foi efetivamente de ocultação de cadáver, poderíamos entender tratar-se de crime impossível por impropriedade absoluta do objeto.

É importante frisar que no exemplo do lançamento da vítima da ponte, a mesma estava viva, o sujeito em momento algum supôs estar lançando dali um cadáver e o agente realizou seu plano, embora através de um desvio causal irrelevante. É objetivamente previsível que uma pessoa lançada de grande altura com toda certeza morrerá por força dessa queda. Um ser humano imputável teria certeza de que a queda fora da água mataria a vítima pelas contusões ocorridas.

Essa hipótese é bem diferente da mencionada no caso do *dolus generalis*.

Para melhor elucidar o exemplo da ponte, poderíamos alterá-lo e imaginar que alguém, desejando matar outrem, o levasse até o vão central da ponte Rio-Niterói e de lá jogasse a pessoa ao mar desejando matá-la por afogamento. A vítima caindo de uma altura de setenta metros morre com o impacto ao atingir a água. Dita circunstância afastaria o homicídio consumado? Não. O crime não deixou de consumar-se por circunstâncias alheias à vontade do agente. Pelo contrário, ele se consumou e em decorrência direta do risco criado pelo sujeito, circunstância que pode ser objetivamente inferida.

1.5.2.b – EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO NO CASO DE RESULTADOS NÃO COMPREENDIDOS NO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA DE CUIDADO

Existem hipóteses nas quais o agente extrapola os limites do risco permitido e com isso contribui para o incremento do perigo ao bem protegido, sob o prisma meramente naturalístico, mas a imputação é afastada, já que a sua conduta não vulnerou o fim de proteção da norma de cuidado. Esta, delimita o risco permitido; quem age observando as regras de cautela, atua dentro do âmbito dos riscos socialmente adequados e aceitos e no caso de desempenhar uma atividade que em si produza riscos, como pilotar um avião, se não extrapola esses riscos, a sua conduta não é juridicamente censurável. Mas, ainda que o sujeito aja ultrapassando tais riscos, se o resultado decorrente dessa violação não se encontrar no âmbito (ou fim) de proteção da norma, esse evento não lhe poderá ser imputado.

ROXIN, ensina que “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”.¹⁸⁵

Segundo nos informa BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, o princípio do âmbito, fim ou campo de proteção da norma teria sido desenvolvido por GIMBERNAT ORDEIG, jurista espanhol, que iniciou em 1962, na Alemanha, ao mesmo tempo que ROXIN, estudos para solucionar os problemas relativos às “condutas alternativas adequadas ao direito”.¹⁸⁶

Segundo GIMBERNAT ORDEIG, esse critério seria essencial para definir a imputação do resultado, quer em relação aos delitos dolosos, quer no tocante aos culposos. Ele usou o exemplo seguinte:

“O assassino quer envenenar sua vítima às sete da tarde. Às cinco da tarde vai à farmácia. Leva uma receita do veneno que deseja utilizar que lhe foi entregue por um médico, amigo seu, conhecedor das intenções do autor. Para não comprometer o amigo, o assassino está decidido a usar a receita somente se o farmacêutico se negar a entregar-lhe o produto. Entretanto, o farmacêutico infringe seu dever e vende o preparado venenoso sem exigir a apresentação da autorização médica. Suprimindo-se mentalmente a ação antijurídica, entrega do preparado sem receita, e se acrescentarmos, mentalmente, a ação adequada ao Direito – entrega do preparado somente com a apresentação prévia da receita – o resultado (envenenamento - também ter-se-ia concretizado com detalhes – com o mesmo veneno – e no mesmo instante – também às sete da tarde o assassino teria envenenado sua vítima.”¹⁸⁷

A conduta do farmacêutico, embora violadora de uma norma de cuidado, já que ele forneceu o preparado venenoso sem exigir a respectiva receita, seria atípica em relação ao envenenamento praticado pelo assassino. O âmbito de proteção da norma não alcança esse resultado fruto da conduta de um terceiro. Não é pelo fato do farmacêutico

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. (trad. e introd. Luis Greco). Op. cit. p. 335.

¹⁸⁶ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli – Barueri – SP : Manole, 2003, p 48.

¹⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Causalidad, omisión e imprudência”. In: ADP94, P. 144 – RDCirc. 65, p. 680.

ter sido descuidado que lhe pesarão todas as conseqüências que representem um reflexo desse descuido. Afora isso, a sua conduta mostrou-se desprovida de eficácia causal, na medida que, mesmo não tivesse ele sido descuidado e exigisse a receita (o que afastaria qualquer reprovabilidade do seu comportamento) ainda assim o resultado teria acontecido.

Essa solução teria sido proposta por ORDEIG, considerando-se o envenenamento da vítima fora do âmbito de proteção da norma de cuidado que exigia do farmacêutico só fornecer o preparado mediante exibição da receita médica.

CLAUS ROXIN, que também adota o princípio do “fim de proteção da norma de cuidado” nos fornece um outro exemplo, extraído da jurisprudência alemã (RGSt 63, 392):¹⁸⁸

“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 do sentido oposto. O resultado teria sido evitado, se o ciclista de trás tivesse iluminado a sua bicicleta.”

A conduta do ciclista que ia à frente é claramente descuidada. Ele deixou de usar a iluminação, não acionando o farol da bicicleta. Ao trafegar com o seu veículo com as luzes apagadas, não o destacando na escuridão, violou uma norma de cautela que determinava que assim o fizesse e criou um perigo à colisão que acabou por ocorrer.

As dúvidas subsistem em relação ao ciclista que seguia atrás. Caso este segundo ciclista estivesse com o farol aceso, iluminaria a bicicleta que transitava à sua frente, tornando-a visível e não teria havido a colisão (ou pelo menos esta não seria fruto da ausência de luz na bicicleta da frente). Argumenta-se que essa imputação não seria afastada pelos critérios da causalidade segundo a *conditio sine qua non*, nem pelos princípios da evitabilidade ou da previsibilidade objetiva.

Sob o ângulo da teoria da equivalência dos antecedentes, não se pode negar que o fato dele transitar com o farol apagado foi também causa do evento. Também resulta claro que o acidente, pela forma como ocorreu, seria evitado se ele estivesse com as luzes acesas e também é extrema de dúvidas que ele, ao transitar com o veículo no

¹⁸⁸ ROXIN, Claus (trad. e introd. Luis Greco) Op. cit. p. 335.

escuro e às escuras, teria violado um dever objetivo de cuidado. Por tais critérios, o fato poderia ser-lhe imputado e a ação seria considerada típica.

Já pelo critério do fim, âmbito ou campo de proteção da norma, a imputação do resultado restaria excluída. A regra de cautela que recomenda ao ciclista transitar com o seu veículo iluminado, tem como fim evitar acidentes provocados pelo próprio ciclista, no uso de sua própria bicicleta, não tendo por escopo obrigá-lo a iluminar outra bicicleta para que sejam evitados acidentes causados por colisão desse outro veículo.¹⁸⁹

Também temos o exemplo, fornecido por ORDEIG de um motorista que dirige sem respeitar os limites de velocidade nas proximidades de um colégio, e um suicida lança-se na frente do seu veículo.

Argumenta ORDEIG que seria absurdo afirmar “que o mandato de diminuir a velocidade nas proximidades das escolas tem por objetivo proteger, além das crianças, os suicidas. São imagens de crianças as que figuram nos semáforos de perigo, não de pessoas se apontando uma pistola na cabeça.”¹⁹⁰

Para definir-se a imputação é necessário averiguar-se a *ratio* da lei. Se o sujeito tem um comportamento violador do risco permitido e com isso provoca algum resultado, deve-se examinar se a norma de cuidado desrespeitada tinha por escopo evitar que se produzisse esse resultado, por quem e na forma como foi produzido.

Numa rua cujo limite máximo de velocidade permitida é de 60 km/h, se alguém trafega a 80 km/h e uma pessoa distraída, querendo atravessar a rua, ingressa na pista correndo lançando-se à frente do veículo a dois metros de distância, não se pode em princípio imputar o resultado ao motorista sob o exclusivo argumento de que ele teria violado o risco permitido. A norma de cuidado que determina o limite de velocidade a ser seguido naquele local, não tem por fim evitar atropelamentos de pessoas totalmente distraídas e que ingressam na pista de rolamento de forma tão imprudente. O fato da distraída vítima lançar-se à frente do carro, a dois metros de distância, importa na violação do seu dever de autoproteção e essa violação, tendo em vista a forma totalmente descuidada com que agiu a vítima, define a imputação do resultado, afastando-a em relação ao condutor do veículo e transferindo-a para a pessoa atropelada. Houve um comportamento violador do risco permitido por parte do

¹⁸⁹ A mesma solução nos é dada por ROXIN, Claus (trad. e introd. Luís Greco) op. cit. p. 336 e D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. cit. p. 66.

¹⁹⁰ Cf. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Op. cit. p. 49-50.

motorista, houve um resultado, mas nas circunstâncias em que o evento ocorreu, constata-se que ele foge ao campo de proteção da norma de cuidado. Mesmo que o motorista obedecesse a norma, o resultado teria ocorrido, logo esse evento não estava protegido pela norma.

É forçoso frisar que não se deve confundir o âmbito de proteção da norma de cuidado, com o âmbito de proteção do tipo (campo de alcance do tipo). No primeiro caso verifica-se se a conduta do agente, tendo em vista as circunstâncias em que ocorreu o evento, violou as cautelas previamente estabelecidas pela norma de cuidado, como por exemplo, obrigação de andar com os faróis acesos à noite, dever de exigir a receita antes de fornecer um preparado venenoso, etc, e que riscos podem ser afastados com isso. Há que se perguntar, por que se deve andar com os faróis acesos à noite e que perigo se busca evitar com essa regra de cuidado. A resposta nos esclarece que resultados podem ser incluídos no campo de proteção da norma de cuidado.

Já no segundo caso, examina-se se o resultado encontra-se coberto pelo próprio tipo penal, (matar, lesionar, etc). As hipóteses de violação do âmbito de proteção do tipo serão examinadas mais adiante.

A esse respeito, é oportuna a lição de RÉGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO, onde se faz alusão aos comentários de TORÍO LÓPEZ:

“O critério do fim de proteção da norma adquiriu uma duplicidade de significado facilmente evidenciada: por um lado, fazia alusão ao alcance da norma de cuidado objetivo dos delitos culposos; por outro, era empregado para designar o âmbito da norma concernente à figura de delito. Não fazia Roxin, no início, distinção entre os sentidos apontados, mas em época recente passou a recorrer à expressão “alcance do tipo” para identificar o emprego do critério do fim de proteção da norma em sua segunda acepção.”¹⁹¹

Poderíamos agrupar os casos em que se aplica esse princípio em:

a) resultados decorrentes de outras fontes geradoras do perigo, como nos casos de desvio causal nos quais ocorre a intervenção de fatores totalmente alheios à

¹⁹¹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 86.

dominabilidade do fato, como por exemplo: “A” fere “B”, este, é levado ao hospital e morre vítima de incêndio;

b) resultados oriundos do reflexo do risco, porém não incluídos entre os que a norma deseja evitar, como por exemplo: “A” injeta novocaína em “B”, e este morre de infarto (exemplo de RÉGIS PRADO e ÉRIKA M. DE CARVALHO).

c) resultados provenientes de conseqüências secundárias do delito imputado ao agente (hipóteses que a doutrina incluía nos casos de culpa mediata). Ex: “A” atropela “B” e “C” ingressa correndo na estrada visando socorrer “B” e é atropelado por outro motorista.

Nota: Há hipóteses de desvio causal que não influem no resultado, como no caso de risco irrelevante, ou se o risco criado pelo desvio não se refletir no resultado e há ainda os casos nos quais o desvio não extrapola o âmbito de domínio do agente, nos quais, segundo RÉGIS PRADO, é possível a imputação ao tipo subjetivo.

O exemplo clássico da última hipótese é o do cidadão que, desejando matar outro por afogamento, o lança de uma ponte muito alta e a vítima, ao cair, bate nas colunas de sustentação da ponte, morrendo em virtude desses ferimentos, e não afogada.

1.5.2.c – COMPORTAMENTO ALTERNATIVO CONFORME AO DIREITO E TEORIA DO AUMENTO DO RISCO

Há situações nas quais o agente rompe o limite do risco permitido e com isso produz um resultado lesivo a um bem jurídico, só que, face às circunstâncias em que o fato ocorreu, não se tem certeza de que um comportamento alternativo que seguisse todas as regras de cautela evitaria o evento danoso. Subsistem possibilidades da não ocorrência do resultado com a conduta adequada ao direito. Em tais hipóteses é que, segundo ROXIN teria lugar a aplicação da teoria do incremento do risco. Ele nos fornece o exemplo seguinte, extraído de um julgado do Colendo Tribunal da Alemanha:

“(BGHSt 11,1). “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude de uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito.”¹⁹²

Sustenta ROXIN que pelo fato de remanescer a possibilidade de ser evitado o resultado, com a adoção do comportamento adequado, o evento deve ser imputado ao motorista do caminhão, que agiu com inobservância às regras de trânsito.

O limite do risco permitido, *in casu*, encontra-se delimitado pelas normas constantes da “Ordenação de Trânsito da Alemanha”, que fixa qual distância deve ser guardada quando realizadas as ultrapassagens. Conforme se vê do exemplo citado, o agente excedeu esse limite mínimo e por isso a sua conduta é considerada produtora de riscos ao bem protegido. Por isso ele excedeu os limites do risco permitido. Resta examinarmos se esse risco possui ou não relevância jurídica. A teoria da imputação objetiva considera juridicamente irrelevante o risco quando, ainda que adotado um comportamento adequado ao direito, o resultado subsista, já que em tal hipótese, esse perigo criado pela conduta não se realizou, não foi por conta dele que o evento ocorreu. Em tal situação considera-se que o comportamento conforme as regras de cautela seria inútil, seria inidôneo, ou que o perigo não possuiu capacidade para concretizar-se em um resultado, que seria assim decorrente de outros fatores. A teoria do aumento ou incremento do risco aplica-se a hipóteses um pouco diferentes. Só cabe a sua incidência se o agente assume uma conduta que extrapola os limites do risco permitido, incrementando-o, e se subsistem possibilidades da preservação do bem com um comportamento adequado ao direito. Em tais casos, quando o comportamento correto não se mostrar inútil ou inidôneo, cumpre ao agente segui-lo.

Parte da doutrina entende que nesse tipo de acontecimento se deva aplicar o princípio *in dubio pro reo*, O argumento é o de que remanescem dúvidas acerca da

¹⁹² ROXIN, Claus (trad. e introd. Luis Greco). Op. cit. p. 338.

evitação do resultado se adotado um comportamento adequado às regras de cautela e que tais dúvidas devem beneficiar o réu, afastando dele a imputação do resultado. A teoria do incremento do risco sustenta o ponto de vista de que a certeza deve ser a de que o resultado seria afastado com uma conduta adequada e que a possibilidade dessa evitação autoriza que se impute o evento ao agente, já os seus opositores defendem que essa possibilidade (e não certeza) de não ocorrência do resultado com o comportamento correto afasta a imputação.

INGBORG PUPPE assevera que o resultado deve ser imputado ao agente quando ele cria um risco não permitido, a não ser que o evento seja decorrente de um outro risco, que supere, antecipe ou desloque o produzido pelo sujeito.¹⁹³

Já SCHÜNEMANN, citado por BERNARDO FEIJÓO SANCHES, afirma “se a regra geral de cuidado se mostra *ex post* como útil para manter o risco em níveis permitidos e tem sentido o seu cumprimento no caso concreto, pode-se imputar o resultado.”¹⁹⁴

O jovem jurista FÁBIO ROBERTO D’ÁVILLA, diverge dessa teoria e ele discorre a respeito:

“A dúvida na realização do perigo não permitido não nos parece seja problema a ser resolvido em âmbito material. A teoria da imputação, embora tenha adotado o perigo não permitido como critério fundamental de análise, cuja apreciação dificulta significativamente uma apreensão objetiva, justifica-se pela própria característica intrínseca do objeto social: a incerteza. No entanto, a fragilidade científica de tal objeto não pode justificar uma análise substancialista da imputação: ou o resultado decorre da realização do risco não permitido e então, justificará a imputação, ou não decorre, devendo ser afastada a imputação.”¹⁹⁵

Para BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ os defensores dessa teoria consideram ser suficiente, “para imputar o resultado, que o cumprimento dessa regra de perigo abstrato tenha diminuído o risco ou tenha servido para aumentar as oportunidades de sobrevivência do bem em perigo”.¹⁹⁶ A imputação só é afastada se restar demonstrado

¹⁹³ PUPPE, Ingborg. ZStw95, , cf. ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação ...op. cit. pp 143-155.

¹⁹⁴ Cf. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Op. cit. p. 39.

¹⁹⁵ D’ÁVILLA, Fábio Roberto. Op. cit. p. 65.

¹⁹⁶ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Op. cit. p. 40.

que a regra de cuidado era absolutamente inidônea no caso concreto; a não ser assim o resultado será imputado ao autor.

O escritor espanhol vê a teoria do incremento do risco como uma manobra de política criminal para punir “tentativa acabada”, cuja punição não se acha prevista em lei e citando JAKOBS ele conclui: “a teoria do incremento do risco é uma ‘manipulação dogmática’ para poder punir certas ‘tentativas culposas’, acima de tudo em âmbitos não cobertos pelos delitos de risco, como pode ser o médico-cirúrgico.”¹⁹⁷

Nós entendemos que o tema merece maior reflexão. O princípio do incremento do risco só tem aplicação naqueles casos nos quais o risco criado pelo sujeito (decorrente do rompimento do risco permitido) não é o único fator produtor do evento, podendo ocorrer uma conduta descuidada da vítima que viole o seu dever de autoproteção, ou a influência de outros fatores como o estado debilitado de saúde do paciente, por exemplo, numa intervenção cirúrgica. O que é exigido é que o sujeito, com a sua conduta, produza efetivamente algum risco para o bem protegido e que esse perigo tenha influenciado para a eclosão do evento. A teoria do incremento do risco cinge-se a examinar se esse risco teria tido ou não relevância jurídica.

No exemplo do caminhoneiro, tanto ele quanto o ciclista teriam agido em desconformidade com as regras de segurança. Ele fez a ultrapassagem sem guardar a distância mínima estabelecida pela legislação de trânsito e o ciclista, além de estar bêbado, realizou uma manobra violadora do seu dever de autoproteção. É necessário fazer um exame a respeito da relevância de cada um dos riscos para definir a quem se imputa o resultado, se ao agente, ou se à própria vítima.

No juízo cível há compensação de culpas e a culpa exclusiva da vítima afasta a responsabilidade do autor, mas em sede penal essa compensação não é admitida e por isso a discussão desloca-se para o momento que antecede a própria tipicidade, mas ainda assim, não se diz claramente que se está a analisar um conflito de riscos para estabelecer qual deles conservou a relevância jurídica.

O tema é controvertido e difícil. Suponhamos que um motorista conduza o seu veículo numa rua onde existe um colégio com placas de advertência no sentido de que por ali transitam crianças e que esteja a uma velocidade de 70 km/h, quando o limite permitido fosse de 40 km/h. Uma criança com seis anos de idade, distraída, atravessa a

¹⁹⁷ Ibidem, p. 42.

rua, passando três (03) metros à sua frente. Pelos parâmetros da teoria da imputação objetiva essa conduta seria atípica, pois ainda que o motorista guardasse o limite de velocidade permitido, 40 km/h, o atropelamento teria ocorrido. Há uma conduta descuidada do motorista e uma conduta que vulnerou o dever de autoproteção por parte da vítima.

Suponhamos agora que nas mesmas circunstâncias a criança atravessasse a rua a doze (12) metros de distância do veículo. Persistem uma violação do dever de autoproteção por parte da vítima e uma conduta imprudente por parte do motorista. Entretanto, face à distância em que a vítima atravessou a rua, podia ser que se o motorista estivesse dirigindo a 40 km/h ele pudesse com segurança frear ou desviar o seu auto. Por força disso, examinando-se as circunstâncias em que o fato ocorreu, há que se decidir a relevância jurídica, sem perder de vista qual dos riscos determinou a explicação do acidente. O perigo gerado pelo condutor do veículo só terá relevância jurídica se ele tiver influenciado de forma relevante na produção do evento. Se não, inexistem condições de se dizer que o resultado foi obra do agente.

ROXIN nos cita alguns exemplos nos quais o BGH teria decidido com base noutros argumentos, mas que, ao seu sentir, teria sido bem melhor decidir sob o enfoque do princípio do incremento do risco. No caso dos pêlos de cabra, o empregador (que não determinou a desinfecção) foi condenado e o BGH decidiu que a causalidade do comportamento do autor poderia ser excluída, se “houvesse certeza, de que o resultado danoso também ocorreria se o comportamento culpável não tivesse ocorrido.” ROXIN observa, que nessa hipótese a corte teria consagrado a inversão do ônus da prova, insustentável no plano da verificação da causalidade.¹⁹⁸

Também ele menciona o caso de uma paciente com peritonite, tendo havido um diagnóstico equivocado que propiciou a omissão de uma “operação salvadora”, na qual decidiu-se sob os argumentos seguintes: “se se tivesse procedido a uma intervenção cirúrgica... a paciente teria sobrevivido mais um dia, com probabilidade nos limites da certeza, e restaria uma grande possibilidade de que sua vida realmente se salvasse”. E ele comenta:

“Na verdade, ao recorrer – de modo questionável – a um prolongamento da vida em um dia, o BGH esconde o ponto de vista que também para ele é mais

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação ... op. cit. p. 347.

importante, a saber: o de que um procedimento correto do médico elevaria consideravelmente as chances de sobrevivência.”¹⁹⁹

Em jurisprudência datada de dezembro de 2003, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu pela condenação do réu como responsável por um homicídio culposo, porque este teria tido um comportamento descuidado, a despeito da vítima também ter agido com descuido. No trecho final do Julgado, foi afirmado o seguinte:

“Reconhece-se a culpa do motorista quando, além da conclusão do laudo, a indiciar culpa recíproca do acusado e da vítima, o que é irrelevante, por não haver compensação de culpa no direito penal, testemunha presencial afirma que o acusado desenvolvia velocidade excessiva, incompatível para o local, efetuando perigosa ultrapassagem no meio da curva ali existente, sendo perfeitamente previsível a possibilidade de um pedestre, em qualquer cidade do mundo, atravessar uma pista de rolamento em local impróprio. Recurso a que se nega provimento. (APELAÇÃO CRIMINAL 986/2003 Reg. em 26/03/2004. CAPITAL – TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL – Unânime – Des. MANOEL ALBERTO – Julg: 16/12/2003.”(Jur. Crim. TJRJ, Ementário Criminal nº 19/2004, D.O. 23/06/2004, p. 416).

Embora com outro fundamento, qual seja o da irrelevância da compensação de culpa na esfera penal, o julgado não deixou de frisar que a despeito da conclusão do laudo de culpa recíproca entre condutor e vítima, a conduta do réu era tão descuidada, tão violadora dos limites permitidos, que se sobrepôs à conduta da vítima.

Em hipóteses como a presente é plenamente aplicável o princípio do incremento do risco, desenvolvido por ROXIN.

Como se constata, a teoria do aumento do risco, apesar de ser um tema controvertido que necessita ser melhor estudado e examinado, com todas as vênias, não deve ser, desde logo, rechaçada.

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 348.

1.5.2.d - SOBRE A COMBINAÇÃO DAS TEORIAS DO AUMENTO DO RISCO E DO FIM DE PROTEÇÃO.

ROXIN fala na existência de uma terceira corrente entre os defensores e opositores da teoria do incremento do risco, que procura fixar a imputação, não com base no comportamento alternativo adequado ao direito, e sim indagando se “o autor é o responsável por aquele perigo que se realizou no resultado concreto”, (SHUNEMANN, StrV 1985, 231). Fazendo alusão a KRÜMPELMANN, ele diz que este assevera depender a imputação de uma “correspondência normativa entre o dever do agente e a pretensão da vítima à proteção penal” e que no caso do ciclista a distância mínima estabelecida para ultrapassagens teria por escopo “compensar típicas reações errôneas de ciclistas”, mas não atender às necessidades de proteção de ciclistas irreconhecivelmente bêbados.²⁰⁰ Ele também faz referência a JAKOBS que indaga se o bem jurídico foi lesionado “por causa” ou unicamente “por ocasião” de um comportamento não permitido. Ele entende que essas objeções não se antepõem à teoria do aumento do risco e sim a complementam. Ele entende que além da existência de um risco, “que deve permanecer como pressuposto de qualquer imputação”, deve-se perguntar se “o resultado está compreendido no fim de proteção da regra que determina a distância mínima de ultrapassagem” (no caso do ciclista).²⁰¹ No mesmo parágrafo ele também nos lembra que as regras de cuidado visam reduzir os riscos em relação a todos, e no caso dos ciclistas não importa sejam eles jovens, velhos, sóbrios ou alcoolizados. E finaliza afirmando que: “O fato de que se obtenha maior sucesso no caso de ‘bons’ ciclistas em comparação com os de ‘maus’ ciclistas em nada muda que as regras de ultrapassagem queiram proteger a todos, nos limites do possível.” Por conseguinte, “também as reações da vítima provocadas pela embriaguez se compreenderão no fim de proteção da regra violada”.

²⁰⁰ Para ROXIN as maiores chances de sobrevivência da vítima, com a adoção do comportamento conforme as regras de cautela, teoria desenvolvida por KRÜMPELMANN, em realidade não passa de um efeito reflexo, que não corresponde à finalidade da norma. (KRÜMPELMANN, Jescheck-FS, 1985,331). RANFT, de modo similar, considera “decisivo não a situação hipotética do comportamento conforme ao Direito”, mas aquilo que geralmente ocorre, a saber, que a vítima esteja isentada de problemas ... Se o resultado concreto for decorrência de um dos riscos que o caminhoneiro tinha de evitar já no interesse de ciclistas sóbrios, então o resultado concretamente ocorrido lhe deve ser imputado.”(RANFT, NJW 1984, 429) pp 349-350.

²⁰¹ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 352.

Acrescentaríamos: desde que tais reações não incrementem a violação do dever de autoproteção da vítima a ponto de tornar irrelevante o risco produzido pelo agente.

Como a teoria desenvolvida por CLAUS ROXIN usa o método indutivo e parte assim da análise de casos particulares para estabelecer regras que se aplicariam à generalidade das hipóteses, dependendo do ponto de vista que se vejam os princípios do fim de proteção da norma e do incremento do risco, pode-se ver antinomia entre eles, ou entender-se que no caso concreto devam complementar-se.

BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, socorrendo-se em JESCHEK & WEIGEND e em MARTINEZ ESCAMILLA, entende que o critério “fim de proteção da norma” parte de um princípio totalmente distinto da “teoria do incremento do risco”, tratando-se assim de tópicos inconciliáveis. No mesmo sentido defende a posição de se aplicar um princípio ou o outro nos caso de delitos culposos.²⁰²

Examinando-se essa questão, cumpre-nos observar que tanto no caso do incremento do risco quanto nas hipóteses em que se aplica o princípio fim de proteção da norma, ocorre a produção de um risco não permitido, risco esse que gera um resultado (estamos falando das condutas negligentes com resultado). Como já antes observado, existem atividades que produzem algum risco, mas esse perigo residual é permitido pela legislação e é aceito como normal pela sociedade, logo quem age dentro desse âmbito pratica uma conduta inquestionável do ponto de vista jurídico penal. Só interessa ao ordenamento jurídico os resultados que advenham de uma conduta que exceda esses limites.

Nas hipóteses em que se aplica o critério do “fim de alcance da norma de cuidado” ou nas em que incide o princípio do “incremento do risco”, ocorre uma conduta que vulnera os limites do risco permitido. Como demonstrado supra, a doutrina vê uma antinomia entre tais princípios.

Ao nosso ver, com todas as vênias, há uma pequena diferença entre os casos nos quais cabe o uso de um ou de outro critério. Nas hipóteses nas quais ROXIN tem defendido a aplicação do princípio do incremento do risco não existe a certeza de que o comportamento conforme ao direito seria inútil, como por exemplo, no caso do farmacêutico que forneceu o preparado venenoso sem exigir a receita. Caso ele a exigisse, esse dever de cuidado (comportamento conforme ao direito) seria totalmente

²⁰² SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo (trad. Nereu José Giacomolli) Op. cit. p. 51.

inócuo face ao resultado ocorrido (envenenamento da vítima por terceiro). O princípio do incremento do risco só deve incidir em casos nos quais o comportamento adequado às regras de cuidado teria possibilidades de evitar o resultado lesivo. O fim de proteção da norma não recomenda o uso de cuidados inúteis, como na hipótese dos pêlos de cabra, em que a sua desinfecção seria totalmente ineficaz a evitar a contaminação por um outro agente infeccioso. Já a teoria do incremento do risco, só deve ser aplicada se o comportamento adequado ao direito tenha possibilidades de evitar o dano. Suponhamos que alguém com um aneurisma seja internado num hospital. Ele necessita ser submetido a uma cirurgia que, poderá ou não, salvar-lhe a vida. Suponhamos que ele tenha cinquenta por cento de chances de salvação. O médico, ao realizar a intervenção cirúrgica age sem observância dos cuidados oriundos da *lex artis* e o paciente morre. Ao realizar a operação sem observar os cuidados devidos, o médico extrapolou os limites do risco permitido, (incrementou o risco de ocorrer um dano à vida do paciente), logo, o fato do paciente ter cinquenta por cento de chances de sobreviver, com uma cirurgia que observasse todas as prescrições da *lex artis*, ao nosso ver, *concessa maxima venia*, não deve afastar a imputação.

Ainda no campo das especulações, suponhamos que, de forma diversa, se tratasse de paciente que no início da intervenção, teve uma hemorragia interna, e por isso a sua morte era certa, mesmo que fossem tomadas todas as medidas de cuidado. Em tal caso mesmo que o médico agisse sem observar a *lex artis*, o resultado não lhe seria imputado.

Resulta claro, que a norma de cuidado visa evitar que se produzam resultados decorrentes da inobservância desse cuidado; se o resultado é decorrente de outros fatores, obviamente que não se acha dentre aqueles que a regra de cautela visa evitar. Assim, se a morte era certa, a despeito de serem observadas as recomendações da *lex artis*, não foi violado o fim de proteção da norma, nem há a imputação do resultado.

Também podemos dizer que só podemos aplicar o princípio do incremento do risco, quando este possuir potencialidade causal, ou seja, quando a permanência na esfera do risco permitido gerar possibilidade de se preservar o bem juridicamente protegido.

Podemos ainda argumentar que, havendo alguma possibilidade de se preservar esse bem, cumpre ao agente não incrementar o risco.

Ao nosso sentir, deve ocorrer um complemento entre ambos os princípios, para haver imputação é necessário que o sujeito tenha realizado um comportamento gerador de riscos, ou incrementado o risco permitido e que o resultado porventura decorrente desse comportamento esteja coberto pelo âmbito de proteção da norma. Em se tratando de uma atividade que encerra riscos residuais, como dirigir automóvel, é imprescindível que ele tenha incrementado o que se denomina risco permitido (a parte resultante desse aumento do risco constitui o que se chama risco não permitido, portanto juridicamente relevante) e que, além disso, o resultado provocado por esse aumento de risco se ache elencado dentre aqueles que a norma de cuidado visa evitar. A dificuldade, como no caso do motorista do caminhão e do ciclista bêbado, não decorre do conflito entre as duas teorias e sim de se definir a quem se imputa esse resultado. Entendemos assim que não existe antinomia entre tais fundamentos e a sua combinação tem condições de melhor preservar a segurança jurídica.

1.5.3 – O ALCANCE DO TIPO

Há hipóteses nas quais o resultado não se encontra no âmbito do campo de incidência do tipo penal. Examina-se, *in casu*, a finalidade do tipo penal, averiguando-se se ela tinha por escopo impedir o resultado. O tipo tem o fim de proteger os bens, ameaçando com uma sanção aqueles que os vulnerarem. ROXIN enumerou três grupos de casos nos quais o resultado naturalístico encontra-se em situações nas quais há a violação do fim de proteção do tipo penal, seriam eles: a) a contribuição a uma autocolocação dolosa em perigo; b) a heterocolocação em perigo consentida e c) a imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheio.²⁰³

1.5.3.a – A CONTRIBUIÇÃO A UMA AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO DOLOSA

Nesse tópico é debatido se seria justo punir-se quem, de qualquer forma contribui, para que outrem se autocoloque em situações perigosas.

²⁰³ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva., op. cit. p. 353.

Exige-se que quem se autocoloca intencionalmente em perigo tenha consciência do que faz. Se essa pessoa for um inimputável, a realização do risco será imputada a quem contribuiu para que ela assim tivesse agido. Em se tratando de um semi-imputável, a jurisprudência alemã entende que se ela, apesar de sua capacidade diminuída, possuía plena consciência do risco e só deixava de possuir autocontrole, será responsável pelo resultado; se ela não tinha plenas condições de conhecer os riscos, o evento será imputado ao autor da contribuição.

O BGH tem, de certa forma, acompanhado esse entendimento, segundo nos informa ROXIN, trazendo à baila vários exemplos acerca do tema.

A título de ilustração, na decisão BGH NStZ 1981, 350, a Suprema Corte da Alemanha puniu um agente que teria entregue a um viciado heroína para consumo. O viciado faleceu após injetar a droga.

O BGH declarou: “Aquele que causar a morte de um viciado através da entrega de heroína é culpável por homicídio culposo, se sabe ou tem de contar que o viciado irá injetar o tóxico, e se sabia ou podia saber do perigo da substância entregue.”

Posteriormente o BGH reformulou o seu entendimento a respeito da questão, assim se manifestando na decisão BGHSt 32, 262:

“Autocolocações em perigo realizadas e queridas de modo responsável não se enquadram no tipo do 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 autocolocação em perigo não é punível pelo delito de lesões corporais ou homicídio.”²⁰⁴

Também são incluídas nesse grupo de casos as apostas nas quais dois imputáveis se colocam em situação de risco, como aposta de corrida, “racha”, etc... e as hipóteses nas quais alguém tenta salvar outrem e acaba ferindo-se ou morrendo nessa arriscada operação de salvamento.

Por último ROXIN fala nos casos em que a vítima, de forma livre e consciente, recusa a “ajuda possível” ou se recusa a receber o tratamento adequado.

²⁰⁴ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 359.

Ele menciona o exemplo de alguém, ferido num acidente de trânsito, recusar-se a receber uma transfusão de sangue por motivos religiosos e o daquele que, ferido e tendo sofrido apenas lesões leves, recusar-se a receber o tratamento adequado.

Em tais casos, a responsabilidade pelo resultado será da vítima.

1.5.3.b – A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Tais hipóteses abrangem os casos nos quais a vítima se deixa colocar em perigo por outrem, embora possuindo plena consciência do perigo. Por vezes, é a própria vítima quem insiste para que o outro realize a atividade que no final das contas colocará a segurança de ambos em perigo.

Como exemplo costuma-se citar o caso do barqueiro que atendendo aos pedidos insistentes do freguês, faz a travessia do Rio Memel no meio de uma forte tempestade. Apesar de alertar o freguês do perigo, este tanto insiste que a travessia é feita. O barco soçobra e o freguês morre.

Outro exemplo muito mencionado é o do motorista totalmente embriagado que atendendo aos pedidos de um dos participantes da festa, dá-lhe uma carona. O motorista bêbado colide com o carro e o “carona” morre.

Poderíamos ainda mencionar o caso de um sujeito (carona) que incentiva o colega motorista a “dar um cavalo-de-pau”. O motorista realiza essa manobra arriscada, o veículo capota e fere o seu acompanhante que o havia incentivado a realizar o ato perigoso.

A doutrina e a jurisprudência alemãs têm procurado solucionar tais questões com o exame a respeito da capacidade consentir por parte da vítima, ou também se fala ser necessário que o risco criado não esteja expressamente vedado por lei. ROXIN prefere a averiguação a respeito do âmbito de proteção do tipo penal.

O importante é que a vítima tenha plena consciência do perigo e que livremente se disponha a enfrentá-lo, por sua livre vontade. Isso a torna senhora das conseqüências.

Como reconhece o próprio criador da teoria, “a figura jurídica da heterocolocação em perigo consentida precisa de investigações dogmáticas mais aprofundadas.”

A vantagem dessa teoria é discutir os casos dentro do campo de imputação objetiva, que precede ao exame da imputação subjetiva, operação mais benéfica à defesa e que amplia um juízo de garantia.

1.5.3.c – ATRIBUIÇÃO AO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADE ALHEIO

Pode ser que a responsabilidade por evitar o resultado desloque-se da pessoa do autor para outrem. Em tal hipótese o evento não é imputado ao agente e esse resultado é “colocado na conta”²⁰⁵ de quem não o evitou. A hipótese citada por ROXIN:²⁰⁶

“Exemplo (BGHSt 4, 360): Apesar da escuridão, A conduz seu caminhão sem luzes traseiras. Uma patrulha policial o pára e 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 e que falece o passageiro do segundo caminhão.”

O Tribunal Supremo da Alemanha imputou o homicídio culposo ao motorista do primeiro caminhão. Ao nosso ver, trata-se de uma decisão equivocada, já que a conduta descuidada do patrulheiro, que retirou a lanterna da pista, é que foi a provocadora da colisão. O motorista “A” já tinha ciência de que o veículo policial o seguiria e o iluminaria até o próximo posto de gasolina. A retirada da lanterna que iluminava o veículo ocorreu por parte do patrulheiro. Não se pode imputar tal resultado ao motorista “A”. ROXIN, conclui asseverando: “A partir do momento em que a polícia assumiu a segurança do tráfego, o acontecimento caiu em seu âmbito de responsabilidade e não pode mais ser imputado a A. O alcance do tipo não compreende o que vier a acontecer depois.”²⁰⁷

²⁰⁵ GONZAGA, Tomás Antonio. Tratado de direito natural. Rio de Janeiro: MEC – Instituto Nacional do Livro, 1957.

²⁰⁶ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 376.

²⁰⁷ Ibidem, p. 376.

O importante aqui, como em todas as hipóteses referentes à imputação objetiva, é examinar quem foi o autor da obra, a quem se deve imputar o resultado.

Se alguém fere outrem levemente e o ferido ao ser tratado no hospital recebe um medicamento ao qual tem alergia, sofre um choque anafilático e morre, é óbvio que essa morte não pode ser debitada ao autor da lesão leve. O resultado danoso é fruto de outros fatores, não da ação do sujeito.

Os casos são reunidos em grupos para facilitar a compreensão dos critérios de solução indicados, mas como, por vezes é possível a aplicação de mais de um critério a casos idênticos, a falta de domínio da matéria deixa o neófito com dificuldades para entendê-la.

1.6 - JAKOBS

Ao realizar o trabalho, analisando a obra de HONIG, ROXIN formulou sua teoria analisando casos particulares e elaborou seus conceitos a partir das soluções que encontrou ao equacionar tais casos. Ele usou o método indutivo. JAKOBS procurou edificar uma teoria com maior coerência sistemática, procurando dar-lhe estabilidade e ancorá-la em bases científicas. Os parâmetros que ele usou, têm sido criticados, mormente o sistema de âmbitos de organização, mas ele visou construir uma teoria em bases objetivas. Ele procurou firmar conceitos gerais, que pudessem assim ser aplicados de forma ampla a todas as questões. Para JAKOBS,²⁰⁸ a imputação deveria alicerçar-se no risco que extrapolasse o padrão permitido nas relações em sociedade, pois não é possível a eliminação total de todo e qualquer risco. Para ele cada um dos integrantes da sociedade desempenha um papel e, no desempenho desse papel, deve agir dentro da esfera da normalidade, não provocando riscos superiores aos inerentes à sua atividade. Se, ainda assim, no normal desempenho do seu papel, provocar algum dano, esse resultado não pode ser-lhe imputado. O evento danoso será fruto do acaso, do infortúnio. REGIS PRADO observa que a teoria da imputação objetiva, segundo a concepção de JAKOBS, firma seus alicerces em “ uma determinada idéia reitora – a concepção do injusto como expressão de sentido incompatível com a norma –“. A partir

²⁰⁸ JAKOBS, Gunther, A imputação objetiva no direito penal, tradução André Luís Callegari, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

desta base fundamental seriam projetadas a imputação do comportamento e a imputação do resultado.²⁰⁹

LUIS GRECO, na tradução e introdução da obra “Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal”, possui um item totalmente dedicado a JAKOBS e os fundamentos que este propõe para a imputação objetiva. Segundo LUIS GRECO, JAKOBS entende que o Direito Penal tem a função de reafirmar a vigência da norma violada pelo comportamento delituoso. Assim, quem comete um crime nega a vigência da norma, cabendo ao Direito Penal, através da imputação da violação dessa regra jurídica a um determinado sujeito e através da aplicação da reprimenda ao infrator, reafirmar a prevalência do direito aos olhos dos membros da sociedade.²¹⁰ A demonstrar a estruturação da sociedade em pressupostos axiomáticos, JAKOBS afirma que “a ‘destruição de uma vida humana’, por si só, não passa de um fato da natureza; somente uma norma – qualquer que seja a sua fundamentação – faz do sistema físico-psíquico ‘homem’ um homem, que não pode ser morto sem fundamento”.²¹¹

Ao falar a respeito do resultado decorrente do **contato social**, JAKOBS²¹² lembra que geralmente existe de um lado o autor e do outro a vítima, mas também podem existir terceiros. Para saber-se a quem imputar o resultado, será necessário averiguar-se quem dentre essas pessoas agiu em desconformidade com o seu papel. O autor foi quem agiu desconforme? a ele será imputado o fato. Se quem tiver agido em desconformidade for a vítima, o fato será a ela atribuído e se foi o terceiro, será ele o responsável pelo evento. Caso todos os três tenham agido em conformidade com o seu papel, o resultado será produto do acaso, de um acontecimento fortuito, não podendo a ninguém ser atribuído. Não podemos esquecer as exigências do mundo contemporâneo, que ficaria engessado, caso tivéssemos a irrealizável pretensão de eliminar todos os riscos. Também não se pode esperar que cada um tome conta de todos, isso inviabiliza a divisão de tarefas.

Com o avanço tecnológico e o aumento das atividades industriais, agrícolas, esportivas, científicas, turísticas, com a imprescindibilidade dos transportes, terrestres, aéreo e marítimo, houve um crescimento das possibilidades de risco. Uma pessoa,

²⁰⁹ PRADO, Régis. Op. cit. p. 109.

²¹⁰ ROXIN, Claus (tradução e introdução de Luis Greco) Op. cit. p. 121 – 122.

²¹¹ JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus*, p. 848. Apud. Luis Greco, na trad. e introd. De Claus Roxin, op. cit. p. 121.

²¹² JAKOBS, Günther, A imputação objetiva no... op cit. pp. 14 e 15.

viajando a pé, corre riscos bem menores do que se locomovendo de avião. Um jogador de xadrez tem possibilidades infinitamente menores de ser lesionado que um jogador de futebol estando cada qual no desempenho de sua atividade esportiva. Mas cada uma dessas atividades possui riscos que são admitidos, tolerados, permitidos. Há um nível de risco considerado razoável, normal. Só serão relevantes para a lei penal os riscos que ultrapassarem esses parâmetros. Também os pressupostos sociais são levados em conta no que tange aos limites normativos que delimitam os riscos das condutas. Acerca desse tópico, JAKOBS com a costumeira propriedade, explana o seguinte:

“É bastante certo que a imputação como *forma* se reconduz aos inícios da cultura humana – como demonstra o intento de Adão de defender-se -, mas seu *conteúdo* depende do correspondente contexto social, como se pode deduzir facilmente do exemplo antes mencionado: uma sociedade que aprendeu a conviver diuturnamente com a tecnologia esperará de um fabricante de máquinas que este não crie novos riscos desnecessários e, portanto, impor-lhe-á o dever de garantir a segurança e a inofensividade das novas máquinas em todas as condições de funcionamento, exonerando, deste modo, tanto quem a adquire (autor) como quem a manipula (vítima). Pelo contrário, uma sociedade que esteja necessitada de avanços tecnológicos tolerará uma quantidade maior de riscos; por conseguinte, exonerará o fabricante e imporá ao proprietário e à potencial vítima a obrigação de garantir a segurança, e inclusive pode ser que esta sociedade considere desejável o espírito empreendedor do adquirente da máquina e a curiosidade do operário, exonerando-os, respectivamente, dos deveres de proteção ou autoproteção; de ser assim, a lesão converte-se em fatalidade ou acidente.”²¹³

Para ele o mundo estaria estruturado em valores e dentro desses padrões cada um deve executar o seu mister sem violar esses valores, que são aferidos dentro de um contexto social. Quem bem desempenha o seu papel, age de forma socialmente adequada e os comportamentos que não observam tais regras, são inadequados do ponto de vista social, configurando condutas ilícitas.

JAKOBS, entendendo que a sua teoria era aplicável aos delitos intencionais e aos negligentes, afirmou o seguinte: “a violação do papel nos fatos intencionais é tão

²¹³ JAKOBS, Günther, A imputação objetiva no ... op. cit. p. 16 – 17.

evidente que não necessita maiores explicações” e nos eventos negligentes essa evidência é menos aparente.²¹⁴ Nos crimes dolosos o agente deseja violar o seu papel e dirige sua conduta nesse sentido. Nos crimes culposos, essa violação ocorre na medida em que o sujeito age violando os deveres de cautela ou a *lex artis*. Para ilustrar essa assertiva ele nos ensina: “Não há dúvida de que disparar sobre um ser humano não está permitido, entretanto, pode ser discutível quais devam ser as medidas de precaução a adotar na hora de circular de marcha à ré com um automóvel.”²¹⁵

Interessante observar que nas relações causais produtoras de um dano, ele entende se deva “selecionar uma determinada face que se define como *risco determinante*” (grifos do autor). Depois verifica-se quem criou esse risco determinante para se estabelecer a quem se deve imputar o resultado.²¹⁶

Ele, na mesma obra, observou que no estrito âmbito da omissão, fica implícito “que os limites dos papéis funcionam como limites da responsabilidade”. Um médico só é responsável pelos riscos da enfermidade que está tratando não podendo ser responsabilizado por problemas conjugais do paciente.

Nos delitos omissivos essa delimitação dos papéis é evidente, o que ocorre de forma semelhante nos delitos culposos, onde a tipicidade é estabelecida com base em critérios normativos.

No que tange aos delitos comissivos, faz-se necessária uma delimitação dos papéis, como ocorre na omissão, e, se não ocorrerem anormalidades no desempenho desses papéis, não será cabível a imputação.

JAKOBS formulou quatro conceitos para explicar a abrangência da imputação objetiva comportamental, não sem antes ter tido o cuidado de advertir que outros conceitos poderiam ser edificados. São eles: a) existência do risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso e d) capacidade da vítima.

1.6.1 - EXISTÊNCIA DO RISCO PERMITIDO

Há quem diga que o verso de FERNANDO PESSOA “Navegar é preciso, viver não é preciso” significa: navegar é seguro, (existe precisão nas regras de navegação)

²¹⁴ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no... op. cit. pp. 21 e 39 .

²¹⁵ Ibidem, p. 21.

²¹⁶ Ibidem, p 17.

viver é menos seguro. No nosso Curso de Mestrado, isso foi afirmado por um dos Mestrandos, o Dr LEONARDO PARADELA. Embora não exista unanimidade quanto ao real sentido dos versos de PESSOA, já que o vocábulo “preciso” também pode ser sinônimo de necessário, sabemos que viver importa sempre em correr alguns riscos. O simples ato de atravessar uma rua já pode gerar riscos. É possível que um carro avance o sinal e atinja a pessoa; é possível que o sinal para os pedestres esteja fechado e que a pessoa, ainda assim, ingresse na rua; é provável que uma bicicleta passe seguindo o meio-fio e a atinja; enfim, um ato tão singelo pode encerrar perigo.

Muitas atividades possuem um risco residual e não existe a possibilidade de serem eliminados todos os riscos. Há perigos que remanescem, como por exemplo, no uso de um automóvel, nas atividades esportivas, em atividades laborais, etc. JAKOBS lembra que “por meio de um aperto de mãos pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção.”²¹⁷ Se o risco provocado pelo desempenho de qualquer atividade humana permanecer dentro do limite permitido, do usual, do aceitável segundo os padrões sociais, não possuirá relevância jurídica. Só é importante para o direito penal, o risco que fuja ao padrão tido como normal na vida em sociedade.

JAKOBS adverte: “a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social, incluindo também os comportamentos de salvação.”²¹⁸

A permissibilidade do risco deve ser aferida das normas de cautela, dos hábitos e costumes, dentro dos paradigmas da vida em sociedade. Trata-se da concreção da adequação social.²¹⁹ Por vezes a doutrina no sentido de firmar uma teoria a respeito da concreção do risco permitido, costuma estabelecer uma proporcionalidade entre os custos e os benefícios. É como se cotejássemos os benefícios trazidos pelo tráfego aéreo com os riscos que ele produz; ou os benefícios trazidos pelo avanço da ciência no campo nuclear e os altos riscos que qualquer acidente nesse campo produziria.

JAKOBS não vê vantagens nesse modo de enfocar a questão. E com toda precisão ele assevera:

²¹⁷ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no ... op. cit. p. 34.

²¹⁸ Ibidem, p. 25.

²¹⁹ Ibidem, p. 35.

“Entretanto, a esperança de haver encontrado uma espécie de fórmula do risco permitido por meio de uma proporcionalidade entre custos e benefícios, concretamente entre liberdade de comportamento e colocação em perigo de bens, se vê prejudicada, pois faltam critérios adequados de valoração, critérios sem os quais todo cálculo perde sua validade. Por exemplo: quanto vale uma vida humana no tráfego viário, ou mais concretamente, no tráfego viário de particulares num feriado?”²²⁰

De qualquer modo, as atividades que trazem no seu desempenho riscos, só são toleradas numa sociedade, quando a par desses riscos trouxerem benefícios que os compensem. Em caso contrário, a própria sociedade repudiará tal atividade perigosa. Depois do incêndio do dirigível Hymdemburgo, praticamente cessaram as atividades dos Zeppellins. Outro aspecto a ser observado é o de que na hipótese de existir outra alternativa que produza menos riscos, geralmente é preferida a atividade menos perigosa. Em nosso país, por exemplo, apesar de existir a Usina nuclear de Angra dos Reis, há uma preferência por se obter energia através das hidrelétricas ou por via das usinas termoelétricas. O risco permitido é o produzido por tais atividades e que não se consegue eliminar, permanecendo a elas agregado de forma residual.

É humanamente impossível conjurar todos os riscos oriundos do tráfego viário assim como de outras atividades que reconhecidamente geram algum perigo.

Os comportamentos que permaneçam dentro do âmbito do risco permitido, ou as atividades que produzam risco permitido, são condutas atípicas e não, justificadas.

Uma viatura que esteja transitando normalmente pelas ruas produz os riscos inerentes a essa atividade. O tráfego gera riscos. Já no caso dessa mesma viatura estar perseguindo assaltantes e desenvolvendo uma velocidade excessiva, configura uma conduta que extrapola os riscos usuais, mas que, face às circunstâncias, é uma conduta justificada.

Destarte, a conduta que não produza riscos além do permitido, é uma conduta atípica. A natureza jurídica do risco permitido é a de uma causa de exclusão da tipicidade.

A averiguação quanto a ter sido ou não extrapolado o limite do risco permitido deve ser feita no caso concreto. As regras de cautela não possuem caráter absoluto. É

JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no... op. cit. p.36.

possível que alguém, mesmo seguindo as regras do trânsito, provoque um dano juridicamente relevante, e pode ser que esse mesmo alguém, desenvolvendo uma conduta que desrespeite tais limites, provoque um dano que não seja juridicamente relevante.

Por exemplo, um motorista vê que o semáforo está com a cor verde pare ele conseqüentemente com a cor vermelha para os pedestres. Ele está a uma distância que lhe permite frear o veículo. Se alguém inadvertidamente atravessa a rua e se ele, a despeito de poder frear, prossegue na mesma velocidade e atropela esse alguém, estará cometendo um delito. Ele pode, ao contrário, estar dirigindo em velocidade acima do limite permitido e um suicida lançar-se à frente do seu carro. Apesar dessa sua conduta perigosa, não responderá por esse atropelamento. Assim, deve ser feita uma análise do caso concreto *ex post* para ser aferido se houve ou não um desrespeito ao risco permitido.

Em relação às conduta intencionais, exige-se que o sujeito tenha com o seu comportamento, no caso doloso, criado um risco não permitido. Se ele não cria esse risco, a sua conduta permanece atípica. Comentando a obra de JAKOBS, BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, observa: “O risco permitido tem, para Jakobs, a mesma relevância no delito doloso e no culposo. Se alguém cria um risco permitido não haverá sequer tentativa.”²²¹

No delito doloso há uma atuação que visa exatamente descumprir o risco permitido e nos delitos materiais essa conduta tem a finalidade de vulnerar o bem juridicamente protegido. Entretanto, se por erro de avaliação do agente, ele não cria efetivamente o risco proibido, não subsiste a imputação. O fato permanece apenas na esfera subjetiva, não sendo acompanhado de uma ação concreta que o materialize.

1.6.2 – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Nas relações entre membros de um corpo social, é necessário que cada um deles aja com responsabilidade (cumprindo o seu papel). É normal esperar-se que o outro atue com o cuidado usual (também cumprindo o seu papel). Quando o semáforo abre para

²²¹ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Op. cit. p. 141.

alguém, fechando em consequência, para outrem, a expectativa é que esse outrem não avance o semáforo. Um médico, ao iniciar uma cirurgia e ver na mesinha ao lado os instrumentos cirúrgicos, confia que estes tenham sido esterilizados. Seria impossível à pessoa, tomar conta de si e de todos ao mesmo tempo. Há uma co-responsabilidade. É natural confiar-se que o outro agiu dentro dos padrões usuais de cuidado. Não fosse assim, seria impossível a divisão de tarefas. O princípio da confiança é imprescindível à vida em sociedade. Esse princípio fundamenta-se na premissa de que todas as pessoas têm o direito de esperar que as demais também irão respeitar as regras de segurança. É o usual, o normal. Também não é possível conceber-se um modelo de sociedade na qual um cidadão tenha de permanentemente controlar o comportamento dos demais membros do grupo social, isto além de inviável seria contraproducente. Se alguém se concentra o tempo todo em controlar os demais acaba por não ter tempo de cuidar de si próprio e uma sociedade onde imperasse esse tipo de atitude sucumbiria, por não possibilitar a divisão de trabalho e por resultar extremamente prejudicada a interação que deve existir nos organismos sociais.

No tráfego em águas, é recomendado que as embarcações quando se cruzam de forma perpendicular sempre desviem à direita. Nesse tipo de situação é lícito a um dos condutores aguardar que o outro proceda exatamente com observância dessa norma de cautela.

JAKOBS vê a sociedade como um conjunto de nexos de expectativas, socorrendo-se em LUHMANN. Assim, por força desses nexos de expectativas, cada um espera que os demais se comportem de determinada maneira e também procura orientar o seu comportamento segundo essas expectativas.²²²

JAKOBS explicando esse princípio diz que ele pode apresentar-se sob duas modalidades: a) um terceiro, produz uma situação que é inofensiva e continuará a sê-lo, desde que o autor, que age em continuação, “cumpra com os seus deveres”. Esse terceiro tem o direito de esperar que o autor irá agir de maneira escoreita. Ex: Alguém entrega a outrem um relógio alheio de grande valor, e isto somente não causará dano se quem recebe o relógio pega-o com cuidado (exemplo de JAKOBS).

A outra hipótese é aquela na qual a confiança é dirigida a “uma situação” preparada de modo correto pelo terceiro, e o autor fazendo uso dela, de forma correta e

²²² LUHMANN, *Rechtssziologie*, 3ª edição, Westdeutscher, Verlag, Opladen, 1987, p. 32.

observando as regras de cautela, não irá provocar lesões juridicamente relevantes. Ex: O cirurgião confia em que o material que utiliza na operação tenha sido convenientemente esterilizado (exemplo de JAKOBS).²²³

Mesmo aqueles que não estejam se comportando de forma lícita não perdem a expectativa de confiar em que o outro não violará o princípio da confiança.

A título de ilustração podemos citar o caso de um motorista bêbado, que é abalroado por outro motorista, que não respeitou a preferencial. Não é pelo fato do primeiro motorista estar embriagado que ele perde o direito de esperar que o outro respeite as regras de trânsito.²²⁴

Essa questão, porém, é um tanto controvertida. O fato daquele que age de forma não lícita não perder a expectativa de que os demais ajam de forma lícita, não o autoriza a que deixe de tomar as medidas necessárias a evitar um dano a um bem juridicamente tutelado quando possível fazê-lo. O motorista “A” transita em velocidade superior à permitida. É-lhe legítimo esperar que, apesar disso, ninguém atravesse a faixa de pedestre com o semáforo aberto para os veículos e conseqüentemente fechado para os pedestres. Se isso ocorre e ele tem condições de frear e evitar o atropelamento, está obrigado a fazê-lo, a expectativa de que o pedestre não violasse a autoproteção não o desobriga de adotar as medidas cabíveis à evitação do resultado danoso.

Nos crimes omissivos isso fica ainda mais evidente.

Suponhamos, que três amigos estejam sentados à mesa, próximo a uma piscina, bebendo, quando uma criança cai na água e começa a se afogar. Todos os três possuem plenas condições de retirar a criança da água sem correr qualquer risco, eis que ficando em pé terão a parte superior do corpo fora d’água. Não é lícito a nenhum dos três deixar de socorrer a criança, sob a alegação de esperar esse tipo de atitude por parte de um dos outros dois.

O exame acerca da incidência do princípio da confiança deve ser feito no caso concreto, examinando-se todas as circunstâncias.

1.6.3 – PROIBIÇÃO DE REGRESSO

²²³ JAKOBS, Günther. Op. cit. p. 26.

²²⁴ Exemplo de FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA, com menção a ROXIN, op. cit. p. 52.

Um comportamento inofensivo, realizado dentro dos paradigmas usuais, não pode integrar uma conduta desaprovada realizada por outrem. Ainda que o sujeito faça uso da ação inofensiva de terceiro para realizar uma atividade proibida, o fato não é imputado a esse terceiro. A proibição de regresso guarda alguma semelhança com a exigência de relevância causal para que ocorra a participação no crime.

LUÍS GRECO, traduzindo JAKOBS, cita os seguintes exemplos: a) o autor compra uma peça de pão para envenená-la; b) o autor toma como pretexto os debates de um julgamento de um correligionário seu para matar o Ministro da Justiça; c) o autor vai de táxi de até outro local onde mata alguém. Parte-se da premissa que os terceiros mencionados nos exemplos tenham conhecimento do que irá suceder. Observa-se que se trata de atividades inofensivas (venda do pão, debates num julgamento, atividade do motorista de táxi) e que a proibição dessas atividades não seria suficiente para evitar o cometimento do delito. O agente poderia perfeitamente envenenar um biscoito, ou um prato de comida, ou um doce. No exemplo do táxi, o autor poderia valer-se de outro meio de transporte que o levasse até ao local do crime.

O mesmo autor, entretanto, adverte que somente no caso concreto será possível ter-se conhecimento de que a abstenção desses comportamentos seria suficiente para evitar que o crime ocorresse.

Efetivamente são exemplos questionáveis, principalmente dentro das regras estabelecidas no nosso ordenamento jurídico, e somente no caso concreto, poderíamos chegar a conclusões seguras.

O simples fato de se tratar de uma atividade inofensiva não pode servir de exoneração a qualquer conduta desde que o sujeito tenha-se atido a permanecer realizando a sua atividade. Suponhamos que uma quadrilha de assaltantes de banco entre em contacto com um motorista de táxi e o contratam para levá-los até o Banco X; em lá chegando o chefe do grupo fala ao motorista para esperá-los durante quinze minutos até o término do assalto; depois voltam todos armados, com o produto do roubo e ele os leva aos seus esconderijos. Ele está na função de taxista, mas a sua conduta não se constituiu em auxílio ao delito cometido?

Suponhamos outro exemplo: Numa casa está uma criança de sete (07) anos de idade. O estuprador contrata os serviços do taxista para levá-lo até lá, pois deseja estuprar a criança. O taxista o leva e o estuprador solicita que o profissional o aguarde

durante trinta (30) minutos, tempo que vai gastar para fazer o seu reprovável intento. Será que esse taxista permaneceu apenas na realização do seu papel? Imaginemos que a criança estuprada tenha uma hemorragia, não há o dever jurídico genérico de socorrê-la ou pedir auxílio às autoridades competentes?

LUÍS GRECO em sua obra *Cumplicidade através de ações Neutras*, adverte que o princípio da proibição de regresso deve-se cingir aos casos em que a primeira conduta é culposa. Aos autores que trabalham a proibição de regresso com dolo na conduta do contribuidor, incumbe delimitar o alcance da teoria e explicar o seu significado.

De qualquer sorte é uma teoria muito frágil. Se a conduta do que contribui é culposa (já é atípica) para o nosso ordenamento jurídico eis que inexistente participação culposa em crime doloso. Se ela é dolosa e se constitui em um acessório da conduta principal, aquele que contribui será punido. Se a pessoa não tem conhecimento do que o segundo agente fará, a sua conduta é atípica. O fato de permanecer o cidadão na atividade relativa ao “seu papel”, como demonstrado acima, é questionável em inúmeras hipóteses práticas.

Ao nosso ver, pelo menos em princípio, essa teoria merece sérias restrições.

Quando examinamos o princípio da confiança vimos que JAKOS falava em nexos de expectativas. Havia a confiança de que cada um cumpriria o seu papel. Será que a sociedade espera que os taxistas ajam como consta dos exemplos acima?

Imaginemos que um garçom vá servir a comida e ao chegar à cozinha vê o seu colega, ou o cozinheiro, colocando um veneno no prato que ele irá levar para o freguês. Deve limitar-se a cumprir o seu papel e levar o prato ainda assim? E onde fica o dever de solidariedade que é uma das expectativas da sociedade? Será que esse tipo de comportamento faz parte das expectativas do grupo social?

Com toda a sinceridade e com todo o respeito que merece o Mestre GÜNTHER JAKOBS, não entendemos razoável e prático o princípio da proibição de regresso no caso de condutas dolosas por parte daquele que contribui para a ação principal.

1.6.4 – CAPACIDADE DA VÍTIMA

Há hipóteses nas quais a vítima, por seu próprio comportamento, é responsável pelo evento. Propõe-se então que não se impute o fato a ninguém além dela própria. A

forma mais conhecida quanto a essa atitude da vítima é o consentimento. Entretanto, há casos em que esta não se limita a consentir na atividade de outrem, mas, ela mesma provoca o acontecimento. Quando a vítima viola o dever de autoproteção torna-se a senhora do fato danoso que porventura a atingiu.

Segundo nos informa ALESSANDRA ORCESI PEDRO GRECO em sua obra pioneira, “**A autocolocação da vítima em risco**”, dita teoria seria um desdobramento da fórmula da imputação objetiva e teria surgido na jurisprudência alemã para solucionar três tipos de casos: a) hipótese de drogados que compartilham a agulha e um deles vem a morrer contaminado pelo vírus da Aids; b) participação em suicídio; e c) transmissão da Aids através de contactos sexuais, quando o parceiro, mesmo sabedor que a outra pessoa está infectada, ainda assim consente na prática sexual, sem adotar as cautelas necessárias a evitá-la.²²⁵

Os atos de violação do dever de autoproteção e aqueles em que a vítima, por sua vontade, provoca o dano, são denominados “ações a próprio risco”, segundo DAMÁSIO DE JESUS²²⁶ e o mesmo tópico é denominado por CLAUS ROXIN como “autocolocação em perigo”²²⁷.

Um dos exemplos utilizados na doutrina é aquele no qual dois conhecidos apostam uma corrida de motocicletas. Ambos estão bêbados, porém ainda sabem o que fazem, são plenamente imputáveis. Realizada a corrida, um deles falece em acidente por ele provocado.²²⁸ JAKOBS fala no caso de alguém pedir a uma pessoa claramente ébria que realize um ato de alguma complexidade e também no caso dos que voluntariamente participam de disputas violentas.²²⁹

Temos também as hipóteses nas quais a vítima consente em ser inserida numa situação de perigo, o que ROXIN denomina “heterocolocação em perigo”.²³⁰

Com relação ao consentimento do ofendido não há uma posição pacífica na doutrina. Sem os critérios da imputação objetiva, o consentimento da vítima poderia ser

²²⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 103.

²²⁶ JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 57.

²²⁷ ROXIN, Claus, (trad. e introd. de Luis Greco) *Op. cit.* p. 353. O tópico tem o nome seguinte: “A contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa. O mesmo nome é usado por Fábio Roberto D’Ávila, em sua obra *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, por nós já referida, cf. p. 70, com uma pequena variação, “A cooperação na autocolocação dolosa em perigo”.

²²⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.* p. 354. JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.* p. 58.

²²⁹ JAKOBS, Günther, trad. CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.* p.30.

²³⁰ ROXIN, Claus, (trad. e introd. Luís Greco) *Op. cit.* p. 367, “A heterocolocação em perigo consentida”.

causa de exclusão da tipicidade ou causa de exclusão da ilicitude. Se o dissenso fosse elemento do tipo, o consentimento afastaria a tipicidade, como v.g. no crime de invasão de domicílio. Não sendo o dissenso elementar do tipo, exigir-se-ia tratar-se de direito disponível e que a vítima possuísse capacidade para consentir, hipótese em que o seu consentimento seria considerado como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

O exemplo clássico é o do proprietário que permitia que um bem móvel seu fosse destruído por terceiro.

Atualmente, sendo trazida à baila a teoria da imputação objetiva, há uma tendência de se dar mais valor ao comportamento da vítima e, mesmo nos casos em que o dissenso não figura como elemento do tipo, essa conduta poderá afastar a tipicidade.

No caso da relação sexual na qual um dos parceiros sabe que o outro está contaminado e ainda assim participa do ato sem adotar as cautelas necessárias a evitar o contágio, a doutrina tem entendido que a contaminação porventura decorrente desse contacto deve ser imputada à própria vítima. Ela conhecia os riscos e, ainda assim, não deixou de agir, atuou como diz o apresentador SÍLVIO SANTOS, “por sua própria conta e risco”.

Com referência à participação em suicídio, não podemos perder de vista o nosso ordenamento jurídico, que exige uma atuação positiva e só prevê a punição na hipótese da morte ou lesão corporal grave por parte do suicida. Na nossa legislação exige-se o atuar doloso. Destarte, qualquer conduta que não se amolde a esses parâmetros será atípica.

Ainda nesse tópico (capacidade da vítima) podemos incluir o caso em que o turista insiste até convencer o barqueiro a atravessar o Rio Memel. Durante a travessia ocorre um naufrágio e ele morre. Para ROXIN esta também seria uma hipótese a ser examinada no tópico heterocolocação em perigo. Com relação a esta hipótese, não podemos deixar de observar que, segundo a teoria da imputação objetiva nos moldes em que foi explanada por JAKOBS, exige-se que cada um desempenhe “o seu papel” na vida em sociedade, sem criar riscos além do permitido. Isso equivale dizer que cada um deve agir observando as cautelas usuais. Dentro desses paradigmas, é questionável se o barqueiro agiu observando o dever de cuidado. Também é questionável se a insistência da vítima teria sido suficiente a afastar o bom senso do barqueiro. Ao nosso sentir a

atuação da vítima deve ser de molde a efetivamente excluir, de forma indubitosa, a imputabilidade do autor, pois em caso contrário, esta subsiste.

Também podemos incluir nesse tópico os casos de condutas perigosas de salvamento nas quais o agente cria um risco juridicamente relevante, um terceiro tenta salvar o bem jurídico e sofre lesões. Em tais casos quem criou o risco não responde por esse resultado decorrente da ação livre e autônoma do salvador.

Podemos finalmente falar nas hipóteses nas quais a própria vítima, com o seu comportamento violador do dever de autoproteção, cria uma nova relação de risco, como ocorre em relação à vítima que estava em um veículo sem o cinto de segurança e morre por força de uma colisão que lhe seria inócua se ela estivesse com o cinto.

1.7 - FRISCH

Encontramos um tópico muito interessante a respeito de WOLFGANG FRISCH, na Introdução escrita por LUÍS GRECO, na obra CLAUD ROXIN – Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal, e segundo ele, FRISCH teria vislumbrado ser necessário desenvolver uma teoria acerca do objeto do dolo, da componente objetiva a que o dolo se dirige, ou seja, o comportamento típico.²³¹

Após dedicar-se a esse estudo durante cinco anos, ele apresenta a público a monumental monografia “Conduta Típica e Imputação do Resultado” (*Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*) onde ele procura criticar a teoria da imputação objetiva e propor solução para diversos problemas, a partir de um exame da tipicidade da conduta.

Na sua visão, a doutrina dominante na Alemanha estaria dando um exagerado destaque à imputação de resultados, convertendo-a, progressivamente, numa “supercategoria”, que propõe solucionar numa perspectiva *ex post*, problemas que deveriam ser resolvidos *ex ante*.

Para solucionar as questões referentes à imputação de resultados, não se pode olvidar que “toda e qualquer teorização a este respeito tem por pressuposto que o comportamento praticado pelo autor seja proibido”.²³² O primeiro passo, destarte, é estabelecer sob que parâmetros uma conduta possa ser considerada penalmente típica.

²³¹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 131.

²³² Ibidem, p. 132.

Acerca do tema, REGIS PRADO a obra escrita em conjunto com ÉRIKA MENDES DE CARVALHO, observa com precisão:

“No primeiro nível de imputação – o do comportamento típico -, com lastro na ponderação de interesses (atuante nos delitos dolosos e culposos), encontra-se a *perigosidade tipicamente relevante da ação*: para que um resultado seja objetivamente imputável, é preciso que incorpore um perigo objetivamente desaprovado.

À diferença da doutrina majoritária - que considera esse requisito como pressuposto da imputação de resultado -, erige-se a criação de um perigo juridicamente desaprovado com qualidade específica de conduta típica. O perigo objetivamente desaprovado dá lugar, por sua vez, à *perigosidade tipicamente relevante da ação*, ou seja, passa-se de uma teoria da imputação objetiva de resultado a uma *teoria da conduta típica*.²³³ (grifos do texto original).

Para FRISCH o primeiro exame a ser feito é o que define se o agente criou um perigo desaprovado com a sua conduta. Esse é o pressuposto inicial, cuja ausência dispensa qualquer outra análise a respeito desse comportamento, que perde assim toda a relevância no âmbito penal. Na observação de REGIS PRADO, FRISCH assevera o seguinte: “se não há a criação de um perigo desaprovado unido à conduta, então o que em realidade falta é uma conduta proibida” (falta uma conduta típica).²³⁴

FRISCH temia que um dos aspectos do tipo, isto é, a imputação do resultado, aglutinasse toda a teoria do tipo.²³⁵ Ele propôs que a teoria da imputação do resultado tivesse por objeto única e exclusivamente “os pressupostos do nexos causal e da realização que deve existir entre o comportamento proibido e o resultado”.²³⁶ Ele entende ser fundamental distinguir o que é conduta típica e o que é imputação do resultado. O comportamento é alicerçado em normas de determinação e a imputação do resultado é edificada em norma de sanção ou valoração. FRISCH elaborou a teoria do comportamento desaprovado, sustentada por dois pilares. Em primeiro lugar devem ser fixados os paradigmas segundo os quais um comportamento possa ser dito desaprovado.

²³³ PRADO, Luis Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. Op. cit. pp 114 – 115.

²³⁴ Ibidem, p. 115 (nota de rodapé).

²³⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Op. cit. p. 145.

²³⁶ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação ... op. cit. P. 133.

Em segundo lugar devem ser estabelecidos os parâmetros necessários pelos quais essa desaprovação possa ser expressa através de uma sanção penal.

Ele sustenta que a liberdade dos cidadãos constitucionalmente assegurada, só pode ser restringida com uma proibição a esse livre exercício, se essa proibição estiver autorizada por razões superiores. Ao seu sentir, essa superioridade de razões exige que essa restrição à liberdade de ação “se mostre um instrumento idôneo, necessário e adequado para impedir um comportamento tendente a lesionar um bem juridicamente protegido”.²³⁷ Também deve ser frisado que ele vê a norma penal sob o enfoque fragmentário. Ela é uma parte do ordenamento jurídico e só deve incidir sobre as condutas, restringindo a liberdade de comportamento, quando estritamente necessário, já que apenas um fragmento deste ordenamento é voltado ao combate às lesões mais graves, sancionando-as com uma pena.

LUÍS GRECO, fazendo alusão à obra de FRISCH, afirma que para ser estabelecida a distinção entre as condutas que seriam sancionadas criminalmente, o escritor germânico voltou a recorrer ao princípio da proporcionalidade, o que se infere do trecho seguinte:

“Um comportamento somente será penalmente proibido e, portanto, típico, quando a desaprovação penal se mostrar um instrumento idôneo, necessário e adequado para garantir a inviolabilidade e a vigência fática da norma jurídica questionada pelo comportamento juridicamente desaprovado.”²³⁸

A título de ilustração, podemos citar a venda de eletrodomésticos. O seu uso pode causar acidentes ou lesar bens juridicamente protegidos. O uso de um aparelho de som em volume excessivo pode causar danos ao seu próprio usuário e perturbar o sossego alheio; uma criança pode se acidentar tocando a hélice de um ventilador; enfim, há um risco residual no uso desses aparelhos. Não seria razoável, por conta disso, proibir-se a venda e o uso deles, a pretexto de evitar os acidentes decorrentes de sua utilização. Essa restrição à liberdade dos cidadãos mostrar-se-ia desarrazoada e vulneraria o princípio da proporcionalidade. Através de outras medidas é plenamente possível disciplinar o uso desses aparelhos evitando grande parte desses contratempos

²³⁷ Citação de LUIS GRECO, na obra mencionada acima, p. 134.

²³⁸ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 135.

(já que sempre permanecerá um risco residual). Nesse sentido podemos citar as recomendações de cuidado no tocante à conexão com a rede elétrica, cautelas quando crianças estiverem por perto, a tensão elétrica recomendada, etc...

FRISCH procurou fugir à diversidade de reunião de grupos de casos utilizada pela doutrina dominante e reuniu as hipóteses de comportamentos perigosos em três grupos: a) comportamentos imediatamente perigosos ao bem jurídico; b) comportamentos que possibilitam ou facilitam autolesões ou autocolocações da vítima em perigo; e c) comportamentos que possibilitam, facilitam ou motivam o comportamento lesivo de terceiros.²³⁹

Alguns problemas que são equacionados pela doutrina com a utilização dos princípios da “realização do risco” e do “fim de proteção da norma”, são por ele solucionados com um exame acerca da tipicidade da conduta.

A doutrina costuma citar a hipótese de um motorista ultrapassar o limite de velocidade, dirigindo assim por alguns minutos, para depois retornar à velocidade normal. Quando já está conduzindo o veículo dentro do limite permitido, atropela, de forma inevitável, um pedestre descuidado que atravessa a pista. Argumenta-se que se ele tivesse dirigido todo o tempo respeitando o limite de velocidade, chegaria àquele local depois que a vítima já tivesse atravessado a estrada. Essa causalidade naturalística é afastada pelo princípio da não realização do risco no momento do fato, ou pela fórmula do fim ou âmbito de proteção da norma de cuidado. Pelo primeiro princípio, o argumento é o de que no momento em que ocorreu o atropelamento o motorista não estava realizando nenhum comportamento criador de riscos proibidos, logo o resultado não poderia ser a ele imputado. Pelo segundo, assevera-se que a norma de cuidado que exige ao motorista dirigir em determinada velocidade não tem por fim evitar atropelamentos de pessoas descuidadas que ingressam na pista de rolamento em total inobservância ao dever de autoproteção. Para FRISCH a solução é bem mais simples: quando ocorreu o atropelamento o agente não estava a realizar nenhuma conduta típica, logo não pode decorrer nenhuma responsabilidade penal por conta desse comportamento. O agente não tem qualquer responsabilidade criminal pelo evento ocorrido. Ele argumenta que o fato de alguém dirigir em excesso de velocidade não cria

²³⁹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 136.

um perigo para os pedestres que se encontrem noutras ruas. Tal comportamento seria um mero ilícito administrativo mas não um ilícito penal.²⁴⁰

Segundo o pensamento de FRISCH, a imputação do resultado só é possível se tiver havido uma conduta proibida (típica) e o maior desvalor do resultado deve ancorar-se em pressupostos teleológicos e funcionais da norma penal.

O crime tentado possui uma pena menor que o consumado. Também existem os delitos qualificados pelo resultado. Além disso, a punição dos crimes culposos (salvante raríssimas exceções), condiciona-se à eclosão de um evento. FRISCH procurou explicar o porquê dessa punição mais severa. Segundo nos informa LUÍS GRECO, a lesão a um bem implica em insegurança, comoção, e FRISCH diz que ela consiste numa “mais intensa perturbação da paz jurídica”.²⁴¹ Ademais, a lesão ao bem protegido é a “mais visível expressão de violação da norma” e faz surgir a “maior necessidade de explicitação da vigência da norma”.²⁴²

Embora a opinião do citado jurista seja questionável do ponto de vista criminológico, sob o prisma meramente dogmático, não deixa de possuir fundamento.

Ele entende ser necessário um liame entre o risco criado pelo comportamento proibido e o resultado. Podemos chamar esse liame de nexó de causação ou de realização do resultado. Partindo dessa premissa, procura rejeitar os princípios “fim de proteção da norma”, “alcance do tipo”, “criação do risco não permitido”, explicando o resultado pela averiguação quanto à coincidência entre o risco criado através do comportamento típico e o evento ocorrido. Entende cabível examinar-se se o resultado é decorrente do comportamento proibido ou se foi gerado por um outro fator qualquer. O comportamento típico era apto a provocar o resultado “x”; se ocorre um resultado “y” ou se o resultado “x” ocorre, mas em decorrência da atuação de outras causas, o fato não pode ser atribuído ao sujeito.

Por exemplo: “A”, com a intenção de matar “B”, desfere-lhe um golpe de punhal, ferindo-o, sem grande gravidade. A vítima é socorrida, chega ao hospital com vida, mas ocorre um terremoto e ela falece por força de um desabamento provocado pelo terremoto. Segundo a fórmula de FRISCH, o risco *ex ante* criado pelo comportamento proibido, era o de que a vítima falecesse em virtude dos ferimentos

²⁴⁰ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva ... op. cit. p. 139.

²⁴¹ Ibidem, p. 140.

²⁴² Ibidem, p. 140.

provocados pelo golpe de punhal, assim a morte não acontece por força desse risco oriundo da conduta típica, pelo contrário, ela sucede por força de um fator diverso. Portanto, não se pode imputar ao agente o falecimento da vítima.

É também interessante o pensamento de FRISCH com relação à teoria do incremento do risco de ROXIN. Para ele o fato de não se ter certeza de que o comportamento adequado ao direito evitaria a lesão ao bem jurídico, por si só, afasta os motivos que justificariam a imputação do resultado. Ao seu sentir, em tais hipóteses, não se possui certeza se o comportamento teria vulnerado mais intensamente a **paz jurídica** e, também, não se tem segurança de que exista, *in casu*, a necessidade de reafirmação da norma, “uma vez que, afinal, sempre se poderia objetar que o comportamento correto em nada teria modificado o resultado”.²⁴³

FRISCH teve o mérito de reconduzir a conduta ao centro dos debates e, ademais, ele procurou reduzir o excessivo número de princípios adotados pela doutrina da imputação objetiva, mas recebeu várias críticas. BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ não concorda com os critérios de legitimação da desaprovação de comportamentos, e no que tange à eleição das condutas que merecem a tutela penal, entende que essa ponderação “não corresponde ao aplicador do Direito, mas ao legislador”, e observa ainda que se trata de “uma valoração absolutamente aberta, indeterminada e indefinida, que não aporta critérios claros de solução”.²⁴⁴

Também ele entende que a fundamentação da desaprovação de condutas “é do ponto de vista dogmático, insuficiente”.²⁴⁵

Com todas as vênias, preferimos ver o posicionamento defendido por FRISCH com outros olhos. Ao falar a respeito da teoria do comportamento típico, ele em realidade faz uma análise sob o enfoque constitucional e jusfilosófico. Ele procura explicar a *ratio* justificadora da proibição de determinados comportamentos, pretendendo fornecer critérios que devem ser observados sempre que se restrinja o exercício da liberdade, direito constitucionalmente assegurado (pelo menos a nível dogmático) e, no que concerne à criminalização de condutas ele, sem suma, defende que o direito penal deve ser a *ultima ratio*. Dentro de um raciocínio menos formal e dogmático, é admissível que esses critérios, em principio usados pelo legislador, possam

²⁴³ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p.142.

²⁴⁴ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. Op. cit. p. 147.

²⁴⁵ Ibidem, p. 147.

orientar a atuação dos profissionais do direito. Um julgador pode aplicar esses princípios a casos concretos e motivadamente pode afastar a incidência de uma norma penal que não atenda ao requisito *ultima ratio*. Há determinadas infrações penais que substancialmente não são mais que ilícitos administrativos. A proteção ao bem jurídico, em tais casos, seria plenamente atendida com a aplicação de medidas de cunho administrativo, entretanto, tendo em vista outros interesses (como os provenientes do fisco federal) a lei prevê sanções penais, que, sob o prisma defendido por FRISCH, poderíamos dizer que se mostram inidôneas, desnecessárias e inadequadas à tutela do bem jurídico. Os exemplos são muitos e se os aplicadores do direito adotarem (como muitos já o fazem) uma postura mais abrangente e menos formal, a fórmula do citado jurista pode incidir no nosso dia-a-dia. A teoria da imputação objetiva possui o mérito de trazer para a fase de exame da própria tipicidade, critérios de política criminal, e um bom julgador pode fazer um proveitoso uso desses critérios.

1.8 - PUPPE

As teorias não costumam ser, de plano, descartadas e algumas delas recebem reformas e aperfeiçoamentos, corrigindo os seus pontos frágeis e ganhando sobrevivência. Por sua vez as novas fórmulas carecem desses aperfeiçoamentos, pois senão sequer conseguiriam estabilizar-se. Embora a imputação objetiva não pretenda substituir a relação de causalidade e sim estabelecer os seus limites de imputação, como vimos acima, sofreu duras críticas por parte de FRISCH, na medida em que quase deixou de lado a importância da conduta, passando a priorizar a análise a respeito do resultado. No Brasil temos a voz de JUAREZ TAVARES a respeito da cláusula *ceteris paribus*, que poderia solucionar diversos casos a nível de causalidade, sem necessidade de se recorrer aos princípios da teoria da imputação objetiva.²⁴⁶ Também são interessantes as colocações de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR em sua monografia “Nexo Causal”.²⁴⁷ Enfim a relação de causalidade, a conduta, o nexo causal e o resultado, têm sido objeto de estudos, com revisões de conceitos e reformulações de fórmulas, pretendendo alguns autores reivindicar a importância da causalidade que não deveria ser assim descartada em favor de critérios normativos. A esse respeito são

²⁴⁶ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 271.

²⁴⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da, 1925. Nexo causal. 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

interessantes os pontos de vistas defendidos por PUPPE, que traz uma nova visão do conceito de resultado, a respeito da causalidade, e prestando valiosa colaboração à própria teoria da imputação objetiva, ao estabelecer contornos mais precisos ao tópico âmbito de proteção da norma.

LUÍS GRECO, na introdução à obra de ROXIN “Funcionalismo e imputação objetiva”, tece algumas considerações ao trabalho desenvolvido por PUPPE.

A escritora germânica inicialmente procura estabelecer o que se poderia considerar um conceito correto de resultado. Ao seu sentir, a doutrina teria esquecido quase que completamente do que seria o resultado. Segundo a sua visão, a doutrina tem-se ocupado exageradamente em estudar e definir o conceito de ação, descurando-se de meditar acerca do significado do resultado. Nesse sentido, a doutrina dominante costuma afirmar que “o resultado que interessa para o direito é aquele concretamente ocorrido, com todas as circunstâncias de tempo e lugar, com todas as suas características individualizadoras.”²⁴⁸ O problema reside nessa exigência de vincular ao resultado as circunstâncias de tempo, lugar e outras características individualizadoras. PUPPE assevera que sob tais paradigmas seria penoso definir-se o que seja resultado. “Sempre será possível acrescentar-lhe alguma característica”.²⁴⁹ Para ilustrar sua explanação ela cita o exemplo seguinte: Há um incêndio numa casa e alguém que está em seu interior vira o sofá da esquerda para a direita e assim o fogo atinge primeiro um dos lados do sofá. Analisando-se a causalidade e o conceito de resultado como um evento que abarca todas as circunstâncias, ela vê relação de causalidade entre a conduta do sujeito que virou o sofá e a sua destruição pelo fogo. Se ele não tivesse mudado a posição do móvel, o fogo não teria atingido a sua parte “x” e teria queimado da “esquerda para a direita” (ou da direita para a esquerda) e, por conseguinte, o fato não teria ocorrido da maneira como ocorreu. Por tal razão ela entende necessário que se reformule o conceito de resultado.

Com relação à teoria da imputação objetiva, ela defende a possibilidade de se excluir a punibilidade no próprio plano da causalidade, não sendo necessário o seu exame a nível de imputação.

²⁴⁸ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação ... op. cit. p. 144.

²⁴⁹ Ibidem, p. 145.

O resultado deve ter um significado jurídico e o sob esse enfoque, “para o Direito Penal, que trabalha com lesões a bens jurídicos, ele não pode ser outro que não a modificação desfavorável de determinado objeto protegido pelo Direito”.²⁵⁰

A causalidade deve assim ter por objeto a explicação do que provocou essa alteração desfavorável do bem juridicamente tutelado.

No exemplo acima, o que modificou desfavoravelmente o bem foi a sua destruição pelo fogo, não importando se o móvel queimou da direita para a esquerda ou da esquerda para a direita. A conduta de quem alterou a posição do sofá não teve nenhum efeito causal relevante para essa lesão ao bem juridicamente protegido.

Falando a respeito do significado de evento (resultado) PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR diz: “É a mutação do mundo fenomênico que tem significação para o Direito, quer como elemento constitutivo do crime, quer como sua circunstância agravante.”²⁵¹ Tais modificações poderão ser de ordem física, fisiológica ou psicológica.²⁵² Para PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, com apoio em BETTIOL (*Diritto penale*, p. 149), existe evento psíquico. Ele afirma que “esta modalidade de evento (psíquico) não deixa de causar modificação da realidade externa, visto que a psique, apesar de interior, mostra-se exterior com respeito ao sujeito-agente”.²⁵³ PUPPE exige mais que uma mutação fenomênica. Para ela é necessário que essa mutação do mundo fenomênico importe em “alterar desfavoravelmente” o bem jurídico. Examinando-se o que provocou essa “alteração desfavorável” define-se “o que” e “quem” a causou.

Esse deve ser o critério a ser utilizado em relação às hipóteses de “diminuição do risco” (que ela chama de diminuição do dano) e às de “riscos juridicamente irrelevantes”.

A doutrina cita como exemplo de ação que vise diminuir o risco o caso seguinte: o agente ao perceber que uma pedra irá atingir a vítima na cabeça, empurra-a, e ela é atingida numa região menos vulnerável, sofrendo uma lesão menos grave. Aplicando-se os critérios sugeridos por PUPPE, devemos examinar se a conduta do agente causou

²⁵⁰ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 145.

²⁵¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da, 1925. *Nexo causal* – 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 50.

²⁵² COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *Nexo causal*... op. cit. p. 51. Ele exemplifica as hipóteses de modificações no mundo fenomênico, de ordem física, fisiológica ou psicológica. ‘As primeiras poderá, v.g., consistir na destruição de um objeto. As fisiológicas, na alteração de membro, sentido ou função. E as últimas, no desprezo, descrédito ou repulsa advindos da difamação’ (p. 51).

²⁵³ *Ibidem*, p. 51.

alguma modificação que desfavoreceu o bem. Independentemente da ação do sujeito, a vítima teria a sua cabeça lesionada pela pedra; o agente limitou-se a empurrar a vítima evitando essa lesão mais grave, logo a sua conduta não alterou de maneira desfavorável o bem jurídico, por conseguinte, a sua ação não pode ser considerada causa do evento.

Um exemplo de criação de risco jurídico não relevante é aquele no qual o sujeito lança um balde de água numa represa que pouco depois transborda e causa inundação. Esse risco não possui relevância jurídica, logo o fato não pode ser atribuído ao agente. PUPPE soluciona essa questão com o mesmo critério supra. Deve-se indagar se esse ato de lançar o balde d'água na represa teria alterado desfavoravelmente o bem jurídico (ou os bens jurídicos). Em sendo negativa a resposta, significa que a conduta do sujeito não produziu nenhum resultado, não podendo assim ser considerada causa. É óbvio que a conduta do sujeito não provocou a inundação nem destruiu bens, logo não há relação de causalidade entre ela e o evento.

A escritora alemã prega o abandono à fórmula da *condito sine qua non*, adotando-se a teoria da causa natural, criada por ENGISCH. LUÍS GRECO entende inclusive que ela teria conseguido aperfeiçoar a referida teoria.

Para essa teoria, considera-se causa de um resultado, um antecedente a ele vinculado segundo uma lei natural. Por exemplo: O fogo causa lesões na pele. Se alguém atea fogo ao corpo de outrem, as lesões decorrentes desta ação serão causadas por esta ação. Pelas leis da natureza o fogo em contato com a pele provoca queimaduras (lesões). PUPPE diz o seguinte: “causa é o componente necessário de uma condição suficiente de resultado”, conforme nos informa LUÍS GRECO.²⁵⁴ Para definir o que seja “causa” é necessário que esse componente sob o enfoque de uma lei natural genericamente aplicada, seja uma condição suficiente para provocar um determinado resultado. Não basta que esse componente provoque um resultado num caso e outro noutro caso. É necessário que o resultado seja o mesmo num e noutro caso.

Por exemplo: alguém lançado de uma altura de 30 metros sobre rochas sofre várias contusões e fraturas e quase sempre morre. Se “A” lança “B” de uma ponte com a altura de 30 metros em direção ao solo pedregoso e se este morre, a ação de “A” pode ser considerada “causa” da morte de “B”. As leis naturais, o conhecimento oriundo da experiência, nos demonstram que esse tipo de queda provoca esse tipo de lesão.

²⁵⁴ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação ... op. cit. p. 147.

A título de ilustração, LUÍS GRECO nos fala que se um homem adulto ingere a quantidade “x” de arsênico e se não tiver imediato atendimento médico, a sua morte é certa. Isso é o que acontece na generalidade dos casos. Imaginemos que “A”, tenha ministrado na comida de “B” a quantidade “x” de arsênico. “B” come a comida envenenada e o médico “C” demora demais a lhe prestar socorro, “A” falece. Tanto a conduta de “A” quanto a de “C” são componentes necessários à explicação do fenômeno morte de “B”.²⁵⁵

Com referência à afirmação que do nada, nada surge, e que a omissão não possui causalidade, ela critica a doutrina dominante, que ao seu sentir estaria fazendo uso de um conceito de causa, que estaria superado desde a filosofia de DAVID HUME, ou seja, a causa sendo considerada “como força eficiente, como energia que atua sobre determinado objeto”. E conclui: “Não há por que adotar este conceito de causa, até porque jamais se conseguiu determinar ao certo o que seja esta misteriosa força que parte de um objeto e atua sobre outro”.²⁵⁶ Ela vê a causa como uma condição necessária à explicação suficiente do resultado. A indagação é: “por que o resultado ocorreu?” As condições que integrarem necessariamente a resposta como explicação “suficiente do resultado” serão consideradas causa do evento. Por isso ela vê causalidade na omissão.

MIGUEL REALE também entende haver causalidade (naturalística) na omissão, vendo-a como uma não interferência no curso causal, permitindo assim que as condições já existentes atuem, livremente, produzindo o evento. Ele afirma: “O entendimento de que é impossível admitir-se a omissão como causa, posto que do nada (nada) pode provir, parece-me não merecer acolhida, pois o impedimento assume caráter causal como fenômeno de ausência, que teria interrompido o curso causal em desenvolvimento”²⁵⁷

Após enunciar os conceitos de resultado e de causa, PUPPE passa a edificar a sua teoria da imputação, enfrentando a criação e a realização de riscos. Relativamente à criação do risco, ela não traz mudanças relevantes e praticamente sustenta os mesmos

²⁵⁵ A conduta do médico apesar de omissiva, segundo PUPPE seria causa, já que para ela a omissão é causal. ‘Uma vez que se defina a causa como uma condição, como um integrante necessário de uma explicação suficiente do resultado, omissões poderão ser causas: são condições negativas de um resultado.’(Der Erfolg, p. 895 e ss; Naturgesetze, pp. 1.148-1.149; NK § 13/105, cf. ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação..., pp 149-159..

²⁵⁶ ROXIN, Claus, Op. cit. p. 149.

²⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito. 2ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 184.

critérios da doutrina dominante, com exceção das hipóteses de diminuição do risco, que ela soluciona no plano da causalidade. Ela assevera que as condutas que objetivam diminuir o risco não são causais, na medida em que não se dirigem a uma alteração desfavorável do bem jurídico.

No que concerne à realização do risco, ela introduz algumas inovações. PUPPE sustenta que só ocorre a realização do risco se houver um liame entre a violação do dever e o resultado. Sob os paradigmas por ela elaborados, o risco criado pelo agente só poderá ser considerado causa se, além disso, constituir-se numa condição necessária a explicar de modo suficiente o resultado. O resultado, por sua vez, deve ser uma modificação desfavorável do bem jurídico. Se o risco criado pela conduta proibida for uma condição necessária à explicação suficiente do evento, será causa do resultado, em caso contrário, não. Se o risco não é causa, ele não se concretiza num resultado. PUPPE assevera ser preciso averiguar “se aquelas características do comportamento que fazem dele algo proibido, sejam partes necessárias da explicação causal”.²⁵⁸

Face ao seu conceito de causa e resultado, ou seja, a exigência do evento ser decorrente do comportamento proibido, não subsiste a imputação nas hipóteses em que a doutrina tradicional fala no curso causal hipotético adequado ao direito. Como visto anteriormente, nos itens “5.2.a” e “5.2.d” a respeito da teoria da imputação segundo ROXIN, tal hipótese ocorre nos casos em que o sujeito atua extrapolando o risco permitido, mas verifica-se que mesmo que ele tivesse agido em conformidade com as regras de cuidado, ainda assim o resultado subsistiria. Se ela exige que o resultado seja decorrente da própria conduta proibida, não há necessidade de se examinar se um curso causal hipotético adequado ao direito seria inócuo a impedir o evento, para só então ser afastada a imputação. Basta o exame da conduta do sujeito, averiguando-se se ela possui ou não capacidade causal. Ela exige que exista nexos causal entre o comportamento proibido e o resultado.

Corroborando o que afirmamos acima, LUÍS GRECO faz uma advertência que julgamos oportuno repetir:

“mas sequer é necessário perguntar pelo curso causal hipotético, bastando que se analise o que realmente ocorreu, se existe algum nexos entre a ação violadora

²⁵⁸ ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação ... op. cit. p. 150.

do cuidado objetivo e o resultado, ou se esta pode ser cortada da explicação, sem que a explicação torne-se falta ou insuficiente”.²⁵⁹

PUPPE defende o entendimento de que o resultado pode ser explicado por leis probabilísticas. Ela sustenta que existem diversos âmbitos nos quais o direito atua, alguns deles “não estritamente determinados”.²⁶⁰ Nestes não devem ser aplicadas leis deterministas e sim probabilísticas. Como âmbitos não estritamente determinados ela menciona os que envolvem decisões humanas, processos microfísicos e processos microbiológicos.²⁶¹ Em tais processos imperam leis de probabilidade. Sob esse ângulo não é correto afirmar-se que um contágio produzido por determinado tipo de vírus irá produzir sempre os mesmos efeitos nas pessoas infectadas. A regularidade desses efeitos rege-se por leis probabilísticas e não deterministas. Há uma probabilidade de que a contaminação pelo mesmo vírus produza os mesmos sintomas, mas não há certeza a esse respeito.

Por exemplo: Existem pessoas, que por fatores biológicos são imunes ao vírus da AIDS. Tais pessoas mesmo em contato com os soropositivos, não se contaminam, não sofrem os efeitos da terrível doença. Por essa premissa mostra-se incorreta a afirmação de que, v.g., o contato sexual com pessoas portadores do HIV irá, de forma inexorável, provocar contaminação. Há uma grande possibilidade de contágio e não uma certeza absoluta acerca disso.

Por tais parâmetros é necessário averiguar se um comportamento produziu a probabilidade real de provocar um resultado. Esse comportamento deve gerar uma condição eficiente à explicação suficiente de um resultado, tendo, no mínimo, incrementado as possibilidades de ocorrência do evento. Não é necessário que a conduta seja causa determinante, mas apenas provável do resultado. LUÍS GRECO, comenta o seguinte a esse respeito: “Aquele que fornecer uma condição necessária prevista no enunciado de uma lei probabilística não terá, necessariamente, determinado o resultado, mas terá com certeza aumentado a probabilidade, ou na terminologia conhecida, o risco, de que o resultado ocorresse.”²⁶²

²⁵⁹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 151.

²⁶⁰ Ibidem, p. 151.

²⁶¹ Ibidem, p. 151.

²⁶² Ibidem, p. 151.

A título de ilustração, ele cita o caso de um médico cometer um erro, numa operação arriscada, vindo a causar a morte do paciente. Dependendo da extensão do erro cometido, não existe uma lei natural que afirme de forma categórica que todas as vezes que o mesmo erro for repetido o paciente morrerá. Vários fatores podem influir nesse processo, como o estado de saúde do paciente, o comportamento de terceiros (tanto durante quanto após a intervenção cirúrgica), ou seja, a incidência de outras “causas” (contribuindo para a morte ou afastando-a). Ditos fatores fazem com que as leis probabilísticas se sobrelevem às leis deterministas. Dentro desse contexto, temos probabilidade da morte do paciente ocorrer em virtude do erro médico.

Sob esses mesmos paradigmas, PUPPE analisa a chamada teoria do aumento do risco. A violação do risco permitido deve-se constituir em causa do resultado e, além disso, esse resultado deve-se achar incluído entre aqueles que o respeito à norma de cuidado tem por fim evitar. Se não forem atendidos todos esses requisitos não teremos uma realização do risco não permitido.

LUIS GRECO observa que PUPPE deu contornos à “imprecisa figura do fim de proteção da norma”.²⁶³ Ela identifica o fim de proteção da norma com a “identidade genérica para impedir determinada classe de cursos causais”.²⁶⁴ Destarte, só estão incluídos no fim de proteção da norma os cursos causais em relação aos quais ela possui idoneidade para afastar. Todos os demais processos causais são alheios ao seu campo de ação.

A doutrina costuma citar o exemplo do motorista “A” que faz uma ultrapassagem arriscada, passando muito próximo ao veículo do motorista “B” assustando-o e este sofre um colapso cardíaco e morre. Existe nexos causal entre a conduta proibida realizada por “A” e a morte de “B”, mas este processo causal não se reveste de genericidade, isto porque, normalmente esse tipo de ultrapassagem não provoca ataques cardíacos. Para a escritora alemã, o fim de proteção da norma deve dirigir-se à proibição de resultados que geralmente ocorrem quando se desrespeita a norma de cuidado e não para afastar resultados que só raramente são produzidos. O respeito à norma de cuidado teria evitado o resultado (morte por colapso cardíaco) apenas nesse caso concreto ou talvez num número bastante reduzido de casos. A maioria, quase absoluta, dos motoristas, em ultrapassagens similares, poderia até levar

²⁶³ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. Cit. p. 152.

²⁶⁴ Ibidem, p. 153.

um susto, mas a possibilidade da morte por colapso cardíaco seria muito remota. A função genérica da norma de cuidado a ser observada nas ultrapassagens, é evitar os danos geralmente decorrentes dessa conduta como as colisões e não lesões que só excepcionalmente acontecem. Ela assim dá contorno a esse princípio, só incluindo no fim de proteção da norma, aqueles resultados por ela proibidos na generalidade dos casos.

LUÍS GRECO comenta que o critério por ela proposto pode ser questionável, mas, pelo menos apresenta definições precisas, embora, ele adverte, talvez, como propôs FRISCH, tal princípio deva ser abandonado. Também ele faz restrições ao uso da lei das probabilidades para definir a causalidade.²⁶⁵

De qualquer sorte, não se pode negar a consistência dos argumentos de PUPPE e a sua valiosa contribuição a respeito de uma releitura do conceito de resultado, o que possibilita excluir a responsabilidade no âmbito exclusivamente causal.

Também é interessante o seu conceito de causa sob o prisma da lei de probabilidade, trazendo a lume a discussão a respeito dos âmbitos não estritamente determinados.

É inegável a sua contribuição para dar contornos à teoria da causalidade natural, aperfeiçoando a fórmula criada por ENGISCH, teoria hoje muito popular na Alemanha.

Por fim ela propõe um critério preciso para o princípio do fim de proteção da norma. Dito princípio, por sua imprecisão tem sido severamente criticado pela doutrina, havendo quem proponha (como FRISCH) que ele seja simplesmente esquecido.

Não podemos esquecer que a teoria da imputação objetiva ainda se encontra sem um delineamento completo e seguro, e que é bem melhor estabelecermos temas que sirvam de base à reflexão, aos estudos, aos debates, do que termos a pretensão equivocada de afirmarmos verdades imutáveis.

²⁶⁵ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 155.

CAPÍTULO IV

REFLEXOS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A adoção da teoria da imputação objetiva importa em alguns reflexos no tocante aos elementos do crime, concurso de agentes, crimes omissivos, caracterização do dolo direto, dolo eventual, culpa consciente, culpa inconsciente, causas de justificação, enfim em um modo diverso de serem vistos alguns institutos do direito penal. Procuraremos tecer breves comentários acerca dessas modificações, sem nos esquecermos da exigência de concisão do trabalho que está sendo elaborado.

Relativamente aos elementos do crime, discorreremos acerca dos reflexos provocados na estrutura do tipo, e nas alterações provocadas na antijuridicidade e na culpabilidade. Além disso, teceremos alguns comentários em relação ao tipo comissivo e omissivo, crime doloso e culposos.

Com referência ao tipo, PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, após dizer que para efeitos dogmáticos, deve ser adotada uma definição tripartida do delito, como “*acción ou omisión típica, antijurídica y culpable*”, propõe a seguinte estrutura:

1. Tipicidad

1.1. Tipo objetivo

Acción y resultado

Relación de causalidade

Imputación objetiva

Sujetos

1.2. Tipo subjetivo

Dolo

Otros elementos subjetivos del injusto.

2. Antijuridicidad, con el análisis de las distintas causas de justificación.

3. Culpabilidad

3.1. Imputabilidad

3.2. Conocimiento de la antijuridicidad del hecho

3.3. *Exigibilidad de otra conducta*

E ela ainda acrescenta um quarto item que seria um apêndice do terceiro:

4. *Penalidad o punibilidad*

4.1. *Condiciones objetivas de penalidad*²⁶⁶

4.2. *Condiciones objetivas de procedibilidad*”.

DAMÁSIO DE JESUS, procura descrever os elementos objetivos e subjetivos do tipo doloso e culposo, com os elementos seguintes:

“O tipo objetivo, nos delitos materiais, compreende a conduta, o resultado, a relação de causalidade e a imputação objetiva. No crime culposo, o tipo é integrado pela inobservância do cuidado objetivo necessário.”

O tipo subjetivo compreende o dolo e outros elementos subjetivos da figura típica (ou do injusto, fazendo referência exatamente a PAZ M. DA LA CUESTA AGUADO). No crime culposo, o tipo é integrado pela vontade de realizar a conduta.”²⁶⁷

Podemos dizer que a estrutura da tipicidade, nos delitos materiais, possui os elementos seguintes:

a) Tipicidade, que se subdivide em tipo objetivo e tipo subjetivo.

a.1 – Tipo objetivo

a.1.1. Ação humana

a.1.2. Resultado

a.1.3. Nexo de causalidade entre a ação e o resultado

a.1.4. Imputação objetiva

²⁶⁶ CUESTA AGUADO, Paz M. de La. *Tipicidad e imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo – Mendoza – Argentina* (última edição Artes Gráficas Unión _ Peru 1875 – Mendoza Argentina – 1998), pp. 61-62.

²⁶⁷ JESUS, Damásio E. de, 1935- Imputação objetiva – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002., p. 19.

a.2 – Tipo subjetivo

a.2.1. Dolo

Estes elementos aplicam-se ao crime doloso (com dolo direto), sendo necessário adicionarmos ao tipo objetivo culposo a inobservância do cuidado objetivo exigido e ao tipo subjetivo negligente a culpa, ou melhor, a vontade do agente de atuar de forma descuidada.

Nos delitos de mera conduta e formais são exigidos o comportamento humano e a imputação objetiva.

Deve também ser frisado que no tocante ao item imputação objetiva, devemos aferir se o comportamento humano criou um risco não permitido e se houve liame entre o risco criado e o resultado.

Não incluímos entre os elementos da tipicidade a correspondência entre o comportamento realizado e a lei penal, porque isso é aferido quando se examina a imputação objetiva, já que a realização do risco não permitido corresponde ao cometimento de um fato descrito como crime na lei penal.

Por último deve ser dito que aqui não tratamos do crime omissivo, que possui características peculiares e por isso preferimos falar a respeito no item próprio.

Com referência à antijuridicidade, falaremos acerca dos efeitos da teoria da imputação objetiva no que concerne ao exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, que deixam de ser considerados como causas de justificação e passam a ser tidos como causas de exclusão da própria tipicidade.

Já com relação à culpabilidade, ela permanece quase que inalterada e procuraremos tecer breves comentários quanto à posição predominante fazendo breve análise da concepção de GÜNTHER JAKOBS..

1- O TIPO OBJETIVO

No que concerne aos elementos do tipo objetivo, a ação já foi anteriormente estudada no capítulo II e permanecemos fiéis ao conceito final de ação, que é plenamente aplicável ao crime doloso, ressaltando que o elemento subjetivo que

determina a finalidade da conduta é deslocado para o tipo subjetivo, cujo elemento principal é o dolo direto.

O resultado é o natural, ou seja, o que corresponde às alterações deixadas no mundo físico pela ação. Para os partidários do resultado jurídico, não há crime sem resultado, eis que qualquer conduta típica estará vulnerando o bem protegido pela norma, mas preferimos entender que existam resultados naturais (que também são jurídicos) e resultados jurídicos (que nem sempre são naturais). Pela nossa concepção existem crimes sem resultado.

A esse respeito, não podemos deixar de mencionar a opinião de NELSON HUNGRIA que entendia não existir crime sem resultado. Ele manifestava o entendimento de que todo crime gera um dano ou perigo e que tanto um quanto outro produziam uma alteração no mundo objetivo. Em seus comentários encontramos o trecho seguinte:

“Igualmente, não existe crime sem *resultado*. A toda ação ou omissão penalmente relevante corresponde um *eventus damni* ou um *eventus periculi*, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos (como, por exemplo, a “ofensa à honra”, no crime de *injúria*). É de se enjeitar a distinção entre *crimes de resultado* (*Erfolgsdelikte*) e *crimes de simples atividade* (*Reinetätigkeitsdelikte*) (faz citação de LISZT-SCHIMIDT – *Lehrbruch des deutschen Strafrechts*, 1927m pág. 155). Todo crime produz um dano real (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta à existência ou à segurança do bem ou do interesse que a lei protege com a *ultima ratio* da sanção penal.”²⁶⁸(grifos do texto original).

Ele ainda citou as palavras do Ministro CAMPOS na Exposição de motivos do Código Penal, defendendo a mesma idéia.²⁶⁹

Complementando o raciocínio, diz HUNGRIA: “Exposto a perigo, o bem ou interesse jurídico não é *substancialmente lesado*, mas sofre uma turbacão no seu estado

²⁶⁸ HUNGRIA, Nelson, 1891-1969. Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II: arts. 11 ao 27, c/ Heleno Cláudio Fragoso. 6 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp 7-8.

²⁶⁹ Na Exposição de Motivos, o Ministro Francisco Campos afirmou não existir crime sem resultado. “Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um *perigo de dano*, e sendo o perigo um trecho da realidade, não pode deixar de ser considerado objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão”. (grifos do texto)

de segurança: é colocado, embora transitoriamente, numa situação de precariedade, de incerteza, de instabilidade.”²⁷⁰(grifos do autor).

Interessante que esse ponto de vista guarda proximidade com o esposado anos depois pela escritora alemã PUPPE, a que nos já referimos anteriormente, que entende como resultado “a modificação desfavorável” de determinado bem jurídico.²⁷¹

Há essas e outras opiniões idôneas de renomados juristas considerando inexistir crime sem resultado, mas preferimos entender que não há crime sem resultado jurídico, mas que há crimes sem resultado natural.

No que se refere ao nexos de causalidade entre a ação e o resultado, remetemos o leitor ao Capítulo II, frisando de forma sucinta que sob o prisma naturalístico o resultado deve ser uma modificação física decorrente da conduta, assim o nexos de causalidade é o liame objetivo que une a conduta ao resultado.

A imputação objetiva foi objeto do Capítulo III e lá estão firmados os seus princípios, quais sejam, criação de um risco não permitido, realização desse risco com a produção de um resultado; princípio da confiança; princípio de incremento do risco; âmbito de proteção da norma e campo de alcance do tipo.

Segundo DAMÁSIO DE JESUS, a imputação objetiva deve ser aplicada mediante as condições seguintes: “1ª) realização de uma conduta produtora de um risco juridicamente desaprovado e relevante; 2ª) realização do risco desaprovado num resultado jurídico; e 3ª) que o resultado se encontre no âmbito e incidência do tipo incriminador”.

Ele complementa afirmando que não há imputação objetiva nas seguintes hipóteses: “1º) o sujeito não criou risco com sua conduta; 2º) criou, porém o risco era permitido; 3º) criou, porém o risco não era relevante; 4º) o perigo não produziu resultado jurídico, caso em que o fato é atípico ou o sujeito responde por tentativa de crime; 5º) o resultado jurídico se encontra fora do âmbito de proteção da norma incriminadora; e 6º) o sujeito procurou diminuir o risco ao bem jurídico”.²⁷²

Nos permitimos acrescentar às hipóteses em que ocorre a imputação, aquela na qual o agente incrementa o risco de uma determinada atividade.

²⁷⁰ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Op. cit. p. 09.

²⁷¹ PUPPE, *Der Erfog...*, p. 881; *Naturalismus...*, p. 306. (cf. ROXIN, Claus, Introdução e tradução de Luís Greco. Op. cit. p. 145).

²⁷² JESUS, Damásio E. de. Imputação objetiva. Op. cit. pp. 73-74.

2 - O TIPO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Para a teoria da imputação objetiva temos o tipo objetivo composto dos elementos supra e o tipo subjetivo, integrado pelo dolo e por outros elementos igualmente de natureza subjetiva. O dolo direto é psicológico e assim, pode-se estabelecer um liame intelectual entre o agente e o resultado. Nos crimes dolosos o sujeito atua finalisticamente, buscando cometer exatamente o que é proibido pela norma penal. JUAREZ CIRINO, citando ROXIN afirma que o dolo é “a energia psíquica fundamental dos fatos dolosos”.²⁷³

O mesmo jurista assim como PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO, afirma que além do dolo existem outros elementos subjetivos no tipo. JUAREZ CIRINO assevera que:

“freqüentemente, em conjunto com o dolo aparecem elementos subjetivos *especiais*, sob a forma de *intenções* ou de *tendências* especiais, ou de *atitudes pessoais* necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamentos criminosos, que também integram o tipo subjetivo. Assim, o estudo do tipo subjetivo tem por objeto (a) o dolo, como elemento subjetivo *geral*, compreendendo, ainda, o erro de tipo e os princípios de atribuição do tipo subjetivo, e (b) as *intenções*, *tendências* ou *atitudes pessoais*, como elementos subjetivos *especiais*. “²⁷⁴(grifos do autor).

Com a máxima vênia, ousamos discordar e entender que o elemento subjetivo do tipo resume-se ao dolo. Os outros elementos não estão presentes em todos os delitos e, além disso, não existem apenas elementos subjetivos do tipo, há também elementos de natureza normativa (como a qualidade alheia da coisa objeto de delito contra o patrimônio) e mesmo elementos relativos à imputabilidade, como a influência do estado puerperal no crime de infanticídio, não havendo dúvida de que este elemento diminui a imputabilidade da mãe que comete o referido delito.

²⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro – Freitas Bastos, 2002, p. 61.

²⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. pp 61-62.

O interessante é sabermos que a descrição legal do tipo não contém apenas elementos objetivos, possuindo também elementos de outra natureza, e que age dolosamente quem deseja cometer o delito na forma como ele está descrito, com todos os elementos que o compõem.

ROXIN define o dolo como sendo “a consciência e vontade de realizar o tipo objetivo; assim, se a consciência e a vontade dirigem-se a algo não objetivamente típico, a um risco que a ordem jurídica considera irrelevante, não teremos dolo”.²⁷⁵

A teoria da imputação objetiva propõe que primeiro seja definido o tipo objetivo que é composto da conduta humana, resultado (exceto nos crimes formais e de mera conduta), nexos de causalidade (que comporta as mesmas exceções) e a imputação objetiva; averigua-se depois se o sujeito atuou de forma voluntária e consciente com a finalidade de concretizar o tipo objetivo com todos esses pressupostos.

A vontade deve ser direcionada à realização do tipo objetivo. O resultado proibido deve coincidir com o fim perseguido pelo agente. Assim, no tipo do artigo 121 do Código Penal, “matar alguém”, é necessário que o sujeito tenha consciência e domínio do curso causal e atue querendo tirar a vida de alguém.

Além disso, no nosso modo de pensar, não deve ser desprezada a representação. Exige-se que o agente tenha consciência de que necessita realizar a atividade “x” e que tenha conhecimento de que essa atividade “x” é idônea a concretizar o que ele deseja.

A vontade deve ser direcionada ao objetivo pretendido pelo sujeito e é necessário que ele tenha controle do curso causal direcionado a esse fim. A finalidade em relação ao dolo direto deve corresponder apenas ao que o agente quer, ao que ele objetiva, ao que ele deseja.

Devemos observar que desde KARL LARENZ que procurou adaptar o conceito de ação desenvolvido por HEGEL aos crimes culposos, os juristas, à quase unanimidade, definem a vontade como sendo abrangente tanto do que quis o agente, quanto do que lhe era previsível. LARENZ ao falar da vontade, definia a finalidade como sinônimo do que fosse conhecido e querido pelo agente e do que fosse possível a ele conhecer e compreender, incluindo na finalidade o que fosse previsível ao sujeito. Para ilustração transcrevemos o conceito de finalidade de KARL LARENZ:

²⁷⁵ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva ... op. cit. p. 113.

“O conceito de finalidade só não pode ser compreendido de modo subjetivo, mas sim objetivamente, isto é, não podemos nos contentar em imputar aquilo que foi conhecido e querido, mas temos também de imputar aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, o objeto possível da vontade. Logo torna-se possível imputar como obra da pessoa aquelas conseqüências compreendidas na finalidade objetiva da ação, isto é: tudo aquilo que for objetivamente previsível.”²⁷⁶

A respeito da vontade, o insigne causalista NELSON HUNGRIA, disse o seguinte:

“Também não é indeterminada a vontade no dolo eventual: quando a vontade dirigindo-se a certo resultado, não recua ou não foge da prevista probabilidade de outro resultado, consentindo no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado entra na órbita da vontade do agente, embora de modo secundário ou mediato.”²⁷⁷

Temos as nossas restrições a esse conceito de vontade. Uma coisa é desejar algo e empreender esforços no sentido de consegui-lo e outra coisa é prever determinadas conseqüências e ainda assim atuar. A darmos essa amplitude ao significado da vontade, entendendo que ela também “abarca o que é previsível ao sujeito”, estaremos a admitir, face ao nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de existir tentativa em crimes culposos.

O artigo 14, inciso II do nosso Código Penal diz que o crime será tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pelo enunciado deduzimos que o elemento subjetivo da tentativa é o dolo, que corresponde à vontade do agente. Ele inicia a execução de um delito, mas não consegue o que deseja por circunstâncias alheias. Por conseguinte, entendemos que não há tentativa em crime culposos onde a vontade do agente não é dirigida ao resultado ocorrido. Se ao revés, entendermos que a vontade do agente é o que ele quis e também aquilo que ele podia prever, estaremos admitindo que pode haver tentativa em crime culposos, pelo menos naqueles em que exista culpa consciente.

²⁷⁶ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva... op. cit. p. 18.

²⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 93.

Ao nosso ver a vontade presente no dolo direto e que é inferida do verbo querer, deve ser consciente e dirigida a um fim, qual seja, a concretização do risco, lesionando o bem jurídico. Ou, se quisermos fugir à terminologia usada na teoria da imputação objetiva, a vontade inerente ao dolo direto dirige-se a um fim que coincide com o resultado proibido pela normal penal.

3 – DOLO DIRETO E INDIRETO

Costuma-se classificar o dolo em direto e indireto. No nosso ordenamento jurídico isto resulta claro, na medida em que o legislador expressa que: “diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.” A primeira parte refere-se ao dolo direto, tendo sido adotada a teoria da vontade, e a segunda, ao dolo eventual, onde foi adotada a teoria do consentimento. O dolo eventual é uma espécie de dolo indireto, pois alguns consideram também existir o dolo alternativo.

LUÍZ REGIS PRADO entende que temos apenas duas espécies de dolo, o direto e o eventual e ele não concorda com a expressão dolo indireto.²⁷⁸

Outros autores preferem classificar o dolo como direto e indireto, e o último se subdivide em dolo eventual e dolo alternativo.²⁷⁹

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS assevera que a teoria penal moderna distingue três espécies de dolo: o dolo direto de primeiro grau cujo elemento é a intenção; o dolo direto de segundo grau cujo elemento é o propósito direto e o dolo eventual cujo elemento é o propósito condicionado. Ele considera que a intenção seja um sinônimo do

²⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral: arts. 1º a 120 – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. E ele acrescenta: “Como bem se assinala, “as classificações anteriores quanto às espécies de dolo, devem reduzir-se, simplesmente, a duas categorias: *dolo direto* e *dolo eventual*. Não há *razão científica* alguma na apreciação da terminologia de dolo de ímpeto, de dolo alternativo, dolo determinado, dolo indireto, dolo específico ou dolo genérico, que podem somente trazer *confusão à matéria* e que se enquadram entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies mencionadas.” (ele menciona JUAREZ TAVARES em Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. Revista de Direito Penal, 6, 1972, p. 22. (cf. p. 297 da obra de Luiz Regis Prado).

²⁷⁹ Neste sentido, cf. JESUS, Damásio E. de. Direito penal, v. 1, parte geral, 22ª ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva, 1999, pp 286 – 287; MESTIERI, João, Manual de direito penal, volume I – Rio de Janeiro, 2002, pp 131-132-133; NORONHA, Edgard Magalhães, 1906- Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1973-1974, vol I: 11ª ed., pp 131-132.

dolo direto; o propósito direto, a mesma coisa que dolo direto de segundo grau e o propósito condicionado idêntico ao dolo eventual.²⁸⁰

3.a – O DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU

É o que se funda na intenção do agente. O sujeito deseja algo proibido pela norma penal e dirige suas forças visando a essa consecução, dirigindo e dominando o curso causal. A vontade do agente é dirigida à concretização do risco, na linguagem utilizada pela teoria da imputação objetiva. Há, destarte, uma congruência entre a descrição do fato pela lei penal e o comportamento do agente cujo fim é exatamente praticar a conduta proibida.

A respeito do dolo direto de primeiro grau (cujo elemento é a intenção), não existem maiores problemas, devendo-se aqui ser apenas ressaltado que para a doutrina causalista esse elemento subjetivo possuía consciência da ilicitude e a teoria final da ação passou a adotar o chamado dolo natural (sem consciência da ilicitude, que passa a integrar a culpabilidade, como um dos seus elementos).

3.b – O DOLO DIRETO DE SEGUNDO GRAU

O dolo direto de segundo grau é caracterizado por abranger as conseqüências secundárias da ação tidas como certas ou necessárias, não importando se essas conseqüências secundárias tenham sido desejadas ou não desejadas pelo agente. MESTIERI o chama de dolo de conseqüências necessárias, mencionando HELENO FRAGOSO, que fornece o exemplo “daquele que, visando eliminar seu inimigo, coloca engenho explosivo no avião que o transporta, sabendo que o mecanismo será acionado durante o vôo.”²⁸¹

O sujeito atua desejando atingir um bem jurídico, mas a conduta que empreende neste sentido, de forma secundária, atinge necessariamente outros bens penalmente protegidos. Ele tem conhecimento disso e ainda assim não recua e age.

²⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, 3ª edição revista e ampliada – Curitiba; Editora Fórum, 2004, p. 65.

²⁸¹ MESTIÉRI, João. Op. cit. p. 131. FRAGOSO, Heleno Cláudio, Lições de direito penal, parte geral, Rio de Janeiro, 1986, p. 177.

Ex: A, querendo matar B, provoca o desabamento da casa onde dormem B e sua família, matando a todos.

3.c - O DOLO EVENTUAL

Segundo o nosso legislador, há dolo eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado.

O sujeito prevê que o resultado possa ocorrer e ainda assim não deixa de agir. O fato de ser previsível que possam ocorrer outros resultados não o inibe de empreender a conduta. Discorrendo a respeito do dolo eventual, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, citando ROXIN, diz que o dolo eventual pode ser caracterizado a nível intelectual e de atitude emocional. No plano intelectual, ele se caracteriza na medida em que o agente “leva a sério a possível produção do resultado típico e no plano da atitude emocional, o sujeito conforma-se com a eventual produção do resultado.”²⁸²

Aqui cabe a palavra de NELSON HUNGRIA:

“quando a vontade se exerce *por causa* do resultado, o dolo é chamado *direto* (determinado, intencional, incondicionado); quando a vontade se exerce *apesar* da previsão do resultado como provável, fala-se em dolo *eventual* (ou condicionado).” (grifos do texto original).²⁸³

Nos casos em que há dolo eventual, o agente não atua, como diz HUNGRIA, “por causa do resultado” e, sim, “apesar do resultado ser tido como provável”.

Sob o prisma da teoria da imputação objetiva, quem atua com dolo eventual, não deixa de estar criando um risco relevante ao bem jurídico. O sujeito possui conhecimento de que a sua conduta poderá lesionar o bem, entretanto, isso não faz com que ele desista de agir, e ele atua com consciência de que está criando perigo para esse bem. Fazendo uso das palavras de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, ele “leva a sério a possibilidade” de ocorrer a realização do risco por ele criado e se conforma com a possibilidade dessa realização, que nada mais é do que o resultado proibido pela norma.

²⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 70.

²⁸³ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 91.

Na hipótese do dolo direto de segundo grau, o sujeito possui a previsão de que o resultado secundário irá ocorrer e, ainda assim, ele age. Resulta óbvio que sua conduta gera um risco ao bem jurídico, cuja concretização é certa ou necessária.

Com relação ao dolo alternativo, é extremamente difícil ser estabelecido o que o agente quis *ex ante*. Depois de realizada a conduta, não há segurança quanto a ser esclarecido (*ex post*) qual a sua finalidade. Se alguém efetua um disparo de arma de fogo contra outrem, que não morre, soa sem consistência a afirmação de que ele atirou para matar ou ferir. Se ele queria apenas ferir, terá cometido um crime de lesões corporais; se ele queria matar, haverá uma tentativa de homicídio e se ele atuou com o chamado dolo alternativo, querendo matar ou ferir, a tentativa de homicídio consumirá a lesão. *Major absorbet minorem*. Logo, ao nosso ver, deve ser abandonada essa classificação.

4. IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O TIPO CULPOSO

O tipo culposo difere do doloso, pois no último é possível estabelecer a conduta e o resultado com base apenas em critérios psicológicos e ônticos, não sendo necessário um elemento normativo. No delito doloso (com dolo direto) a vontade do agente é dirigida no sentido de praticar um fato considerado crime, o que pode ser constatado já a nível meramente naturalístico. Por exemplo: A deseja matar B. Mune-se de uma arma e dispara dois tiros contra a cabeça da vítima. É verificável, com base num enfoque naturalístico que a ação de A provocou a morte de B. O elemento psicológico consiste na vontade de A de causar a morte do desafortunado, tendo usado os meios a isso necessários e atuado visando a esse fim. Pode-se dizer que o sujeito atuou dolosamente. Já em relação ao delito culposo, nem sempre se pode afirmar isso. Alguém, dirigindo um veículo atropela outrem, restando patente que ele não desejava esse atropelamento. Não podemos, usando apenas critérios mecanicistas, afirmar que ele agiu culposamente. Só poderemos fazer tal assertiva de forma segura, se nos socorrermos de critérios valorativos da conduta. Teremos de verificar se ele desenvolvia velocidade permitida, se o seu carro estava com os freios em bom estado, se ele dirigia com observância às normas de trânsito, etc... Seremos obrigados a fazer um exame axiológico da sua conduta para estabelecermos se ela foi ou não descuidada, se ele violou ou não o

cuidado exigível. Só poderemos dizer que a sua conduta foi típica, com o indispensável exame normativo desse comportamento. A violação do cuidado exigido, que é chamada na teoria da imputação objetiva de criação de risco não permitido, nem sempre possui os mesmos pressupostos. Ela pode ser proveniente da violação de uma norma técnica (*lex artis*) da ação realizada de forma descuidada, da omissão da ação esperada e até da escolha feita pelo agente, como no caso do médico que faz um diagnóstico equivocado e após isso procede à extração desnecessária de um órgão do paciente; isso sem falarmos nas condutas culposas decorrentes do erro presente nas dirimentes putativas. Talvez por isto, não exista unanimidade quanto aos elementos que compõe o tipo culposo. FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA diz que o delito imprudente possui como elementos a inobservância do dever objetivo de cuidado, previsibilidade objetiva, cognoscibilidade, evitabilidade, nexó de causalidade e tipicidade.²⁸⁴ Ele ainda afirma que a maioria dos juristas enumera alguns desses elementos como componentes da infração criminal culposa, havendo variação de um autor para outro. Um elemento sempre citado é o dever de cuidado, sendo que na teoria da imputação objetiva costuma-se falar em criação do risco não permitido.

O nosso legislador limitou-se a dizer que o crime é culposo, “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO propõe que o tipo objetivo do crime culposo possua dois elementos básicos:

- a) uma ação ou omissão, violadora da norma de cuidado; (a violação da norma de cuidado firma o desvalor da ação).
- b) a produção de um resultado lesivo, (o que configura o desvalor do resultado) que possa ser objetivamente imputado ao autor da conduta desvalorada.

Segundo ela, o tipo subjetivo possui os elementos seguintes:

- a) um elemento positivo, consistente na circunstância do sujeito ter querido realizar a conduta imprudente, infringindo, assim, o dever subjetivo de cuidado.
- b) um elemento negativo, consistente na atitude do sujeito de não desejar o resultado produzido.

²⁸⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 80.

JUAREZ TAVARES adverte que tanto o delito comissivo quanto o omissivo culposos situam-se na mesma estrutura de violação do dever de cuidado, mas o crime omissivo possui outros elementos que irão caracterizá-lo no caso concreto.²⁸⁵

Ele também entende não ser recomendável a dicotomia do tipo culposo em tipo objetivo e tipo subjetivo. Ele não deixa de reconhecer que existe um componente subjetivo, “representado pela relação volitiva entre o agente e sua execução” e também um de natureza objetiva, “expresso na causalidade”, mas não concorda com a divisão similar à feita nos crimes dolosos. E ele conclui:

“É que, neste caso, a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência.”²⁸⁶

Só interessa a análise do aspecto subjetivo, para efeito do juízo de imputação, nos delitos dolosos. Os crimes dolosos possuem duas faces justapostas, uma objetiva e outra subjetiva e há congruência entre elas, o que não ocorre no crime culposo. No crime doloso, a consciência e vontade que preenchem o seu âmbito subjetivo, dirigem-se à concretização do âmbito objetivo e no crime culposo a ação do sujeito é direcionada a outro fim. O resultado descrito na parte objetiva do tipo só acontece por força de um descuido que provoca um evento não querido pelo agente.

No crime doloso, os aspectos objetivo e subjetivo, mantêm uma correspondência biunívoca. Formam os dois lados de uma moeda, e no delito negligente, não há essa dicotomia.

²⁸⁵ TAVARES, Juarez. “É lícito afirmar-se que tanto o delito culposo omissivo quanto o delito culposo comissivo se situam na mesma estrutura de violação de dever de cuidado. Além disso, porém, no delito culposo omissivo subsistem outros deveres: o de garantidor, imposto pessoalmente ao sujeito, segundo suas relações de proteção a determinados bens jurídicos ou de responsabilidade por determinadas fontes de perigo, ou um dever geral de assistência, e, ainda, outras circunstâncias típicas. Assim, negligentemente realizados, podem ser tanto os crimes omissivos próprios (*dever geral de assistência*), como impróprios (*dever de garantidor*). (grifos do texto original). TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência – uma contribuição à teoria do crime culposo – 2ª edição, revista e ampliada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 269.

²⁸⁶ TAVARES, Juarez. *Op. cit.* p. 278.

De qualquer sorte, não podemos deixar de reconhecer que no delito culposo exige-se que a conduta do agente seja voluntária, não no sentido de desejar produzir o resultado e sim, por não observar as cautelas exigidas. Não se pode negar que alguém que esteja dirigindo a 150 km/h, empreende uma conduta voluntária. Ainda que esse motorista esteja fazendo isso obrigado por outrem, não deixa de agir voluntariamente; haverá, tão-somente um vício da vontade que excluirá a culpabilidade, mas não a conduta. A respeito do que se pode definir como ação voluntária, ARISTÓTELES dizia com a costumeira sabedoria que há voluntariedade na ação quando: “a origem do movimento das partes do corpo que atuam como instrumentos do ato reside no agente, e quando a origem de uma ação encontra-se em si mesmo (no próprio agente) está no poder de alguém realizá-la ou não.”²⁸⁷

JUAREZ TAVARES está com toda razão quando diz que o processo de imputação nos crimes dolosos terá como objeto de valoração a conduta consciente e voluntária do agente e que por isso é relevante a divisão do tipo em objetivo e subjetivo, o que não ocorre nos delitos negligentes. Entretanto, como subsiste a voluntariedade em qualquer atuação humana, não descartaremos o tipo subjetivo do delito culposo.

Feitas estas observações, podemos dizer que o crime culposo (comissivo) possui:

1 – Tipo objetivo -

1.a. Conduta humana produtora do risco proibido (desvalor da ação).

2.a. Concretização do risco, com a produção de um resultado típico (desvalor do resultado)

3.a. Nexos de causalidade entre o risco criado e a sua realização (ou entre a conduta e o resultado).

2 – Tipo subjetivo –

2.a. conduta voluntária violadora do dever subjetivo de cuidado.

2.b. ausência de intenção de concretizar o risco proibido (resultado não querido pelo agente).

²⁸⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, tradução, estudo bibliográfico e notas de Edson Bini, EDIPRO, Bauru, SP, 2002, p. 84.

Estes, ao nosso ver, os efeitos no tipo comissivo culposo, da adoção da teoria da imputação objetiva.

Como referência ao crime omissivo negligente, falaremos a seu respeito no item relativo à omissão. Lá discorreremos a respeito dos reflexos da imputação objetiva em relação aos crimes omissivos próprios e impróprios, dolosos e culposos.

4.1 - ESPÉCIES DE CULPA

Temos a culpa consciente e a culpa inconsciente, a própria e a imprópria, descartando a espécie chamada de culpa mediata.

A respeito delas iremos discorrer de forma sucinta.

Age culposamente quem atua violando o dever de cuidado, quem omite a conduta adequada imposta pela norma de cautela. Para a teoria da imputação objetiva age culposamente quem extrapola os limites do risco permitido, sem desejar o resultado. Há culpa inconsciente quando o agente possui previsibilidade, mas não possui previsão do resultado.

A culpa consciente existe nas condutas nas quais o sujeito prevê o resultado como possível, mas acredita de forma irresponsável que ele não ocorrerá, apesar da sua conduta descuidada.

A culpa própria é a comum, descrita supra, que pode ser a consciente ou inconsciente e culpa imprópria a decorrente de erro. O agente supõe a existência de uma situação de fato que, se existisse, tornaria legítima a sua conduta. Isto ocorre nas hipóteses de discriminantes putativas.

Em realidade, em tais casos, o atuar do agente é intencional, mas como essa ação deriva de erro e o sujeito supõe estar atuando sob o pálio de uma causa de justificação, o legislador dispôs que ele responde pelo fato a título de culpa.

Interessante observar que o nosso Código Penal, na primeira parte do § 1º do art. 20, descreve um erro de proibição e na parte final do dispositivo aplica o que é compatível com o erro de tipo.

A culpa mediata, é aquela que abrange as conseqüências secundárias de uma ação inicial culposa, mas que fogem mesmo à previsibilidade do agente.

Ex: A atropela B. C vem socorrer B e é atropelado por D.

Embora o nosso objetivo aqui não seja falar extensivamente a respeito da culpa e sim apenas a respeito dos efeitos da imputação objetiva, alguns aspectos controvertidos devem ser abordados.

4.2 - CULPA CONSCIENTE E DOLO EVENTUAL

A doutrina propõe alguns critérios para diferenciá-los e falaremos brevemente a respeito de alguns desses critérios.

ANÍBAL BRUNO fala que no dolo eventual o resultado não é representado como certo, mas só como possível, e “o agente prefere que ele ocorra a desistir do seu ato”.²⁸⁸ Na culpa consciente o sujeito acredita que o evento não ocorrerá.

DAMÁSIO DE JESUS, afirma o seguinte:

“A culpa consciente se diferencia do dolo eventual. Neste, o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente; tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), mas confia em sua não-produção”.²⁸⁹

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, procura estabelecer as divergências entre dolo eventual e consciência a nível intelectual e no plano da atitude emocional, afirmando que o dolo eventual, a nível intelectual, se caracteriza, por “levar a sério a possível” produção do resultado típico e, no plano da atitude emocional, por “conformar-se” o agente com a eventual produção do resultado, enquanto que a culpa consciente, caracteriza-se no âmbito intelectual pela “leviandade” em relação à “possível” produção do resultado típico e, sob o prisma da atitude emocional, por confiar o sujeito na ausência do evento ou na sua evitação, por força da habilidade, atenção, cuidado, etc, na realização concreta da conduta.²⁹⁰

²⁸⁸ BRUNO, Aníbal. Direito penal, parte geral, tomo 2º, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp 73-74.

²⁸⁹ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. pp 297-298.

²⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. pp 70-71. Ele complementa de forma irretocável nos termos seguintes: “O caráter complementar-excludente desses conceitos aparece nas seguintes correlações, ao nível da atitude emocional: quem se *conforma* com (ou *aceita*) o resultado típico *possível* não pode,

Existem algumas teorias para explicar a diferença entre imprudência consciente (como diz JUAREZ CIRINO DOS SANTOS) e dolo eventual. Acerca do tema ANÍBAL BRUNO afirma que há uma divisão em teoria da probabilidade e teoria do consentimento, que por sua vez se subdivide em teoria hipotética do consentimento e teoria positiva do consentimento.²⁹¹ A teoria da probabilidade ocorre quando o sujeito prevê o resultado como provável e não apenas como possível, não se exigindo o seu assentimento. ANÍBAL BRUNO critica essa teoria por ser alicerçada apenas na representação, insuficiente “para fundamentar o dolo”.²⁹²

A teoria hipotética do consentimento considera que o agente representa o resultado como possível, mas mesmo que ele previsse o evento como certo, não deixaria de agir.

A teoria positiva do consentimento entende que há dolo eventual, quando o sujeito não leva em consideração como devia, a possibilidade, por ele prevista, de ocorrer o resultado, e a despeito disso, ele age, assumindo o risco de produzir o evento. ANÍBAL BRUNO cita a fórmula de FRANK: “seja como for, aconteça isto ou não, em todo caso agirei”.²⁹³

Também ele assevera que a representação do resultado como possível e o consentimento ou a anuência do agente, são dados psicológicos, e que, portanto, só podem ser deduzidos das circunstâncias.

Aliás, como não é possível termos acesso ao pensamento do agente, só podemos apreendê-lo examinando o que foi concretamente realizado. Segundo ANÍBAL BRUNO, quando das circunstâncias não houver segurança de que o acusado tenha agido com dolo eventual, “deve-se admitir a solução menos severa, que é a da culpa consciente”.²⁹⁴

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS reúne as teorias que procuram conceituar o dolo eventual e delimitá-lo em relação à culpa consciente em dois grandes grupos. No primeiro ele aglomera as teorias que trabalham com base na vontade: a) teoria do

simultaneamente, *confiar* em sua evitação ou ausência (dolo eventual); inversamente, quem *confia* na evitação do resultado típico *possível* não pode, simultaneamente, *conformar-se* com (ou *aceitar*) sua produção (imprudência consciente)”.
²⁹¹ BRUNO, Aníbal. Op. cit. p. 75.

²⁹² Ibidem, p. 75.

²⁹³ Ibidem, p. 75.

²⁹⁴ BRUNO, Aníbal. Op. cit. p. 76. Cf. ENGELHARD e RADBRUCH, *Strafrecht, Die Lehre vom Verbrechen na Hand von Rechtsfällen*, Heidelberg, 1948, p. 27.

consentimento ou aprovação; b) teoria da indiferença e c) teoria da evitação não comprovada.

No outro grupo encontram-se as teorias com critério ancorado na representação: a) teoria da possibilidade; b) teoria da probabilidade; c) teoria do risco, e d) teoria do perigo protegido.

4.2.1 - TEORIAS DA VONTADE

4.2.1.a. Teoria da aprovação ou do consentimento (elaborada por MEZGER), conceitua o dolo eventual pela atitude de aprovação do resultado “que deve *agradar* ao autor”.²⁹⁵ Para essa teoria, mesmo que o agente leve a sério a possibilidade de que ocorra o resultado, se este não é do seu agrado, não há dolo eventual. JUAREZ CIRINO citando JESCHECK/WEIGEND, afirma que a aprovação do resultado é própria do dolo direto e não do eventual. (grifos do autor).

4.2.1.b. Teoria da indiferença, desenvolvida por ENGLISH, considera que existe dolo eventual quando há indiferença do agente em relação aos “resultados colaterais típicos, excluídos os resultados não desejados pelo sujeito”. Se o agente não desejar o resultado embora este lhe seja previsível, subsistirá culpa consciente e não dolo eventual. Esse resultado desejado, aproxima o dolo eventual do dolo direto e dita teoria, sob tais parâmetros não é isenta de crítica para explicar o dolo eventual.

4.2.1.c. Teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado, também conhecida como teoria da objetivação da vontade de evitação do resultado. Segundo ANÍBAL BRUNO, ela foi desenvolvida por ARMIN KAUFMANN, com base no finalismo, e estabelece a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente verificando se teria ocorrido ou não a “ativação de contra-fatores para evitar o resultado”. Ela exige a previsão do resultado como possível e a ausência de atitudes no sentido de evitá-lo. No caso da culpa consciente, o autor toma medidas (ativa contra-

²⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. pp 72-73.

fatores) no sentido de evitar o resultado e na hipótese do dolo eventual, esses “contra-fatores” não são ativados.²⁹⁶

4.2.2 – TEORIAS DA REPRESENTAÇÃO

4.2.2.a. Teoria da possibilidade, entende que a simples cognoscibilidade da possibilidade de ocorrer o evento já torna dolosa a ação. Para essa teoria, não existe culpa consciente. A representação da possibilidade de ocorrência do fato, já define o dolo e a sua ausência aponta a culpa da conduta.²⁹⁷

4.2.2.b. Teoria da probabilidade. Essa fórmula sofreu modificações e JUAREZ CIRINO, mencionando apenas as suas formulações mais modernas, assevera que ela define o dolo eventual como sendo *a representação de um perigo concreto para o bem jurídico* (JOERDEN), ou pela *consciência de um quantum de fatores causais produtor de sério risco do resultado* (SCHUMANN), ou como *(re) conhecimento de um perigo qualificado para o bem jurídico* (PUPPE) (grifos do texto original).²⁹⁸

Para ele, essa teoria, socorrendo-se em WELZEL, estabelece distinção entre o simples **desejar** e o verdadeiro **querer** (o que é positivo) e possui um outro aspecto (qualificado como negativo) que é a exigência da vontade de realizar, ficar subordinada à necessidade de contar com a produção do resultado representado como provável. Para essa teoria, não basta a simples representação da probabilidade do resultado, deve o agente considerar que provavelmente o evento ocorrerá. Só existiria culpa consciente, se o agente confiasse na evitação desse resultado.²⁹⁹ Para configurar-se o dolo eventual não basta a possibilidade de advir o resultado e sim contar o agente com a sua quase-certeza.

4.2.2.c. Teoria do risco, de WOLFGANG FRISCH³⁰⁰. Para essa teoria há dolo eventual se o sujeito age com conhecimento de estar cometendo uma conduta típica. O dolo é excluído do resultado típico, “porque o *conhecer* não poderia ter por objeto

²⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ... op. cit. p. 74.

²⁹⁷ Ibidem, p. 75.

²⁹⁸ Ibidem, p. 75.

²⁹⁹ Ibidem, p. 76.

³⁰⁰ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, ,p. 97s. Apud, SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 76.

realidades, *ainda* inexistentes no momento da ação”³⁰¹. Essa fórmula exige que o sujeito leve a sério a possibilidade de ocorrência do resultado para caracterizar o dolo eventual. Se o agente confia em que o resultado não ocorrerá, trata-se de culpa consciente.

4.2.2.d. Teoria do perigo desprotegido, de HERZBERG (variante da teoria da probabilidade). Entende que a diferença entre dolo eventual e culpa consciente deve ser fundamentada na natureza do perigo criado por um ou pela outra. A conduta com dolo eventual produz o **perigo desprotegido**, no qual a superveniência de um resultado danoso depende de fatores aleatórios. Como exemplo, JUAREZ CIRINO cita a roleta russa, onde existe o risco de resultado (o participante ser atingido pelo disparo de arma de fogo) de 1:5.³⁰² Há culpa consciente se a conduta gera o **perigo protegido**, que se caracteriza pela adoção de medidas que visam impedir que ocorra o resultado, sejam elas do autor, da vítima ou de terceiro. O resultado aqui, não depende simplesmente de fatores aleatórios. Desde que sejam adotadas medidas de cuidado, o evento poderá ser afastado. JUAREZ CIRINO cita como exemplo, o caso de um inexperiente servente de pedreiro cair de um andaime, onde subira por ordem do mestre-de-obras. Ele também fala na hipótese de um professor permitir que seus alunos nadem num rio perigoso, apesar da placa de advertência quanto ao perigo.³⁰³ Em ambos os exemplos haveria possibilidade do perigo ser evitado com medidas de cuidado. Se o servente de pedreiro subisse usando cinto de segurança e o prendesse ao prédio, não cairia do andaime. Caso os alunos usassem salva-vidas, evitariam os riscos de um afogamento.

Observação: Há uma terceira corrente, a que defende as teorias igualitárias, teorias essas desenvolvidas por ESER e WEGEND, segundo nos informa JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. As mencionadas fórmulas, propõem a unificação do dolo eventual e da culpa consciente, numa terceira categoria subjetiva, situada entre o dolo e a culpa.³⁰⁴

³⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 76.

³⁰² Ibidem, p. 77.

³⁰³ Ibidem, p. 77.

³⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria... op. cit. p. 78.

O nosso legislador não fala na culpa consciente e descreve o dolo eventual como a atuação do agente assumindo o risco de produzir o resultado. A culpa consciente é assim encontrada nas construções doutrinárias.

Sob o enfoque da teoria da imputação objetiva, deve-se entender que há culpa consciente, quando o agente sabe que a sua conduta cria um risco para o bem protegido, mas confia que o risco criado não se realizará (não se transformará num resultado). Haverá dolo eventual, se ele cria esse risco, prevê a possibilidade dele realizar-se num evento, mas essa circunstância não o inibe de agir.

5 - WELZEL E O CRIME CULPOSO

Não poderíamos deixar de fazer pequenos comentários a respeito da culpa sob o enfoque da teoria final da ação, e, de propósito, escolhemos WELZEL a quem se credita ser o mais insigne estudioso e um dos introdutores do finalismo no Direito Penal.

Em sua obra “O novo sistema jurídico-penal - Uma introdução à doutrina da ação finalista”, na parte que trata do “Conceito de injusto nos delitos culposos”, ele afirma que os delitos culposos também possuem como base a visão da ação humana como uma obra do sujeito. Esta obra é decorrente da vontade humana, pois o agente, no exercício de sua vontade, deve cuidar para que a sua atuação não provoque danos vedados pela lei. WELZEL entendia presente a vontade nos delitos negligentes e acerca do tema disse o seguinte: “a vontade que partindo do fim, seleciona os meios da ação, necessários para sua consecução, deve atender na seleção e utilização dos meios às conseqüências que estes possam produzir, juntamente com o fim ou em seu lugar.”³⁰⁵

Ele observa que nesse ponto o ordenamento jurídico intervém, no sentido de determinar “que na realização de toda ação que possa ter como conseqüência (não desejada) a lesão de um bem jurídico, seja observado o ‘cuidado necessário no tráfego’ para evitar essa conseqüência”.³⁰⁶

Prosseguindo e no mesmo sentido, ele afirma que:

³⁰⁵ WELZEL, Hans. 1904-1977. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 76.

³⁰⁶ WELZEL, Hans. Op. cit. p. 112.

“El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado en el tráfico.”³⁰⁷

Nesse ponto é mister trazer à baila a opinião de NELSON HUNGRIA, que, mesmo sendo causalista, definia o crime culposo de maneira similar:

“No crime doloso, o resultado antijurídico é conscientemente querido; no crime culposo, o resultado antijurídico não é jamais querido, ou não é querido como tal, mas o agente deixa de abster-se da ação (ou omissão) que, se tivesse procedido com atenção ou cautela exigível do *homo medius*, teria reconhecido como conducente ao evento contrário ao direito”.³⁰⁸

WELZEL fala que o injusto culposo consiste na divergência entre a ação efetivamente empreendida e a que devia ter sido efetivamente realizada segundo os parâmetros da observância ao cuidado necessário. HUNGRIA, em data anterior, falava que ocorria o crime culposo quando o agente abstinha-se da ação provida de atenção e cautela exigível ao *homo medius*.

O conceito é praticamente o mesmo.

Igualmente a respeito dos meios escolhidos pelo agente, o que WELZEL também considerava relevante, STOPPATO, em sua teoria da **causa eficiente** defendia que devia ser punido “quem age voluntariamente, produzindo eventos lesivos com meios aberrantes dos fins jurídicos, *sem cuidar das conseqüências do próprio ato*”. (grifos do texto original) E concluía: “a culpa se incrimina porque à vontade humana não pode ser consentida uma independência absoluta na escolha dos meios”.³⁰⁹

Para WELZEL a inobservância do “cuidado necessário no tráfego” firmava o desvalor da ação, que se sobrepunha ao desvalor do resultado. Para ele a lesão ao bem jurídico (resultado) possuía apenas a característica “*restrictiva, delimitadora, al*

³⁰⁷ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir*. Montevideo: B de F Ltda, 2001, pp 111-112.

³⁰⁸ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 148.

³⁰⁹ STOPPATO. *L'evento punibile*, p. 196. Apud. HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 149.

destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal”.³¹⁰

Constata-se, destarte, que para o mestre germânico, o resultado possuiria apenas características restritivas e delimitadoras em relação às condutas relevantes para o direito penal.

JUAREZ TAVARES entende que HANS WELZEL via o resultado como um “momento fortuito”, remetendo o leitor à obra *Derecho penal alemán*, p. 184 *et seq.*³¹¹

Há inúmeros autores que vêem o resultado no crime culposos, como mera condição de punibilidade. O próprio WELZEL é incluído por alguns autores nesse rol. Podemos citar NELSON HUNGRIA, que afirmava ser o efeito objetivo da conduta causal (resultado) apenas *uma condição de punibilidade*.³¹²(grifos do texto original). JUAREZ TAVARES ainda menciona como partidários desse entendimento KARL ENGISCH, ARMIN KAUFMANN, VICENZO MANZINI, e OTTORINO VANNINI.³¹³

Para o insigne mestre é necessário fazer-se uma distinção. Nos delitos negligentes de mera atividade, a realização do tipo consiste na violação da norma de cuidado, e nos delitos com resultado deve haver uma conduta que viola o cuidado exigido e que por força desta violação realiza o tipo, ou seja, produz o resultado. Para ele nos crimes culposos com resultado, este integra o próprio tipo.

“Nos delitos de resultado este integra necessariamente o tipo como seu elemento essencial e, portanto, jamais poderá ser tomado como simples elemento referencial da punibilidade. O correto será, pois, fundar-se o tipo tanto na infração à norma de cuidado, quanto na imputação do resultado”.³¹⁴

No mesmo sentido HEITOR COSTA JÚNIOR diz que:

³¹⁰ WELZEL, Hans. *Traducción y notas José Cerezo Mir*. Op. cit. p. 112.

³¹¹ TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 303.

³¹² HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 161.

³¹³ TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 303.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 303.

“São sedutoras as razões defendidas, pela corrente que afirma ‘que se pune nos crimes culposos, a ação descuidada e não o resultado’, mas incluo-me a favor dos que colocam o resultado no tipo, limitando-o.”³¹⁵

5.1- ATIVIDADES COM RISCO RESIDUAL

A teoria da imputação objetiva procura destacar de forma bem clara que existem atividades, que ao serem executadas, produzem um certo risco. Mesmo que o operador aja com todas as cautelas, ainda assim subsistirá um risco residual. A tese não é nova e a seu respeito já se debate desde o causalismo. NELSON HUNGRIA, por exemplo, invocando os ensinamentos de VON HIPPEL e MEZGER, já falava nas numerosas atividades ou profissões “que encerram, ainda que exercidas com prudência, um certo e, às vezes, considerável perigo”.³¹⁶ Dentre estas, ele cita a exploração de pedreiras próximo aos centros urbanos, o tráfego de veículos e a profissão médico-cirúrgica. O interessante é que ele já vislumbrava que o perigo produzido por tais atividades era tolerado pelas necessidades da vida e ele já usava a expressão “permitir-se um certo risco”.³¹⁷ Também ele comentou a respeito dos limites do cuidado exigido, asseverando que esses limites eram estabelecidos em conformidade com “os ditames legais”, “segundo as sugestões da experiência científica ou da vida prática”.³¹⁸

Vemos nesse trecho das exposições de NELSON HUNGRIA alguns dos princípios fundamentais da teoria da imputação objetiva.

HANS WELZEL já admitia a existência de atividades que geravam algum risco e falava na impossibilidade de serem suprimidos todos os riscos, sob pena de restringir drasticamente relações da vida em sociedade.³¹⁹

³¹⁵ COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, para livre docência da Cadeira de Direito Penal. Rio de Janeiro : 1988, p. 68.

³¹⁶ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 163.

³¹⁷ Ibidem, p. 163.

³¹⁸ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 164.

³¹⁹ WELZEL, Hans. O novo sist. jurídico-penal. Trad. Luiz Regis Prado. “Nem toda ação todavia que, segundo um juízo inteligente, crie perigo para os bens jurídicos infringe o cuidado devido, pois do contrário teria de ser omitida quase toda ação no âmbito social. Imagine-se apenas o moderno tráfego urbano; ele encerra um perigo para os bens jurídicos das pessoas, não só em todo movimento que exceda a velocidade humana, mas quase em cada passo, em virtude da engrenagem de todo o tráfego. A participação no tráfego é completamente impossível, sem se assumir certo risco”. (cit. pp 78-79).

JAKOBS, ao falar no caráter ubíquo dos riscos permitidos, fala no risco que permanece em várias atividades e cita que “por meio de um aperto de mão pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção”³²⁰.

Como demonstrado, seja sob o prisma do causalismo, seja na visão finalista, seja sob o enfoque da imputação objetiva, subsiste a opinião comum de que determinadas atividades ou profissões produzem riscos que lhes são inerentes e que são considerados normais, tolerados, permitidos, adequados à vida em sociedade.

5.2 – O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

O insigne criminalista germânico, em sua obra *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, faz referência a esse princípio, que mais tarde vai ser desenvolvido por JAKOBS.

“Do ponto de vista dos riscos que pode assumir um motorista “consciente e responsável”, a jurisprudência estabeleceu e desenvolveu o “*princípio da confiança*”, fundamental para o tráfego urbano e segundo o qual aquele que toma parte no trânsito pode confiar que os demais também se comportarão corretamente, enquanto não lhe pareça o contrário por circunstâncias especiais do caso”.³²¹ (grifos do original)

Como expusemos no Capítulo III, na parte dedicada a JAKOBS, no item “Princípio da confiança”, este desenvolveu e ampliou o referido tópico, que é, aliás, um dos pilares da teoria da imputação objetiva jakobiana.

Alguns entendimentos defendidos por WELZEL na monografia acima mencionada, foram recepcionados por JAKOBS e pelos partidários da teoria da imputação objetiva, como o princípio da confiança, a existência de um risco residual em

³²⁰ JAKOBS, Günther. Op. cit. p. 34. No início do texto ele afirma que “Qualquer contato *social* implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé”. E na página 35 ele assevera categoricamente: “Posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como *risco permitido*.” (grifos do texto original).

³²¹ WELZEL, Hans. Op. cit. p. 79.

diversas atividades, a previsibilidade objetiva, que se transmuda para criação do risco não permitido, etc...

Como se pode verificar da nossa exposição, no que toca ao chamado crime culposos, existem posicionamentos que são defendidos pelos juristas, independentemente da corrente a que pertençam.

5.3 – O *HOMO MEDIUS*

Uma questão interessante é a relativa ao *homo medius*, cujo comportamento era tomado como padrão a ser seguido pelo agente. NELSON HUNGRIA eminente causalista, defendia o entendimento de se adotar a conduta do *homo medius* como o modelo a ser comparado com a ação concretamente realizada pelo sujeito, para se estabelecer a existência ou não da previsibilidade. Também o mesmo padrão era aplicado para se definir se houve ou não violação do dever de cautela. Em sua obra, na parte que trata dos delitos culposos, ele cita várias vezes a figura do *homo medius*, falando no que seria dele exigível. A título de ilustração, destacamos o trecho seguinte:

“Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou podia, segundo a experiência geral, ter-se representado como possíveis, as conseqüências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social”.³²²

HANS WELZEL abandonou a expressão *homo medius*, falando na figura do “homem inteligente e prudente”, mas não há como deixarmos de reconhecer que ambas as figuras guardam grande similitude.

³²² HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 151. Interessantes as observações de NELSON HUNGRIA na nota de rodapé, a respeito do *homo medius*. “O direito penal não é formulado tendo-se em vista o *super-homem*, o *herói*, o *santo*; mas o *homo medius*, o homem normal. Sobre este já escrevemos alhures: “O homem normal deve ser entendido sob um ponto de vista estatístico, isto é, tendo-se em conta *id quod plerunque accidit*. Não interessa ao nosso tema saber se há um homem *rigorosamente normal*, segundo um tipo ideal psicológico; mas apenas que há um *homem normal* como símbolo e medida de diligência ordinária.” Segundo DI TULLIO, o homem normal é “aquele que consegue atingir e adquirir, pela influência da educação e de ambiente, uma suficiente capacidade de prever, de avaliar e de inibir-se, de modo a poder facilmente adaptar-se às exigências complexas da vida social e, pelo menos, às restrições da moral codificada” (p 151).

A corroborar isso, transcrevemos a seguinte assertiva de HANS WELZEL:

“Uma conduta corresponde ao cuidado objetivo se considera *prudentemente* os efeitos da ação planejada que sejam cognoscíveis por um juízo *inteligente*, ou seja, se coincide com a conduta que seguiria *um homem inteligente e prudente na situação do autor*.³²³ (grifos do texto original).

“Para determinar os limites desse “risco moderado” serve a imagem do homem “prudente”, que aparece, por exemplo, nas sentenças do Direito de trânsito de nossos tribunais como o motorista “responsável”, “consciente” ou “cuidadoso”.³²⁴

Alguns autores de renome insurgem-se contra esse parâmetro para se estabelecer o comportamento adequado, defendendo que se deve levar em conta a situação concreta e a pessoa do agente com os seus conhecimentos e habilidades.

HEITOR COSTA JÚNIOR, citando STRATENWERTH, nos ensina: “Para ele, no delito culposo determina-se o comportamento correto considerando-se não somente as normas gerais, mas também as possibilidades de ação do autor individual, o que nos parece a melhor solução”.³²⁵ E conclui: “Com efeito, pensar de forma diversa possibilitaria grande impunidade para aqueles que, dotados de melhores condições pessoais, deixassem de cumprir o cuidado possível, ainda que superior ao objetivamente determinado”.³²⁶

JUAREZ TAVARES critica de modo veemente a figura do “homem prudente”, entendendo-a ser nada mais que um conceito sofisticado do *homo medius* da doutrina causal, “que tantos problemas já apresentou e que não possui qualquer fundamento científico”.³²⁷ Ele também adverte para o fato de que o homem prudente e diligente ao invés de se constituir num padrão com pressupostos exclusivamente objetivos e genéricos, na prática, será produto de um “juízo subjetivo-pessoal” do próprio julgador. E conclui:

³²³ WELZEL, Hans. Op. cit. p. 79.

³²⁴ Ibidem, p. 79.

³²⁵ COSTA JÚNIOR, Heitor. Op. cit. p. 59.

³²⁶ Ibidem, p. 59.

³²⁷ TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 275.

“É uma ilusão imaginar que tal figura possa servir de orientação ao seu juízo (citando MIGUEL REALE JÚNIOR). Na verdade, em vez de fixar um padrão ou modelo orientador objetivo, o julgador se transfere, com todos os seus componentes, conhecimentos e traumas pessoais, à situação do agente e daí, segundo seu arbítrio – pois não há padrão legal que o contenha –, determina a conduta que deveria ser levada a efeito por ele. Assim, o critério do homem prudente é, simplesmente, aquele que for fixado pelo julgador e nada mais.

Ao contrário disso, a característica da conduta cuidadosa deve ser inferida das *condições concretas*, naquele instante, de estabelecer os pressupostos do perigo e da lesão do bem jurídico.”³²⁸ (grifos do autor).

Os riscos dessa interferência do julgador podem ocorrer em ambos os casos, já que sempre que alguém intervém e se manifesta a respeito de algo, geralmente leva consigo suas experiências pessoais, seus conhecimentos e até os seus traumas, entretanto, não podemos deixar de reconhecer que sendo o critério do “homem inteligente e prudente” um modelo a ser elaborado e comparado com a conduta concreta, propicia uma interferência maior dessas características da personalidade do julgador.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, assim se manifestam acerca do assunto:

“A previsibilidade deve ser estabelecida de acordo com a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isto se possa recorrer a qualquer “termo médio” ou “critério de normalidade”. Um técnico em eletricidade pode prever, com maior precisão do que um leigo, o risco que acarreta um fio solto, e quem tem em seu automóvel um dispositivo que lhe permite prever acidentes, que sem ele seriam imprevisíveis, tem um dever de cuidado maior do que aqueles que não possuem tal aparelho, ainda que apenas um veículo em mil o possua (Mezger-Blei)”.³²⁹ (grifos do texto original).

³²⁸ TAVARES, Juarez. Op. cit. pp 275-276.

³²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral, c. PIERANGELI, José Henrique – 4 ed. rev. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 515.

FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA cita três correntes doutrinárias a respeito do tema; a) teoria da dupla posição; b) teoria da individualização da capacidade do agente e c) teoria mista (de Roxin).³³⁰

a) Teoria da dupla posição – a defendida pela corrente dominante, e considera que o tipo no delito culposo deve ser estabelecido apenas sob base objetiva, ou seja, erige-se a conduta-padrão com pressupostos de natureza objetiva e depois faz-se uma comparação entre ela e a conduta efetivamente realizada pelo sujeito; se esta não se amolda à conduta-padrão, revestir-se-á de tipicidade penal.

As circunstâncias em que o fato ocorreu e a capacidade do agente serão analisadas quando for feito o exame a respeito da culpabilidade.

b) Teoria da individualização da capacidade do agente – considera a situação concreta e o conhecimento e habilidades do agente. Se naquela situação o sujeito com seus conhecimentos e habilidades atuou de forma cuidadosa, caso tenha ocorrido alguma lesão a bem jurídico, o fato será penalmente atípico. Caso ele tenha observado o chamado cuidado objetivo, mas se atuou com uma observância do dever de cautela aquém de suas concretas possibilidades, subsistirá uma conduta penalmente típica. A título de ilustração, podemos falar no caso de um médico que fez uma especialização num país onde a medicina está mais avançada e, ao retornar ao seu país e tendo condições de usar uma técnica menos perigosa, ao invés disso, usa a técnica normal, mais perigosa, e provoca uma lesão no paciente. É a teoria preferida, por exemplo, por HEITOR COSTA JÚNIOR, JUAREZ TAVARES e EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

c) Teoria mista, que FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, chama teoria mista de Roxin – procura conciliar as duas teorias anteriores. A capacidade individual do agente só deve ser levada em conta se for superior ao padrão objetivo. No exemplo acima, sob a ótica dessa teoria o médico deveria ter utilizado a nova técnica. No caso da capacidade do agente ser inferior ao padrão objetivo da cautela exigida, ela não deve ser considerada para fins de firmar-se a tipicidade da conduta (que será juridicamente relevante), e será avaliada a nível da culpabilidade. Exige-se assim que o sujeito

³³⁰ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. cit. pp 94-95.

observe um padrão mínimo de cuidado. Aquele que não possuir condições de atuar segundo esse mínimo parâmetro, não pode realizar atividades que possuam riscos residuais. Se o faz, já age, culposamente. Mas, além disso, se o sujeito possuir conhecimentos especiais deve utilizá-los no sentido de evitar um resultado lesivo.

6 - COMENTÁRIOS

DAMÁSIO DE JESUS defende o entendimento de que a análise deva ser feita em duas fases. Na primeira deve-se examinar qual o cuidado que seria exigível de uma pessoa prudente e de discernimento, naquela situação concreta. Com essa operação define-se o “**cuidado objetivo necessário**, fundado na **previsibilidade objetiva**”. Depois compara-se a conduta efetivamente realizada pelo sujeito e averigua-se se ela teria observado o mencionado cuidado objetivo necessário. Caso não o tenha observado, ela será típica e em princípio ilícita.³³¹(grifos do autor).

Posteriormente a isso, examina-se como o sujeito agiu, levando-se em conta “o seu poder individual” de impedir o resultado. Se ele não evitou o evento a despeito de poder fazê-lo em conformidade com suas aptidões pessoais, o fato será culpável. “Assim, a observância do dever genérico de cuidado exclui a tipicidade do fato; a observância do dever pessoal de cuidado exclui a culpabilidade.”³³²

JULIO FABBRINI MIRABETE, defende o mesmo ponto de vista, falando que a previsibilidade objetiva é pressuposto da tipicidade e a previsibilidade subjetiva firma a reprovabilidade.

Interessante notar que ele já considerava a existência de “comportamentos perigosos imprescindíveis”, onde se aplicava o princípio do **risco tolerado**. e também fez referência ao **princípio da confiança**.³³³

De certa forma ambos repetem o entendimento de HANS WELZEL e da doutrina dominante, a da letra “a” supra.

Nós particularmente somos mais simpáticos à teoria da individualização da capacidade do agente. É mister examinar-se em que circunstâncias o fato ocorreu, sem descuidar da capacidade pessoal do sujeito, suas habilidades e seus conhecimentos.

³³¹ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 293.

³³² Ibidem, p. 293.

³³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal – São Paulo: Atlas, 1990-1992, pp 140-141.

O problema de adotarmos esse posicionamento é que estaremos antecipando uma análise quase total do fato. Uma conduta culposa que seja considerada penalmente típica, sob tais parâmetros, em princípio será também ilícita e culpável. Haverá assim a antecipação do exame da culpabilidade, o que HANS WELZEL procurou de todas as formas evitar. Tal circunstância ao nosso ver não deve gerar maiores problemas se compararmos o que ocorre em relação ao tipo doloso. Todo tipo doloso é, em princípio, ilícito e culpável. A ilicitude e a culpabilidade poderão ser afastadas caso se encontre presente uma causa de justificação ou uma exculpante. E, ao nosso ver, esse entendimento mostra-se mais coerente, já que é extremamente difícil estabelecer na prática uma diferença entre uma conduta culposa típica e uma conduta que além de típica seja também culpável. O critério da previsibilidade objetiva é perigoso, podendo conduzir a injustiças. No caso do motorista de caminhão que ultrapassou um ciclista, a uma distância menor que a recomendável pelas normas de trânsito, tendo o ciclista, totalmente embriagado, feito uma manobra que violou o seu dever de auto-proteção caindo sob as rodas do caminhão, teríamos pelo critério supra, uma conduta típica. Quando o motorista fez a ultrapassagem sem guardar a distância recomendada, já teria violado o dever objetivo de cuidado necessário e a sua conduta seria típica. Só seria possível excluir-se a sua responsabilidade quando fosse feito um exame da culpabilidade. A sua conduta seria típica, e dependendo das circunstâncias, poderia somente deixar de ser culpável. Em conformidade com os postulados da teoria da imputação objetiva, todo o fato poderia ser analisado a nível da própria tipicidade, que poderia ser afastada, no caso da ausência de criação de um risco desaprovado ou na hipótese de se dever imputar o fato à própria conduta descuidada da vítima. Destarte, o critério que estabelece a tipicidade exclusivamente sob o prisma da previsibilidade objetiva, pode, em muitas hipóteses, ser prejudicial ao exercício da defesa.

7 - IMPUTAÇÃO OBJETIVA E OMISSÃO

A teoria da imputação objetiva exige a criação de um risco ou a sua realização, o que importa em análise do fato sob o prisma normativo. Em se tratando de uma conduta omissiva só se consegue firmar a tipicidade após uma análise valorativa do fato. Vê-se

assim que a teoria da imputação objetiva guarda harmonia com esse tipo de delito, assim como em relação às infrações negligentes.

Atualmente grande parte dos estudiosos entende que só se pode imputar a alguém um delito omissivo com um exame a respeito do dever jurídico de se realizar a ação omitida. Quase mais ninguém defende a afirmação de que exista causalidade na omissão. Na fase áurea do causalismo, entretanto, havia quem se esmerasse em buscar argumentos para sustentar a causalidade naturalística da omissão.

NELSON HUNGRIA tece uma crítica mordaz aos defensores da causalidade física na omissão, propondo o conceito lógico de causa.³³⁴

Ele afirmou de forma dura: “Tem-se procurado demonstrar que a omissão é *mecanicamente causal*, o que vale pela tentativa de provar a quadratura do círculo”. Na nota de rodapé ele afirmou de forma categórica: “Sob o ponto de vista mecânico-causal, a omissão não se exime ao axioma de que *ex nihilo nihil*.”³³⁵ Na visão de NELSON HUNGRIA a omissão possuía uma causalidade lógica, não a mecanicista. (grifos originais)

Para explicar essa causalidade lógica da omissão ele a equiparava às condições colaterais tendentes à produção do resultado.³³⁶

Ele também defendia o critério contrafático para se saber se uma omissão teria sido ou não causa (lógica) do resultado. “Para se aferir da *causalidade* da omissão, deve ser formulada a seguinte pergunta: “teria sido impedido pela ação *omitida* o evento subsequente?”. Caso a resposta seja sim, “a omissão é *causal* em relação ao evento”.³³⁷(grifos do autor).

Com relação à relevância do descumprimento do dever jurídico, ele argumentava: “Ora, também a ação só tem sentido penal, como causa, quando é contrária ao dever jurídico”.³³⁸

MIGUEL REALE JR, faz coro ao entendimento sustentado por SPASARI, de que se “vislumbra na omissão um dado naturalístico e sujeito a um enfoque normativo”

³³⁴ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 53.

³³⁵ Ibidem, p. 53.

³³⁶ “Do ponto de vista *lógico*, é *condição* de um resultado a não interferência de forças que podem impedir o seu advento. Quem deixa de impedir um evento, *podendo fazê-lo*, é *condição* dele, tanto quanto as *condições* colaterais que tendiam para a sua produção.” (HUNGRIA, Nelson, op. cit.p. 53)

³³⁷ Ibidem, p. 53.

³³⁸ Ibidem, p. 54.

e que o nexo de causalidade na omissão “prende-se a uma concepção naturalístico-normativa”.³³⁹

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO em sua obra Lições de Direito Penal, afirmou: “Nos crimes comissivos por omissão, o agente responde pelo resultado, não porque o tenha causado, mas porque não o impediu.” Também afirmou com propriedade: “O conceito de omissão é necessariamente normativo. No plano ontológico existem apenas ações.”³⁴⁰ E conclui de forma irretocável: “A omissão pressupõe a existência de norma que imponha a ação omitida; refere-se à ação ordenada e se situa em plano distinto desta.”³⁴¹

Também DAMÁSIO DE JESUS manifesta-se no mesmo sentido: “A causalidade não é formulada em face de uma relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realizar e omitiu. Ele responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando a conduta a que estava obrigado.”³⁴²

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI fala em nexo de evitação, discorrendo a respeito:

“No tipo omissivo não se requer um nexo de causação entre a conduta proibida (distinta da devida) e o resultado, e sim um *nexo de evitação*, (grifos do autor) isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado.”³⁴³

CEZAR BITENCOURT nos diz: “Na verdade, nesses crimes *não há uma causalidade fática* mas *jurídica*, onde o *omitente*, devendo e podendo, não impede o resultado.”³⁴⁴(grifos do autor).

³³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito – 2ª edição. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 184.

³⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1926-1985. Lições de direito penal, parte geral. Ed., ver. Por Fernando Fragoso. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 282 e 290.

³⁴¹ Ibidem, p. 282.

³⁴² JESUS, Damásio E. de, 1935 – Direito Penal – São Paulo, Saraiva, 1999, p 238.

³⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de direito penal brasileiro ... op. cit. p. p 539.

³⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral, vol. 1, 8ª edição, rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 172.

ANIBAL BRUNO ao falar dos crimes omissivos impróprios dizia:

“A omissão relevante para o Direito Penal é a que consiste em omitir o cumprimento de um dever jurídico. O agente deixa de praticar a ação que lhe impunha o Direito, seja que desobedeça a um comando da lei, seja que deixe de exercitar a atividade a que, nas circunstâncias, estava obrigado para evitar um resultado que a lei proíbe.”³⁴⁵

JUAREZ TAVAREZ afirma:

“No crime omissivo, o dever jurídico ou legal vincula o sujeito e se deixa por ele fundamentar. Só deve atuar aquele sujeito que traz em sua pessoa as condições para tanto e se obrigou a fazê-lo, conforme o âmbito de suas relações, ou aquele sujeito que se encontra inserido nas situações típicas previstas normativamente.”³⁴⁶

A maioria dos nossos juristas defende esse posicionamento.

PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO observa que sob o ângulo ontológico a omissão não pode ser considerada uma categoria independente, “*no existen omisiones en si mismas consideradas*”. E completa:

“*Cuando se dice que alguien “a omitido” debemos inmediatamente referirnos a continuación a lo que ha omitido, que no es más que una acción (no se pueden omitir objetos o deseos, solo se omiten acciones). Así, pues, como diría Muñoz Conde, no existe una omisión en si, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada*”.³⁴⁷

No que concerne à relevância da omissão, ela considera que esta só se verifica, quando se omite uma ação ordenada “*y en el sentido de esperada*”³⁴⁸ pelo ordenamento jurídico.

³⁴⁵ BRUNO, Aníbal, Direito penal, tomo 2º, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 313.

³⁴⁶ TAVARES, Juarez, Direito penal da negligência, uma contribuição à teoria do crime culposos, 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 240.

³⁴⁷ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Op. cit. p. 211.

³⁴⁸ Ibidem, p.211.

ELENA LARRAURI na obra em parceria com BUSTOS RAMIREZ faz uma observação que julgamos oportuno destacar:

*“La complicación de la omisión, en palabras de BINDING, solo es debida, a su unión con el naturalismo positivista, que entendió que era un problema causal. En realidad es cuestión de contestar si queremos responsabilizar determinado sujeto, es decir, imputar el resultado, aun cuando no lo haya causado, por el hecho de que podía y debía haberlo evitado”.*³⁴⁹

Os crimes omissivos dividem-se em próprios e impróprios.

Credita-se ao escritor alemão LUDEN essa dicotomia na sua classificação. Até então se considerava que existiam apenas crimes comissivos e omissivos. No ano de 1840, ele escreveu o livro *Abhandlungen*, dividindo os delitos omissivos em próprios e impróprios, os omissivos próprios (ou puros) consistiam unicamente na violação de um mandamento de agir, sem violar direitos subjetivos penalmente tutelados, já os delitos omissivos impróprios (ou impuros) direcionavam-se à violação de um bem jurídico.³⁵⁰

7.1 - A CONCEPÇÃO DE GÜNTHER JAKOBS

O insigne jurista começa criticando a equiparação da omissão à ação, para fins de se decidir “quando exatamente uma omissão, sendo contrária ao dever e devendo ser punível, deve ser tratada como uma ação”.³⁵¹ Ele também afirma que a resposta de FEUERBACH, em 1800, determina a discussão até os presentes dias. Para FEUERBACH, na interpretação de GÜNTHER JAKOBS, o Direito Penal teria como finalidade conservar tanto os direitos do Estado quanto os dos “súditos” e assim a “obrigação originária” do cidadão será a de não empreender “violações ativas do

³⁴⁹ RAMIREZ, Juan Bustos/LARRAURI, Elena. *La imputación objetiva*. 1988 – Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis S.A., p. 71.

³⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich., *Tratado de Derecho Penal*, , p.652. Tradução Miguel Olmedo Cardenete, , parte general, Editorial Comares, S.L. Polígono Juncaril, parcela 208, 18220, Albolote (Granada) España.

³⁵¹ JAKOBS, Günther. A imputação penal da ação e da omissão (coleção Estudos de direito penal, vol. 7) trad. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, Barueri, SP: Manole, 2003, p. 8.

Direito.”³⁵²Essa concepção abrangeria a realização de condutas que evitassem danos e ditas condutas pressuporiam algo mais que a “obrigação originária”, exigiriam “um fundamento jurídico especial”. A obrigação originária emitia proibições, “não matarás”, “não furtarás” e o fundamento jurídico especial emitia mandatos, “faça”, “socorra”, etc...

GÜNTHER JAKOBS entende questionável o critério de solidariedade que alicerça a punição das omissões e critica a exigência de um fundamento jurídico especial, para a punição dos delitos omissivos. Prosseguindo na mesma linha de raciocínio ele faz críticas a FEUERBACH por que este teria esquecido de um dos fundamentos essenciais a justificar omissões, ou seja, a **ingerência**, palavra que foi traduzida como **intervenção**. Por esse princípio, aquele que introduz um perigo em “uma esfera de existência alheia”, fica obrigado a neutralizar o perigo por ele criado, não deixando que ele produza efeitos danosos. Também, ao seu sentir, a liberdade de agir dentro de um contexto social, determina a não produção de danos ou perigos aos outros membros do grupo. Esse dever de não causar perigo ou lesão seria oriundo da denominada “obrigação originária”, não sendo necessário o “fundamento jurídico especial”.³⁵³ A título de ilustração ele fala que se uma pessoa percebe que vai cair sobre um garoto esmagando-o, o imperativo é no sentido da pessoa não realizar tal movimento, entretanto, se o garoto por acidente cai em cima da pessoa, o imperativo é no sentido de segurá-lo. Ele entende assim que tais imperativos ocorrem em sinalagma ao exercício de liberdade no que toca ao próprio corpo da pessoa. Ampliando o seu conceito, ele fala que numa sociedade, as pessoas também formam “âmbitos de organização próprios”, cuja “administração lhes é concedida com exclusão dos demais”. Estes âmbitos incluiriam carros, terreno, o trabalho, direitos, etc. Ele assevera que em “sinalagma por esta liberdade, existe de novo o dever de manter o âmbito de organização numa situação inócua” evitando assim ações perigosas e conjurando perigos.³⁵⁴ Em resumo, cada pessoa possui um campo de interação com as demais dentro de uma sociedade e no exercício desse microuniverso do qual a pessoa é senhora soberana, deve cuidar para não produzir danos intencionais ou negligentes, e deve agir, quando possível fazê-lo, no sentido de evitar perigos e danos aos bens jurídicos.

³⁵² JAKOBS, Günther. A imputação penal da ação e omissão ... op. cit. p. 9.

³⁵³ Ibidem, p. 25.

³⁵⁴ Ibidem, p. 25.

Destarte, o que deve guiar a punição aos comportamentos ativos ou omissivos é essa normatividade que decorre da liberdade de interação, ou seja a pessoa tem um âmbito de organização exclusivo e em contrapartida por essa exclusividade, não deve atingir o campo de organização pertencente a outro membro da sociedade.

Exemplificando, ele nos diz:

“Se um cocheiro com sua carroça atropela dolosamente uma pessoa, as lesões são por ação se ele conduzia a carroça contra sua vítima. Não obstante, se os cavalos sem nenhuma intervenção, correr para as pessoas, o cocheiro tem de intervir na forma salvadora, freando ou desviando os animais.”³⁵⁵

A ação e a omissão devem ser unificadas sob o conceito “comportamento”, ou num super conceito de ação. Também entende que seja na hipótese de um comportamento comissivo, seja na hipótese de uma conduta omissiva, “em todos os casos se trata da vinculação de um ser humano com um curso que conduz a um resultado”.³⁵⁶

Por força dessa vinculação normativa com um curso causal decorre a responsabilidade pelos danos que pessoa produza, seja através de um comportamento ativo, seja através de uma inatividade onde omite a ação que deveria empreender no sentido de evitar o dano. Para GÜNTHER JAKOBS, tanto na ação quanto na omissão, o sujeito converte-se num “garante” de que o seu comportamento não provoque lesão a nenhum bem jurídico. Também ele assevera que “quem omite a salvação ante um perigo somente responde se sua abstenção é determinante”,³⁵⁷ ou seja, a conduta omitida deve ser apta a evitar a lesão ou o perigo.

A título de ilustração quanto a se dever fundar a punição não no tipo de comportamento (ação ou omissão) e sim com base na obrigação de manter inócuo o grupo social, ele fala na hipótese de alguém acelerar conscientemente seu automóvel e com isso causar um dano grave, ou, que esse mesmo sujeito conscientemente deixar de acionar os freios do veículo provocando os mesmos danos. Para o direito penal, segundo afirma, o que importa não é a natureza física do comportamento (ação ou omissão) e

³⁵⁵ JAKOBS, Günther, A imputação penal da ação e da omissão ...op. cit. p. 27.

³⁵⁶ JAKOBS, Günther. Fundamentos do direito penal, trad. André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

³⁵⁷ JAKOBS, Günther. Fundamentos ... op. cit. p. 60.

sim o fato do motorista ser “garante” “de que o emprego do seu veículo não produza dano algum”.³⁵⁸

Ele conclui a sua explanação com o trecho que julgamos oportuno repetir:

“Generalizando, o que foi exposto em relação à organização e instituição significa o seguinte: a graça tanto da ação como da omissão não está no fato de em um caso haver atividade corporal e em outro não, e sim em algo que não pertence ao âmbito do fático – naturalista, isto é, na atribuição de determinados resultados a uma pessoa, por conseguinte, tudo o que exponho a respeito da ação pode ser transportado para a omissão; em ambos os casos a questão é a atribuição determinados garantes, e não algo pertencente ao âmbito da natureza. Incluindo a definição proposta, “atuar significa converter-se de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado”, serve também para a omissão; somente são considerados os movimentos corporais se se considera que estes vão implícitos em “converter-se na razão”. Que se atue ou não deste modo, tem somente relevância terminológica”.³⁵⁹

O jurista germânico, na mesma linha de raciocínio, entende equivocada a adoção de um conceito lógico-material para tentar a unificação da conduta ativa e omissiva. Ditos conceitos seriam inconciliáveis sob o prisma ontológico e só podem ser unificados, segundo ele defende, sob o enfoque de um dever decorrente da “competência por organização”, âmbito no qual a pessoa interage fazendo uso de sua liberdade, pressupondo-se sempre que nesse inter-relacionamento com os demais membros do grupo social, o sujeito não produza danos ou perigos e, ainda, que atue no sentido de evitá-los.

Exemplificando: Se “A” lesiona “B”, esse comportamento de “A” causa uma restrição ao âmbito de organização de “B”, que tem o direito de interagir sem ser lesionado.

Prosseguindo no desenvolvimento desse conceito de âmbito de organização, ele fala que ocorrendo um evento danoso, cumpre verificar de que âmbito de organização ele se origina. Caso a lesão se origine do âmbito de organização da própria vítima, ela torna-se responsável pelo fato, desobrigando o agente.

³⁵⁸ JAKOBS, Fundamentos do direito penal ... op. cit. p. 60.

³⁵⁹ Ibidem, pp 60-61.

Em suma, na interação é necessário que todos preservem a integridade do grupo social e essa preservação se realiza tanto pela abstenção de ações perigosas quanto pela realização de ações salvadoras. Essa concepção de ação, tem obviamente raízes no conceito social.

No mesmo sentido é manifestação de HANS-HEINRICH JESCHECK, que vê a ação humana como um comportamento socialmente relevante. A ação humana é identificada por ele com “toda resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida ou, pelo menos, reconhecível, através da realização da possibilidade de reação que se lhe apresenta disponível, segundo sua liberdade”.³⁶⁰ E complementa na versão de JUAREZ TAVARES:

“Essa conduta pode subsistir no exercício da atividade final, como pode também limitar-se à causação de efeitos, na medida em que estes efeitos possam ser dominados (encaminhados) pelo homem, ou à inatividade frente a determinada expectativa de ação, compreendendo, destarte, aspectos adaptáveis às atividades *dolosas, negligentes e omissivas*.”³⁶¹ (grifos do texto original).

Concluindo, podemos dizer que, sob o prisma da imputação objetiva, tanto o comportamento comissivo quanto o omissivo só se tornam juridicamente relevantes quando violam prescrições normativas, exigindo-se ainda que na conduta comissiva o agente crie um risco desaprovado ou que, além disso, o realize e no comportamento omissivo é mister que o sujeito tenha deixado de realizar a conduta esperada e que a ação omitida seja idônea a evitar perigos ou lesões ao bem jurídico. No primeiro caso há um nexo juridicamente relevante entre a atuação e o resultado e no segundo uma valoração normativa também relevante a respeito da ação omitida.

Com relação às hipóteses tratadas como **ingerência**, o nosso legislador regulamenta tais situações, ao dizer que o dever jurídico também incumbe àquele que com o seu comportamento anterior criou o perigo.

Nos crimes omissivos puros, ou de simples omissão, quando o sujeito se abstém de realizar a conduta exigida, ele automaticamente viola um dever jurídico a todos

³⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heirinch, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4. ed. Tradução José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 201.

³⁶¹ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência...* op. cit. p. 96.

dirigido. Da mesma forma, nos crimes de mera conduta ativa, a mera realização da ação também viola prescrições jurídicas de cunho geral.

Os delitos omissivos puros se resumem à omissão do comportamento determinado pela norma e são cometidos apenas na forma dolosa.

Os delitos omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, possuem como seus elementos: a) não realização da ação esperada; b) resultado; c) idoneidade da ação esperada no sentido de evitar o evento. Podem ser cometidos na forma dolosa e na culposa. Na forma dolosa é necessário que o agente conscientemente omita a conduta adequada e na culposa essa omissão deve decorrer da inobservância do dever objetivo de cuidado.

8 - IMPUTAÇÃO OBJETIVA E ANTIJURIDICIDADE

O vocábulo antijuridicidade, segundo lição de ÁLVARO MAYRINK, teria uma origem diferente da defendida por VON HIPPEL. ÁLVARO MAYRINK assevera que embora VON HIPPEL atribua a origem do vocábulo a BÖHMER, este “jamais usou a expressão *antijuridicidade*.³⁶² Prossequindo ele afirma que

“A contrariedade às normas jurídicas constitui o fundamento *formal* do conceito atual de antijuridicidade, expressada de modo mais preciso no termo *unrecht*, usado por BINDING no primeiro volume de seu *Die Normen* (1872), protestando contra o sentido vago de seu significado puramente negativo de “ausência de direito” (“*ohne Recht*”), em circunstâncias em que se poderia usar o vocábulo “antijuridicidade” (*Rechtswidrikeit*).”³⁶³

A antijuridicidade é vista de forma similar pelos partidários da imputação objetiva, pelos causalistas e finalistas.

³⁶² COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume I, tomo II, parte geral, 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 851.

³⁶³ COSTA, Álvaro Mayrink da. Op. cit. p. 852.

Acerca do seu conceito, DAMÁSIO DE JESUS informa que segundo ARTURO SANTORO, antijuridicidade “é a contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo a lesão de um interesse protegido”.³⁶⁴

ROGÉRIO GRECO diz que antijuridicidade, “é aquela relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.”³⁶⁵

NELSON HUNGRIA assim se referia a esse conceito: “Como já vimos, o caráter essencial do crime é ser um fato contrário ao direito, é a sua relação de desconformidade ou de contradição com a lei, numa palavra: a sua *injuridicidade*.”³⁶⁶ (grifos do texto original).

Podemos dizer que a antijuridicidade é uma característica da conduta que guarda antinomia com o ordenamento jurídico. A conduta consistente em fazer o que a lei proíbe ou omitir o que ela manda, é, em princípio, uma conduta antijurídica.

Alguns autores procuram classificar a antijuridicidade em formal e material e em objetiva e subjetiva.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS fornece imprescindíveis ensinamentos a respeito desta distinção. O eminente mestre fala com propriedade:

“...a *antijuridicidade formal* exprime a contradição do comportamento concreto com o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico, com *qualidade invariável* de toda ação típica e antijurídica; a *antijuridicidade material* exprime a lesão injusta do bem jurídico, como *dimensão graduável* do conteúdo das ações típicas e antijurídicas.”³⁶⁷ (grifos do autor).

Ele fala, a título de ilustração, que um furto de coisa de pequeno valor possui a mesma antijuridicidade formal de um furto de coisa de grande valor e que a antijuridicidade formal do tipo básico é idêntica à de suas variações privilegiadas ou qualificadas. Mas ele observa que “a extensão variável da lesão de bens jurídicos em

³⁶⁴ JESUS, Damásio E. de, 1935 – Direito penal, volume 1: parte geral – 28 ed. revisada, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 356.

³⁶⁵ GRECO, Rogério, Curso de Direito penal – 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 348.

³⁶⁶ HUNGRIA, Nelson, op. cit. p. 215.

³⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ... op. cit. p. 146.

cada uma dessas hipóteses, determina diferentes conteúdos de injusto e, portanto, diversas antijuridicidades materiais.³⁶⁸

Podemos concluir que a antijuridicidade formal resume-se à antinomia entre o fato e o ordenamento jurídico. A antijuridicidade material diz respeito à lesão não justificada de um bem juridicamente tutelado expressando a extensão desta lesão injusta. A antijuridicidade formal é idêntica e imensurável em cada crime, não importando o grau de lesão. Assim ela é invariável, seja num homicídio simples, num privilegiado ou num qualificado. Já a antijuridicidade material reflete o grau de vulneração que atingiu cada bem jurídico e por isso é mensurável. Ela delimita o conteúdo do injusto, podendo inclusive fornecer subsídios para que se conclua pela sua relevância ou irrelevância jurídica, pela sua significância ou insignificância e pela sua inadequação ou adequação social. A antijuridicidade material, destarte, é importante desde a possibilidade de descaracterizar a ilicitude formal até a servir de alicerce à extensão da reprovação da conduta.

A antijuridicidade subjetiva, segundo DAMÁSIO DE JESUS remonta a MERKEL e decorre da “teoria dos imperativos”, que se deve a Thon.³⁶⁹ Sob os fundamentos dessa teoria, o ordenamento jurídico compõe-se de ordens e proibições dirigidas à vontade de pessoas imputáveis. Para esta teoria a vontade relevante para o Direito Penal é apenas a vontade imputável. Ela fundia elementos de antijuridicidade e culpabilidade, não admitindo ações antijurídicas praticadas pelos inimputáveis. A esse respeito devemos trazer a lume a palavra sempre abalizada de ANÍBAL BRUNO:

“Uma teoria chamada subjetiva reúne no conceito do ilícito o elemento objetivo do atuar do sujeito contrário ao Direito e o subjetivo de sua vontade ilícita, próprio da culpabilidade. Com esta concepção, o conceito do injusto perde a sua precisão de contornos em face do elemento culpável do crime. Chega-se a um momento em que estas duas características se confundem. E esta confusão é contrária à clareza metódica dentro da moderna construção do conceito do fato punível e dos princípios fundamentais do Direito vigente, que reclamam uma culpabilidade bem definida e distinta do caráter objetivo do ilícito.”³⁷⁰

³⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ... op. ci. pp 146 – 147.

³⁶⁹ JESUS, Damásio E. de. Curso de Direito Penal ... op. cit. p. 358.

³⁷⁰ BRUNO, Aníbal. Direito penal (tomo 1º)... op. cit. p. 359

A antijuridicidade objetiva diz respeito à antinomia entre o fato e o ordenamento jurídico e é determinada objetivamente, independentemente da imputabilidade do agente. Ela é um dado objetivo que pode ser extraído da contrariedade entre o fato e a norma jurídica. Por tal razão não exige a culpabilidade do sujeito. Destarte, um inimputável pode atuar ilicitamente, pode cometer condutas antijurídicas. Esta fórmula permite uma delimitação mais clara a respeito do que é ilícito e do que é culpável, permitindo a tripartição do crime em fato típico, antijurídico e culpável.

Também há quem estabeleça a distinção entre antijuridicidade, injusto e ilicitude.

O injusto compõe-se de ações típicas e antijurídicas, não amparadas por nenhuma causa de justificação. Segundo CLAUS ROXIN o injusto seria a “lesão a um bem penalmente protegido sem estar acobertado por uma causa de justificação”.³⁷¹

HANS WELZEL, citado por DAMÁSIO DE JESUS afirma que: “a antijuridicidade é uma característica da ação, e, mais exatamente, a relação que expressa um desequilíbrio entre a ação e o ordenamento jurídico, enquanto o injusto é a ação antijurídica como conjunto, i. e., o objeto com seu atributo valorativo.”³⁷²

Vê-se assim que muitos autores diferenciam o injusto da antijuridicidade.

No que concerne às dessemelhanças entre antijuridicidade e ilicitude, buscamos socorro em DELITALA, também citado por DAMÁSIO DE JESUS, para quem a ilicitude se consubstancia na “antítese entre um comportamento juridicamente obrigatório e a conduta efetivamente realizada pelo sujeito da infração” e a antijuridicidade significa “a desconformidade de um estado de fato com um estado desejado pelo Direito”.³⁷³

Já JOÃO MESTIERI prefere a expressão ilicitude por outras razões. Ele entende que esse termo é mais técnico, apropriado e abrangente.³⁷⁴

DAMÁSIO DE JESUS, na mesma página (357), opta por usar as três expressões de forma indistinta. Entendemos que são sinônimas as expressões ilicitude e

³⁷¹ ROXIN, Claus, Funcionalismo e imputação ... op. cit. pp 236 – 237.

³⁷² JESUS, Damásio E. de, Op. cit. pp 356 – 357.

³⁷³ Ibidem, p. 357.

³⁷⁴ MESTIERI, João. Manual de direito penal, parte geral, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 143. Ele assevera que prefere a expressão ilicitude por “ser um conceito aberto, abrangente, só limitado em Direito Penal pela formulações típicas.” Também faz referência na nota de rodapé à tradução feita por Faustino Balvé, da palavra alemã *Rechtswidrigkeit*, onde o autor manifestou o seu inconformismo por ter sido adotada a expressão antijuridicidade.

antijuridicidade, embora respeitemos quem estabeleça distinções entre elas. Já o vocábulo injusto refere-se a algo mais que antijuridicidade ou ilicitude. O injusto é composto por uma conduta típica e antijurídica.

Como visto anteriormente, a teoria da imputação objetiva só considera típica uma conduta, se ela criar um risco desaprovado e também só considera que existe um resultado penalmente relevante quando ele expressar a realização de um risco não permitido.

Por tais pressupostos, esta fórmula entende que o tipo objetivo deve ser integrado desse elemento normativo e sua ausência gera a atipicidade.

Os reflexos mais significantes da teoria da imputação objetiva incidem sobre o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal, sendo também dignas de menção as hipóteses de consentimento do ofendido.

ÁLVARO MAYRINK ao falar a respeito do estrito cumprimento de um dever legal, estabelece distinção entre o dever jurídico substancial e o formal. O primeiro seria um dever que se origina de uma ordem legal direta, no sentido de ser realizada uma determinada conduta e o segundo nasce das referências da lei à realização de condutas determinadas por terceiro. Como no caso da obediência hierárquica. O hierarquicamente subordinado tem o dever formal de acatar as ordens legais emanadas do hierarquicamente superior. Só os deveres jurídicos substanciais podem consubstanciar uma excludente de ilicitude ou, se for o caso, uma excludente da própria tipicidade.³⁷⁵

Ele também defende que nas intervenções médico-cirúrgicas com observância da *lex artis* e nas lesões decorrentes das atividades esportivas realizadas em conformidade com as regras de desportos, ocorreriam lesões atípicas.³⁷⁶

RAÚL ZAFFARONI fala na tipicidade conglobante e afirma que a conduta que configurar uma tipicidade não conglobante, só será formalmente típica e equipara a mera tipicidade formal à atipicidade.

Ele começa a desenvolver essa fórmula falando primeiro a respeito de interesse, bem e norma. Afirma, destarte, que quando o legislador tem diante de si um ente e tem o **interesse** de tutelá-lo é porque o valora. A maneira de fazer isso é através da criação de uma **norma**, “que eleva o ente à categoria de **bem jurídico**”.³⁷⁷ Caso essa tutela seja

³⁷⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal, parte geral vol I, tomo II, op. cit. p. 946.

³⁷⁶ Ibidem, p. 947.

³⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro .. op. cit. p.455.

de natureza penal o bem passa a ser penalmente protegido. (grifos do autor) Prosseguindo em seu raciocínio ele diz que o ente “vida humana” despertou o interesse do legislador em tutelá-lo, elevando-o à categoria de bem jurídico, tanto na legislação constitucional quanto na civil e que entendeu necessário estender a esse bem a proteção penal. A vida humana assim é um bem penalmente tutelado ou um bem jurídico penal.

A norma penal, para ele, encontra-se consubstanciada no mandamento proibitivo. No tocante ao crime de homicídio essa norma é “não matarás”. Ele, para melhor aclarar sua exposição, diz que o “*legislador vai do ente à norma e desta ao tipo*”. Conclui afirmando: “Nós, ao interpretarmos a lei penal a fim de determinar seu alcance, devemos seguir o caminho inverso: da lei (*tipo legal*: “Matar alguém...pena”) à norma (“não matarás”) e através da norma conhecemos o ente que afinal será bem jurídico (a vida humana).” (grifos do autor)³⁷⁸

A conduta típica, contrária, destarte, a norma proibitiva “não matarás”. “não roubarás”, etc... RAÚL ZAFFARONI afirma que “a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa.”³⁷⁹ Já a conduta típica (não penalmente típica) não é necessariamente normativa. Ele arremata dizendo:

“A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a *tipicidade legal*, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela *tipicidade penal* da conduta.”³⁸⁰ (itálicos usados pelo autor).

Pelo seu raciocínio, podemos ter a tipicidade legal, que é simplesmente uma tipicidade formal, que ele não considera como sendo tipicidade penal e podemos ter a tipicidade conglobante, esta sim, sinônimo de tipicidade penal. Por outras palavras, a tipicidade formal representa um *minus* em relação à tipicidade penal.

A título de ilustração, ele fala na hipótese de um oficial de justiça, cumprindo um mandado judicial, realizar o seqüestro (penhora) de uma obra de arte para a garantia

³⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro... op. cit. p. 455.

³⁷⁹ Ibidem, p. 456.

³⁸⁰ Ibidem, p. 456.

de uma dívida. A maioria da doutrina diria que o oficial de justiça agiu sob o pálio do estrito cumprimento do dever legal, (art. 23, III do CP), mas ele entende que esta conduta seria atípica.

O oficial de justiça estava cumprindo uma ordem legal, emanada de autoridade competente, logo, não se pode entender que essa ordem legal contrarie outra ordem legal proibitiva. Ao seu sentir, dentro do âmbito jurídico, é incompreensível que uma norma ordene o que outra proíbe. Indo mais além, ele assevera que o direito não pode proibir uma atividade que ele fomenta (incentiva). Destarte, as condutas ordenadas pelo direito ou por ele fomentadas não podem ser consideradas penalmente típicas.

Ele ainda sustenta que o juízo de tipicidade exige mais que a tipicidade legal, reclamando a comprovação da **tipicidade conglobante**, “consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa.”³⁸¹ Ele conclui afirmando que a função desse segundo passo é corrigir o âmbito de alcance da tipicidade legal, reduzindo-o e adequando-o à “verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe”, excluindo desse alcance aquelas condutas com tipicidade meramente formal, “mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.”³⁸²

Prosseguindo em sua explanação, ele fala que o ordenamento jurídico não é composto só de proibições, mas também possui preceitos permissivos. Esses preceitos não guardam antinomia com as normas proibitivas, mas se integram numa ordem jurídica que emite proibições e também normas permissivas. E ele ressalva: “Desde o momento em que os preceitos permissivos somente têm sentido quando intervém uma norma proibitiva anterior, pois, não faz sentido permitir o que não foi proibido.”³⁸³

Vê-se assim, que a norma que possui somente a tipicidade legal, não emite um preceito proibitivo, e as condutas que a ela se amoldam não necessitam ser justificadas, não necessitam recorrer a uma norma permissiva, já que sequer foram proibidas.

Todas as condutas juridicamente ordenadas ou fomentadas, não podem, sob esse prisma, revestir-se de tipicidade penal.

³⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro... op. cit. p. 459.

³⁸² Ibidem, p. 459.

³⁸³ Ibidem, p. 460.

Podemos incluir nesse rol os casos decorrentes de violência desportiva, intervenções médicas e odontológicas, enfim as hipóteses a que se referem o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito.

Mesmo sendo RAÚL ZAFFARONI um ferrenho opositor da teoria da imputação objetiva, é forçoso reconhecer que a fórmula da tipicidade conglobante guarda similitude com alguns dos fundamentos da imputação objetiva. Os casos incluídos no estrito cumprimento do dever legal, são atípicos para a imputação objetiva, porque se há o cumprimento de uma ordem legal, não há a criação de um risco ou lesão desaprovados. Uma lei não pode emitir um dever que tem que ser obedecido e ao mesmo tempo considerar que o seu cumprimento crie um risco por ela proibido, seria algo esquizofrênico. Isso equivale à afirmação de RAÚL ZAFFARONI, de que a lei não pode proibir o que ela própria ordena. Também no tocante às atividades reguladas e autorizadas em lei, como a prática desportiva, intervenções médicas e odontológicas, não se pode considerar que tais atividades, quando realizadas dentro dos limites legais, possam produzir fatos proibidos pelo ordenamento jurídico. Para RAÚL ZAFFARONI são atividades fomentadas pelo direito e que não podem assim ser tidas como incluídas no mandamento proibitivo da norma penal e para a imputação objetiva, ditas atividades não produzem risco desaprovado pelo ordenamento jurídico.

Como visto anteriormente, os casos que se inserem no âmbito do risco permitido não se revestem de tipicidade.

9 - IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CULPABILIDADE

Em 1906, ERNST BELLING cria o conceito de tipo, em sua ainda famosa monografia “*Die Lehre von Verbrechen*” (A teoria da crime).³⁸⁴ Em 1907, REINHARD FRANK escreve “*Über den Aufbau des Schuldgriffs*” (Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade)³⁸⁵, seguindo-se outras obras importantes e sendo firmados os conceitos psicológico, psicológico-normativo e normativo de culpabilidade. Com a teoria do tipo, torna-se possível o conceito analítico de crime, tripartindo-o em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade e a antijuridicidade possuíam natureza objetiva e a culpabilidade, natureza subjetiva. A culpabilidade era assim vista como o

³⁸⁴ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação, ... op. cit. p. 193.

³⁸⁵ Ibidem, pp 193-194.

liame psíquico entre o sujeito e o resultado típico e antijurídico, não importando se o crime fosse doloso ou culposo. Para essa teoria (psicológica) o dolo e a culpa eram espécies de um mesmo gênero. O dolo seria, destarte, a culpabilidade do crime doloso, e a culpa (em sentido estrito) a culpabilidade do crime culposo. Comentando acerca do assunto, DAMÁSIO DE JESUS observa que o grande equívoco desta teoria era reunir como espécies da culpabilidade fenômenos completamente distintos: o dolo (psicológico) e culpa (normativa). “Se o dolo é caracterizado pelo *querer* e a culpa pelo *não querer*, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade”.(itálicos usados pelo autor).³⁸⁶

Esse equívoco, ou seja, tentar-se considerar sob um mesmo prisma fenômenos ontológicos diferentes, vai acompanhar os criminalistas durante longo tempo.

Conforme nos informa DAMÁSIO DE JESUS, na mesma obra, em 1907, FRANK (Reinhard), observando as disposições do art. 54 do Código Penal alemão, que trata do estado de necessidade inculpável, e fazendo uma análise do caso dos dois naufragos brigando pela mesma tábua de salvação, “percebeu que existem condutas dolosas não culposas”.³⁸⁷ Ele teria constatado que quem mata outrem para ficar com a tábua de salvação (intentando salvar a própria vida), age dolosamente, mas realiza uma conduta que não é punível. Ele vislumbrou que nessa hipótese, a despeito do sujeito empreender uma ação dolosa, a sua conduta não era punível, pois não se poderia exigir que ele tivesse uma conduta diferente, concluindo então que “não somente em casos de dolo como também em fatos culposos, o elemento caracterizador da culpabilidade é a reprovabilidade”.³⁸⁸ A conclusão destarte, é que a culpa não era um simples liame psicológico entre o sujeito e o resultado, mas sim um “juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo).” Como conseqüência desse novo enfoque, ele concluiu que o dolo e a culpa não poderiam ser espécies da culpabilidade e sim seus elementos.³⁸⁹ Com efeito, se no caso da tábua de salvação, apesar de subsistir uma conduta dolosa restava afastada a culpabilidade, o dolo não poderia ser uma espécie de culpabilidade. Também era fácil chegar-se à conclusão de que o que definia ser uma conduta culpável e, portanto, punível não era ser ela dolosa ou culposa e sim ser

³⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. Curso de direito penal, op. cit. p. 460.

³⁸⁷ Ibidem, p. 460.

³⁸⁸ Ibidem, p. 460.

³⁸⁹ Ibidem, p. 460.

ela reprovável. Por essa nova visão, a culpabilidade passa a compor-se de imputabilidade; do elemento psicológico-normativo e da exigibilidade de comportamento diverso. A causalidade estava em pleno vigor e havia um predomínio escoteiro da teoria causal da ação, que era vista como o movimento corpóreo que provocava uma modificação no mundo exterior. Considerava-se assim que a ação compunha-se do movimento do corpo e também do resultado. A vontade humana era vista apenas como fator de causação do resultado, fator esse meramente mecanicista, sem se considerar o conteúdo dessa vontade, o que só seria examinado quando fosse analisada a culpabilidade. Esse conteúdo deslocado para a culpabilidade não permitia uma explicação lógica a respeito da tentativa ou acerca dos delitos omissivos. A respeito do tema é oportuno mencionarmos HANS WELZEL:

“Sob influência das correntes mecanicistas das ciências naturais, de fins do Século XIX, surgiu, na mesma época, na ciência do Direito Penal, uma doutrina que fracionou a ação em duas partes: o processo causal externo (“objetivo”) de um lado, e o conteúdo da vontade “meramente” subjetivo do outro. De acordo com essa doutrina “a ação” deve ser o mero processo causal que desencadeia a vontade (o “impulso voluntário”, ou a “enervação”) no mundo exterior (= efeito da vontade), independentemente de que o autor o tenha querido ou possa sequer prevê-lo (= conteúdo da vontade).”³⁹⁰

A ação era objetivamente considerada como causação do resultado e se apresentava sem conteúdo. O conteúdo da ação era examinado em sede da culpabilidade, que possuía, além da imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, o elemento psicológico (dolo) ou o normativo (culpa). A ação que não fosse dolosa nem culposa era típica e antijurídica (salvo se existisse uma causa de justificação), mas, não era culpável.

Com o advento da teoria finalista há uma revolução na teoria do delito. A ação passa a ter conteúdo; o dolo e a culpa deixam de ser elementos da culpabilidade e passam a integrar a conduta e o tipo deixa de possuir apenas elementos de natureza objetiva (já se admitiam os elementos subjetivos do injusto) e passa a possuir duas

³⁹⁰ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal, introdução à doutrina da ação finalista .. op.cit. pp 33-34.

faces, a objetiva e a subjetiva. Há reflexos também no dolo e na culpabilidade. O dolo até então normativo, transforma-se em dolo natural e a consciência da ilicitude passa a ser um dos elementos da culpabilidade, que se contenta que ela seja potencial. É fortalecido o conceito do injusto pessoal. Surge o conceito normativo de culpabilidade, que então tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de comportamento diverso.

A teoria normativa da culpabilidade, como o próprio nome indica, utiliza-se apenas de elementos de natureza normativa, remetendo para a conduta o elemento psicológico (dolo).

A respeito do injusto pessoal é oportuna a lição de HANS WELZEL, que prelecionava que este não se esgotava na causação de um resultado, sem ligação com a sua vontade, e ao seu sentir, a ação só seria antijurídica “enquanto obra de um autor determinado”. Também ele entendia que não se podia deixar de levar em conta “o fim que o autor associou ao fato objetivo, a atitude em que o cometeu, e os deveres que o obrigavam a esse respeito”.³⁹¹ A análise desses aspectos em conjunto com o exame da lesão sofrida pelo bem jurídico é que determinaria o conteúdo do injusto. “A antijuridicidade é sempre a reprovabilidade de um fato referido a um autor determinado, o injusto é injusto da ação referida ao autor, é injusto pessoal”.³⁹²

Com os reflexos provocados pela teoria finalista na teoria do delito, a culpabilidade passa a reger-se por parâmetros normativos, surgindo a teoria extrema da culpabilidade ou normativa pura e a teoria limitada da culpabilidade ou normativa temperada.

9.1 – TEORIA EXTREMA DA CULPABILIDADE

O jovem autor CRISTIANO RODRIGUES, em sua obra “Teoria da Culpabilidade”, prefere chamar esta fórmula de “teoria extremada da culpabilidade”, esclarecendo que ela teria sido defendida pelos principais autores finalistas, como “WELZEL, MAURACH e ARMIN KAUFMANN, embora com o passar dos anos

³⁹¹ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal... op. cit. pp 73-74.

³⁹² Ibidem, p. 74.

tenha sofrido várias críticas” e os criminalistas ligados ao finalismo passaram a “preferir a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade”.³⁹³

CRISTIANO RODRIGUES aponta como deficiência dessa teoria o não estabelecimento de qualquer distinção a respeito do erro que ocorre nas descriminantes putativas. Para essa teoria, também chamada extrema ou estrita da culpabilidade, qualquer erro ocorrido nas descriminantes putativas, não importando a sua natureza, daria origem a um erro de proibição. A sua grande falha seria assim “não reconhecer a diferença entre o erro que incide sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação e o erro que recai sobre a existência ou a abrangência de uma causa de justificação.”³⁹⁴

9.2 – TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

Guarda semelhança com a teoria extrema, menos em relação às descriminantes putativas. Para a fórmula anterior, em tais hipóteses subsiste o dolo em todas as circunstâncias, excluindo-se a culpabilidade caso se trate de erro invencível. Já para a teoria limitada da culpabilidade é possível distinguir-se a respeito do erro. Caso ele recaia sobre uma situação de fato, o dolo é eliminado e junto dele a própria tipicidade (já que o dolo é considerado pelo finalismo como elemento subjetivo do tipo); se o erro recai sobre “a regra de proibição”³⁹⁵, só existe a possibilidade de se afastar a culpabilidade, subsistindo assim uma conduta típica e antijurídica.

CRISTIANO RODRIGUES assevera:

“A diferença prática trazida pela Teoria Limitada da Culpabilidade está no fato de que ela separa as hipóteses de erro quanto à consciência da ilicitude em três categorias, as quais são: a) erro de proibição direto, quando o autor acredita erroneamente que sua conduta não está proibida no ordenamento jurídico, logo fica afastada a culpabilidade; b) erro de proibição indireto, quando incide sobre os limites ou a existência de uma causa excludente de ilicitude, que igualmente afasta a culpabilidade; c) erro de tipo permissivo, que atua sobre uma errônea representação do autor a respeito da situação fática, ou seja, elementos da causa de

³⁹³ RODRIGUES, Cristiano. Teorias da culpabilidade, Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro – 2004, pp 95-96.

³⁹⁴ RODRIGUES, Cristiano. Teorias da culpabilidade ... op. cit. p. 101.

³⁹⁵ JESUS, Damásio E. de. Curso de ...op. cit. p. 465.

justificação que realmente existam na lei: neste caso, estaria afastado o dolo, como se se tratasse de um erro de tipo.”³⁹⁶

A teoria limitada da culpabilidade, como visto, dá solução diversa às hipóteses de erro a respeito de uma causa de justificação. Se o erro recai sobre pressupostos fáticos, é tratado como erro de tipo e se recai sobre a regra de proibição é tratado como erro de proibição. MAURACH, partidário da teoria extrema ou estrita da culpabilidade, critica a teoria limitada, e DAMÁSIO DE JESUS, para ilustrar a questão faz a citação seguinte:

“No caso da legítima defesa putativa, se o erro do agente versa sobre a *ilicitude da agressão*, tratando-se de erro de direito, não fica excluído o dolo: se, porém, o erro do sujeito incide sobre a *atualidade da agressão*, tratando-se de erro sobre a situação de fato, não subsiste o dolo, “É preciso confessar “conclui” que semelhante resultado é absurdo”. (MAURACH citado por DAMÁSIO DE JESUS).³⁹⁷ (grifos do texto original).

Refletindo-se a respeito desse tema, com facilidade podemos constatar que existem questões ainda não aclaradas. No caso de erro a respeito de uma causa de justificação, resta estabelecermos qual a natureza jurídica da ação remanescente, na hipótese de erro invencível sobre as circunstâncias de fato. Se alguém supõe estar sendo agredido (circunstância fática) e ataca o suposto agressor, pode ser legitimamente repellido. No caso de repulsa a esse ataque, teremos legítima defesa contra legítima defesa putativa, o que deixa claro que a ação daquele que supõe estar sob o manto de uma causa de justificação é injusta. Se o erro invencível a respeito de uma circunstância de fato exclui o dolo e, em conseqüência, a própria tipicidade, como pode remanescer, ainda assim, uma ação injusta?

A adoção da teoria extrema da culpabilidade não resolve o problema, já que enfrentaremos o mesmo dilema ao analisarmos o erro de tipo.

Suponhamos que um caçador em plena floresta à noite, veja um vulto mexendo-se entre os arbustos e pense tratar-se de um animal bravo, atirando contra ele.

³⁹⁶ RODRIGUES, Cristiano. Teorias da culpabilidade ... op. cit. pp 102-103.

³⁹⁷ JESUS, Damásio E. de. Curso de ... op. cit. p. 465.

Suponhamos que não se trate de um animal bravo e sim de um outro caçador que se aproximava. Há um erro de tipo. O primeiro caçador errou a respeito da elementar “alguém”. Se esse erro for invencível restam afastados o dolo e a culpa, e também a própria tipicidade. Apesar disso, a ação do primeiro caçador é lícita, é jurídica?

Suponhamos agora, que o segundo caçador, ao perceber que o primeiro vai atirar contra si, não tendo tempo de fazer algo diferente, saque de sua arma e atire contra o primeiro caçador, repelindo a agressão que este está na iminência de praticar contra ele. É indiscutível que age em legítima defesa. O fato do erro do primeiro caçador ser vencível ou invencível não altera a possibilidade da ação por ele praticada ser considerada injusta e podendo, portanto, ser legitimamente repelida. Também é de fácil conclusão que a injustiça da agressão daquele que age em erro de tipo (vencível ou invencível) é tamanha, na hipótese presente, que pode ser legalmente repelida até com a morte do agressor. Ficamos assim num impasse, ou consideramos que possa subsistir a antijuridicidade, mesmo no caso de um erro de tipo invencível, ou teremos de construir uma explicação artificiosa no sentido de distinguir a antijuridicidade, da injustiça da agressão (mesmo que seja autorizada na sua repulsa a morte do agressor) ou teremos de concluir que toda espécie de erro exclui apenas a culpabilidade, subsistindo íntegras a tipicidade e a antijuridicidade. Uma solução radical seria a reconstrução da teoria do delito, com reflexos a respeito da localização do dolo e da culpa, que não resta dúvida, integram a conduta humana. A conduta é dolosa ou culposa conforme a atitude do agente.

A questão demanda grande reflexão e um aprofundamento do estudo a respeito da teoria do delito, da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e seus elementos, o que não é possível ser feito nesta monografia singela. Mas o tema está em aberto e, ao nosso sentir, com todas as vênias, as teorias existentes não conseguem explicar com clareza e de forma incontestável a questão. A cada vez que meditamos seriamente a respeito de um determinado tema, sempre vemos determinadas características não vislumbradas anteriormente.

9.3 – O CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE

O critério da liberdade de vontade do sujeito tem sido questionado a respeito de servir de fundamento da reprovabilidade. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS assevera ser questionável fundar-se a responsabilidade na capacidade de “livre decisão” do sujeito, pois ao seu ver a tese da liberdade da “vontade do sujeito” é indemonstrável.³⁹⁸ Essa liberdade de vontade do sujeito, na visão de JUAREZ CIRINO é um fundamento ontológico, que não pode ser empiricamente demonstrado, não podendo assim servir para alicerçar a pena. Socorrendo-se em F. SACK, aduz com maestria: “Por essa razão, o juízo de culpabilidade deixou de ser um conceito ontológico, que *descreveria* uma qualidade do sujeito, para constituir um conceito normativo, que *atribui* uma qualidade ao sujeito.”³⁹⁹ Ele entende que a culpabilidade deve servir como limite ao poder de punir do Estado, que só poderá exercer o *jus puniendi* no caso de uma ação típica antijurídica e culpável.⁴⁰⁰ Segundo o mesmo jurista, as principais teorias a respeito do conceito material de culpabilidade, seriam: a) teoria do poder de agir diferente; b) teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa; c) teoria da responsabilidade pelo próprio caráter; d) teoria do defeito de motivação jurídica e e) teoria da dirigibilidade normativa. (grifos do autor).

a) Teoria do poder de agir diferente – atribuída a HANS WELZEL e ARTHUR KAUFMANN, além de outros autores. Dita teoria tem como base o poder de decidir do autor, que ao invés de optar pela conduta conforme ao direito, opta pela conduta injusta. Segundo os seus parâmetros, o sujeito por ser dono de sua vontade, deve dirigi-la ao acatamento das normas jurídicas e, porque em vez de assim o fazer, dirige sua vontade

³⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ... op. cit. p. 205.

³⁹⁹ Ibidem, p. 205.

⁴⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. “Hoje, a tese da culpabilidade como *fundamento* da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como *limitação* do poder de punir, com a troca de uma *função metafísica* de legitimação da punição por uma *função política* de garantia da liberdade individual. Como se pode observar, essa substituição não representa simples variação terminológica, mas verdadeira *mudança de sinal* do conceito de culpabilidade, com conseqüências político-criminais relevantes: a culpabilidade como *fundamento* da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como *limitação* da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do Estado, porque se não existe culpabilidade não pode existir pena, nem pode existir qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos. Enfim, a noção de culpabilidade como *limitação* do poder de punir parece contribuir para a redefinição da dogmática penal como *sistema de garantias* do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, capaz de *excluir* ou de *reduzir* a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão. (op.cit. pp 205-206).”

no sentido de violar o ordenamento jurídico, merece a reprovabilidade. HANS WELZEL falou a respeito dessa teoria com o costumeiro brilhantismo:

“A culpabilidade é uma qualidade *valorativa* negativa da vontade de ação, mas não é a vontade em si. Por isso é falsa a antiga doutrina, que ainda hoje muitas vezes tem repercussão, de que a culpabilidade é um determinado estado anímico. (por exemplo, o estado anímico descrito no tipo subjetivo). Um estado anímico pode *ser portador* de uma culpabilidade maior ou menor, mas não pode *ser* uma culpabilidade (maior ou menor).”⁴⁰¹ (grifos do texto original).

Também esse conceito que atribui uma qualidade negativa à ação (analisando-a de forma axiomática), serve para afastar qualquer elemento de natureza psicológica da culpabilidade. Ocorre uma simples adjetivação da conduta. O elemento psicológico resume-se ao exercício da liberdade de vontade. Em sendo o indivíduo uma pessoa capaz, sem nenhuma deficiência mental ou sem portar nenhuma doença que afaste a sua autodeterminação, possui plenas condições de optar pela ação correta e, conseqüentemente de evitar a ação proibida. Valora-se, assim, a sua opção. Se ele escolheu a conduta proibida, isso gera a sua responsabilidade pessoal por esse comportamento que merecerá a reprovação penal.

HANS WELZEL entendia que a liberdade de vontade compreendia “a capacidade de poder reger-se conforme os fins” e que a reprovabilidade decorria do fato do sujeito deixar de dirigir a sua vontade aos fins conforme o direito, não omitindo, destarte, a conduta proibida e concluía: “A culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável”.⁴⁰²

b) Teoria da *atitude jurídica reprovada* (JESCHECK/WEGEND) ou da *atitude defeituosa* (WESSELS/BEULKE). Esta teoria, segundo JUAREZ CIRINO, entende que a reprovação deve-se fundamentar na “livre autodeterminação de uma atitude reprovável ou defeituosa do autor ao realizar o tipo do injusto. O mesmo mestre vê essa teoria como uma variante da teoria do poder de agir diferente. Para ele essa fórmula

⁴⁰¹ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico ... op. cit. p. 89.

⁴⁰² Ibidem, p. 102.

assume como verdade a “hipótese indemonstrável da liberdade de vontade, e igualmente, não mostra a gênese real do juízo de reprovação, ou seja, porque o autor é reprovável.”⁴⁰³ (grifos do texto original)

HANS-HEINRICH JESCHECK no livro escrito com THOMAS WEGENDE, entende que a conduta padrão que deve ser comparada à ação realizada pelo sujeito, deve ser a do *homo medius*,⁴⁰⁴ único parâmetro confiável.

c) Teoria da responsabilidade pelo próprio caráter – entende que a responsabilidade deve fundar-se pelo comportamento decorrente de características da personalidade do agente. JUAREZ CIRINO faz referências a “DOHNA, “todos são responsáveis pelo que fazem como expressão da personalidade”; ENGLISH, “a responsabilidade pelo caráter implica o dever de tolerar a pena” e HEINITZ, “todos respondem pelo que são, independentemente da multiplicidade de fatores condicionantes”. Essa teoria falhou já que estabelecia a responsabilidade pelo caráter e não pelo fato, consagrando assim o direito penal de autor, ferindo em consequência as garantias constitucionais limitadoras do direito de punir.

d) Teoria da culpabilidade como defeito de motivação jurídica, atribuída a GÜNTHER JAKOBS, e que, segundo JUAREZ CIRINO encontra-se ligada ao sistema funcional de LUHMANN. Para essa teoria a pena deve servir de motivação ao agente no sentido de respeitar as normas jurídicas, tendo assim o caráter de prevenção geral, consistente “na estabilização das expectativas normativas da comunidade”, “que é obtida através da punição exemplar dos fatos que violam o ordenamento jurídico.”⁴⁰⁵

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS vê nessa teoria o mesmo defeito das anteriores, ou seja, ela não explica “a gênese real do juízo de reprovação” e “fundamenta a pena em circunstâncias externas ao autor.”⁴⁰⁶

⁴⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ... op. cit. p. 207.

⁴⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas- *Lehrbuch des Strafrechts, (Tratado de derecho penal)*, Editorial Comares, S.L. Polígono Juncaril, parcela 208, 18220 Albolote (Granada) Espanha, p 459. “De acuerdo con lo afirmado, la **medida para el juicio de culpabilidad** sólo puede venir suministrada por la **capacidad del hombre médio** (durchschnittliches Können).” (grifos do texto original).

⁴⁰⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ... op. cit. p. 208.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 208.

e) Teoria da *dirigibilidade normativa* – o agente deve motivar-se a agir em conformidade com o ordenamento jurídico, deixando assim de realizar as condutas que a ordem jurídica proíbe. Segundo JUAREZ CIRINO, CLAUS ROXIN denomina essa teoria como sendo a que se alicerça na capacidade de comportamento conforme a norma.⁴⁰⁷ Por tais parâmetros,

“A culpabilidade seria um conceito formado pelo elemento *empírico* da capacidade de autodireção e pelo elemento *normativo* da possibilidade de comportamento conforme ao direito, cumprindo as tarefas simultâneas de fundamento da responsabilidade pelo comportamento anti-social e de garantia política de limitação do poder punitivo, no moderno Estado Democrático de Direito.”⁴⁰⁸

Após falar que dita teoria não é imune a críticas tanto dos *deterministas* quanto dos *indeterministas*, JUAREZ CIRINO diz que ela preservaria a função de “garantia política do princípio da culpabilidade”, limitando o poder de punir do Estado, e não deixaria de indicar “a gênese da responsabilidade pessoal pelo comportamento anti-social, sem necessidade de pressupostos metafísicos indemonstráveis.”⁴⁰⁹ (grifos do autor).

Não podemos deixar de mencionar um princípio trabalhado por JUAREZ CIRINO, princípio esse com raízes em ARISTÓTELES, o princípio da alteridade, como base da responsabilidade social.

Esse princípio parte da premissa que as relações jurídicas pressupõem sempre que elas ocorram entre mais de um indivíduo numa convivência social. A culpabilidade deve assim ser edificada levando em consideração o equilíbrio dessa relação sob o prisma social. O comportamento anti-social é o que viola os paradigmas imprescindíveis a uma convivência social harmônica entre dois membros desse grupo e a sua responsabilização é tão indispensável à sobrevivência da sociedade, como o é o reconhecimento do mérito das ações socialmente úteis.⁴¹⁰ Ele, ao falar a respeito da

⁴⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria... op. cit. p. 208.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 209.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 209.

⁴¹⁰ Op. cit. pp 209-210.

razão que funda a responsabilidade pelos atos cometidos pelo homem, explana de forma escoreita:

“Na verdade, o homem é responsável por suas ações porque *vive em sociedade*, (referindo-se a FERRI), um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter*, e não por causa do atributo da liberdade de vontade; o *princípio da alteridade*, - e não a *presunção de liberdade* – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de *reprovação* pessoal pelo comportamento anti-social.”⁴¹¹ (grifos do autor).

Segundo JUAREZ CIRINO esse princípio propicia que se fundamente a responsabilidade pelo comportamento anti-social na **normalidade** da formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto. Essa **normalidade** pressupõe um agente imputável, com capacidade de auto-determinação e que atua sem defeitos volitivos ou de cognoscibilidade. Ausente qualquer um desses pressupostos, a conduta resulta sem culpabilidade. O princípio da alteridade representa um avanço em relação ao critério da liberdade de vontade, cuja comprovação é quase indemonstrável, mas sob determinados enfoques acaba por relativizar-se, na medida em que inexistem homogeneidade nos membros de um universo social. Há diferenças, e a sociedade de um país, por exemplo, possui uma minoria social, político e economicamente dominante, uma classe média dividida em alta, média e baixa, uma classe de pessoas pobres e uma grande maioria de indivíduos vivendo abaixo da linha da pobreza, completamente excluídos sob o prisma social. A relação entre *ego* x *alter* em se tratando de membros de classes diversas com grande disparidade de condições, encerrará um confronto de valores diversos. Pedindo todas as vênias, por fazer esse pequeno reparo, ousou citar em adinículo a fala de ALESSANDRO BARATTA:

⁴¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria ...op. cit. p. 210. Ele, na nota de rodapé, faz citação a BATISTA, Nilo, in *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, Renovar, ICC – Rio de Janeiro, 2000, p. 22: “Relações jurídicas são sempre relações entre mais de um sujeito. A categoria da *alteridade* mereceria ter-se deslocado da metafísica de Aristóteles para um bairro central da filosofia do direito, levando consigo a *diferença* (que não a constitui mas a assimila) e a *diversidade* (que, ao romper a *identidade* a inaugura), até porque essa filosofia se construiu muito sobre o solo sempre intersubjetivo do direito privado, um filosofar que principiava pelo Meu e pelo Teu, como em Kant.”

“O sistema penal conhece não só valorações e normas conformes às vigentes na sociedade, mas também defasamentos em relação a elas; freqüentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas e negadas por outros grupos e em outras áreas.”⁴¹²

Concluimos assim ser necessária uma maior homogeneidade com uma sociedade mais justa e não tão desigual, já que com um contínuo conflito de classes e de grupos, possuindo cada um deles seus próprios valores e interesses e sendo prevalentes os valores da classe dominante, não conseguimos obter uma dimensão correta da culpabilidade com todos esses problemas sociais subjacentes.

9.4 – GÜNTHER JAKOBS

Como estamos falando a respeito dos reflexos da teoria da imputação objetiva na culpabilidade, devemos mencionar a posição de GÜNTHER JAKOBS. Ele concebe a sociedade como um macrocosmos estruturado sobre normas jurídicas e em funções a serem seguidas por pessoas ou instituições. Dentro desse macrocosmos os indivíduos são vistos como *persona* e exercitam a sua liberdade devendo em contrapartida acatar as normas estabelecidas. Cada pessoa possui seu âmbito de organização e deve atuar sem provocar lesões ao ordenamento jurídico, o que é visto como um defeito de comunicação. Cada um dos membros desse universo social deve motivar-se a obedecer as regras estabelecidas cuja obediência é imprescindível à preservação desse organismo social. A ocorrência de um crime provoca uma perturbação que atinge a todos, já que vulnera a integridade do organismo social, que necessitará ser restaurada. “*No es la causación del resultado, per se, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social*”.⁴¹³ A responsabilidade pelo resultado será determinada segundo parâmetros normativos. (grifos do autor).

Ele divide as normas em *débeis* e absolutas. As normas absolutas são respeitadas por quem as conhece e as *débeis* necessitam da culpabilidade e da pena para serem

⁴¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, tradução SANTOS, Juevez Cirino dos, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 75.

⁴¹³ JAKOBS, Günther. *Culpabilidad en derecho penal – Dos cuestiones fundamentales* – Trad. Manuel Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti- Universidad Externado de Colômbia, 2003 – Bogotá – Colômbia, p 19.

acatadas e assim garantir “*la configuración de la sociedad*”⁴¹⁴ O professor germânico professa o entendimento de que através da pena ou da ameaça de sanção é possível dirigir-se a vontade e manter-se uma configuração social determinada. Ao seu sentir a dirigibilidade da vontade compensa a fragilidade da norma. Através da direção da vontade induz-se à fidelidade à norma e por via dessa fidelidade exerce-se a prevenção geral. A ausência de fidelidade à norma é, segundo a sua concepção, um defeito volitivo e este “*siempre debe entenderse como ‘déficit de voluntad’ y concretamente como déficit de motivación fiel al derecho*”.⁴¹⁵

Na hipótese de um crime doloso, no qual o agente possua plena consciência da antijuridicidade, ainda assim, “*el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad, junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación*”. E conclui: “*el autor no se motiva de manera dominante hacia la fidelidad al derecho, y es este déficit el que es la razón del hecho cometido*”.⁴¹⁶

O indivíduo é visto como “persona” ou como “sistema psicofísico”, como consta na página 44 do referido livro. Quando um delito é cometido, a vigência da norma penal é afetada, fragilizada, e através da aplicação da pena, que a reafirma, ela tem a sua inteireza recomposta.

Só pode ser aplicada uma pena a alguém se ele é uma pessoa igual aos demais membros da sociedade, ou seja, se ele for tão imputável quanto os outros integrantes desse corpo social, e GÜNTHER JAKOBS entende que isso ocorre a nível do exame da competência de cada um para manifestar-se sobre a configuração do mundo social. Ao inimputável faltaria essa “competência” e por isso em lugar da pena ele recebe um tratamento. O incapaz não possui assim uma personalidade plena dentro da configuração social proposta por JAKOBS. Citando HEGEL ele fala que quando se reconhece o delinqüente como pessoa de plena personalidade, ele é tido como pessoa igual a todos os demais “*se honra al delincuente como ser racional*”.⁴¹⁷

⁴¹⁴ JAKOBS, Günther, *Culpabilidad en derecho* ... op. cit. p. 40.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 41.

⁴¹⁶ JAKOBS, Günther, *Culpabilidad en derecho* ... op. cit. pp 41-42.

⁴¹⁷ Op. cit. p. 45.

O interessante é que, apesar deste entendimento abstrato e de certo modo divorciado de aspectos que têm sido focados pela criminologia crítica, ele questiona a legitimidade da norma na presença de tais parâmetros sem um *plus*.

Ele cita como exemplo a hipótese de todos os bens vitais estarem nas mãos de poucas pessoas. O fato do ordenamento jurídico garantir aos demais membros da sociedade o direito de propriedade sobre os bens, seria algo inócuo, já que essa maioria de pessoas possui apenas a si próprias e não têm meios de adquirir os bens vitais. Em tal caso elas “*difícilmente podrán aceptar esse orden como orden de lo general, la mera existencia de una personalidad abstracta es demasiado poco para que asi lo hagan.*” E conclui: “*culpabilidad material presupone normas legítimas*”.⁴¹⁸

O mesmo autor também entende necessário que através do ordenamento jurídico seja possível o estabelecimento de contactos anônimos, e isto implica em restringir a autonomia individual em favor da uniformidade exigida para a configuração da sociedade. Nesta configuração são estabelecidos padrões comportamentais aos quais ficam subordinados todos os cidadãos, que terão a sua atividade restrita aos papéis a eles destinados dentro dessa formatação, o que inclui a obediência às regras que dão sustento à organização social. Ao ver de JAKOBS esta configuração é imprescindível à subsistência da sociedade. O indivíduo deve assim autodeterminar-se segundo as regras gerais normativas. A culpabilidade material, por conseguinte, consubstancia-se na vulneração do papel de cidadão, o que ocorre quando o indivíduo realiza uma conduta contrária à formatação jurídica da sociedade.

No que diz respeito ao livre arbítrio, ele sustenta que a culpabilidade decorre da liberdade, mas não da liberdade de vontade, “*con el libre albedrio, sino con la libertad de autodeterminarse, esto es, de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios*”.⁴¹⁹

⁴¹⁸ JAKOBS, Günther. *Culpabilidad en derecho...* op. cit. p. 45.

⁴¹⁹ Op. cit. p. 55. GÜNTHER JAKOBS, nas páginas 56 – 57, destaca os pontos principais de sua exposição e julgamos oportuno transcrevermos os de nº 4 e 5. “4. *Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen de manera individual a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respeto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico.*” “5. *Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico solo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente.*”

9.5 – AS CRÍTICAS DE BERND SCHÜNEMANN

O Professor BERND SCHÜNEMANN, no tópico que lhe coube analisar em um Seminário realizado na Universidade Pompeu Fabra, na Espanha, o da culpabilidade, fez uma análise a respeito do posicionamento de alguns autores alemães, como HANS H. JESCHECK, CLAUS ROXIN, e GÜNTHER JAKOBS. Em relação ao último teceu críticas fortes, discordando de maneira como é visto Direito Penal e seus reflexos numa sociedade similar a um sistema onde prevalece a atomização dos indivíduos e o ser humano vê-se transformado numa interface normativa. Segundo a sua análise JAKOBS propõe que o indivíduo não pode ser entendido como um sujeito isolado e sim inserido numa *“sociedad concebida como un sistema social autopoietico para ele que los hombres sólo adquieren relevancia en tanto que **“personas”**, es decir, entanto que **“estructuras”** o portadores de roles.”*⁴²⁰ Nessa crítica ao trabalho de JAKOBS, ele informa que as afirmações a respeito das quais desenvolve seus estudos teriam sido extraídas da conferência de JAKOBS em *“Deutsche Strafrechtslehretagung”* (Jornadas alemãs de professores de Direito Penal de 1995), e que constituíram *“la clave de bóveda del edificio teórico que este autor empezó a edificar hace veinte años.”* Prossegue em sua crítica:

*“Sin embargo, uno queda realmente aturdido ante la virtuosidad con la que JAKOBS, emulando CAGLIOSTRO e a David COPPERFIELD, entremezcla las referencias a LUHMANN, por un lado, y a KANT y HEGEL, por outro. En JAKOBS llegan a sua máxima expression la abstracción y la eliminación de la realidad, que convierten en un simple acto de comunicación el proceso de legítimo ejercicio de violencia estatal que, a menudo, acaba con penas de prisión de muchos años, o incluso de por vida.”*⁴²¹

Efetivamente é perigosa uma objetivação exacerbada, onde o indivíduo seja considerado como uma estrutura normativa e o crime como uma contradição à configuração da sociedade, não passando da expressão de um déficit comunicativo dentro desse universo social. Também é questionável que a pena seja vista como um

⁴²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, *Sobre el estado de la teoria del delito. (Seminário en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid (Espana)Citivta Ediciones S.L.*, p. 99.

⁴²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre el estado de la teoria ... op. cit. p. 100.*

fator de recomposição desse sistema que havia sido vulnerado pela prática de uma infração penal. Conforme adverte BERND SCHÜMANN, não se deve considerar como simples ato de comunicação o processo que legitima o exercício da violência estatal com sérias conseqüências ao direito de liberdade. Aliás, essa necessidade de ser suprido esse déficit de comunicação, se levada a ferro e fogo, pode legitimar até a adoção de penas cruéis, já banidas do nosso ordenamento jurídico pela nossa Constituição Federal. Com todas as vênias, GÜNTHER JAKOBS propõe uma espécie de talião a nível abstrato, onde é substituída a lesão sofrida pela vítima pela necessidade de reafirmação da norma penal e estabilização da configuração social.

BERND SCHÜNEMANN também cita KIDHAUSER, para quem a culpabilidade material se resumiria a um déficit de lealdade comunicativa, concebendo o Direito como produto da autonomia comunicativa dos cidadãos em uma democracia e a sua infração como a lesão da autonomia dos demais cidadãos.⁴²²

Tal entendimento recebe as mesmas críticas feitas a GÜNTHER JAKOBS.

BERND SCHÜNEMANN, não descarta o valor da comunicação, que seria útil na discussão a respeito da estrutura ontológica da culpabilidade. Ele também fala ser tentador acionar um meta-nível atrás de outro, construindo assim uma realidade aparente, mas lembra: *“es incuestionable la antigua experiencia de sentido común de solo es posible comunicarse sobre as vida humana, la integridad corporal, etc, si estas existen previamente.”*⁴²³

O conceito social de culpabilidade, segundo entende, não possui estrutura científica sólida e, além disso, a sua adoção propiciaria um direito preventivo especial de medidas de segurança. Dentro desse contexto, a sanção penal não cumpriria a função preventiva, já que diante de um cidadão determinado a descumprir a norma penal, a ameaça de pena mostrar-se-ia vazia e em face de um cidadão que respeitasse o ordenamento jurídico, ela seria desnecessária.⁴²⁴

Ao ver deste autor, a reprovabilidade deve incidir sobre aquele que apesar de possuir capacidade de optar por outra conduta (a obediência ao ordenamento) não o fez. Entende ainda que a pena tem como pressuposto a responsabilidade pessoal do sujeito,

⁴²² SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre el estado de la teoria...* op. cit. p. 101.

⁴²³ Op. cit. p. 103.

⁴²⁴ Op. cit. p. 107.

não aceitando assim que o homem seja visto como uma interface normativa, devendo ao contrário, ser encarado como um integrante ativo da realidade social.

Não podemos ignorar que os seres humanos vivem em sociedade e que há a expectativa de que sejam respeitadas as regras criadas para a manutenção da estabilidade desse organismo social. Da mesma forma não podemos olvidar que se mostra imprescindível à preservação da sociedade a proteção de determinados bens, devendo haver uma criteriosa seleção desses bens atribuindo a cada um deles a tutela jurídica adequada, reservando-se as normas penais apenas aos bens mais caros da sociedade. Entretanto, não podemos deixar de considerar que os seres humanos são a parte mais relevante nesse contexto e que não podem ser simplesmente atomizados e transformados em interfaces normativas. Também não se justifica a legitimação de punições, minimizando os seus efeitos para os apenados, e considerando-as como simples recomposição da configuração de um universo social. Por trás dos fatos criminosos (e aqui consideramos tanto o réu quanto a vítima) há seres humanos, não números, e existem as famílias de um e de outro que sofrem os reflexos desses fatos; a da vítima, pelo que esta padeceu, a do réu pelas agruras decorrentes do sistema penal. Também não se podem esquecer os aspectos sociais que subjazem a tudo isso, já que de um ponto de vista mais realista, no final das contas todos são vítimas de um sistema de concentração de riquezas coordenando o exercício do poder e criando sebes quase intransponíveis à obtenção do mínimo de dignidade, provocando assim um exército de milhões de excluídos, empurrados para as estratégias de sobrevivência, na informalidade ou na criminalidade. CAETANO VELOSO, em sua música “Podres poderes” tem um verso que vem a calhar: “Enquanto os homens exercem seus podres poderes, morrer e matar de fome, de raiva e de sede, são tantas vezes gestos naturais”.

A culpabilidade, sob o prisma técnico-jurídico, é um juízo valorativo negativo a respeito da uma conduta e para que esse juízo seja realizado de forma adequada não se pode deixar de considerar a responsabilidade pessoal daquele que pratica um delito. A exigibilidade de conduta diversa deve assim, incidir a respeito do comportamento de alguém que seja imputável, e que nas circunstâncias em que o fato ocorreu, tinha condições de optar por realizar uma conduta jurídica.

Ao nosso sentir, a culpabilidade, mesmo que se adote a teoria da imputação objetiva, deve permanecer com os mesmos elementos, isto é, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Para não nos isolarmos no abstracionismo, é necessário que se estabeleça um diálogo do direito penal com a política criminal e a criminologia, dando assim maior legitimidade à ciência penal e fornecendo uma dimensão mais justa ao conceito de culpabilidade.

CONCLUSÕES

PRIMEIRA: Inicialmente a responsabilização era objetiva, e quem cometesse um fato tido como criminoso ou pecaminoso, respondia pelas conseqüências advindas unicamente do que havia feito. Não eram levados em consideração outros aspectos ou circunstâncias. A punição era aplicada simplesmente porque o sujeito fizera algo tido como proibido.

SEGUNDA: Naquela fase histórica não havia qualquer distinção entre aquilo, que hoje denominamos imputação do fato, e culpabilidade. A prática de um delito ou pecado era punida porque o sujeito a cometeu, não se examinando as circunstâncias em que a ação foi realizada ou quais motivos impulsionaram o comportamento do agente.

TERCEIRA: Essa maneira de punir acompanhou a humanidade durante longo tempo, e nas civilizações antigas a responsabilidade permaneceu objetiva. No direito romano já havia a aplicação do critério da causalidade a algumas hipóteses, mas esse princípio não ganhou contornos nítidos nem grande aplicabilidade.

QUARTA: A responsabilidade objetiva era clara no direito germânico e as questões ligadas ao aspecto subjetivo eram totalmente descartadas. Essa despersonalização de quem praticasse uma infração penal, quebrando assim a paz, podia ser estendida aos membros do grupo social ao qual pertencesse esse infrator.

QUINTA: O critério do livre arbítrio, inicialmente desenvolvido no sistema canônico, embora já mencionado pelos antigos filósofos, chega ao direito laico, inserindo a subjetividade na responsabilização criminal, afastando assim, a exclusividade do critério objetivo como fundamento da punição.

SEXTA: Durante um longo período, nas terras remanescentes do Império Romano do Ocidente, teremos a aplicação de regras do direito romano, do direito germânico e do direito canônico e teremos assim, mais de um critério para fundamentar a punição, com predomínio da responsabilidade objetiva, que aos poucos perde espaço para o livre-arbítrio.

OITAVA: O princípio da causalidade, que já era mencionado pelos antigos filósofos, DEMÓCRITO, PLATÃO e ARISTÓTELES, ganha popularidade com o chamado renascimento científico e a física newtoniana. Uma verdade deveria assim, ser

empiricamente demonstrada, sendo considerada intocável a afirmação de que não há efeito sem causa e de que toda causa gera sempre o mesmo efeito.

NONA: Nesse mesmo período são desenvolvidos os estudos de CARMIGNANI, CARRARA, FERRI, FEUERBACH, LIZT e BELING, sendo lançadas as bases da ciência do Direito Penal e com o desenvolvimento da tipicidade, é elaborado o conceito analítico do crime tripartido em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, separando-se os seus aspectos objetivos e subjetivos.

DÉCIMA: Esse conceito permite um amplo desenvolvimento da teoria do delito, e aos poucos o naturalismo é substituído pelo neokantismo e a culpabilidade, que primeiramente era um gênero que tinha como espécies dolo e culpa, passa a ser considerada um juízo de reprovação, e se compõe de três elementos: a) imputabilidade; b) elemento psicológico-normativo (dolo e culpa); e c) exigibilidade de comportamento diverso.

DÉCIMA PRIMEIRA: A causalidade chega ao auge do seu prestígio e é o ponto nuclear da teoria do delito, a ação humana, até então desprovida de conteúdo, é tida apenas como o fator que causa um resultado tido como criminoso. A ação, destarte, é considerada como um movimento muscular que provoca uma modificação no mundo físico, e assim num conceito único são reunidos a ação e o resultado.

DÉCIMA SEGUNDA: Dentro desse contexto de total predomínio do princípio causal, assume insuperável relevância o nexa de causalidade como critério definidor da imputação e são assim desenvolvidos vários estudos a respeito do conceito de causalidade, nexa causal, seu rompimento e as conseqüências oriundas disso tudo, com reflexos na imputação penal.

DÉCIMA TERCEIRA: Dentre as várias teorias surgidas com o objetivo de limitar os efeitos penais da relação de causalidade, a que consegue lograr mais popularidade é a da *conditio sine qua non*, que passa a ser adotada pela maioria das legislações.

DÉCIMA QUARTA: Os juristas percebem que essa teoria não fornece soluções corretas para diversos problemas como os ligados aos cursos causais hipotéticos, interrupções de cursos causais salvadores, questões atinentes aos cursos causais paralelos, sucessão de causas num único processo causal (chamada de rompimento do

nexo) e, além disso, essa fórmula não possuía explicação satisfatória quanto aos delitos omissivos, cuja causalidade física era indemonstrável.

DÉCIMA QUINTA: Buscando superar essas deficiências, surgem diversas teorias, como a da causalidade adequada, a da causa eficiente, teoria do equilíbrio, teoria da causa intelectualizada, da relevância jurídica e outras que não alcançaram tanta receptividade. A condição *ceteris paribus*, embora possuísse condições de solucionar várias questões a nível da própria causalidade, sem recorrer a outros critérios, não ganhou prestígio no meio jurídico, embora seja muito popular no seio das ciências econômicas.

DÉCIMA SEXTA: Com o desenvolvimento da física quântica e a experiência de HEISEMBERG, cai o que a doutrina, de forma um tanto forte, chama de dogma causal. Esse princípio deixa de ser visto no mundo das ciências naturais como algo intocável e esse desprestígio estende-se a outros ramos da ciência.

DÉCIMA SÉTIMA: Coincidindo com a queda de prestígio do princípio causal, surgem no âmbito do Direito Penal a teoria finalista desenvolvida por GRAF ZU DOHNA e principalmente por HANS WELZEL e na Alemanha desenvolve-se a teoria da imputação objetiva, primeiramente na esfera cível e posteriormente no campo penal.

DÉCIMA OITAVA: A teoria da ação final ganha grande popularidade e a partir da Alemanha estende-se para outros países da Europa e para toda a América Latina, influenciando nas diversas legislações, com profundos reflexos na teoria do delito, ação, culpabilidade, erro e discriminantes putativas.

DÉCIMA NONA: A teoria da imputação objetiva só ganha um campo maior de aplicação a partir dos trabalhos de CLAUS ROXIN e GIMBERNAT ORDEIG, na década de setenta, passando aos poucos a ser aplicada pela jurisprudência do Tribunal Supremo da Alemanha.

VIGÉSIMA: Aos poucos essa teoria começa a ser estudada e adotada na Espanha e diversos escritores espanhóis como MIR PUIG, SANTIAGO MIR, MARTINEZ ESCAMILLA, RUEDA MARTIN, BERNARDO FEIJÓO SANCHES e outros passam a escrever a respeito do tema influenciando toda uma geração de estudantes.

VIGÉSIMA PRIMEIRA: A imputação objetiva tem por base a ação livre e voluntária, e sustenta o ponto de vista que essa voluntariedade abrange o que o sujeito

deseja e o que lhe é previsível. Também entende imprescindível que o sujeito tenha domínio do curso causal, conduzindo-o em direção a um objetivo previamente escolhido, de modo que ao final, o resultado desse comportamento possa ser considerado como obra sua.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Os dois pilares básicos da teoria da imputação objetiva são a criação de um risco proibido, que reflete o desvalor da ação e a realização desse risco, que firma o desvalor do resultado. Também essa teoria considera como pontos principais a conduta humana e a vulneração do ordenamento jurídico, que já ocorre com a criação de um risco desaprovado, e cujo ápice é verificado quando esse risco se realiza, ou por outras palavras, se converte num resultado, que representa a lesão de um bem juridicamente protegido.

VIGÉSIMA TERCEIRA: Com base na criação de um risco proibido ou na sua realização, a imputação objetiva é dividida em vários subitens, e essa divisão varia de autor para autor, mas de uma forma geral, fala-se em ações que visam à diminuição do risco; não criação de um risco proibido; criação de perigo e cursos causais hipotéticos; exclusão da imputação nos casos de risco permitido; exclusão da imputação por ausência de realização do perigo; não realização do risco proibido; resultados não compreendidos no fim de proteção da norma; teoria do incremento do risco; autocolocação em perigo dolosa; heterocolocação em perigo consentida e âmbito de responsabilidade alheio. JAKOBS, por exemplo, engloba todas essas hipóteses em quatro tópicos: a) existência de um risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; e c) capacidade da vítima.

VIGÉSIMA QUARTA: CLAUS ROXIN partindo de um método indutivo e da seleção de casos, procurou construir a sua vertente da teoria da imputação objetiva com base na solução dos casos concretos. GÜNTHER JAKOBS optou por construir a sua fórmula com base em princípios exclusivamente objetivos, e fugindo à constelação de casos. FRISCH de início apenas procura fazer críticas à teoria da imputação objetiva, depois intenta tecer considerações a respeito das razões que levariam à criminalização de determinadas condutas, e defende que o Direito Penal deve ser aplicado apenas como *ultima ratio*, deixando à tutela de outros ramos do direito determinadas ações que não necessitam da tutela penal. PUPPE sustenta um novo conceito de resultado, dá

contornos mais nítidos à teoria da causalidade das condições naturais e procura explicar de uma maneira mais segura o item âmbito de proteção da norma.

VIGÉSIMA QUINTA: A teoria da imputação objetiva, em várias hipóteses nas quais os seus partidários defendem a sua incidência, vê-se obrigada a recorrer a aspectos subjetivos para solucioná-las. Como ilustração, citamos o caso da ação que visa diminuir o risco a um bem. Nem sempre uma ação que objetivamente se mostre como tendente à diminuição de um risco terá uma correspondência subjetiva e, nesse caso, a atitude do agente será relevante para definir a tipicidade da conduta.

VIGÉSIMA SEXTA: A adoção da teoria da imputação objetiva conserva a divisão do tipo doloso em tipo objetivo e tipo subjetivo. O tipo doloso objetivo compõe-se de: ação, resultado e nexos de causalidade entre a ação e o resultado. O tipo doloso subjetivo é composto do dolo e, para alguns autores, de outros elementos de natureza subjetiva. O tipo culposo compõe-se de: a) conduta humana produtora do risco proibido (desvalor da ação); b) realização do risco (desvalor do resultado); c) nexos de causalidade entre o risco criado e a sua realização. Tipo subjetivo culposo: é composto pela conduta voluntária no sentido de violar o cuidado objetivo exigido e pela ausência da intenção de realizar o risco.

VIGÉSIMA SÉTIMA: Para essa teoria, a omissão é regida por critérios exclusivamente normativos e não considera que possa nela existir causalidade física.

VIGÉSIMA OITAVA: A antijuridicidade é considerada como a desconformidade entre o fato (ou a conduta) e a norma penal e quando agrega ao tipo a criação de um risco não permitido, elemento esse de natureza jurídica, transforma o tipo em injusto penal. O exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal passam assim a ser considerados como comportamentos atípicos.

VIGÉSIMA NONA: Com relação ao concurso de agentes, não introduz grandes mudanças, ressaltando-se a posição de GÜNTHER JAKOBS que transmuda para esse tipo de concurso subjetivo os seus princípios de âmbito de organização e de um sistema jurídico, onde há o total predomínio dos aspectos normativos.

TRIGÉSIMA: A tentativa permanece integrada por elementos subjetivos e objetivos, exigindo-se a criação de um risco desaprovado que coloque o bem jurídico numa situação de efetivo perigo. Enquanto o bem penalmente tutelado não corre qualquer risco, não há o início da tentativa. Exige-se, ademais, a intenção do agente de

querer lesionar esse bem. Os aspectos objetivos são abordados no tipo objetivo e os subjetivos no tipo subjetivo.

TRIGÉSIMA PRIMEIRA: A culpabilidade é considerada na visão de JAKOBS, como um déficit de comunicação dentro de um macrocosmo social, mas não se trata de uma opinião unânime dentro dos partidários da imputação objetiva, havendo autores filiados a essa teoria, que tecem severas críticas ao referido autor.

TRIGÉSIMA SEGUNDA: A imputação objetiva representa uma progressiva integração do tipo, que primeiro continha apenas elementos de natureza objetiva; depois considerou-se integrado também pelos chamados elementos subjetivos do injusto; posteriormente com o finalismo, dolo e culpa deixam de ser elementos da culpabilidade e passam integrar o tipo, que se apresenta dividido em duas faces, uma objetiva e outra subjetiva, em correspondência biunívoca; e com a adoção da imputação objetiva, insere-se no tipo um elemento de natureza normativa, representado pela criação do risco não permitido.

TRIGÉSIMA TERCEIRA: Os caminhos percorridos pelo finalismo e pela imputação objetiva, aliados à aproximação entre as escolas romano-germânica e anglo-saxônica, nos levam a um estágio de reflexões e mudanças. Fica a impressão de que estamos numa fase de prevalente transitoriedade que culminará com alterações na teoria do delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona, 354 – 439. O livre-arbítrio. Tradução, organização, introdução e notas de Nair de Assis Oliveira; revisão de Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.
- ARISTÓTELES – Ética a Nicômaco. Tradução, estudo bibliográfico e notas de Edson Bini, EDIPRO, Bauru – SP: EDIPRO, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Tradução, Juarez Cirino dos Santos, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar e Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARRETO, Tobias. a) Estudos de direito II, edição comemorativa dos 400 anos do Estado de Sergipe. Recife/Aracaju: Record, 1980.
b) Estudos de direito. Campinas-SP: Bookseller, 2000.
- BATISTA, Nilo. a) Concurso de agentes. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
b) Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
c) Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Freitas Bastos, 2000.
d) Novas tendências do direito penal, artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BATISTA, Vera Malaguti, Difíceis ganhos fáceis; drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Freitas Bastos, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral, vol. 1, 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRUNO, Aníbal. Direito penal, tomo 1º, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

- CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN Editora, 2002.
- BÍBLIA SAGRADA – Tatuí – SP: Casa Publicadora Brasileira, 1992.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal, vol. 1, tomo I, parte geral, 6ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, para livre docência em Direito Penal. Rio de Janeiro: 1988.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Nexo causal. 3ª edição. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de La. *Tipicidad e imputación objetiva. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.*
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- DIAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva. 3ª edición. Bogotá, Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2000.*
- DIVINDADES EGÍPCIAS – Revista das Religiões, Editora Abril, 2005.
- FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal. Tradução Paulo Capitano, 2ª edição, Campinas: Bookseller, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. a) Conduta punível. São Paulo: José Bushatsky-Editor, 1961.
- b) Lições de direito penal, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GIORDANI, Mário Curtis. História do direito penal entre os povos do oriente próximo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GONZAGA, Tomás Antônio. Tratado de direito natural. (Obras completas II), edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1957.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A autocolocação da vítima em risco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

- GRECO, Rogério. Curso de direito penal, parte geral, 2ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- GRISPIGNI, (F.), *Diritto Penale Italiano, Milano, Itália, Giuffrè, 1952.*
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita.* Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Temis, 1999.
- .HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II, arts. 11 a 27, p/Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- JAKOBS, Günther. a) Ação e Omissão no direito penal. (Coleção estudos de direito penal, vol. 2), tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, SP: Manole, 2003.
- b) A imputação objetiva no direito penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- c) A imputação penal da ação e da omissão. (Coleção estudos de direito penal, vol. 7), tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, SP: Manole, 2003.
- d) *Culpabilidad en derecho penal: Dos cuestiones fundamentales. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Universidad Externado de Colômbia, Bogotá – Colômbia, Cargraphics, 2003.*
- e) *La imputación objetiva en derecho penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colômbia, Bogotá – Colômbia, Xerox S.A., 1998.*
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEINGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts.* Tradução Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edição, corrigida e ampliada. *Polígono Juncaril, parcela 208, 18220 Albolote – Granada – Espanha, Editorial Comares S.L. 1996.*
- JESUS, Damásio E. de. a) Direito penal, vol. 1, parte geral, 22ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996.
- b) Direito penal, vol. 1, parte geral, 28ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2005.
- c) Imputação objetiva, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LESCH, Heiko Hartmut. *Intervención delictiva e imputación objetiva. Traducción Javier Sanches e Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colômbia, Bogotá – Colômbia, D"VINNI Editores Ltda, 1997.*

- MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal, segunda edición*. Barcelona – Espanha: J.M. BOSCH EDITOR, 2001.
- MESTIERI, João. Manual de direito penal, parte geral, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 1990-1992.
- NATSCHERADETZ, Ana Paula. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal, Lisboa, Portugal: Universidade de Lisboa, 1993.
- NAUCKE, Wolfgang/OTTO, Harro/JAKOBS, Günther/ROXIN, Claus. *La prohibición de regreso en derecho penal. Universidad Externado de Colombia*. Bogotá – Colômbia: Xerox, 1998.
- NORONHA, Edgard Magalhães, 1906. Direito penal, vol. I, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1973-1974.
- PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PLATÃO. A República. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, vol. I, parte geral, arts. 1º a 120, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PRADO, Luiz Regis/CARVALHO, Érika Mendes. Teoria da imputação objetiva do resultado: Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PUIG. Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal. 2ª edición*, Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F (Montevideo-Buenos Aires), 2003.
- RAMÍREZ, Juan Bustos/LARRAURI, Elena. *La imputación objetiva. Reimpresión*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1998.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito, 2ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- RODRIGUES, Cristiano. Teorias da culpabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal, tradução e introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

- RUDOLPH, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia*. Bogotá – Colombia: *Departamento de Publicaciones-Universidad Externado de Colombia*, 1998.
- RUEDA MARTIN, Maria Angeles. *La teoria de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona, Espanha, *Bosch*, 2001.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli, Barueri, SP: Manole, 2003.
- SANCINETI, Marcelo A. a) *Observaciones sobre la teoria de la imputación objetiva. Teorias actuales in el derecho penal*. Buenos Aires – Argentina: *Ad-Hoc*, 1998.
b) *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires – Argentina, *Ad-Hoc*, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. a) *A moderna teoria do fato punível*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
b) *A moderna teoria do fato punível*, 3ª edição, revista e ampliada. Curitiba: Editora Fórum, 2004.
- SCHÜNEMMAN, Bernd. *La culpabilidad. Estado de la cuestión. Sobre el estado de la teoria del delito (Seminário en la Universidad Pompeu Fabra)*, Madri – Espanha: *Civitas Ediciones*, 2000.
- SILVA, Roberto de Abreu e. *A falta contra a legalidade constitucional. Hermenêutica da responsabilidade civil proveniente de danos injustos materiais e morais , em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho Editora, 1932.
- SOUZA, Carmo Antônio de. *Fundamentos dos crimes omissivos próprios*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- STRUENSEE, Eberhard. *Actuar y omitir. Delitos de comisión y de omisión. Cuadernos de conferencias y articulus n° 10*. Traducción de Patricia S. Ziffer. *Universidad Externado de Colombia*, Bogotá – Colômbia: *Departamento de Publicaciones Universidad Externado*, 1996.

- TAVARES, Juarez. a) *Direito penal da negligência: Uma contribuição à teoria do crime culposos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- b) *Direito penal da negligência: Uma contribuição á teoria do crime culposos*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- c) *Teoria do injusto penal*, 2ª edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WELZEL, Hans. a) *Derecho penal alemán, parte general*, 4ª edição. Tradução *Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Perez*. Santiago – Chile: *Editorial Jurídica do Chile*, 1997.
- b) *Direito penal*. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.
- c) *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir*. Montevideo-Buenos Aires: *B de F. Julio César Faira – Editor*, 2001.
- d) *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina finalista*. Tradução e prefácio Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*, 4ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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](#)