



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE DIREITO**

**SAMANTHA PINHEIRO FERREIRA**

**CRISE DA CAUSALIDADE NATURALÍSTICA NO DIREITO PENAL E  
SOCIEDADE DE RISCO: ANÁLISE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

**FORTALEZA**

**2013**

SAMANTHA PINHEIRO FERREIRA

**CRISE DA CAUSALIDADE NATURALÍSTICA NO DIREITO PENAL E  
SOCIEDADE DE RISCO: ANÁLISE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Ceará  
como requisito parcial para a obtenção do  
Título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Sérgio Bruno  
Araújo Rebouças

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

---

F383c Ferreira, Samantha Pinheiro.  
Crise da causalidade naturalística no direito penal e sociedade de risco: análise da teoria da imputação objetiva / Samantha Pinheiro Ferreira. – 2013.  
49 f. : color., enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientação: Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.

1. Causalidade (Direito) - Brasil. 2. Direito penal - Brasil. 3. Responsabilidade penal - Brasil. I. Rebouças, Sérgio Bruno Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

SAMANTHA PINHEIRO FERREIRA

CRISE DA CAUSALIDADE NATURALÍSTICA NO DIREITO PENAL E SOCIEDADE  
DE RISCO: ANÁLISE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Mestre **Sérgio Bruno Araújo Rebouças** (orientador)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Professor Mestre **Raul Carneiro Nepomuceno**  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Professor Mestre **William Paiva Marques Júnior**  
Universidade Federal do Ceará - UFC

Ao meu pai, **Luiz Augusto Ferreira** (*in memoriam*), advogado íntegro e pai amoroso, que sonhou com esta conquista.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder fortaleza e serenidade para enfrentar o desafio de imergir nos estudos jurídicos.

Aos meus pais: minha mãe, Rosa Lucineide, pelo apoio e amor incondicionais, que, com seu cuidado e fé em mim, tornou possível a minha graduação em Direito; ao meu pai, Luiz Augusto, dedicado estudioso do Direito, que, sem saber, incutiu em mim o interesse pela área. Ele sempre dizia: “Minha filha ainda vai fazer Direito”. Bom, pai, mais uma vez, o senhor estava certo. A eles, meus exemplos, meus maiores amores.

Sou grata ao meu orientador, Sérgio Rebouças, pela paciência, por compreender minhas angústias e incertezas.

Aos professores Raul Nepomuceno e William Marques, por terem aceitado, pronta e gentilmente, o convite para compor a Banca Examinadora.

À minha família: tia Liduína, Yuri, Igor, Lana e Sarah, que acompanharam de perto esses anos de dedicação à Faculdade de Direito, pelo suporte e torcida.

Às pessoas especiais que conheci na minha passagem pela Salamanca: Giacomina, Hernandez, Kamylle, Lara, Mayara, Monalisa, Naime e Tayana, com quem vivenciei as angústias pré-provas e compartilhei as conversas e risos nos bancos da Faculdade. Meu agradecimento especial às *bixas*, Amélia e Tayana, garotas incríveis, amigas com as quais sempre pude contar nessa graduação e que espero poder contar para além dos portões da Faculdade de Direito.

E nesse espaço dedicado a agradecimentos, lembro-me dos meus amigos cordimarianos, que, depois de 10 anos, permanecem presentes na minha vida, bem como os amigos que conheci na Psicologia (Alana, Fabiana, Gabriela, Patrícia, Silvia e Vinício), que, de diferentes formas, são responsáveis pela pessoa que sou hoje.

Sou grata ainda à família Pereira Cavalcante, com a qual convivi a maior parte desses anos em que estive na Faculdade de Direito, pelo acolhimento, pelo carinho e por terem me considerado parte da família.

Aos procuradores para os quais estagiei e aos colegas que conheci no IPEM/CE, AGU, MPT e MPF. Destaco, em especial, o Dr. Márcio Andrade Torres (Procurador da República/MPF), cuja atuação profissional me inspira.

Sou grata, enfim, a todos que de alguma forma contribuíram para que o sonho de me tornar bacharela em Direito se tornar-se realidade.

“Antigos fundamentos se honram, mas não se pode abdicar do direito de, em algum lugar, começar tudo outra vez.” (Goethe)

## RESUMO

O presente estudo visa analisar a teoria da imputação objetiva, problematizando a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio a partir da crise na teoria da equivalência dos antecedentes e em meio ao contexto da sociedade de risco. Outrossim, serão analisados os critérios da teoria da imputação objetiva majoritariamente indicados pela doutrina. Para tanto, realizar-se-á uma pesquisa bibliográfica. As teorias causalista e finalista adotaram a teoria da *conditio sine qua non* para determinar a atribuição de um resultado a uma determinada conduta. Entretanto, referida teoria mostrou-se insuficiente, sendo necessário recorrer-se a critérios normativos e, assim, foi desenvolvida a teoria da imputação objetiva pelos funcionalistas. Ademais, verifica-se que a sociedade pós-industrial é marcada pelo surgimento de novos riscos, que o Direito Penal, cuja função é tutelar bens jurídicos, buscará evitar. Nesse contexto, estrutura-se a teoria da imputação objetiva, pautada nos seguintes critérios normativos: criação ou aumento de um risco juridicamente proibido e realização do risco proibido no resultado. A verificação desses critérios, juntamente com a constatação da existência do nexo causal naturalístico entre a conduta e o resultado, realiza a tipicidade objetiva do fato criminoso. Evidencia-se indispensável sistematizar e conhecer tais critérios.

Palavras-chave: Causalidade. Sociedade de Risco. Teoria da Imputação Objetiva.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the objective imputation theory, questioning its inclusion in the national legal system since the crisis in the theory of equivalence of antecedents and amid the context of the risk society. Also, we will analyze the criteria of the theory of objective imputation indicated mainly by doctrine. To do so, it will perform a literature search. The theories causalist and finalist adopted the theory of *conditio sine qua non* to determine the attribution of a result to certain conduct. However, this theory was insufficient, necessitating normative criteria and, then, the theory of objective imputation was developed by the functionalists. Moreover, it appears that the post-industrial society is marked by the emergence of new risks, which the Criminal Law, whose function is to protect legal interests, seek to avoid. In this context, the theory of objective imputation was structured, based on the following normative criteria: creation or increase of a prohibited risk and realization of the banned risk in the result. The verification of these criteria, together with the causal connection between the conduct and the naturalistic result, performs the objective type of a criminal act. It is essential to systematize and to know such criteria.

Keywords: Causality. Risk Society. Objective Imputation Theory.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DA ONTOLOGIA AO NORMATIVISMO: ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO DELITO</b> .....	11
<b>2.1 Sistema causal-naturalista (clássico)</b> .....	11
<b>2.2 Sistema normativista (neoclássico)</b> .....	13
<b>2.3 Sistema finalista</b> .....	15
<b>2.4 Sistema funcionalista</b> .....	18
<b>3 CRISE DA CAUSALIDADE NATURALÍSTICA E SOCIEDADE DE RISCO: CONTEXTO DA ESTRUTURAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA</b> ....	22
<b>3.1 Da insuficiência da causalidade naturalística</b> .....	22
<b>3.2 Sociedade de risco</b> .....	28
<b>3.3 Considerações gerais acerca da teoria da imputação objetiva</b> .....	29
<b>4 CRITÉRIOS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA</b> .....	32
<b>4.1 Criação ou aumento de um risco juridicamente proibido – Desvalor da ação</b> .....	33
<b>4.1.1 Criação ou aumento de risco</b> .....	33
<b>4.1.1.1 Ausência da criação do risco ou risco juridicamente irrelevante</b> .....	34
<b>4.1.1.2 Diminuição do risco</b> .....	35
<b>4.1.2 Risco juridicamente proibido</b> .....	36
<b>4.2 Realização do risco proibido no resultado – Desvalor do resultado</b> .....	40
<b>4.2.1 Resultado está fora do âmbito de proteção da norma que delimita o risco proibido</b> ...	42
<b>4.2.2 Resultado não decorre do risco criado, de modo que o comportamento alternativo conforme o direito não o exclui</b> .....	43
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	48

## 1 INTRODUÇÃO

Toda atividade humana contém riscos inerentes, sendo que alguns são absorvidos pela sociedade, que os tolera. Hodiernamente, com o avanço tecnológico (expresso, por exemplo, através do uso de modernas fontes de energia, como a nuclear, do transporte aéreo e terrestre em veículos automotores e da manipulação de alimentos), novos perigos surgiram e o Direito Penal enfrenta o desafio de estabelecer de quais riscos devem ser protegidos os bens jurídicos, pois é inviável almejar neutralizar todos os riscos presentes na sociedade pós-industrial.

O penalista, portanto, deve preocupar-se com os riscos considerados intoleráveis, que passam a ser juridicamente proibidos ao se realizar uma ponderação entre os custos e benefícios de se aceitar tais perigos. É a partir do juízo de ponderação entre os valores segurança e liberdade que se estabelece quais riscos são permitidos. Realizado esse juízo, o ordenamento jurídico aceita a prática de condutas corriqueiras, apesar de perigosas, como andar de avião ou subir uma escada, o que torna possível a manutenção do moderno modo de vida.

Paralelamente, o Direito Penal, no século XX, presencia a crise do dogma causal. O causalismo e o finalismo, teorias do delito pautadas em categorias ontológicas, defendiam que o nexo entre a conduta e o resultado deveria ser estabelecido com base na teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), a qual se mostrou insuficiente como critério de atribuição de um resultado naturalístico a determinado sujeito. Evidencia-se, então, a necessidade de resgatar critérios normativos, já anunciados pelo sistema neoclássico, para a realização da tipicidade objetiva.

Em meio a esse contexto, o alemão Claus Roxin estruturou o funcionalismo teleológico e desenvolveu a teoria da imputação objetiva, fundada nos pressupostos normativos de criação de risco juridicamente proibido e realização do risco no resultado. Destarte, a teoria da imputação objetiva busca complementar a teoria da *conditio sine qua non*, sistematizando critérios normativos que orientaram a imputação de um resultado a uma conduta.

Feitas tais considerações, o presente trabalho apresenta uma estrutura organizacional pautada em capítulos, desenvolvendo a temática por meio da pesquisa bibliográfica.

No capítulo um, procurar-se-á, primeiramente, apresentar a evolução das teorias do crime, analisando os sistemas causalista (clássico), neoclássico, finalista e funcionalista e

as teorias sobre a imputação de resultado adotadas por tais sistemas. Será destacada especialmente a teoria da equivalência dos antecedentes, ainda hoje a adotada pelo Direito Penal brasileiro.

No capítulo dois, abordar-se-á o contexto em que se estruturou a teoria da imputação objetiva, desenvolvida diante da crise da causalidade naturalística e em meio a atual sociedade marcada pelo surgimento de novos riscos decorrentes do progresso tecnológico. Outrossim, serão tratados os aspectos gerais da teoria da imputação objetiva, sendo indicadas as infrações penais às quais ela é aplicável.

Por fim, no capítulo três, serão abordados os critérios normativos da teoria da imputação objetiva indicados por doutrinadores nacionais: criação ou aumento de um risco juridicamente proibido (desvalor da ação) e realização do risco proibido no resultado (desvalor do resultado). Buscar-se-á analisar, através de exposição casuística, cada um desses pressupostos, que realizam a tipicidade objetiva juntamente com a causalidade naturalística, que, conforme se verá, não foi substituída pela teoria da imputação objetiva.

Diante das respostas inadequadas apresentadas pela teoria da causalidade, ligada às leis da natureza, e dos novos riscos que nascem na sociedade pós-industrial, emerge a teoria da imputação objetiva, que vem ganhado cada vez mais espaço nos manuais de Direito Penal e nas decisões judiciais e busca o fornecimento de critérios normativos que mais adequadamente resolvam questões relativas à imputação do resultado. Destarte, revela-se imprescindível analisar o contexto favorável ao desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, bem como os critérios normativos descritos por ela.

## 2 DA ONTOLOGIA AO NORMATIVISMO: ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO DELITO

O fato criminoso tem sido objeto de estudo de diferentes teorias, pautadas em métodos e princípios distintos. Para uma compreensão correta da teoria da imputação objetiva, imprescindível expor um panorama histórico da evolução do conceito analítico de crime e, conseqüentemente, das teorias concernentes à imputação do resultado penalmente relevante.

### 2.1 Sistema causal-naturalista (clássico)

No final do século XIX, o método empírico, típico das ciências exatas e naturais, dominava o pensamento científico, tendo sido incorporado inclusive pela ciência do Direito. Por meio da observação e da descrição, estruturou-se o conhecimento acerca do crime. O método positivista naturalista foi adotado, e “[...] convenceu-se de que a certeza que dominava as ciências físico-experimentais [...] absorveria e resolveria todas as questões que a sociedade apresentasse [...]” (BITENCOURT, 2010, p. 230).

Os principais expoentes do causalismo naturalista foram Franz von Liszt e Ernst von Beling, responsáveis pela teoria clássica do delito. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013).

Na estrutura do delito, a tipicidade e a antijuridicidade são tidas como exclusivamente objetivo-descritivas, reservando-se à culpabilidade o aspecto subjetivo do crime. Primeiramente, esgotava-se a análise objetiva do delito para seguir à subjetiva, revelando-se uma clara separação entre o injusto objetivo e a culpabilidade psicológica. Nenhum desses aspectos do delito, entretanto, estava relacionado a elementos normativos. O causalismo afastava qualquer contribuição valorativa, estabelecendo Liszt a separação entre a dogmática penal e a política criminal. Tipos penais que apresentassem elementos normativos eram denominados tipos anormais. Conforme Roxin (2002, p. 12):

O positivismo como teoria jurídica caracteriza-se por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político. Exatamente esse pensamento, por LIZST tomado como um óbvio axioma, fundamenta a oposição entre direito penal e política criminal: o direito penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. A política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra-se fora do âmbito jurídico.

O tipo penal, desprovido de qualquer influência de ordem filosófica ou valorativa, era concebido como exclusivamente neutro, restringindo-se à descrição objetiva da conduta (ROCHA, 2002). Dessa forma, visava-se garantir maior segurança jurídica, conferindo ao Direito Penal a função liberal-garantística de assegurar a aplicação uniforme das normas e a liberdade individual em face do Estado. Para o sistema clássico, a ciência jurídica sistemática, voltada para uma abordagem técnico-jurídica desvinculada da política criminal, estaria imune ao acaso e ao arbítrio (ROXIN, 2002).

Adotou-se o conceito causal da ação, concebida como o movimento corpóreo que produz uma modificação no mundo exterior (resultado naturalístico<sup>1</sup>). “Essa concepção simples, clara e também didática, fundamentava-se num conceito de ação eminentemente naturalístico, que vinculava a conduta ao resultado mediante o nexo de causalidade” (BITENCOURT, 2010, p. 231). Observa-se que esse conceito de ação fazia menção ao nexo de causalidade.

Para essa doutrina, o tipo era reduzido à causalidade, de modo que “matar alguém” era sinônimo de “causar a morte de alguém”. (GRECO, 2013).

Em consonância com o método positivista naturalista, a teoria da causalidade adotada foi a **teoria da equivalência dos antecedentes causais** (*conditio sine qua non*). Desenvolvida por Von Buri, essa teoria considera causa a totalidade das condições que contribuíram para a produção do evento, partindo da premissa de que todos os antecedentes do resultado são igualmente necessários e, portanto, há uma equivalência valorativa entre eles. (ROCHA, 2002, p. 46).

Conforme Regis Prado e Carvalho (2002, p. 41-42):

A teoria da equivalência das condições emprega um conceito muito amplo de causa – entendida como qualquer condição do resultado –, o que, unido à concepção causalista da ação – que configurava os tipos penais como meros processos causais –, acaba por afirmar “a tipicidade de toda ação que tenha condicionado o resultado, ainda que de forma remota”. Constatada a relação de causalidade – com base na fórmula da *conditio sine qua non* –, a ação seria já típica e antijurídica (se não concorresse nenhuma causa de justificação). Só com a posterior investigação da culpabilidade seria possível estabelecer limites à responsabilidade.

Considerando-se causa toda condição sem a qual o resultado não teria se verificado, chegar-se-ia à absurda conclusão de que, pelo fato de ter dado à luz a um

---

<sup>1</sup> Nesse ponto, incube diferenciar resultado naturalístico ou material e resultado jurídico ou normativo. O primeiro consiste na transformação operada no mundo exterior provocada pela conduta humana e diversa dela. O resultado jurídico consiste na lesão ou ameaça de lesão a um interesse socialmente relevante tutelado pela norma penal e, diversamente do resultado naturalístico, verifica-se em todos os delitos. Como explica Damásio de Jesus (2000, p. 5), “[...] o nexo causal objetivo relaciona-se com o resultado naturalístico, enquanto a imputação objetiva está conectada ao resultado jurídico, sem desprezar o evento material.”

homicida, sem o qual a conduta de matar alguém por esse não teria ocorrido, seria a mãe daquele que pratica o ato de matar também responsável pelo evento morte. A correção dessa solução inadequada era fornecida pela exigência de dolo ou culpa, elementos integrantes da culpabilidade. Dessa forma, a ação da mãe de dar à luz ao futuro assassino era considerada fato típico, já que verificada a causalidade material, antijurídico, diante da ausência de excludentes da ilicitude, porém não culpável, já que não havia dolo ou culpa. (GRECO, 2013).

Abordar-se-á de forma mais detalhada essa teoria da causalidade e suas desvantagens ao se tratar do sistema finalista.

O excessivo formalismo da teoria causalista tornava-a inapta para cumprir as funções de uma disciplina prática como o Direito Penal, havendo entraves à solução politicamente satisfatória dos problemas penais. A aplicação da metodologia típica das ciências naturais a uma ciência social e a incapacidade de explicar a responsabilização pelo crime omissivo, dentre outras críticas, favoreceram o surgimento de uma nova teoria do crime, que visou desfazer-se das amarras do método empírico e propôs uma nova teoria da causalidade.

## 2.2 Sistema normativista (neoclássico)

Em reação ao modelo juspositivista, emerge o sistema que passa a reconhecer, na dogmática penal, os aspectos normativos e valorativos da estrutura do delito. Para tanto, adota-se como base filosófica o neokantismo.

Os positivistas e os neokantistas adotaram a mesma premissa, a qual consiste na rígida separação entre o conhecimento puro e o empírico. Como afirma Bitencourt:

Essa delimitação transportada para a ciência jurídica leva à categórica separação entre *ser* e *dever ser* do Direito. Contudo, ao contrário dos *positivistas* – que atribuíam prioridade ao *ser* do Direito –, os *neokantistas* propõem um conceito de ciência jurídica que supervalorize o *dever ser*. Assim, com a introdução de considerações *axiológicas* e *materiais*, o *neokantismo* substituiu o método puramente jurídico-formal do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal. (BITENCOURT, 2010, p. 233, grifo do autor).

Estruturou-se o modelo neoclássico de crime, cujo principal expoente foi Edmund Mezger. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013).

O conceito analítico de crime permanece como ação típica, antijurídica e culpável, no entanto, cada uma dessas categorias foi reinterpretada pelos neokantistas, à luz de um método compreensivo, voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2002), no fato punível do modelo neoclássico, a ação assume caráter valorativo, redefinida como comportamento humano voluntário, a tipicidade perde a natureza descritiva e supostamente neutra para admitir os elementos normativos e subjetivos e a culpabilidade puramente psicológica é substituída pela psicológica-normativa, incorporando a noção de reprovabilidade da conduta.

Mezger, diante da insuficiência da teoria da causalidade do modelo anterior, adota uma nova teoria relativa ao nexos causal. Trata-se da **teoria da relevância jurídica** ou da causalidade relevante, a qual busca restringir o amplo alcance da norma penal decorrente da aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes. Partindo da lição de Claus Roxin, Junqueira e Vanzolini (2013, p. 156) afirmam que, para essa teoria, “[...] ficam excluídos do direito os nexos causais irrelevantes, tanto de acordo com os parâmetros da causalidade adequada [...] quanto de acordo com uma interpretação conforme os sentidos dos tipos penais”.

Segundo Constantino (2001, p. 115):

Para esta corrente doutrinária, a determinação do nexos de causalidade deve ser feita através da teoria da *conditio sine qua non*, mas a imputação do resultado deve-se efetivar com base na relevância jurídica da respectiva cadeia causal, observando-se a finalidade da norma e os caracteres de cada tipo penal. Destarte, em um dado acontecimento, muitas vezes, o nexos causal é afirmado entre a conduta do agente e o resultado, porém tal evento não pode ser *juridicamente* imputado ao autor do fato, porque sua atuação não se reveste de relevância, frente às finalidades da norma ou às elementares do tipo penal.

O neokantismo evidencia o aspecto cultural das normas jurídicas, marcadas por valores prévios, bem como derruba o mito da neutralidade do intérprete da norma, que não está imune à influência desses valores (BITENCOURT, 2010).

Claus Roxin (2002) assevera que o sistema neokantista poderia ter levado a um novo quadro o sistema jurídico penal caso houvesse adotado como parâmetro das entidades dogmáticas as decisões político-criminais. Apesar de reconhecer a incorporação de valorações político-criminais na estrutura delitiva positivista, através da interpretação do tipo penal em função do bem jurídico tutelado, da teoria da antijuridicidade material e da culpabilidade normativa, a teoria neoclássica do crime manteve a separação entre dogmática penal e política criminal.

### 2.3 Sistema finalista

Afastando-se do positivismo naturalista e do relativismo neokantista, Hans Welzel construiu a teoria finalista do delito, que dominou o debate nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial e partiu de uma metodologia fenomenológica de investigação, pautada no respeito à essência do ser. De acordo com Bitencourt (2010, p. 237-238):

[...] reconhece Mir Puig que a limitação ontológica defendida pelo finalismo havia encontrado um ambiente favorável na Alemanha pós-guerra, quando se sentiu a necessidade de estabelecer limites ao poder que impedissem a repetição de excessos abomináveis como os do III Reich. [...] o ontologismo de Welzel buscou também na natureza das coisas limites à liberdade de decisão do legislador.

A teoria finalista tem por base as estruturas lógico-objetivas, pontos básicos do sistema, conceituadas a partir de significados que pertencem à própria natureza das coisas. Trata-se de categorias pré-jurídicas, cujo sentido é anterior ao Direito e deve ser respeitado por esta ciência. Tais categorias, dentre as quais a conduta humana, precedem a qualquer valoração, atuando como pressupostos a partir dos quais emergem os juízos de valor e os critérios normativos. A identificação das estruturas lógico-objetivas ligadas à ordem real na qual o homem encontra-se inserido estabelece os limites almejados pelos críticos do relativismo axiológico do neoclassicismo. (BITENCOURT, 2010; PRADO, CARVALHO, 2002).

Nesse sistema, o conceito de ação é central, sendo demonstrado pela psicologia e reconhecido pela dogmática penal como estrutura ontológica independente do Direito. Para Welzel (1969, p. 33 *apud* SANTOS, 2002, p. 7, grifo do autor), “a ação humana é *exercício de atividade final*: o homem pode, em certos limites, por causa de seu saber causal, controlar os acontecimentos e dirigir a ação, planificadamente, para o fim proposto”.

Os elementos subjetivos foram retirados da culpabilidade, puramente normativista para este sistema, e deslocados para a tipicidade.

Observa-se, portanto, que os finalistas acrescentam ao tipo uma face subjetiva, de modo que ele não se esgota na análise da causalidade, como no sistema causalista. De acordo com Luís Greco (2013, p. 21), “[...] o finalismo passa a considerar a causalidade apenas a metade da teoria do tipo, o chamado tipo ‘objetivo’, reconhecendo, ao lado do tipo objetivo, um tipo ‘subjetivo’, que seria composto pela finalidade [...]”. Diversamente da teoria causalista-naturalista, o finalismo não insere o resultado naturalístico e o nexos de causalidade

no conceito de conduta. Eles são tidos como elementos eventuais do fato típico, necessariamente presentes apenas nos crimes materiais<sup>2</sup>.

O modelo finalista de fato punível influenciou diretamente algumas legislações modernas, como a reforma penal alemã de 1975 e a nova parte geral do Código Penal brasileiro, reformada através da Lei n. 7.209 de 11/07/1984 (SANTOS, 2002, p. 9).

Hans Welzel, retornando às premissas ontológicas do naturalismo, adotou a **teoria da equivalência dos antecedentes**, em respeito à natureza das coisas, por concebê-la como uma categoria pré-jurídica que deve ser reconhecida pelo Direito Penal.

Para essa teoria da causalidade, não há distinção entre causa e condição, entre causa e concausa, considerando causa toda condição sem a qual o evento não teria ocorrido *nas mesmas circunstâncias* (informação verbal)<sup>3</sup>. Trata-se, pois, de uma concepção naturalística de causalidade, sem considerações de ordem valorativa, de modo a considerar causa do evento inclusive condições irrelevantes.

Damásio de Jesus (2000) entende que o nexos causal entre a conduta e o resultado é elemento objetivo do tipo, asseverando ainda que:

Nos delitos materiais, de conduta e resultado naturalístico (modificação no mundo exterior), é preciso estabelecer a relação entre uma e outro: verificar se, sob o aspecto das leis da natureza, o resultado foi causado pela ação. É um critério *ontológico*, tendo em vista que se aprecia o fenômeno no plano das leis naturais, e *pré-jurídico*, uma vez que a elaboração desse processo nada tem a ver com as regras jurídicas. Por fim, é realizado *ex post*, diante das circunstâncias concretas do fato ocorrido. (p. 5, grifo do autor).

Essa é a teoria adotada pelo legislador brasileiro, como se observa no art. 13, *caput*, 2ª parte, do Código Penal: *considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*. Desse dispositivo, ao se analisar o que dispõe a 1ª parte (*o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa*) e ao encontro do que é defendido por Damásio de Jesus (*ibidem*), infere-se que a investigação do nexos causal interessa apenas para os crimes materiais, para os quais a existência depende da concretização do resultado.

<sup>2</sup> Quanto ao resultado naturalístico, os crimes podem ser classificados em materiais, formais ou de mera conduta. Os materiais, como o homicídio, são aqueles em que o tipo descreve o resultado naturalístico e esse é exigido para que haja a consumação do delito. Diferem dos crimes formais, ou de consumação antecipada, nos quais o resultado, apesar de previsto no tipo penal, não é imprescindível para a consumação do crime. Nesse caso, a ocorrência do resultado configura mero exaurimento (como exemplo, pode-se indicar o crime de extorsão previsto no art. 158 do Código Penal). Há ainda os crimes de mera conduta, aqueles em que a consumação ocorre com a realização da conduta e o tipo penal não descreve qualquer resultado naturalístico, sendo exemplo de crime de mera conduta o de omissão de socorro (art. 135, Código Penal).

<sup>3</sup> Conceito de causa obtido na aula ministrada pelo professor Gustavo Junqueira no Complexo Educacional Damásio de Jesus em 12 de abril de 2013.

Para a identificação da causa, foi criado o *método indutivo hipotético de eliminação* de Thyrén, segundo o qual é causa de um resultado toda condição que, suprimida mentalmente, altera-o (PRADO; CARVALHO, 2002). Assim, em um juízo *ex post*, eliminando mentalmente a causa, caso se verifique que o resultado ainda ocorreria mesmo sem a prática da conduta, conclui-se que não houve relação de causa e efeito entre o comportamento e a modificação verificada no mundo externo.

Usualmente, os doutrinadores (BITENCOURT, 2010; JESUS, 2000; ROCHA, 2002) apontam como desvantagem de tal teoria o regresso *ad infinitum*, de modo que todos os agentes de condições anteriores poderiam ser responsabilizados pela infração penal, ainda que prestem contribuições muito remotas. Destarte, ter-se-ia como responsável pela morte de alguém, além do homicida, o comerciante e o fabricante da arma utilizada, além dos pais do executor dos disparos contra a vítima, como já descrito acima. Entretanto, conforme reconhece Bitencourt (2010), tal conclusão não é conciliável com os propósitos do Direito Penal.

A doutrina finalista corrigia os excessos da teoria da equivalência dos antecedentes no plano da tipicidade subjetiva, de modo que, ainda que causador do resultado, o comerciante da arma de fogo utilizada para matar alguém não responderia pelo resultado em face da ausência de dolo. (JESUS, 2000).

Verifica-se, portanto, que tanto para o causalismo quanto para o finalismo a responsabilidade penal de tais agentes era afastada recorrendo-se ao elemento subjetivo. Entretanto, de acordo com a primeira doutrina, o fato permanecia típico, já que o dolo integrava a culpabilidade, enquanto para o finalismo, o fato era objetivamente típico, mas afastada a tipicidade subjetiva, tornava a ação atípica.

A aplicação irrestrita dessa teoria levaria, outrossim, à inadequada conclusão de que o autor de disparos de arma de fogo responde pelo evento morte no caso da sua vítima, levada ao hospital, onde ocorre um incêndio, vir a morrer em razão exclusivamente das queimaduras. Para restringir o alcance da responsabilidade penal decorrente da aplicação dessa teoria da causalidade, os juristas recorrem à regra de não imputação prevista no §1º do art. 13 do Código Penal brasileiro.

De acordo com esse dispositivo legal *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*. Desse modo, ao agente que disparou contra a vítima que morre por causa do incêndio ocorrido no hospital não é imputado o evento morte, respondendo ele apenas pelo homicídio na forma tentada. Ainda que naturalisticamente a

conduta de disparar seja considerada causa do resultado, já que, se hipoteticamente eliminada, o evento morte não teria ocorrido, esse não é imputado a ela diante da valoração do nexo causal em relação ao Direito. Observa-se, diante dessa regra de não imputação, que a teoria da causalidade da equivalência dos antecedentes não foi adotada de forma pura pelo Código Penal brasileiro.

A teoria finalista aproximou a dogmática penal da realidade social, porém, bem como o neokantismo, não conferiu espaço autônomo à política criminal na dogmática, recaindo a ênfase sobre a construção lógico-conceitual. (ROXIN, 2002).

## 2.4 Sistema funcionalista

As premissas ônticas defendidas pelo finalismo passaram a ser questionadas pelos penalistas inseridos na sociedade moderna, marcadamente cética, pois distanciada da crença na existência da natureza das coisas. Em oposição às categorias pré-jurídicas reconhecidas pelos causalistas e finalistas, retornou-se às concepções normativistas, já apontadas pelo sistema neoclássico, no entanto, agora apoiadas sobre o sólido fundamento da política criminal, ou seja, das funções da pena e do Direito Penal. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013).

Interessante observar que, conforme Bitencourt (2010, p. 241, grifo do autor), “[...] a controvérsia em torno de uma fundamentação ontológica ou normativa do sistema jurídico-penal ainda não se encontra definitivamente decidida em favor do normativismo, quer seja o de *natureza sistêmica*, quer seja o *político-criminal*.”<sup>4</sup>

O alemão Claus Roxin, na década de 1960, propôs um novo sistema, contrário à ontologia finalista, e em defesa de uma concepção normativa. A crítica desse jurista aos sistemas anteriores não se dirige à sistematização em si do Direito Penal, a qual apresenta vantagens, ao atender à função garantista, que consiste na proteção do indivíduo contra a arbitrariedade estatal. Convém observar, no entanto, que a ciência criminal não se esgota nessa função, de forma que se impõe o reconhecimento também no Direito Penal das questões político-criminais, que constituem o conteúdo próprio da teoria geral do delito. Segundo o próprio Roxin:

---

<sup>4</sup> O ecletismo que domina o Direito Penal também é apontado por Prado e Carvalho (2002), os quais afirmam que hoje não há um predomínio metodológico de qualquer dos sistemas, de modo que a escolha dos argumentos mais convincentes acaba nas mãos da jurisprudência, que se preocupa mais com a praticidade do resultado do que com a coerência dogmática.

O próprio princípio *nullum-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disso torna-se ele um significativo instrumento de regulação social. [...] na realidade, **procura-se solucionar as situações de conflito de modo mais socialmente correto e flexível**. E quando dissertamos sobre a punibilidade daquele que em sua atividade proibida erra de qualquer forma ou desiste de uma tentativa, temos diante de nós problemas de natureza puramente político-criminal, que – para dizê-lo com JESCHECK – não podem ser solucionados adequadamente com o “automatismo dos conceitos teóricos”. (ROXIN, 2002, p. 14-15, grifo nosso).

Roxin estruturou o **sistema funcionalista teleológico ou moderado**, que, ao inserir a função político-criminal na dogmática penal, estabelece que as estruturas do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – devem ser sistematizadas sob o ângulo dessa sua função.

Tal função revela-se de formas diversas em cada elemento do delito: o tipo serve ao cumprimento do princípio do *nullum crimen*, estando sob a influência da ideia de determinação legal (*lex certa*) e servindo como instrumento de proteção individual e de regulação social; a antijuridicidade é o âmbito da solução social de conflitos de interesses; e à culpabilidade<sup>5</sup> importa a questão normativa de que até que ponto é preciso aplicar a pena a uma conduta *a priori* punível praticada em circunstâncias excepcionais, considerando aspectos relativos às funções de prevenção geral e especial. (*ibidem*)

Para Roxin (*ibidem*, p. 7), nos sistemas que mantêm a dicotomia entre dogmática penal e política criminal,

deduções que dele[s] corretamente se façam certamente garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. **De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada?** Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema? (grifo nosso).

Partindo de um pensamento sistemático, voltado para a realidade social e comprometido com os fins da política criminal, o funcionalismo teleológico reconstruiu as estruturas do Direito Penal de modo a garantir que ele melhor cumpra a sua função, que é a de proteger subsidiariamente os bens jurídicos, tendo por limite as garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

Roxin defende um normativismo dualista, para o qual os valores do sistema penal encontram limites materiais externos ao sistema, preocupando-se com realidade fática. (BITENCOURT, 2010).

---

<sup>5</sup> No desenvolvimento de seu sistema funcionalista, Roxin defende que seria mais correto falar em responsabilidade em vez de culpabilidade, ao entender que a culpabilidade é apenas um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade, juntamente com a necessidade de pena (ROXIN, 2002).

Segundo Roxin (2002, p. 83-85):

[...] apesar de sua fundamentação normativa, uma tal dogmática está bem mais estreitamente ligada à realidade que a feita no reino das pirâmides sistemáticas de conceitos. Pois enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais exige que se passe em revista toda a matéria de regulamentação; só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto. [...] A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça.

Pautado ainda em uma concepção normativista do Direito Penal, Günther Jakobs, nos anos 1980, lança o **funcionalismo radical ou sistêmico**, o qual, partindo de um normativismo monista:

[...] encontra somente no interior do próprio sistema penal os parâmetros necessários para o seu desenvolvimento estrutural, não se sujeitando a limites externos. Em outros termos, o *normativismo* de Jakobs é muito mais radical que o de Roxin: este admite que o *normativismo* encontre limites na realidade empírica, a qual teria suas próprias exigências e condicionaria as construções jurídicas e as soluções a que deve conduzir; postula, ademais, uma dogmática do Direito Penal aberta a princípios *político-criminais* a partir dos quais interpreta as normas jurídico-positivas. Jakobs, por sua vez, seguindo a Luhmann, concebe o Direito Penal como um *sistema normativo fechado*, autorreferente (autopoiético) e limita a dogmática jurídico-penal à análise *normativo-funcional* do Direito positivo, com a exclusão de considerações empíricas não normativas de valorações externas ao sistema jurídico-positivo. (BITENCOURT, 2010, p. 242, grifo do autor).

O funcionalismo monista de Jakobs busca depurar os conceitos jurídico-penais de qualquer componente ligado à realidade empírica, considerando naturalista a vinculação entre os conceitos dogmáticos e a realidade. Defende que a função do Direito Penal é a proteção das expectativas essenciais para a vida em sociedade, cristalizadas na norma jurídica. Dessa forma, esse sistema fechado preocupa-se com a estruturação de conceitos exclusivamente normativos, sem referências à realidade <sup>6</sup>.

No início da estruturação do sistema funcionalista moderado, Roxin (2002) ressaltou o papel desempenhado pelos princípios da adequação e da insignificância na restrição do alcance do tipo penal. Na busca de uma proteção abrangente do bem jurídico tutelado pela norma penal, essa passou a ser interpretada extensivamente pela jurisprudência alemã, levando a um significativo crescimento da criminalidade. Partindo do princípio

---

<sup>6</sup> Prado e Carvalho (2002) entendem, acompanhando o entendimento de Schünemann, que o normativismo sistêmico favorece a construção de conceitos vazios que podem ser preenchidos de forma arbitrária.

*nullum-crimen*, Roxin defende que, na verdade, o tipo penal deve ser interpretado restritivamente, de modo a realizar a natureza fragmentária do Direito Penal, mantendo íntegro apenas o campo de punibilidade indispensável para a tutela do bem jurídico e que, para tanto:

[...] são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos [...]. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir desses princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país. (ROXIN, 2002, p. 47-48).

Para Welzel (*apud* CALLEGARI, 2001), a adequação social consiste na interpretação dos tipos que exclui do conceito de injusto todas as condutas inseridas funcionalmente dentro da ordem historicamente gerada. Foram adotados inicialmente os princípios da adequação social<sup>7</sup> e da insignificância para restringir a responsabilidade jurídico-penal decorrente da causalidade material, e, com ulteriores argumentos, desenvolveu-se a teoria da imputação objetiva.

A renormatização da teoria do delito a partir do sistema funcionalista tornou possível a estruturação da **teoria da imputação objetiva**<sup>8</sup>. No capítulo seguinte adentrar-se-á, enfim, na teoria da imputação objetiva, que ganha espaço na teoria geral do delito diante da crise do dogma causal, tendo em vista os inconvenientes da amplitude da teoria da *conditio sine qua non* e a inadequação das suas soluções. Além dos impasses teóricos, a caracterização da sociedade moderna como uma sociedade de risco beneficia o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva.

---

<sup>7</sup> Greco (2013) entende que a teoria da adequação, apesar de dos nítidos contatos com a teoria da imputação objetiva, não deve ser utilizada para determinar se dada ação perigosa é proibida. “Apesar de, no Brasil, a teoria da adequação social ter prestígio ímpar, figurando nos manuais lado a lado com os veneráveis princípios da legalidade e da culpabilidade, esta teoria é hoje cada vez mais recusada, ou reduzida a um critério de interpretação, porque se reconhece que, apesar de partir de uma ideia correta, ela é demasiado imprecisa. Os princípios que se encontram por trás do risco juridicamente desaprovado e os critérios de que nos valem para concretizá-lo são uma alternativa superior. Quaisquer casos que porventura ainda restem para a adequação social podem ser resolvidos através de uma interpretação restritiva do dispositivo em questão, à luz da ideia de não punição de afetações insignificantes”. (p. 86-87)

<sup>8</sup> De acordo com Bitencourt (2010), na antiguidade, já havia resquícios da teoria da imputação nas obras de Platão (República) e Aristóteles (Ética), inserindo-se ela no campo do direito moderno com a obra de Larenz, que busca discutir a teoria da imputação em Hegel e no Direito Penal. Na filosofia moderna, Rocha (2002) destaca que Hegel já observara que somente podem ser imputados os aspectos do evento naturalístico reconhecidos como próprios do autor.

### 3 CRISE DA CAUSALIDADE NATURALÍSTICA E SOCIEDADE DE RISCO: CONTEXTO DA ESTRUTURAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

No presente capítulo, buscar-se-á analisar a crise teórica e o contexto social que favoreceram o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, apontando aspectos gerais dessa teoria.

#### 3.1 Da insuficiência da causalidade naturalística

O positivismo, fundamento do sistema causalista, sustentava o princípio natural de que todo consequente possuía um antecedente preciso e determinado, adotando como teoria da causalidade a da equivalência dos antecedentes. Com a teoria da relatividade de Einstein, esse paradigma foi abalado e passou-se a entender que há sempre uma margem de indeterminação nas relações, especialmente nas sociais. Na dogmática penal, “[...] a regra da relação entre o antecedente e o consequente prosseguiu durante muito tempo, até que, no século XX, pretendeu-se amenizar o princípio da ‘determinação’ com a introdução da teoria da ‘probabilidade’” (JESUS, 2000, p. 23). Nesse contexto emergem, dentre outras, as teorias da causalidade adequada<sup>9</sup>, da relevância típica<sup>10</sup> e a da imputação objetiva. Afirma Roxin (2002, p. 45), a esse respeito, que:

---

<sup>9</sup> Formulada inicialmente por Von Kries, a fim de corrigir a amplitude decorrente da aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes, “[...] a teoria da causalidade adequada entende que causa é a condição mais *adequada* para produzir o resultado. Funda-se na aplicação do juízo de possibilidade ou de probabilidade à relação causal. Para Von Kries, a existência de relação de causalidade entre ação e resultado estaria condicionada à previsibilidade *ex ante* deste último, levando em consideração ‘todo o conhecimento experimental da humanidade (saber nomológico) e as circunstâncias do caso concreto conhecidas ou cognoscíveis pelo sujeito (saber ontológico)’. Porém esse juízo *subjetivo* [...] importaria em prejulgamento da previsibilidade subjetiva, elemento da culpabilidade. Para fazer frente a essa objeção, foram elaboradas teorias da causalidade adequada de caráter *objetivo* por Thon e Rümelin: uma ação seria adequada quando, segundo o juízo do magistrado, já estava presente um perigo do ponto de vista *ex ante*. Por fim, chegou-se a uma fórmula *objetivo-subjetiva* com Hippel e Traeger, segundo a qual ‘uma ação é causa adequada de um resultado quando este é objetivamente previsível. O juízo de previsibilidade objetiva seria levado a cabo colocando-se o juiz no lugar do sujeito no momento do começo da ação (prognóstico posterior) e tendo em conta as circunstâncias do caso concreto cognoscíveis por uma pessoa inteligente, mais as conhecidas pelo autor (saber ontológico) e a experiência comum da época sobre os nexos causais (saber nomológico). Dar-se-á, pois, uma relação de causalidade entre uma ação e um resultado quando este se derivar normalmente de tal ação’. [...] Na atualidade, a teoria da adequação é defendida não mais como uma teoria da causalidade, mas como um princípio de imputação objetiva” (PRADO; CARVALHO, 2002, p. 43-44, grifo do autor). Tal teoria, de acordo com Carlos Ernani Constantino (2001), também é denominada de *teoria da prognose objetiva póstuma*, pois, para aferir tal adequação, considera-se causa aquilo que normalmente acontece, segundo a experiência comum da vida cotidiana das pessoas. Constata-se, portanto, que a ideia defendida por essa teoria para estabelecer a relação entre a conduta e o resultado, de fato, foi incorporada pela teoria da imputação objetiva, como critério de aferição da criação ou aumento do risco proibido, como se verá no terceiro capítulo.

<sup>10</sup> Teoria já abordada ao tratamos do sistema neoclássico no capítulo anterior.

[...] a tradicional redução do tipo a uma causalidade, compreendida esta no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes, criou em primeiro lugar uma esfera de responsabilidade sem fronteiras, que mesmo através de elementos como a previsibilidade ou a evitabilidade ainda não foram limitadas de modo aceitável do ponto de vista do Estado de Direito. Ora, quase tudo é abstratamente previsível e evitável. O âmbito daquilo que se é obrigado a prever e a evitar sob a ameaça da pena é, na verdade, muito menor e deve ser definido por deveres de comportamento determináveis. Institutos dogmáticos como o risco permitido ou o princípio da confiança, que se desenvolveram fora das categorias sistemáticas, indicam o caminho necessário da tipificação dos deveres [...].

Damásio de Jesus (2000) descreve como exemplo da incapacidade da teoria da *conditio sine qua non* de oferecer resposta adequada para algumas situações o “caso do aeroporto”, no qual um sujeito vai pegar um avião e, no trajeto para o aeroporto, por imprudência do taxista, ocorre um acidente, o que o leva a perder o voo. Então, viaja no dia seguinte e o avião cai. Analisando a relação de causalidade no aspecto puramente naturalístico, conclui-se que o motorista deve ser responsabilizado pelo evento morte do passageiro, já que, se suprimida mentalmente a sua conduta imprudente, de acordo com o critério da eliminação hipotética, a morte não teria ocorrido. Trata-se de hipótese em que a teoria da equivalência dos antecedentes, que conduz ao regresso *ad infinitum* ao permitir uma extensão demasiada da relação de causalidade, conduz à solução inadequada do problema apresentado.

O excesso era corrigido, pela doutrina tradicional clássica, no plano da culpabilidade, de modo que o taxista não responderia pelo resultado em razão da ausência de dolo. Afastando-se a punição ao se analisar o elemento subjetivo, os causalistas chegavam à conclusão inconveniente de que o agente teria praticado fato típico, o que gerava desconforto e a necessidade de elidir a responsabilidade penal desse sujeito através de meios anteriores à análise do dolo e da culpa.

Outro caso que reflete a crise da teoria causal, apontado inclusive por Welzel, é aquele em que o filho, ao começar uma tempestade, incentiva o pai a ir para o bosque, no intuito de que um raio o atinja e o mate. Caso o evento morte de fato concretize-se, de acordo com a causalidade naturalística, ao se aplicar o método de eliminação hipotética, o sujeito que induziu a vítima a ir até o bosque é considerado autor do crime de homicídio e, se assim se entende realizado o tipo objetivo, “[...] somente se pode elidir o castigo negando o dolo. E isso é o que efetivamente faz Welzel, ao opinar que [...] há certamente uma esperança ou um desejo, mas não a vontade com poder de influência real no ocorrido que exige o dolo.” (CALLEGARI, 2001, p. 18).

Entretanto, apesar de se concordar com a conclusão de que não é possível a punição do filho no caso descrito, a solução apresentada pelo finalismo para afastar a responsabilidade do agente não é correta, pois de fato o autor queria subjetivamente o que se produziu no plano objetivo<sup>11</sup>.

Além da crítica a essa compreensão de que não havia dolo na conduta do filho, outro erro na solução apresentada pelo sistema finalista pode ser apontado. Ainda que se considere hipoteticamente que faltava o dolo, não é correta a solução da presente questão no plano subjetivo. No finalismo não há o inconveniente presente no sistema causalista de se concluir que o agente praticou fato típico, já que, para os finalistas, o dolo integra a tipicidade e a sua ausência consequentemente torna a conduta atípica. Porém, conforme Callegari (2001), a punição deve ser afastada tendo em vista o caráter objetivamente causal do ocorrido, não cabendo analisar a tipicidade subjetiva em razão da inexistência já no plano objetivo da tipicidade, pois o dolo é dirigido a algo impune. Dessa forma, o fato será atípico por não se verificar o tipo objetivo. A questão, como se verá mais adiante, não é de dolo, mas de imputação objetiva.

Jesus (2000) apresenta ainda outros casos hipotéticos<sup>12</sup>, como o acima descrito, nos quais a solução apresentada pela teoria da equivalência dos antecedentes não é satisfatória, uma vez que os agentes:

[...] apenas se aproveitaram de riscos existentes na vida social, alguns normalmente tolerados, os chamados “riscos permitidos”, não tendo realmente “criado”, com seus convites, artifícios e induzimentos, perigo para a vida das vítimas. No caso da tempestade, p. ex., a morte do pai ocorre sob o efeito de forças naturais não controláveis pelo filho, que não tem domínio sobre o fato, não podendo nem ser considerado “autor” em matéria penal. De maneira que, em face da teoria da imputação objetiva [...] esses agentes, em todas as hipóteses narradas [...], não são responsáveis pelos resultados. São casos de “risco permitido” (p. 30).

Outro ponto problemático da teoria causal é sua não incidência nos delitos omissivos impróprios (ou comissivos por omissão), que, diversamente dos omissivos próprios, dependem da ocorrência do resultado naturalístico para sua consumação. Nesses delitos materiais, não se verifica a relação causal física entre a conduta omissiva e o resultado, de modo que a imputação fundamenta-se exclusivamente em norma jurídica que estabelece a

<sup>11</sup> Damásio de Jesus (2000) corrobora o entendimento de que no presente caso a conduta é dolosa, indicando como defensor da existência do dolo nessa hipótese Enrique Gimbernat Ordeig.

<sup>12</sup> Convém destacar os seguintes casos: caso do sobrinho que, visando à herança do tio, proporciona-lhe viagens aéreas no percurso do Triângulo das Bermudas, em que houve várias tragédias, na esperança de que um dia o avião caia e ele morra, até que um dia o desastre ocorre e o tio falece; caso do sócio que, querendo livrar-se do outro, instiga-o a realizar safáris na África, desejando que em uma caçada ele seja morto por um leão, o que acontece; caso do marido que, desejando a morte da mulher, aconselha-a a pegar caminho mais perigoso na esperança de que seja roubada e morta, o que de um dia ocorre.

vinculação entre a inatividade e o evento ilícito. O Código Penal brasileiro prevê o nexo jurídico entre a omissão e o resultado naturalístico no §2º do artigo 13<sup>13</sup>. Verifica-se que, no plano naturalístico, a conduta omissiva não contribui para a ocorrência do resultado, de modo que, para Rocha (2002, p. 43-44):

[...] o processo causal que o produz é estranho ao omitente, o qual apenas não interrompe o desenvolvimento das forças que causam o resultado com a ação esperada. Causar o resultado não é a mesma coisa que não o impedir. Para responsabilizar o omitente, a lei presume existir relação entre a omissão e o resultado, considerando a probabilidade de que a ação esperada, possível para o omitente, teria evitado o resultado.

Bitencourt (2010) aponta como pressupostos fundamentais do crime omissivo impróprio o poder agir (possibilidade física), o dever jurídico de agir para impedir o resultado (dever que se dirige a pessoas que têm especial relação de proteção com o bem jurídico tutelado) e, por fim, a evitabilidade do resultado. Para avaliar esse último ponto, realiza-se um juízo hipotético de acréscimo, semelhante ao critério da eliminação hipotética utilizado para estabelecer o nexo causal nos crimes comissivos, a fim de verificar se a realização da conduta devida provavelmente evitaria a ocorrência do resultado.

Não se pode considerar que haja, nos crimes omissivos por comissão, relação de causalidade no sentido que esta é empregada no presente trabalho<sup>14</sup>, ou seja, nexo natural

<sup>13</sup> Art. 13. [...]

**Relevância da omissão**

§ 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.

<sup>14</sup> Impõe-se, como constatou Callegari (2001), diferenciar os conceitos de causalidade e imputação. Imputar significa atribuir a alguém o resultado de algo. A imputação, no sistema causalista, restringia-se ao campo da causalidade naturalística (teoria da *conditio sine qua non*). Buscou-se, através das teorias da adequação e da relevância jurídica, por vezes classificadas pela doutrina como teorias da causalidade, restringir o alcance da imputação pautada na teoria da equivalência dos antecedentes. Conforme evidencia a doutrina moderna, tais teorias não são da causalidade e sim teorias da imputação, pois buscam um conceito *jurídico* de causalidade. (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013). Dessa forma, adota-se, o entendimento que nexo causal é ontológico, pautado nas leis naturais, e configura um dos aspectos para a atribuição do resultado a uma conduta. A imputação, em sentido amplo, abrange o nexo causal e também o nexo normativo. Assim, além do estabelecimento da causalidade naturalística, em um segundo momento, o jurista deve verificar se o nexo é juridicamente relevante, ou seja, analisa a imputação objetiva. Depois de constatada objetivamente a imputação a partir de critérios naturalísticos e normativos, passa-se a análise da imputação subjetiva (analisa-se se a conduta é dolosa ou culposa). Conclui-se, destarte, que, na verdade, na atribuição do resultado à conduta omissiva não há causalidade, mas apenas imputação com base em critérios axiológicos. A distinção entre os conceitos de causalidade e de imputação é destacado pela jurisprudência brasileira, conforme se verifica no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (ressalta-se que, mesmo após reconhecer que não há *autêntica* relação de causalidade no caso de crime omissivo, o julgador insiste em chamar de *relação causal* o que configura, de fato, caso de *imputação normativa*):

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. VÍTIMA - MERGULHADOR PROFISSIONAL CONTRATADO PARA VISTORAR ACIDENTE MARÍTIMO. ART. 121, §§ 3º E 4º, PRIMEIRA PARTE,

entre a conduta e o resultado material, já que a omissão não opera qualquer modificação no mundo exterior. Assim, a expressão *causalidade normativa* utilizada pela doutrina para se referir ao nexos entre a omissão e o resultado mostra-se equivocada, pois o termo causalidade remete-nos a um nexos físico e não normativo entre a conduta e o resultado, sendo tal expressão, portanto, inadequada para se referir ao nexos jurídico que se estabelece entre a omissão e o evento.

Diante desse quadro, a doutrina moderna constata que a causalidade material é insuficiente para a atribuição do resultado, já que não satisfaz todos os requisitos objetivos do tipo incriminador. Revelam-se imprescindíveis as considerações de ordem normativa de modo a selecionar entre as causas apontadas pela adoção da teoria da equivalência dos antecedentes apenas aquelas que possam interessar ao Direito Penal. (BITENCOURT, 2010).

De acordo com Pagliuca (2001, p. 23):

A problemática da causalidade se soluciona em parte, com uma modificação causal das fórmulas teóricas, ou também, com soluções diante da culpabilidade. Isto afeta, contudo, a imputação objetiva ou subjetiva do resultado, pois a o problema da causalidade há de solucionar-se segundo as considerações especificamente normativas. A consideração normativa da causalidade deve ser tratada sob a ótica da imputação objetiva, já que oferece possibilidades de eliminação de soluções pouco convincentes, antes verificadas no âmbito da culpabilidade somente, nem sempre com soluções não imperfeitas. Não se pensa mais atualmente que a consequência do resultado é imputável ao autor simplesmente porque havia nexos causal da conduta. O resultado é fruto de um perigo criado injustamente e proibido pelo tipo normativo.

Nas palavras de Claus Roxin, transcritas do prefácio da obra *Política criminal e Sistema Jurídico-Penal* (2002), para a teoria da imputação objetiva:

---

DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Para que o agente seja condenado pela prática de crime culposos, são necessários, dentre outros requisitos: a inobservância do dever de cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia) e o nexos de causalidade. 2. No caso, a denúncia imputa ao paciente a prática de crime omissivo culposos, na forma imprópria. A teor do § 2º do art. 13 do Código Penal, somente poderá ser autor do delito quem se encontrar dentro de um determinado círculo normativo, ou seja, em posição de garantidor. **3. A hipótese não trata, evidentemente, de uma autêntica relação causal, já que a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido naturalístico da expressão. Portanto, a relação causal exigida para a configuração do fato típico em questão é de natureza normativa.** 4. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifico que a ausência do nexos causal se confirma nas narrativas constantes na própria denúncia. 5. Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente (engenheiro naval), dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa. **6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese.** 7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado. 8. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta. (STJ/6ª Turma, HC 200602337481, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE DATA: 05/10/2009) (grifo nosso)

[...] o injusto típico deixa de ser um acontecimento primariamente causal ou final, para tornar-se a realização de um risco não permitido dentro do âmbito (isto é, do fim de proteção) do respectivo tipo. Assim é possível resguardar, de modo político-criminalmente razoável, o tipo de uma extensão ilimitada – em especial nos delitos negligentes – reduzindo a punibilidade ao que seja indispensável do ponto de vista preventivo-geral: à criação e realização de riscos intoleráveis para um convívio seguro entre as pessoas.

A teoria da imputação objetiva emerge como complemento da teoria da causalidade naturalística, tendo função limitadora e fornecendo soluções adequadas aos problemas não satisfatoriamente resolvidos pela teoria da *conditio sine qua non*. A teoria da imputação objetiva é majoritária na doutrina alemã e espanhola, mas continua sendo discutida e construída, não se apresentando ainda como uma teoria acabada. (CALLEGARI, 2001; JESUS, 2000)

A teoria objeto do presente estudo não visa substituir ou eliminar a teoria da causalidade naturalística. Verificada a insuficiência do nexos causal para determinar a atribuição de um resultado, impõe-se a necessidade de se considerar aspectos normativos para a imputação desse evento à conduta do autor, pois “[...] só é objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando dita ação criou um perigo juridicamente desaprovado que se realizou no resultado típico.” (CALLEGARI, 2001, p. 19). Bitencourt (2010) e Damásio de Jesus (2000) também destacam o caráter complementar da teoria da imputação objetiva, que, sem desprezar a solução apresentada pela causalidade objetiva, estabelece critérios normativos que restringem o nexos causal material.

Conclui-se que, para a realização do tipo objetivo, não é mais suficiente a análise da causalidade natural, sendo imprescindível resolver do ponto de vista normativo a atribuição do evento. Somente após a análise da tipicidade objetiva segue-se à investigação da imputação subjetiva, a fim de constatar se a conduta é dolosa ou culposa. Dessa forma, para imputar o evento naturalístico ao agente, é necessário primeiro verificar a tipicidade objetiva, analisando se há nexos causal, se a conduta do agente criou risco juridicamente proibido e se tal risco se realizou. Depois, passa-se à verificação da tipicidade subjetiva, a fim de constatar se houve dolo ou culpa.

Dessa forma, os casos acima descritos, de acordo com a teoria da imputação objetiva, não devem ser solucionados pela análise subjetiva do fato, mas, anteriormente, através da verificação de aspectos normativos indispensáveis para a atribuição do resultado à conduta ao agente e para a configuração do tipo objetivo. Segundo evidencia Greco (2013), a

teoria da imputação objetiva desloca o centro das atenções para o tipo objetivo, relegando o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária.

A função de limitar o alcance do conteúdo proibitivo do tipo penal exercida pela teoria da imputação objetiva foi apontada por Roxin e ressaltada pela doutrina nacional (JESUS, 2000; PAGLIUCA, 2001; ROCHA, 2002), tendo em vista que ao estabelecer critérios normativos para a imputação do resultado, limita-se o alcance da causalidade e permite-se esclarecer, já no nível da tipicidade objetiva, condutas irrelevantes para o Direito Penal.

### **3.2 Sociedade de risco**

Conforme Callegari (2001), Roxin apresenta-se como principal representante da perspectiva da teoria da imputação objetiva ligada ao princípio do risco.

Oportuno destacar que a teoria da imputação objetiva desenvolveu-se no contexto do modelo social pós-industrial em que vivemos, caracterizado como sociedade de risco por Sánchez (2001).

Antes de cuidar dos novos riscos que surgem na sociedade moderna, cumpre esclarecer, como ressaltado por Jakobs (2013), que todo contato social traz um risco, como o perigo de infecção no aperto de mão, acidentes no tráfego viário, risco de se alimentar em restaurantes que podem servir alimentos em mau estado. Não há sociedade sem riscos e, ainda assim, ninguém se propõe a renunciar à vida em sociedade. Diante da inevitabilidade de alguns riscos inerentes à configuração social, estes são tolerados e permitidos pelo ordenamento jurídico.

Na sociedade atual presenciamos um avanço tecnológico sem precedentes que, além de aumentar o bem-estar dos indivíduos, traz aspectos negativos. Dentre as desvantagens, convém destacar o efetivo surgimento de novos riscos, como as ameaças a que todos estamos expostos provenientes de decisões tomadas por terceiros no manejo das novas técnicas nas áreas da biologia, da energia nuclear, da indústria e das telecomunicações. Ademais, o complexo modelo social moderno, marcadamente competitivo, joga na marginalidade parcela significativa da população, que passa a ser vista pelos demais indivíduos como fontes de ameaças a sua integridade física e ao seu patrimônio. O progresso tecnológico possibilita ainda a adoção de novos instrumentos para as práticas delitivas, o surgimento de novos crimes dolosos, como os crimes de informática, bem como é crucial para

a configuração de crimes culposos (SÁNCHEZ, 2001). O jurista espanhol (*ibidem*, p. 28) afirma que:

En efecto, las consecuencias lesivas del “fallo técnico” aparecen como un problema central en este modelo, en el que se parte de que un cierto porcentaje de accidentes graves resulta inevitable, a la vista de la complejidad de los diseños técnicos. Así, se trata de decidir, entre otras cosas, la cuestión crucial de los criterios de la ubicación de los “fallos técnicos” bien en el ámbito del riesgo penalmente relevante o bien en el propio del riesgo permitido.

Sánchez ressalta ainda que, além de marcada pelos riscos objetivamente existentes, a sensação de insegurança também caracteriza a sociedade pós-industrial. O excesso de informações e a falta de critérios definitivos sobre o que é bom e o que é mal geram dúvidas, incertezas, o que determina a qualificação da sociedade de risco como também a sociedade do medo.

Desde viajar de avião a consumir produtos geneticamente modificados, o homem moderno convive com a insegurança e há tempos foi descartada a possibilidade de neutralizar esses novos riscos, dando ênfase à questão dos critérios de distribuição de tais riscos, existentes e a princípio não neutralizáveis. (*ibidem*)

Dirigir em uma estrada, mesmo que atendidas todas as normas de segurança é atividade que apresenta riscos para o condutor e todos que se utilizam desse meio de transporte. Trata-se do risco permitido, que, para Damásio de Jesus (2000), decorre do progresso da sociedade e das novas descobertas. Percebe-se que a ordem jurídica, especialmente o Direito Penal, não se preocupa com a tutela dos bens jurídicos de todos os riscos existentes, ganhando relevância penal apenas os riscos intoleráveis, proibidos, de modo que, no caso de evento danoso decorrente de atuação que gera risco permitido, o fato é atípico.

A distinção entre o risco permitido e o proibido se assenta, não na gravidade do perigo, mas na sua licitude ou não. “A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado” (JESUS, 2000 p. 40). Como se verá no capítulo seguinte, o fundamento para definir se um risco é ou não proibido é o cálculo de custos e benefícios.

### **3.3 Considerações gerais acerca da teoria da imputação objetiva**

A fim de apontar os limites de aplicação da teoria da imputação objetiva, afirma-se inicialmente que se seguirá o entendimento de Jesus (*ibidem*), que assevera que a análise da

causalidade naturalística apenas interessa aos delitos materiais. Para tanto, ele pauta-se no texto do art. 13, *caput*, 1ª parte do Código Penal (O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa), que trata da teoria da equivalência dos antecedentes e refere-se apenas aos crimes que exigem resultado naturalístico.

De acordo ainda com esse jurista (*ibidem*), interessa à imputação objetiva o estabelecimento do nexu *normativo* entre a conduta criadora de risco juridicamente proibido e relevante e o *resultado jurídico*. Observa-se, a partir desse conceito, que a teoria da imputação objetiva, para Damásio de Jesus, é aplicável para a caracterização do tipo objetivo de todos os delitos, já que o resultado imputado ao agente é o jurídico (lesão ou ameaça de dano de bem jurídicos). Ressalta ele que a teoria da imputação objetiva tem sido aplicada, até o momento, mais aos crimes de ação e materiais, apesar de extensível a todos os tipos de infrações penais. Destarte, quanto à teoria da imputação objetiva e seus critérios normativos, prevalece o entendimento de que sua aplicação não se restringe aos crimes materiais, preferindo-se uma teoria extensiva.

Nesse mesmo sentido, Rocha (2002) aduz que a imputação objetiva considera as situações que constituem para o Direito Penal condutas lesivas aos interesses sociais, não estando restrita aos crimes materiais, diversamente das teorias da causalidade aplicáveis apenas aos delitos de resultado naturalístico. Segundo Pagliuca (2001, p. 22):

A todas as infrações penais é possível a aplicação da teoria da imputação objetiva. Bem certo que o caráter da idéia da teoria tem aplicação nas conseqüências dos resultados naturais, mas não somente a estes, como também em situações onde seja viável se ver risco a todas condutas sociais não adequadas, nas hipóteses em que seja claro o risco não autorizado. Assim, estão abrangidos os crimes formais. Também não é correto dizer unicamente útil a imputação objetiva para os delitos culposos. Tal idéia é errada, porque sempre se postula resolver grandes problemas da culpa com a imputação objetiva, mesmo porque, a criação de riscos com esta modalidade de crime é muito mais freqüente. Todavia, não se pode esquecer que na conduta dolosa também sempre há a ação ou omissão desaprovada.

Verifica-se, pois, que causalidade material e imputação objetiva, ambos indispensáveis para a tipicidade objetiva, são distintas. O nexu causal estabelece no plano *naturalístico* a relação entre a conduta e a mudança no operada no mundo exterior penalmente tipificada, constituindo pressuposto para a imputação objetiva nos crimes materiais. A imputação objetiva consiste na atribuição *normativa* do resultado ao agente. Assim, nos crimes de resultado naturalístico, causalidade e imputação objetiva são indispensáveis para a responsabilização do agente. (ROCHA, 2002). No entanto, como já esclarecido, entende-se que a teoria da imputação objetiva não se restringe aos delitos materiais, sendo, portanto, aplicável na imputação do resultado jurídico ao agente que pratique crimes de mera atividade.

Assim, parece-nos que a função da teoria da imputação objetiva não se restringe a limitar o alcance da teoria da *conditio sine qua non*, pois aplicável a delitos aos quais não interessa a causalidade naturalística.

Bitencourt (2010), no entanto, ao enfatizar o caráter complementar e limitativo da teoria da imputação objetiva, defende que a imputação objetiva tem espaço e importância reduzidos, já que se propõe a discutir critérios limitadores dessa causalidade e essa “[...] não é suficiente nos *crimes de ação*, nem sempre é necessária nos *crimes de omissão* e é absolutamente irrelevante nos *crimes de mera atividade* [...]” (*ibidem*, p. 297, grifo do autor). Seguindo o entendimento de Juarez Tavares, Bitencourt entende que é suficiente indicar os critérios negativos de atribuição, pois é uma teoria não para atribuir, mas apenas para restringir a incidência da proibição e os reflexos da causalidade.

No entanto, partindo da compreensão de que os elementos normativos inseridos pela teoria da imputação objetiva são indispensáveis para a configuração do tipo objetivo e que essa teoria é aplicável na análise de qualquer delito, entende-se que se trata de uma teoria de atribuição, importando analisar o aspecto positivo dos seus critérios, sem, contudo, deixar de enfatizar o aspecto negativo.

Nesse diapasão, Luís Greco (2013) sintetiza que a teoria da imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica, sendo tais pressupostos a criação de um risco juridicamente proibido e a realização deste risco no resultado.

Passemos a analisar esses requisitos, pois, de acordo com Rocha (2002, p. 37, grifo do autor), “a contribuição da *teoria da imputação objetiva* situa-se na sistematização de critérios para precisar o alcance da proibição que transcendem a visão natural-mecanicista da produção de resultados lesivos ao bem jurídico.”.

#### 4 CRITÉRIOS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA<sup>15</sup>

Para o sistema finalista, o tipo divide-se em tipo objetivo, centrado apenas no nexo causal entre conduta e evento lesivo, e tipo subjetivo, voltado para o dolo. Com a teoria da imputação objetiva, ao tipo objetivo foram acrescentadas duas novas elementares normativas: criação ou aumento (incremento) de risco juridicamente desaprovado<sup>16</sup> e realização desse risco. A primeira dessas relaciona-se ao desvalor objetivo da ação, analisada em uma perspectiva *ex ante*, e a segunda incrementa o desvalor do resultado, que, além da causação de uma lesão a determinado bem jurídico, deverá levar em conta a realização do risco proibido criado pelo agente. O desvalor do resultado, partindo de uma perspectiva *ex post*, considera os dados conhecidos no momento da ação e aqueles que apenas são conhecidos após o resultado. (GRECO, 2013)

<sup>15</sup> Para a elaboração deste capítulo, analisaram-se dois critérios principais: criação de risco proibido e realização deste risco no resultado, tendo por base os doutrinadores nacionais André Luís Callegari e Luís Greco. Entretanto, é interessante destacar que, para Roxin, há uma terceira etapa de análise da teoria da imputação: alcance do tipo. As situações que ele enquadra neste critério, como a colaboração para a autocolocação em risco, são analisadas dentro da categoria “criação do risco”.

<sup>16</sup> O Superior Tribunal de Justiça aplicou este critério ao julgar o HC 200501278851, cuja ementa transcreve-se: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas". 2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina. 3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. **4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.** 5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. (STJ/5ª Turma, HC 200501278851, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10/04/2006, p 245). (grifo nosso)

## 4.1 Criação ou aumento de um risco juridicamente proibido – Desvalor da ação

### 4.1.1 Criação ou aumento de risco

A função do Direito Penal é a tutela dos interesses socialmente relevantes, de acordo com o funcionalismo de Roxin, de modo que a tipificação penal visa à proibição de condutas perigosas, ou seja, que geram risco de dano aos bens jurídicos. Assim, ainda que uma conduta, na análise do nexo de causalidade, possa ser considerada a causa do evento, este pode não ser imputado ao agente se verificada que sua ação não era perigosa.

Antes de analisar se o risco gerado pode ser qualificado como juridicamente proibido, convém verificar se ele existe. Para determinar se uma conduta é perigosa, adota-se o critério da *prognose póstuma objetiva*, conforme o qual “[...] o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera a possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico.” (*ibidem*, p. 35)

Convém destacar a controvérsia acerca da necessidade de se considerar ou não, na *prognose póstuma objetiva*, os conhecimentos especiais do agente no momento da ação.

Jakobs (2013) apresenta-nos o caso do estudante de biologia que trabalha durante um turno como garçom e, ao servir uma salada exótica, observa que nela há uma fruta que sabe ser venenosa em razão de seus estudos. Ainda assim, serve a salada. Para o funcionalismo sistêmico de Jakobs, a responsabilidade jurídico-penal tem como fundamento a violação de um papel (rol), que consiste em um sistema de posições definidas de modo normativo. Assim, entende ele que ao agente “[...] imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as *capacidades de quem atua*, mas as *capacidades do portador de um papel* [...]” (*ibidem*, p. 20, grifo do autor). Diante dessa concepção, o dano causado ao cliente pela ingestão da salada envenenada não pode ser imputado ao garçom, já que não houve violação de seu papel social e, conseqüentemente, nem das expectativas cristalizadas na norma, pois ninguém espera que um garçom tenha conhecimentos profundos de biologia. Esse entendimento é adequado ao funcionalismo sistêmico monista de Jakobs, que entende que o Direito Penal busca proteger as expectativas imprescindíveis para a vida em sociedade, cristalizadas na norma.

Intuitivamente, constata-se o absurdo dessa solução. Ante a inconveniência da resposta apresentada por Jakobs, a doutrina dominante, seguindo entendimento de Roxin, considera os conhecimentos especiais na *prognose póstuma objetiva*, concebendo que o homem prudente, no momento de valorar se a ação é perigosa, deve ser dotado dos

conhecimentos especiais do autor (GRECO, 2013). Destarte, o garçom deve ser responsabilizado penalmente pelo dano à integridade física do cliente que consome a salada envenenada, pois se revela uma resposta mais adequada ao caso e idônea a garantir a proteção dos bens jurídicos, finalidade do Direito Penal para o funcionalismo moderado de Roxin.<sup>17</sup> Ademais, “[...] aquele que sabe e pode mais tem a sua esfera de liberdade aumentada, sendo assim justo que sua responsabilidade também o seja.” (*ibidem*, p. 64).

Sem desprezar a relevância de seu aspecto positivo, consistente no fundamento da tutela de bens jurídicos, a exata compreensão desse e dos demais pressupostos da teoria da imputação objetiva impõe a consideração de seu aspecto negativo, ou seja, a sua exclusão. Tal aspecto é uma decorrência lógica do positivo, de forma que o resultado não será imputado quando o juiz, colocando-se ao lado do agente no momento da conduta e tendo em vista os conhecimentos de um homem prudente, entende que o comportamento do agente não é capaz de gerar ou de aumentar o risco de dano ao bem jurídico. Nesse caso, não interessa ao Direito Penal essa conduta, pois não é razoável a intervenção estatal nas liberdades individuais se não houver qualquer ganho social, pois, se, de antemão, constata-se que a conduta não gera risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal não poderia essa norma regular e proibir tal conduta do agente. Dessa forma, concretiza-se a finalidade de prevenção geral negativa<sup>18</sup> do Direito Penal, que, voltado a regular os comportamentos, deve proibir condutas que, numa perspectiva *ex ante* e objetiva, possivelmente terão por desdobramento resultados lesivos. (GRECO, 2013)

Quanto a não atribuição do resultado por ausência da criação ou aumento de risco, destacam-se as situações de condutas que geram risco irrelevante ou que diminuem o risco.

#### 4.1.1.1 Ausência da criação do risco ou risco juridicamente irrelevante

Trata-se da hipótese em que o resultado não pode ser imputado ao agente já que sua conduta não gera, aos olhos do homem prudente, a real possibilidade de dano ao bem jurídico ou vislumbra apenas a possibilidade remota de lesão.

---

<sup>17</sup> Ainda que majoritariamente aceita, a consideração dos conhecimentos especiais do autor é objeto de críticas, como a que aponta a interferência de questões subjetivas em uma teoria que se pretende *objetiva*. Entretanto, para Roxin, mais importante que a pureza do sistema teórico é o cumprimento da função do Direito Penal, que consiste na tutela dos bens jurídicos. Crítica apontada pelo professor Gustavo Junqueira na aula ministrada no Complexo Educacional Damásio de Jesus em 13 de abril de 2013.

<sup>18</sup> Roxin (2002) ressalta que a imputação objetiva e o princípio do *nullum-crimen* desempenham função preventiva geral, a qual consiste em dirigir a totalidade dos cidadãos, fornecendo diretrizes de comportamento, de modo a atuar como instrumento de regulação social.

Com base nessa hipótese, resta afastada a tipicidade objetiva no caso do filho que, na esperança de o pai ser atingido por um raio, estimula-o a andar no bosque durante uma tempestade, o que de fato vem a acontecer. (CALLEGARI, 2001; JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013).

Como já explicado, Welzel resolve esta questão no campo do dolo, pois, apesar de presente onexo causal, não havia o elemento subjetivo. Não cabe a solução do problema na análise da tipicidade subjetiva. Antes, afasta-se a tipicidade objetiva, já que, na perspectiva de um homem prudente, diante das circunstâncias objetivas no momento da ação, não havia a *real* possibilidade de dano, ressaltando Greco (2013) que o risco de ser atingido por um raio ao caminhar por uma floresta é remoto.

No entendimento de Roxin (*apud* CALLEGARI, 2001), não há responsabilidade penal nos demais casos em que agentes estimulam as vítimas a praticar atividades cotidianas e juridicamente irrelevantes, que, em uma perspectiva *ex ante*, criam apenas um risco desprezível aos olhos de um homem prudente, como viajar de avião, ir a um safári na África ou passear pela rua de uma grande cidade, ainda que excepcionalmente se verifique a ocorrência de um acidente. Não há porque supor, conforme o critério da prognose póstuma objetiva, que, por exemplo, viajar de avião gere real possibilidade de lesionar o bem jurídico vida. O resultado não pode ser atribuído àquele que incentiva a ação pela vítima, ainda que presente, nessas hipóteses, o *animus necandi*.<sup>19</sup>

#### 4.1.1.2 Diminuição do risco

Igualmente, não cabe responsabilizar o sujeito que interfere em curso causal em andamento no sentido de reduzir o perigo de dano já existente, ainda que, em perspectiva *ex post*, se avalie que o risco concretamente foi aumentado ou que sua intenção era aumentá-lo.

---

<sup>19</sup> Greco (2013) ressalta ainda que nesses casos a responsabilidade penal também pode ser afastada com base na **contribuição a uma autocolocação em perigo**, ou seja, não se pune o agente que se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima. Assim, caso A incentive B a escalar uma montanha, desejando que esse morra no empreendimento, o que de fato acontece, A não responde por homicídio. A exclusão da imputação do resultado com base neste critério é defendida pelos doutrinadores, entretanto, não há consenso sobre se a contribuição a uma autocolocação em perigo implica na não criação do risco proibido ou na sua não abrangência pelo tipo penal. No presente trabalho, cumpre-nos focar na sua capacidade de excluir a imputação do resultado, não se aprofundando a discussão sobre sua localização na teoria da imputação objetiva. Destarte, para o presente estudo, interessa ressaltar que a contribuição a uma autocolocação em perigo exclui o tipo objetivo, caso constatada, exigindo-se, para tanto, que a vítima domine o fato – ou seja, coloque-se em perigo, sabendo o suficiente acerca do risco em que incorre – e que seja responsável (discute-se se os critérios da responsabilidade devem ser os da capacidade para consentir ou da culpabilidade).

Adotando-se o critério da prognose póstuma objetiva, se, ao analisar a conduta de um agente, o homem prudente verificar que, diante dos dados conhecidos no momento da ação, esta reduziria o perigo de dano, o resultado não poderá ser imputado ao sujeito, pois a ação é benéfica, gerando a possibilidade de melhorar a situação do bem jurídico ameaçado de dano.

Exemplo comumente trazido pela doutrina (CALLEGARI, 2001; JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013) é o do desvio da pedra: por um fato natural, inicia-se um curso causal, que resulta no deslocamento de uma pedra na direção de um sujeito A, e o sujeito B, verificando, diante das circunstâncias do fato, que a pedra provavelmente atingirá a cabeça do sujeito A, desvia-a e essa acaba atingindo A no braço. Conforme a teoria da equivalência dos antecedentes, a ação de B contribuiu para a lesão no braço de A e, portanto, é causa do resultado. No entanto, não cabe imputar o evento ao sujeito B que praticou ação que, objetivamente, de acordo com a experiência comum, tende a diminuir o risco, já que ao Direito Penal interessa apenas as condutas perigosas.

A exclusão da responsabilidade penal, nesta hipótese, afastando-se a tipicidade objetiva é mais adequada que a exclusão da antijuridicidade, já que para resolver em nível de justificação estende-se ao extremo a tipicidade, o que se revela incompatível com o Direito Penal da liberdade. (BACIGALUPO, 1998 *apud* CALLEGARI, 2001).

#### **4.1.2 Risco juridicamente proibido**

Como já tratado acima, vivemos, conforme terminologia adotada por Sánchez (2001), na sociedade de risco, produto do progresso tecnológico. Para que haja a imputação do resultado não é suficiente que a ação crie o risco, exigindo-se que o risco criado seja proibido. O ordenamento jurídico tolera alguns perigos de danos aos bens jurídicos, de modo que há condutas que, apesar de consideradas perigosas, a partir do critério da prognose póstuma objetiva, são permitidas, como dirigir em uma autoestrada ou jogar futebol. (GRECO, 2013).

Para Roxin (*apud* CALLEGARI, 2001, p. 25), risco permitido é a “[...] conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que, de modo geral (independentemente do caso concreto) está permitida e, por isso, diferentemente das causas de justificação, exclui a imputação ao tipo objetivo.”

O principal fundamento para se valorar se o risco criado deve ser considerado proibido ou não é a ponderação entre custos e benefícios. Segundo Jakobs (2013, p. 37):

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

No mesmo sentido, Greco (2013, p. 52-53, grifo do autor) aduz que o risco permitido é fundamentado na ideia:

[...] amplamente reconhecida da *ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos e interesse geral de liberdade*. Essa ponderação deve levar em conta não apenas o valor dos bens expostos a perigo, como também a intensidade deste, o interesse social na prática da ação perigosa, a eficiência e idoneidade da medida de cuidado, a existência e custo de alternativas menos arriscadas e considerações relativas ao princípio da proporcionalidade.

Diante da utilidade social da conduta perigosa, essa pode ser tolerada pelo Direito. A permissão da realização da conduta persiste enquanto sua prática for de interesse para outros, pois “[...] numa sociedade de liberdades não se pode fundamentar a liberdade de comportamento às expensas dos demais.” (JAKOBS, 2013, p. 39). Assim, entende-se que o risco será proibido se, em uma perspectiva *ex ante*, se conhece a identidade das vítimas do risco criado, pois apenas se tolera o risco se as vítimas do risco forem anônimas e potencialmente beneficiárias das vantagens da atividade perigosa.

Em regra, o juízo de ponderação já se encontra cristalizado em normas que regulam as situações de risco, sejam normas jurídicas (exemplo: código de trânsito) ou não jurídicas, também denominadas técnicas (exemplo: regras sobre certa modalidade esportiva). A violação destas normas de segurança, especialmente as jurídicas, configura indício de que o risco criado é proibido. O descumprimento dessas normas não significa necessariamente a existência de risco desaprovado, cabendo ao juiz avaliar em que medida a norma concretiza acertadamente o risco permitido, especialmente no caso de violação de norma técnica, que pode veicular ponderação parcial de interesses. (GRECO, 2013).

Transcreve-se ementa de julgado do STJ, em que o intérprete do Direito entendeu pela configuração do risco proibido em razão da violação de norma jurídica.

CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado

se encontre fora da esfera de proteção da norma. **II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável.** **III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado - morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva.** IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão. V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida. VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada. VII. A averiguação do nexos causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (STJ/5ª Turma, RESP 200600380860, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ: 29/06/2007, p. 697, LEXSTJ VOL.: 00218, p. 362. DTPB.) (grifo nosso)

Destaca-se ainda o relevante papel do princípio da confiança para orientar o juiz na formação do convencimento sobre a (des) configuração do risco juridicamente desaprovado. Referido princípio, que é aplicável principalmente ao trânsito, postula que “[...] ninguém, ao agir, precisa preocupar-se com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável.” (GRECO, 2013, p. 59).

De acordo com esse princípio, o sujeito está autorizado a confiar no comportamento correto dos outros, de que esses se manterão dentro dos limites do risco permitido. Assim, o condutor de um veículo, ao atravessar o semáforo verde, não precisa tomar qualquer medida cautelosa para evitar acidentes caso algum condutor não respeite o sinal vermelho. Caso haja um abaloamento, o resultado lesivo não poderá ser imputado ao que agiu pautado na confiança. Se assim não fosse e se exigisse cautela do motorista ao atravessar cada semáforo verde, as vantagens que o tráfego nos oferece seriam escassas. (CALLEGARI, 2001).

Entretanto, imputa-se o resultado lesivo, ainda que obedecidas as normas de segurança, àquele que não tem o direito de confiar que o outro agiria corretamente, como no caso de criança ou doente mental (pessoas não confiáveis), de haver indícios concretos que a

conduta errada será praticada ou de o comportamento antijurídico ser tão comum, que se deve contar com a sua prática. (GRECO, 2013; JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013).

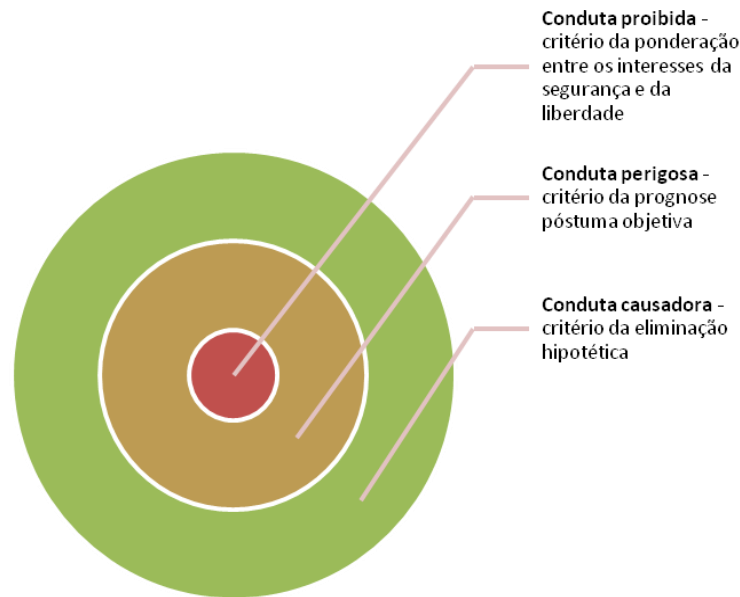
Destarte, com base no juízo de ponderação entre os interesses de segurança e de liberdade, observando-se os critérios da violação às normas de segurança e do princípio da confiança, avalia-se se o risco criado é permitido ou proibido. Para Jakobs (2013), o risco permitido é aceito de modo natural, estabelecendo uma hipótese de interação social normal, assim “[...] os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo algum.” (p. 39).

A conduta que gera o risco e, de forma abstrata e geral (independentemente do caso concreto), é permitida difere das causas de justificação, cuja permissão é analisada diante das circunstâncias da situação concreta. O risco permitido em uma perspectiva *ex ante facto* exclui a tipicidade objetiva da conduta, não configurando, portanto, hipótese de excludente da antijuridicidade. (CALLEGARI, 2001; JESUS, 2000).

A fim de distinguir os riscos permitidos de forma geral, tratados neste tópico e excludentes da tipicidade, e as causas de justificação que permitem condutas praticadas em um contexto especial, Jakobs (2013) apresenta-nos o seguinte exemplo: um motorista que dirige a 69 km/h em uma estrada em que é permitido trafegar a 70 km/h não viola qualquer expectativa, independentemente da finalidade que persiga com sua viagem; mas o condutor de uma ambulância que trafega na mesma estrada com 75 km/h para chegar ao local em que prestará seu serviço deve recorrer à situação de necessidade para que seu comportamento seja tolerado (devido ao contexto).

Conclui-se, portanto, que nem toda conduta perigosa será necessariamente proibida, de modo que os riscos tolerados são irrelevantes para o Direito Penal, que, em razão do seu caráter fragmentário, deve preocupar-se apenas com os resultados lesivos causados por riscos juridicamente desaprovados.

Convém analisar o gráfico abaixo, a fim de melhor visualizar o desvalor da ação pautado no nexos de causalidade e no critério da criação de risco proibido.



Fonte: elaborada pela autora

#### 4.2 Realização do risco proibido no resultado – Desvalor do resultado

Além da criação do risco relevante e juridicamente proibido e da relação de causação entre a conduta e o resultado, impõe-se verificar se o risco criado se realiza no resultado normativo (jurídico) que se encontra dentro dos limites proibitivos do tipo penal. (JESUS, 2000).

Para a teoria da imputação objetiva, é necessário analisar se há um nexo específico entre a conduta e o resultado, além do causal, “[...] de tal maneira que o resultado possa ser considerado a realização do risco penalmente relevante criado pelo autor, a realização que a norma infringida tinha por finalidade combater.” (CALLEGARI, 2001, p. 33).

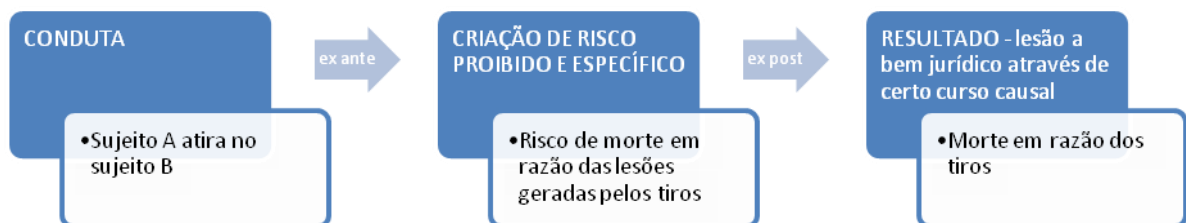
De acordo com o funcionalismo teleológico, o Direito Penal tem por funções a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes e a regulação de comportamentos (prevenção geral negativa), as quais visam ser atendidas através da tipificação de condutas perigosas. A norma penal incriminadora, destarte, descreve a conduta proibida capaz de lesar *determinado* bem jurídico de *certa* maneira, no intuito de evitar a realização desse resultado. De acordo com Greco (2013):

*Só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer. É este o verdadeiro sentido da ideia “fim de*

proteção da norma”, que comumente se repete, mas que quase nunca se define: a norma proibitiva visa a evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar. (p. 99-100, grifo do autor).

Para que haja a realização do tipo objetivo é necessário que o resultado efetivamente verificado corresponda à realização do risco proibido criado pelo autor. A valoração da relação entre o risco e o resultado realiza-se *ex post*.

Greco (*ibidem*) descreve um exemplo de responsabilização penal ao se constatar o atendimento das exigências do fim de proteção da norma, pois a proibição se legitima tanto em relação ao bem jurídico lesado quanto aos cursos causais que a ele conduziram. Trata-se do caso do sujeito A que atira, com *animus necandi*, no B, que é levado ao hospital e submetido a cirurgias, mas não consegue sobreviver em razão da gravidade das lesões. Neste caso, o bem jurídico lesado e o curso causal efetivamente verificado legitimam a proibição da conduta, afinal, através de uma prognose póstuma objetiva, para o homem prudente, a possibilidade de que o sujeito gravemente ferido por disparos de revólver seja submetido a uma cirurgia sem sucesso, falecendo, é real. Assim, o resultado concretiza o risco proibido e encontra-se no âmbito de proibição da norma penal.



Fonte: elaborada pela autora

Como assevera Luís Greco (2013, p. 105):

No que se refere ao nexos do fim de proteção da norma, a realização do risco não coloca qualquer problema novo: basta que concretizemos o risco *ex ante* juridicamente desaprovado, apontando tanto o bem jurídico, como os cursos causais a que ele se refere, e que depois perguntemos se, *ex post*, o que efetivamente ocorreu – curso causal e afetação de bem jurídico foi aquilo que *ex ante* justificava a proibição. Se a resposta for positiva, o risco estará realizado, caso contrário, não.

Assim, a norma penal descreve conduta perigosa e proibida que, ao ser realizada, cria risco de dano a certo bem jurídico através de certo curso causal. Constatado, em um juízo *ex post*, que o resultado, causado pela conduta, concretiza o risco gerado por essa e está no

âmbito de proibição da norma, pode-se imputar o resultado lesivo ao agente. Para uma melhor compreensão desse critério, urge expor os casos, comumente descritos pela doutrina, em que há sua exclusão.

#### **4.2.1 Resultado está fora do âmbito de proteção da norma que delimita o risco proibido**

Resta excluída a imputação se, ainda que o autor crie risco proibido, o resultado que se produz não é a realização desse perigo, apesar de haver uma conexão causal entre o evento e a ação perigosa. Considera-se que o resultado não realiza o perigo tanto quando o bem jurídico afetado é outro, diverso do que a norma visava tutelar, quanto quando a lesão decorre de curso causal não abrangido pelo fim de proteção da norma. No que concerne a essa segunda hipótese, destaca-se a previsão do art. 13, §1º do Código Penal, que exclui a imputação do resultado no caso de causa superveniente relativamente independente.

Conforme Greco (2013), na hipótese de uma vítima dolosamente ferida a tiros de revólver que, levada ao hospital, onde ocorre um incêndio, morre em razão das queimaduras, é excluída a imputação do resultado morte ao agente dos tiros, pois a proibição de atirar em alguém visa evitar que esse morra em razão das lesões causadas pelos tiros, sendo esse o curso causal que possibilita a proibição, de forma que a conduta de atirar em alguém é proibida não para salvar alguém de um incêndio em um hospital. O resultado morte não é imputado ao agente dos disparos, porque não houve a realização do risco criado pela conduta no resultado, pois “[...] o que *ex post* ocorreu não foi aquilo que, *ex ante*, justificava a proibição; mais concretamente, porque *o curso causal que atingiu o bem jurídico não foi aquele que a proibição da conduta almejava evitar e sim outro.*” (*ibidem*, p. 104, grifo do autor).<sup>20</sup> Possível concluir que, ao se adotar a teoria da imputação objetiva, apresenta-se desnecessária a expressa previsão de exclusão da imputação do resultado no presente caso, como o fez o legislador ao redigir o art. 13, §1º do Código Penal.

No mesmo sentido, Callegari (2001, p. 34) afirma que, nesse caso, “[...] o autor criou certamente um perigo para a vida da vítima e também causou a sua morte; mas, como não se pode imputar a ele este resultado porque este não supõe a realização do perigo criado, só haverá cometido uma ação de tentativa de homicídio [...]”.

---

<sup>20</sup> Para Jesus (2000), o resultado não pode ser imputado porque não houve a criação de risco proibido. Internar alguém em um hospital configura conduta da vida diária e, portanto, risco permitido. Assim, esse jurista afasta a imputação do resultado ao analisar o primeiro critério da teoria.

Outrossim, a conduta pode criar risco não permitido e ser a causa do resultado efetivamente verificado, mas este apenas será imputável se lesivo a bem jurídico que a norma proibitiva buscava tutelar.

Neste ponto, a doutrina (CALLEGARI, 2001; GRECO, 2013; JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013) descreve o caso do motorista que, em um trecho da via, excede o limite de velocidade, mas, logo depois, volta a dirigir dentro dos limites permitidos e, nesse momento, atropela uma criança que inesperadamente sai detrás de um automóvel e coloca-se em frente ao seu carro, sem que o condutor pudesse evitar o acidente. Observa-se que houve a criação de um risco e que há nexos entre a conduta e o resultado lesivo, já que, se o condutor não tivesse dirigido acima da velocidade permitida, não teria chegado ao local do acidente exatamente no momento em que a criança estava saindo detrás do carro. No entanto, não há imputação, já que esse atropelamento não é a concretização do risco gerado pela condução em excesso de velocidade.

Greco (2013, p. 103) expõe esse caso ao tratar da exclusão da imputação porque o bem jurídico lesado não é o mesmo que a norma penal visa proteger.

Não se poderia proibir a ação de dirigir em excesso de velocidade alegando que isso deve ser feito para evitar que se atropela pessoa que se encontra noutra local: afinal, sob este aspecto, a conduta sequer pode dizer-se criadora de um risco, porque a prognose póstuma objetiva não apontaria que a ação de ultrapassar os limites de velocidade gere possibilidade real de matar alguém em momento posterior, em que já se dirige respeitando estes limites. Esta prognose consideraria a ação perigosa e proibida apenas em relação aos bens jurídicos das pessoas que se encontrassem na adjacência do veículo no momento da violação da norma de cuidado. Ou seja, não há realização do risco, porque o que efetivamente ocorreu não foi aquilo que justificava a proibição, porque *o bem atingido não foi aquele que a proibição almejava proteger, e sim um outro.* (grifo do autor).

A proibição de dirigir em excesso de velocidade visa evitar a realização de resultados lesivos no momento da prática da conduta imprudente, de modo a proteger as pessoas próximas ao condutor naquele momento, e não evitar que os automóveis passem anteriormente em determinado local causando acidentes.

#### ***4.2.2 Resultado não decorre do risco criado, de modo que o comportamento alternativo conforme o direito não o exclui***

Inicialmente, cabe reconhecer, como o fez Greco (2013), que há problemas de delimitação entre os cursos causais hipotéticos e os comportamentos alternativos conforme o direito. O clássico exemplo apontado de causalidade hipotética é o do soldado que, durante

uma guerra, realiza ilegalmente um fuzilamento em obediência a uma ordem, alegando, em sua defesa, que, se não o fizesse, outro faria. Para Damásio de Jesus (2000), a teoria da equivalência dos antecedentes não consegue explicar referido caso, já que a vítima morreria de qualquer forma ainda que excluía a conduta do soldado, não podendo essa ser considerada causa do resultado<sup>21</sup>. Os resultados insatisfatórios obtidos a partir da teoria da *conditio sine qua non* também foram ressaltados por Callegari (2001, p. 40), que assevera ainda que:

[...] admitindo-se não se tratar já de indagar sobre um problema causal, propõe-se estabelecer uma limitação aos cursos causais hipotéticos que devem ser utilizados, de maneira tal que em lugar da conduta do acusado não teria que se incluir *qualquer outra forma* de comportamento, senão tão-só aquela conduta que o autor deveria haver realizado de acordo com as exigências legais. (grifo do autor)

No que concerne à análise normativa da causalidade hipotética, estabelece-se individualmente entre a conduta de cada agente e o evento, “[...] de forma que a existência de cursos causais hipotéticos não tem relevância quando esse curso é composto por outra pessoa que, se não fosse o autor, provocaria de qualquer forma o resultado” (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013, p. 232), assim, o resultado é objetivamente imputável ao soldado.

Cabe, quanto às condutas alternativas conforme o direito, indagar se, apesar do risco criado pelo agente se concretizar no resultado, o evento é imputável à conduta perigosa, caso não seja possível provar que a conduta correta teria impedido o resultado. (*ibidem*)

Cuidar-se-á do exemplo do dono de uma fábrica que utiliza, como matéria prima para a confecção de pincéis, pelo de cabra, sem desinfetá-lo previamente como previsto em norma. Quatro trabalhadoras morrem infectadas por um bacilo, contra o qual, conforme investigação posterior, o desinfetante prescrito seria ineficaz.

Em um juízo *ex ante*, a conduta omissiva do fabricante criou o risco de infecção, mas, como se provou, o resultado não decorreu do risco criado pelo agente, tanto que o comportamento alternativo conforme o direito não o exclui. Ainda que o fabricante tivesse desinfetado o pelo, como dispõe a norma de segurança, as trabalhadoras teriam morrido, já que a desinfecção seria inútil em relação ao bacilo causador da morte. (CALLEGARI, 2001; JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013).

Neste caso, há certeza de que a conduta alternativa não evitaria a ocorrência do resultado, destarte a doutrina é uníssona em afirmar que o evento morte não é imputável ao dono da fábrica.

---

<sup>21</sup> Diversamente do que é defendido por Jesus (2000), adota-se o entendimento de que a conduta do soldado é causa do evento morte, se consideramos que sua exclusão hipotética afastaria a ocorrência da modificação no mundo exterior *nas mesmas circunstâncias*.

Cumpra-se tratar do *leading case* julgado pelo Tribunal Supremo Federal alemão (BGHSt 11, p. 11 *et seq.*): um motorista de caminhão, ao ultrapassar um ciclista, não guarda a distância de segurança. Nesse momento, o ciclista, bastante embriagado, se assusta com o ruído produzido pelo caminhão, gira a bicicleta à esquerda e é atropelado pelo caminhão. A partir de alguns dados, conclui-se que, ainda que guardada a distância de acordo com as normas de trânsito, *provavelmente* o acidente também ocorreria. (JAKOBS, 2013)

Na hipótese acima descrita, doutrina e jurisprudência divergem sobre o afastamento ou não da imputação do resultado ao motorista, já que há dúvida se o comportamento correto evitaria a ocorrência do evento. Surgem duas teorias: a teoria do incremento do risco e a da evitabilidade.

Conforme a teoria do incremento do risco, defendida por Claus Roxin, para a qual, de acordo com Greco (2013, p. 121):

Se o comportamento proibido implicar um risco mais elevado em relação ao comportamento correto, se o comportamento proibido piorar a situação do bem jurídico, retirando-lhe chances de sobrevivência, ter-se-á de imputar o resultado ao autor. Doutra modo, estar-se-ia dando carta branca justamente para aqueles que praticam as ações mais perigosas – aquelas em que nunca se pode excluir que um resultado infeliz ocorra -, desincumbindo-os de respeitar as cautelas necessárias justamente onde elas são menos prescindíveis. Concretamente: se o caminhoneiro tiver, com sua passagem proibida, aumentado o risco de que o ciclista bêbado morra, deve ser-lhe imputado o resultado, havendo homicídio culposo.

Diversamente dispõe a teoria da evitabilidade, defendida pela jurisprudência alemã e pela doutrina majoritária, para a qual, “[...] só se justifica a punição por delito consumado se o autor não apenas tiver causado a lesão através do comportamento antijurídico, mas também se o comportamento correto acabasse seguramente por evitá-la.” (GRECO, 2013, p. 119). No mesmo sentido seguem os ensinamentos de Jakobs (2013), que defende a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* ao caso em apreço, assim, ainda que o caminhoneiro tenha criado um risco não permitido, não se imputa o resultado morte a ele, pois não está provado que com sua conduta alternativa as coisas sucederiam de outra maneira. O Tribunal alemão adotou essa teoria e absolveu o motorista.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A moderna sociedade de risco abriu espaço para o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva pelos funcionalistas, ao colocar em evidência a necessidade do Direito Penal de tutelar os bens jurídicos dos novos riscos que surgiam e geravam lesões que não poderiam ser imputadas aos agentes pautando-se apenas em categorias ontológicas. A partir da análise da teoria da imputação objetiva, percebe-se a necessidade de o Direito Penal recorrer a categorias normativas a fim de garantir uma tutela mais efetiva dos bens socialmente relevantes.

Os sistemas causalista e finalista, vinculados a conceitos pré-jurídicos, ligados à essência do ser, adotaram a teoria da equivalência dos antecedentes para estabelecer o nexo entre a conduta e o resultado, restringindo à causalidade naturalística a explicação da atribuição do evento ao agente. Conforme visto, constatou-se a insuficiência do nexo causal, impondo-se a adoção de critérios normativos de modo a complementar teoria da *conditio sine qua non*. De fato, a teoria da imputação objetiva não visa substituir a teoria da causalidade defendida por causalistas e finalistas. Busca oferecer, a partir de considerações de ordem valorativa, respostas mais adequadas a problemas de imputação de resultado que os sistemas tradicionais não conseguiram satisfatoriamente resolver.

Tendo em vista os casos tratados no decorrer do presente estudo, verifica-se que a teoria da imputação objetiva oferece ferramentas ao jurista que busca soluções aos casos penais tanto tecnicamente corretas, quanto político-criminalmente mais adequadas. Neste ponto, recorda-se, dentre outros, do caso do filho que envia o pai ao bosque durante a tempestade e o do desvio da pedra. Em ambos, a análise da imputação do resultado, no âmbito da tipicidade objetiva, restringia-se à verificação da existência ou não de nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo. Concluía-se que tal nexo estava presente ao se utilizar o critério da eliminação hipotética e, assim, que o fato era objetivamente típico. As teorias pautadas em categorias ontológicas, deparando-se com o inconveniente de responsabilizar os agentes em tais casos, afastavam a responsabilidade penal justificando ora na ausência de dolo (integrante da culpabilidade, no causalismo, e da tipicidade subjetiva, no finalismo), ora com base em discriminantes.

Com a utilização dos critérios normativos indicados pelos funcionalistas na teoria da imputação objetiva, é possível resolver tais casos já na análise da tipicidade objetiva, tornando o fato atípico independentemente da investigação do dolo.

A teoria da imputação objetiva é complementar em relação à teoria da equivalência dos antecedentes, nas hipóteses em que é exigida a análise da relação causal naturalística. Entretanto é aplicável a delitos em que é prescindível a verificação do nexo de causalidade. Como ressaltado, o nexo causal refere-se apenas a crimes materiais, nos quais é exigido o resultado naturalístico. Nos demais delitos (formais e de mera conduta), em que a consumação independe de resultado material, há resultado jurídico e os critérios normativos devem ser considerados a fim de imputar à conduta a lesão ou ameaça de lesão a determinado bem jurídico.

Conforme destacado por Rocha (2002), importante contribuição da teoria da imputação objetiva foi a sistematização de critérios para determinar o alcance da proibição que transcendem a visão naturalista da produção de resultados lesivos ao bem jurídico. Percebe-se que a proposta de sistematizar critérios favorece a compreensão da teoria e sua aplicação uniforme. No entanto, os conceitos utilizados pelos doutrinadores para nomear os critérios são imprecisos, o que torna árdua a tarefa de compreendê-los e, conseqüentemente, aplicá-los de modo uniforme. Percebe-se que a melhor maneira de se absorver tais conceitos é através da análise de casos. Ademais, observa-se que a classificação dos critérios pelos doutrinadores não é uniforme.

As dificuldades em compreender seus critérios não afasta a vantagem do resgate do normativismo no Direito Penal para a solução de problemas relativos à imputação de resultado, conforme se verificou no decorrer do presente estudo. A teoria da imputação objetiva permanece sendo construída. As discussões acerca de seus critérios devem ser fomentadas e inseridas nos cursos de graduação de Direito, a fim de fornecer, aos futuros aplicadores do Direito, fundamentos mais sólidos na atribuição de um resultado penalmente proibido a uma conduta.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. *In*: Vade Mecum Compacto Saraiva. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 43 p.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 2006/0233748-1**, da 6ª Turma. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 05 de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=HC+200602337481&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=HC+200602337481&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 19 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 2005/0127885-1**, da 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 de abril de 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=200501278851&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=200501278851&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 30 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2006/0038086-0**, da 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 29 de junho de 2007. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=200600380860&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=200600380860&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 31 out. 2013.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Teorias da causalidade e imputação objetiva no direito penal. **Caderno Jurídico – ESMP**, São Paulo, v. 1, n. 1, abr/2001. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno\\_1.pdf](http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno_1.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2013.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação Objetiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. A imputação objetiva (quase) sem seus mistérios. **Caderno Jurídico – ESMP**, São Paulo, v. 1, n. 1, abr/2001. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno\\_1.pdf](http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno_1.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2013.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.