

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**NEXO DE CAUSALIDADE E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

**FRANCISCO WALDO MENEZES UCHÔA SARAIVA  
Orientador: LINO EDMAR DE MENEZES**

**FORTALEZA  
2007**

**FRANCISCO WALDO MENEZES UCHÔA SARAIVA**

**NEXO DE CAUSALIDADE E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Monografia apresentada à diretoria do curso de graduação da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista Lato Sensu em Direito, sob a orientação do Professor Lino Edmar de Menezes.

**FORTALEZA  
2007**

**NEXO DE CAUSALIDADE E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

**FRANCISCO WALDO MENEZES UCHÔA SARAIVA**

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

**BANCA EXAMINADORA**

---

Lino Edmar de Menezes (orientador)  
PROFESSOR-UFC

---

William Paiva Marques Júnior  
PROFESSOR-UFC

---

Danilo Santos Ferraz  
PROFESSOR-UFC

CONCEITO FINAL: \_\_\_\_\_

Agradeço, primeiramente, a Deus pela oportunidade a mim conferida de, com saúde, força, vitalidade e muita raça, ter podido desenvolver e expor minhas idéias nesse campo da ciência jurídica tão fascinante e soberano, o Direito Penal. E logo em seguida é necessário, para que eu possa ser justo e grato, que eu agradeça ao homem que tem como principais virtudes a honestidade, a honradez e a responsabilidade. Ao meu ídolo, ao meu exemplo, à pessoa que mais amo nessa vida, os meus sinceros agradecimentos, pai.

Agradeço à minha família que, embora não tenha efetivamente ajudado nessa construção intelectual, proporciona-me tranqüilidade através do carinho e do incentivo.

Não poderia deixar de reservar um parágrafo inteiro para a pessoa que me dá coragem, incentivo e muito amor nessa luta contínua que, juntos, enfrentamos todo dia a qual chamamos de vida. Rebeca, meu grande amor, meu muito obrigado.

E, por fim, agradeço ao professor e orientador Lino Edmar de Menezes pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa, aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Diretoria do curso de graduação da Universidade Federal do Ceará pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas.

*“Tudo que não me mata, fortalece-me”.*

Friedrich Wilhelm Nietzsche

## RESUMO

O presente trabalho visa explicitar os fundamentos teóricos da teoria da imputação objetiva que significa, num conceito preliminar, atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido. Tem guarida nas idéias de que o resultado normativo só pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um perigo juridicamente proibido e de que o evento deve corresponder àquele que a norma incriminadora procura proibir. Trabalha com os conceitos de risco permitido (excludente da tipicidade) e risco proibido (a partir do qual a conduta adquire relevância penal). Como métodos auxiliares, serve-se dos princípios da confiança, da proibição de regressus, do consentimento e participação do ofendido e dos conhecimentos especiais do autor a respeito de condições e circunstâncias pessoais da vítima ou da situação de fato. E, por fim, queremos demonstrar que a teoria da imputação objetiva pode ser aplicada perfeitamente ao nosso ordenamento jurídico, pois se trata de elemento normativo implícito de todo tipo penal.

**PALAVRAS CHAVES:** Imputação objetiva, nexó de causalidade e Teoria da Equivalência dos Antecedentes.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
<b><i>CAP I: O NEXO DE CAUSALIDADE E TEORIAS RELACIONADAS</i></b>	
1. O NEXO DE CAUSALIDADE.....	10
2. TEORIA DA “ <i>CONDITION SINE QUA NON</i> ” .....	12
2.1 A TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES E AS DEFICIÊNCIAS DE SEU FUNDAMENTO TEÓRICO.....	15
2.1.1. O equívoco lógico e o erro metodológico na fórmula da eliminação hipotética.....	16
2.1.2. A excessiva amplitude da teoria da equivalência das condições.....	17
2.1.3. As hipóteses de causalidade hipotética e causalidade alternativa.....	20
2.1.4. A ação que impede os cursos causais salvadores.....	21
2.1.5. a influência da física quântica na desconstrução da relação causa-efeito.....	22
2.2. JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA.....	23
3. TEORIA DA CAUSALIDADE EQUADA (TEORIA DA ADEQUAÇÃO).....	25
4. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	26
4.1 JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA.....	27
5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	27
<b><i>CAP II: SISTEMA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA</i></b>	
1. INTRODUÇÃO À(S) TEORIA(S) DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	28
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	30
1.1.1 Platão e Aristóteles.....	30
1.1.2 Samuel Pufendorf.....	31
1.1.3 Georg Hegel.....	32

1.1.4 Karl Larenz.....	33
1.1.5 Richard Honig.....	34
1.2 CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	35
1.2.1 Aplicação da Imputação Objetiva.....	36
1.3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO CLAUS ROXIN.....	38
1.3.1. A TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO.....	38
1.3.2 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	40
1.3.2.1 Casos de diminuição do risco.....	41
1.3.2.2 A criação ou não de um risco juridicamente relevante.....	43
1.3.2.3 O aumento do risco permitido.....	45
1.3.2.4 O âmbito de proteção da norma.....	46
1.3.2.5 O alcance do tipo.....	48
1.3.3 SÍNTESE – OS ELEMENTOS DO CRIME DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO CLAUS ROXIN.....	52
2. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE GÜNTHER JAKOBS.....	54
2.1 FUNDAMENTAÇÃO.....	54
2.2 CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO.....	55
2.2.1 O risco permitido.....	56
2.2.2 O princípio da confiança.....	63
2.2.3 A proibição de regresso.....	64
2.2.4 A competência da vítima.....	65
2.3 SÍNTESE – OS ELEMENTOS DO CRIME DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO GÜNTHER JAKOBS.....	67



### **CAP III: IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

1. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	70
2. CRÍTICAS À IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	70
3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA EM RELAÇÃO AO ART. 13 DO CÓDIGO PENAL.....	71
3.1 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	73
3.2 JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA.....	76
3.3. O ART. 13 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	78
CONCLUSÃO.....	82
.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85

## ***INTRODUÇÃO***

O objetivo deste presente trabalho é expor, de maneira concisa, as principais teorias da causalidade e da imputação objetiva, para posteriormente, examinar o art.13 do Código Penal. A premissa maior reside na aceitação de que a teoria do delito necessita da conjugação de causalidade e imputação objetiva. A premissa menor é a possibilidade de interpretar a lei no sentido da imputação objetiva. Por fim, a conclusão chega em um ponto vanguardista de nossa dogmática jurídico-penal, qual seja, a de que o art.13 do Código Penal adotou em seu *caput*, a teoria da equivalência das condições, ao passo que o seu parágrafo único preconiza a teoria da imputação objetiva.

Durante o desenvolver deste trabalho serão apresentadas as teorias que tentaram explicar, durante a evolução da dogmática penal, a relação de causalidade. Serão expostas, assim, as teorias da causalidade nas seguintes variações: teoria da equivalência das condições (teoria da “condition sine qua non”), teoria da adequação e teoria da condição conforme a uma lei natural. Em seguida, as teorias da imputação encontram fundamentação nas doutrinas de Roxin, Jakobs, Frisch e Puppe.

Em seguida, um breve estudo do art. 13 do Código Penal. Sua estrutura dogmática será sempre vinculada às teorias anteriormente colocadas, a fim de relacionar a aceitação da imputação objetiva. Por fim, a conclusão do trabalho, na qual entendemos que a teoria da imputação objetiva é perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro sem nenhuma reforma do texto legal vigente.

## CAP I: O NEXO DE CAUSALIDADE E TEORIAS RELACIONADAS

### 1. O NEXO DE CAUSALIDADE

O tipo pertence à lei, mais precisamente à parte especial do Código Penal e às leis especiais (ex: matar alguém – art. 121 do Código Penal Nacional). Além disso, o tipo é predominantemente descritivo e sua função é a individualização das condutas humanas.

Como bem assinala Eugenio Raúl Zaffaroni, citando Max Ernst Mayer, a tipicidade é um indício da antijuridicidade e toda conduta típica é antinormativa.

Os elementos do fato típico são: a conduta, o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade.

A relação de causalidade, ou nexo causal, é o vínculo existente entre a conduta e o resultado.

O resultado de um crime subdivide-se em resultado jurídico (aquele visto como a consequência da ação no aspecto do ordenamento jurídico) e resultado naturalístico (que nada mais é do que a modificação que a conduta provoca no mundo exterior).

Não existe crime sem resultado jurídico, entretanto, é possível existir crime sem o resultado naturalístico (no caso dos crimes de mera conduta ou formais). E daí conclui-se inexistir relação de causalidade nos delitos de mera atividade.

Considerando nosso Código Penal, evidencia-se que, determinando o art. 13, caput, 1º parte, que o resultado naturalístico, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, o nexo de causalidade só tem aplicação aos tipos de crimes materiais (que exigem a produção do resultado naturalístico). Diante disso, ficam

excluídos os crimes de mera conduta e os formais, uma vez que nos primeiros o tipo só descreve o comportamento e nos segundos, não exige a produção do evento.

O problema inicial de toda investigação que tenha por fim imputar um resultado ao agente e, posteriormente, fixar sua responsabilidade penal analisando a culpabilidade, é concluir se o agir ou não agir do sujeito ocasionou a ocorrência típica.

É interessante fazer uma pequena distinção entre *imputatio facti* (consistente na imputação de um resultado ao agente pela sua conduta) e *imputatio juris* (que seria uma análise do conteúdo antijurídico ou culpável do episódio).

O nexo de causalidade é um dos elementos do fato típico de maior complexidade, tendo sido construídas várias teorias acerca do tema. As mais importantes são a da equivalência das condições de Julius Glaser e da causalidade adequada de Johannes Von Kries, porém a doutrina ainda não encerrou a discussão acerca do tema, já que a Imputação Objetiva nos apresentou novas visões principalmente através dos pensamentos de Claus Roxin e Günther Jakobs e, cada vez mais, autores nacionais estão enveredando por esse caminho.

O objetivo deste capítulo é apresentar algumas dessas teorias de maneira crítica, demonstrando suas falhas para então apontarmos os novos rumos tomados pelos adeptos do funcionalismo.

Conforme a doutrina penal, uma ação ou omissão estão ligados ao resultado por um vínculo denominado nexo de causalidade. Essa vinculação é fundamental para que seja caracterizado o delito.

Entre a ação ou omissão e o resultado é necessário avaliar a responsabilidade penal pela autoria. Para tanto, deve haver um pressuposto mínimo nos delitos de resultado para

exigir a responsabilidade por este<sup>1</sup>. Falamos, aqui, na causalidade como o elemento do tipo e que, na moderna teoria funcionalista, não é o único vínculo entre a ação e o resultado, acrescentando-se, aí, a imputação objetiva.

Conforme assinala TAVARES<sup>2</sup>, a causalidade não é apenas uma preocupação jurídica, mas a filosofia e as demais ciências também se ocuparam dela. Continua o jurista a separar a noção de causa em dois caminhos: a) como forma de relação funcional, deduzindo a causa sempre de seu efeito b) como forma de relação empírica, de onde a causa é deduzida de um juízo de previsibilidade.<sup>3</sup>

Para o Direito Penal, as duas vertentes da causalidade são consideradas para seu estudo. As teorias da equivalência das condições e da relevância e adequação aderem ao conceito de causalidade como uma forma de relação racional entre a ação e seu efeito, enquanto a teoria da condição conforme a uma lei natural está relacionada a um juízo de previsibilidade (forte influência da filosofia empirista de Bacon).

## 2. TEORIA DA “*CONDITION SINE QUA NON*”

A teoria da equivalência das condições (ou dos antecedentes) foi idealizada por Julius Glasser e adaptada por Von Buri, que foi o primeiro a introduzir essa teoria na jurisprudência por ser magistrado do Tribunal Supremo do Reich.

Nas palavras de Hans Welzel, na teoria da equivalência das condições considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

---

<sup>1</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. p 70.

<sup>2</sup> TAVARES, *Teoria do Injusto Penal*, 2000, p.208.

<sup>3</sup> Em sua obra *Teoria do Injusto Penal*, JUAREZ TAVARES refere-se à problemática da causalidade atingindo a filosofia, na obra de PLATÃO e ARISTÓTELES, as ciências naturais, em KEPLER e GALILEU, e o empirismo de BACON ( p. 107 e 108 ).

Esta teoria parte da idéia de que todo efeito tem uma multiplicidade de relações causais, e cada uma dessas condições, na relação de causalidade, é igualmente necessária para o resultado, e, por conseguinte, todas as condições têm o mesmo valor.

Trata-se da teoria dominante na doutrina brasileira atual e também na jurisprudência. Foi adotada no Código Penal brasileiro de 1940 e reafirmada na reforma da parte geral de 1984. É conhecida também por teoria da equivalência das condições, ou seja, a condição sem a qual o resultado não poderia ocorrer.

Roxin refere-se a Julius Glaser como o primeiro defensor da teoria da equivalência, citando trecho de sua obra *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*:

Há um ponto de apoio seguro para examinar o nexu causal; se se intentar suprimir mentalmente o suposto originalmente da soma dos acontecimentos e então se vê que, apesar deste a série sucessiva das causas intermediárias segue sendo a mesma está claro que o fato e seu resultado não podem reconduzir-se à eficácia dessa pessoa. Se, em contrário, se vê que, se se suprime mentalmente a essa pessoa do cenário do acontecimento, o resultado não poderia se produzir em absoluto ou que haveria produzido por outra via totalmente distinta, está justificado, com toda seguridade, considerá-lo como efeito de sua atividade.<sup>4</sup>

De desenvolvimento posterior mais elaborado, a teoria da equivalência foi utilizada por Maximilian Von Buri<sup>5</sup>, quando juiz do tribunal do Reich e, em seguida, pelo mesmo tribunal, assim como na doutrina.

Simplificando a explicação, a teoria pode ser reduzida a seus dois conceitos centrais: a) todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, por isso, equivalentes b) causas são as condições que não podem ser excluídas hipoteticamente sem excluir o resultado.

O conceito de “causa” nos é dado pelo próprio Código Penal pátrio. Vejamos:

---

<sup>4</sup> ROXIN, Derecho penal... , § 11, nm. 7.

<sup>5</sup> JESCHECK/WEIGEND, Tratado... p. 299.

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". (grifo nosso)

Superveniência de causa relativamente independente

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

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 e vigilância;
- (b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Complementando, ainda, que se deve considerar causa toda condição de um resultado que não poder ser suprimida mentalmente sem que desapareça o resultado concreto.

Mais ainda: não se realiza qualquer seleção entre as inúmeras condições de qualquer resultado, senão que, pelo contrário, consideram-se equivalentes todas as condições, e a esse juízo de equivalência se deve o nome de teoria da equivalência.

Nota-se que o conceito de equivalência baseia-se em seu significado pré-jurídico, próprio da filosofia e das ciências naturais. Teoria da equivalência trata cada causa parcial como causa autônoma; e o faz porque na jurisprudência o que importa não é a totalidade das condições, senão somente provar a conexão ou nexos entre determinado ato humano com o resultado.

Retomando a idéia de Glaser, a fórmula para a determinação da causa é a da *eliminação hipotética*. Por ela, para saber se determinado fato é causa, devemos eliminá-lo

mentalmente para verificar se o resultado ocorreria da mesma maneira. Por exemplo, para saber se o soco que A deu em B foi causa de suas lesões, basta eliminar mentalmente o golpe para perceber se o resultado seria o mesmo.

## 2.1 A TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES E AS DEFICIÊNCIAS DE SEU FUNDAMENTO TEÓRICO

Elaborada por Glaser para o Direito austríaco, e posteriormente introduzida na Alemanha por Von Buri, a Teoria da Equivalência das Condições aponta como causa de um resultado penalmente relevante, como afirma Günther Jakobst, todo fator que não possa ser suprimido mentalmente sem que afaste o resultado. Bastaria a utilização de um juízo hipotético de eliminação para averiguar se o fator é ou não causa do resultado. É como dispõe o nobre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

*Se se concluir que o resultado teria ocorrido mesmo com a supressão da conduta, então não há nenhuma relação de causa e efeito entre uma e outra, porque mesmo suprimindo esta o resultado existiria. Ao contrário, se eliminada mentalmente a conduta, verificar-se que o resultado não teria se produzido, evidentemente que esta conduta é indispensável para a ocorrência do resultado e, sendo assim, é sua causa<sup>6</sup>.*

Essa teoria, aparentemente adotada pelo nosso Código Penal (art.13), gozou de ampla aceitação pelos mais variados ordenamentos jurídicos, o que, certamente, condiz com seus méritos. Mas não podemos deixar de demonstrar que tal teoria apresenta-se como instrumento prático e útil para a solução da grande maioria dos casos, em especial, dolosos.

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. P.69.



Ou seja, esse conceito naturalístico de causalidade está intimamente vinculado à idéia de tipicidade objetiva concebida por Liszt e Belling.

#### 2.1.1. O equívoco lógico e o erro metodológico na fórmula da eliminação hipotética

Segundo Jakobs, a aplicação da fórmula da eliminação hipotética, fundamento primário da *conditio sine qua non*, só é possível quando se conhece de antemão a natureza causal do elemento em análise, ou seja, justamente o que se procura descobrir. Por exemplo, caso se pretenda descobrir se um determinado acidente automobilístico originou-se da conduta imprudente de um outro motorista bêbado, de nada serve suprimir mentalmente a imprudência do outro motorista e perguntar se o resultado ainda assim ocorreria, na medida em que a resposta depende de sabermos se a imprudência do motorista bêbado é causa do acidente; e, por fim, se isto é conhecido, não há razão alguma para a pergunta.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Günther Jakobs, a fórmula é supérflua, não constituindo sequer uma definição, quiçá uma fórmula para determinar a causalidade. Para Claus Roxin, a fórmula da supressão mental pressupõe o que descobrir. É não apenas inútil como pode induzir a erro.

#### 2.1.2. A excessiva amplitude da teoria da equivalência das condições

Há quem entenda, e, diga-se de passagem, não são poucos, e, quando não muito, a maioria, que o nosso CP adotou no art. 13, caput, parte final (“Considera-se causa a ação ou omissa sem a qual resultado não teria ocorrido”), a teoria da equivalência dos antecedentes. Tudo, portanto, que contribuir para o resultado, seja um fator natural, seja uma conduta humana, deve ser considerado sua causa. A doutrina, em face de tal definição, construiu um procedimento para determinar qual fator é ou não causa de um resultado: trata-se do processo de eliminação hipotética, pelo qual basta excluir mentalmente algum antecedente do resultado para saber se ele é ou não causa de algum resultado. Se a exclusão impedir fisicamente a ocorrência do resultado, dizemos, portanto, que o fator é causa do resultado; se não, não é causa.

Mas a maior crítica à adoção de tal teoria está exatamente aí: a questão do “*regressus ad infinitum*”. Tal problema ocorre em decorrência de a Teoria da Equivalência das Condições conceber a causa exclusivamente em seu aspecto ôntico-naturalístico abarcando, assim, uma série de fatores imprestáveis ao Direito Penal, estendendo-se numa cadeia causal ilimitada. De fato, por essa teoria pode-se concluir que o mais remoto antecedente deverá ser considerado causa do resultado, como, por exemplo, o fabricante da arma utilizada num homicídio, a própria mãe do homicida que o gerou e, nesse desencadeamento causal sem fim, nenhum crime teria sido perpetrado se Adão e Eva não tivessem comido o pecado original.

A solução dada a essa problemática pelos defensores da teoria da equivalência dos antecedentes para retirar da linha causal os fatores irrelevantes ao direito penal foi a inclusão do dolo e da culpa como elementos delimitadores. Se não há na conduta primitiva (o fato de a mãe ter mantido relações sexuais e ter, a partir deste coito, gerado o criminoso,

por exemplo) dolo ou culpa, esta não pode ser considerada causa do resultado delitivo. Ou seja, apesar do nexu objetivo entre conduta e resultado, não há liame subjetivo, psicológico.

Com essa solução, estar-se-ia limitando a causalidade juridicamente relevante com base em elementos da tipicidade, o que se chamou de *causalidade tipicamente relevante*.

No entanto, defensor como sou de que o nosso CP, num espírito teleológico de garantir a justiça na responsabilização penal, optou pela adoção da teoria da imputação objetiva, faço a seguinte indagação: *E se uma mãe, com o intuito maquiavélico (digamos que ela agiu livre, consciente e dirigiu sua vontade ao resultado, logo agiu com dolo) de formar uma quadrilha de seqüestradores, dá a luz a uma série de filhos e vê mais tarde a realização de seu sonho?*

Pondere-se, por tudo isso, que a *teoria da ausência do dolo* não é suficiente para responder satisfatoriamente a todos os casos. No exemplo supracitado, é inegável que a mãe não poderá ser responsabilizada penalmente pelo simples fato de ter sonhado em ser mãe de uma quadrilha especializada em seqüestros, haja vista que a cogitação, fase primeira do *iter criminis*, não é objeto de repressão penal. E é, por conseguinte, exatamente a teoria da imputação objetiva que irá absolver a citada mãe do exemplo acima, pois ela não criou com sua conduta “ter filhos” um risco jurídico-penal relevante não permitido. Assim, a instrumentalização do dolo e da culpa não é capaz de solucionar o problema.

Perceba que se o dolo, por si só, não se mostra como um elemento capaz de identificar a causalidade jurídica relevante, imagine a culpa. É inegável que tal elemento não tem potencialidade para tanto, pois se trata de um elemento puramente normativo. A culpa é, nos dizeres de André Estafam, “elemento normativo da conduta no fato típico de crimes culposos”. Não se pode utilizar a certeza de uma ação descuidada, estabelecida mediante os critérios legais de imprudência, negligência e imperícia, para se estabelecer a

imputabilidade de um resultado danoso. É o que se verifica nesse exemplo: imaginemos que uma criança de apenas dois anos de idade cruze, repentinamente, uma determinada rodovia, cuja velocidade máxima permitida seja 80KM/H, e seja colhida violentamente por uma “cegonha” carregada de veículos que transitava a uma velocidade de 90KM/H. Nessa situação, é totalmente descabida a imputação do resultado danoso, no caso, a morte da pequena criança, ao descuido da ação, qual seja, a imprudência de se trafegar numa rodovia acima do limite de velocidade permitido. O resultado danoso adviria de qualquer modo, estivesse a cegonha dentro dos parâmetros previamente estabelecidos, os citados 80 KM/H, ou não. Enfim, é de forma enfática que se dá para afirmar, é clara a ausência de nexos entre o descuido da ação e o resultado.

Nesse simplório exemplo, a teoria da equivalência se mostra inócua, pois que, aplicando-se a fórmula do juízo hipotético de eliminação, observa-se que, eliminando-se a conduta do agente, o resultado não teria ocorrido, e, por sua vez, presentes os demais elementos do tipo, deveria este ser, em tese, imputável ao condutor do veículo. Mas isso nos leva a um absurdo jurídico, pois tal resultado fatídico não pode, em hipótese alguma, ser imputado ao motorista. Trata-se de obra do acaso, um resultado inevitável. Para Mirabete, “tal resultado não pode ser atribuído ao agente por tratar-se, em realidade, de caso fortuito”<sup>7</sup>.

O que ocorre na verdade é o seguinte: o ordenamento repressivo penal coíbe sim condutas descuidadas que, por sua negligência, imprudência ou imperícia, causem danos a terceiros. Ocorre, todavia, que para tais ações, sentido *latu sensu*, serem desprestigiadas pelo mundo jurídico é necessário que se estabeleça um efetivo nexos entre o descuido e o resultado, e não meramente entre a conduta descuidada e um dado resultado.

---

<sup>7</sup>MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal, parte geral. 8. ed. São Paulo: ATLAS, 1994.p.140

### 2.1.3. As hipóteses de causalidade hipotética e causalidade alternativa

As falhas da Teoria da equivalência das condições não terminam na delimitação da relação causal. A utilização da fórmula da eliminação hipotética traz, muitas vezes, a exclusão de fatores causais relevantes juridicamente, além de, no mínimo, gerar dúvidas de como considerá-los. Dentre estes fatores podemos considerar os casos de causalidade hipotética e causalidade alternativa.

A causalidade hipotética diz respeito às hipóteses em que, na ausência da ação do agente, esta seria praticada por outrem, da mesma forma em que fora praticada pelo agente. Eis o exemplo dessa situação: o soldado que executa um prisioneiro de guerra, por ordem de seu superior, o que teria sido feito por outro, da mesma maneira, caso se negasse a cumpri-la. Ora, aplicando-se, ao pé da letra a fórmula da eliminação hipotética, o soldado não causou o resultado, pois que, suprimindo-se sua conduta, o resultado adviria da mesma forma.

A causalidade alternativa, por seu turno, diz respeito ao caso em que dois ou mais agentes realizam condutas absolutamente independentes, as quais, mesmo se consideradas de *per si*, seriam capazes de provocar o resultado lesivo. Tome-se como exemplo a seguinte situação: A e B, atuando de forma independente, realizam disparos de arma de fogo na região torácica da vítima, de modo que ambos os tiros, por si só, seriam capazes de lesionar fatalmente a vítima. Mais uma vez a famigerada e imperfeita fórmula da eliminação hipotética se mostra imprestável, pois se suprimindo a conduta de A, o resultado ocorreria da mesma forma, em virtude da ação de B, o que, por sua vez, implicaria a absurda conclusão de não considerar causal a ação de A.

#### 2.1.4. A ação que impede os cursos causais salvadores

Outro ponto de fragilidade da Teoria da Equivalência das Condições diz respeito às ações que impedem cursos causais salvadores. Por exemplo, alguém rasga a mangueira do caminhão de bombeiros, que, se não fosse por isso, teria apagado o incêndio ou alguém que destrói o único medicamento capaz de salvar a vida de um moribundo.

É evidente, nesses casos, a necessidade de imputação por crime comissivo consumado, caso reste provado que o curso causal obstado pela conduta do agente haveria, mediante uma probabilidade real e segura, impedido o resultado típico. E aqui, mais uma vez, estamos diante de uma situação em que a aplicação da “condition sine qua non” em sua integralidade nos traz mais uma de suas deficiências. Vejamos: Como será possível conceber a causalidade do agente? Haverá nexos causal entre a ação do agente que impede o salvamento e o resultado que advém de sua ausência?

É lógico que não há causalidade, se considerarmos em sua percepção tradicional, na medida em que a obstrução do salvamento não causa, fisicamente, o resultado, mas impede apenas a sua evitação. Tal concepção de causa, para Roxin, não é jurídica, satisfazendo-se com a sucessão conforme a lei dos acontecimentos, a qual exige apenas que a ação do agente condicione o resultado.<sup>8</sup>

De uma forma ou de outra, podemos observar que o simples conceito natural de causalidade, aplicado mediante a simplória fórmula da “condition sine qua non”, não é capaz de solucionar a questão.

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. Op.cit., p. 358.

### 2.1.5. a influência da física quântica na desconstrução da relação causa-efeito

A teoria da causalidade de GLASER, que tinha a premissa causa-efeito como um dogma paradigmático à qual a um antecedente teria que suceder um conseqüente, foi profundamente influenciada pela evolução da física mecânica de Newton.

A partir da formulação do Princípio da Indeterminação do Átomo por Heisenberg, prêmio Nobel de Física Nuclear em 1930, a causalidade física acabou profundamente descaracterizada.

Através de seus experimentos, Heisenberg verificou que não se podem prever eventos futuros com precisão, uma vez que também não é possível medir precisamente o estado presente do universo. Estaríamos, portanto, diante do fim do determinismo; do fim da causa-efeito: uma verdadeira revolução científica. Assim, para Roxin, uma lei natural havia sido desvendada: a relação causa-efeito não é certa, mas meramente provável.<sup>9</sup>

Tal fato, por sua vez, atingiu profundamente as ciências sociais, inclusive as ciências jurídicas, sendo forçadas a conceber a irregularidade no âmbito da própria regularidade. O Direito não é uma ciência linear, mas, ao contrário, ao ler um mundo irregular, teria necessariamente que dar margem à peculiar dissidência da regularidade.

A descoberta da relatividade e o moderno entendimento da interdependência entre os elementos formadores dos cosmos, independentemente de sua compleição, suplantaram as antigas teorias físicas-mecânicas e, passou-se a se exigir, então, uma reformulação do conhecimento em todas as áreas, inclusive nas ciências jurídicas. Todavia, é necessário ressaltar, antes de qualquer coisa, que a revolução científica não invalida por completo a teoria da “condition sine qua non”.

---

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. Op.cit. , p.346

Nesse esteio, surge a teoria da Imputação Objetiva do Resultado como uma alternativa ao sistema penal, que, por possuir um caráter teleológico, está construído sobre fins e, portanto, necessita de uma fundamentação para ligar esse fim a um resultado, dentro da situação típica.

Como foi possível constatar, por algumas falhas, a teoria da equivalência sofreu certa resistência da doutrina alemã no seu modo original; Frank desenvolveu a teoria da “proibição do regresso”; Kries deu início à teoria da “adequação e relevância”; Engisch apresentou a teoria da “condição conforme uma lei natural”.

Como será mais detalhadamente exposto na continuação deste trabalho, a verificação causal, reformulada, é relegada a um patamar mínimo e analisada não mais pelo sistema de hipóteses (Teoria da Equivalência das Condições), que faz com que a teoria da Imputação Objetiva, mesmo independente, não substitua a causalidade, mas a complemente e aprimore, de forma a permitir a interação de fatores no seu próprio âmbito.

## 2.2. JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

a) A respeito do *caput* do art. 13 do Código Penal Nacional:

Sem que haja relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o resultado morte, não pode ele ser responsabilizado por esta (TACrSP, *Julgados* 78/210; *RT* 529/368), sendo inadmissível, no Direito Penal, a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva (STF, *RTJ* 111/619). Se é incerta a relação de causalidade entre a atividade do agente e a morte do ofendido, absolve-se (TACrSP, *Julgados* 66/227). Se a vítima, para escapar à agressão, feriu-se na fuga, responde pela lesão o agente que a quis agredir, pois há relação de causa e efeito (TACrSP, *Julgados* 86/311, 69/327).



b) A respeito do § 1º do art. 13 do Código Penal Nacional:

- Admitindo:

O nexu causal, tanto nos crimes dolosos como nos culposos, não suporta a superveniência de causa que, por si só, afete o resultado e possa isentar a responsabilidade do agente (TACrSP, *Julgados* 84/407; *RT* 598/349). "A cirurgia facial, que não tinha por objetivo afastar o perigo de vida, provocado pela lesão, mas tão-só corrigir o defeito, constitui-se causa independente, apta, por si só, a produzir a morte" (TJSP, *RT* 530/329). Se o evento resultou de ato da vítima, consistente na ação independente de descer do veículo em movimento, que se intercalou na relação causal iniciada pelo agente ao abrir a porta antes do ponto de desembarque, a interrupção da causalidade afasta a culpa do agente (TACrSP, *RT* 453/401). Se a morte da vítima decorreu de sua condição pessoal de cardíaca, ignorada pelo agente, não a tendo atingido os tiros desfechados por este, responde ele por tentativa e não por homicídio consumado (TJSP, *RT* 405/128).

- Não admitindo:

Não é superveniência de causa independente o surgimento de infecção nas meninges ou broncopneumonia durante o tratamento das lesões sofridas (TACrSP, *Julgados* 82/305; TJSP, *RJTJSP* 161/276). Não importa que a condição de diabética tenha concorrido para a morte da vítima de delito de trânsito (TACrSP, *RT* 527/362). Responde pelo crime o agente que, ameaçando a vítima de submetê-la à prática de atos libidinosos, deu causa a que se atirasse do veículo em movimento (TJRJ, *RT* 637/290). Também responde se a vítima, ao fugir de roubo às margens de rodovia, vem a ser atropelada e morta (TJSP, *RJTJSP* 158/304).

### 3. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA (TEORIA DA ADEQUAÇÃO)

Essa teoria, elaborada por Von Kries, nasceu após a reforma do Código Penal Alemão de 1953 para evitar algumas injustiças (ou absurdos) na aplicação irrestrita da teoria da equivalência dos antecedentes. Anteriormente, aplicava-se a responsabilidade objetiva nos delitos agravados pelo resultado, isto é, se uma pessoa viesse a ferir outra de forma superficial e essa viesse a falecer por um acidente automobilístico a caminho do hospital, o sujeito responderia por lesões corporais seguidas de morte.

Para a teoria da causalidade adequada só se considera como causa a conduta que isolada, tenha probabilidade mínima de provocar o resultado, ou aquela condição que, segundo as relações comuns da vida social, possua idoneidade genérica para produzir tais lesões. São deixados de lado os acontecimentos extraordinários e excepcionais.

Analisemos a morte de um passageiro atingido por um raio quando o cocheiro, ao dormir, seguiu equivocadamente o caminho errado: Ao aplicarmos a teoria da equivalência dos antecedentes temos que se o condutor não tivesse dormido a carruagem não teria seguido o caminho errado e, por isso, o raio não cairia sobre o passageiro.

Mediante um critério puramente físico, naturalístico, não há como recusar a existência de um liame causal entre a conduta omissiva do cocheiro e a morte do viajante. A causalidade adequada, contudo, temperando os excessos decorrentes da *conditio sine qua non*, vai afastar, do ponto de vista jurídico, a relação de causa e efeito, por considerar a absoluta imprevisibilidade e improbabilidade entre uma efêmera soneca e um relâmpago assassino.

É exatamente nessa oposição ao critério naturalístico que a teoria da adequação se excede. Quem também pensa assim é o doutrinador Juarez Cirino dos Santos quando aduz

que essa teoria "procura resolver, simultaneamente, questões de causalidade e questões de atribuição, porque identificar a causa *adequada* para o resultado típico é, também, identificar o fundamento da atribuição do resultado ao autor, como obra dele"<sup>10</sup>.

A teoria da causalidade adequada foi base para a construção das modernas teorias da imputação, pois além de demonstrar as falhas da teoria da *conditio sine qua non* também tornou os fatos imprevisíveis irrelevantes para o campo penal.

#### 4. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Teoria desenvolvida por Hans Welzel (que, como vimos anteriormente, foi quem introduziu o finalismo), essa é uma teoria precursora do movimento da Imputação Objetiva, e se fundamenta na adequação social. A teoria social da ação pode ser enquadrada dentro do sistema finalista, uma vez que incorpora boa parte de seus postulados. Foi concebida visando suplantiar o conceito finalista e, por essa razão, agregou um elemento até então inexistente ao conceito de ação, qual seja, a relevância social. Desse modo, a ação passa a ser concebida como a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela ação e dirigida a uma finalidade. Tal concepção não angariou muitos adeptos, dentre outros motivos, pelo fato de que a teoria social da ação faz com que condutas socialmente aceitas constituam irrelevantes penais, o que, em última análise, significa a revogação de uma lei penal por um costume social. Perceba, então, que Hans Wenzel foi o primeiro autor a estabelecer um contato entre o fato punível e a realidade social e hermenêutica.

A teoria fundamenta-se na premissa que o Direito Penal só tipifica as condutas que tem alguma relevância social. As condutas que se adequam socialmente não poderiam ser

---

<sup>10</sup> ROXIN. op. cit., p. 48.

delitos e, dessa forma, "devem ser excluídas do âmbito da tipicidade". Um fato não pode ser aceito pela sociedade e ao mesmo tempo ser definido em lei como infração penal.

Esse conceito de adequação social se aproxima do que a doutrina adepta da Imputação Objetiva chama de "risco permitido", porém, por ainda ser uma idéia imprecisa, ela não foi aceita como uma teoria e sim como uma interpretação.

#### 4.1 JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

Se o descaminho referiu-se a objetos de pequeno valor para comércio de sacoleiro, além do princípio da insignificância, aplica-se o da adequação social, pois a sociedade não considera a prática de tal comércio como ilícito penal (TRF da 1ª Região, *RT 727/601*).

#### 5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Tal teoria será analisada em um capítulo próprio a seguir em virtude de sua complexidade e, principalmente, por ser o objeto de estudo maior deste trabalho monográfico.

### CAP II: SISTEMA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

#### 1. INTRODUÇÃO À(S) TEORIA(S) DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Antes de qualquer coisa, convém explicitar que as teorias da imputação objetiva são elementos que compõem o sistema da imputação objetiva. Expliquemos melhor essa afirmação: a expressão “sistemas penais” é pouco utilizada pela doutrina pátria. Muitos preferem referir-se a “teorias penais”. Assim, por exemplo, diz-se com mais frequência “teoria clássica” do que “sistema clássico”. A terminologia “sistema”, entretanto, afigura-se mais adequada. Na definição de Kant, sistema é a “unidade dos múltiplos conhecimentos sobre uma idéia” ou “uma totalidade de conhecimentos ordenada sob princípios”<sup>11</sup>. Sistema penal, portanto, indica um conjunto de teorias intrinsecamente relacionadas, desenvolvidas durante determinado período da evolução da dogmática penal.

Atualmente, apontam-se os seguintes sistemas penais:

- a) sistema clássico (ou sistema “Liszt / Beling / Radbruch”), que remonta ao início do século XX;
- b) sistema neoclássico (corresponde ao anterior, acrescido da teoria de Reinhard Frank), surgido em 1907;
- c) sistema finalista, difundido a partir da década de 1930;
- d) sistema da imputação objetiva, amplamente divulgada a partir da década de 1990.

O grande progresso trazido pelo finalismo na década de 30 limitou-se ao tipo subjetivo já que muitas questões referentes ao tipo objetivo ainda não haviam sido solucionadas.

Como já vimos nessa pesquisa, a contraposição ao pensamento finalista de Hans Welzel é expressa hoje através de várias vertentes como a da(s) teoria(s) da imputação objetiva.

---

<sup>11</sup> APUD, Claus Roxin, Funcionalismo e Imputação objetiva no direito penal, p. 188

Nos referimos aqui às *teorias da imputação objetiva* do resultado, pois, seus dois maiores expoentes, Claus Roxin e Günther Jakobs, pensam de maneira um pouco diferenciada (as idéias dos autores serão analisadas em separado).

Essa não-uniformidade é alvo de algumas críticas: José Henrique Pierangelli afirma que não há falar em uma teoria da imputação e sim em um *movimento*. Luiz Flávio Gomes assevera que a imputação objetiva "não é propriamente uma teoria, senão um conjunto de princípios elaborado para cumprir a função de delimitar e corrigir o nexo de causalidade". Bernardo Feijóo Sánchez vai mais longe ao dizer que, "salvo valiosíssimas e escassas contribuições, a teoria da imputação objetiva, em seu atual grau de desenvolvimento, não vai além de um conglomerado desconexo de princípios e critérios que se contradizem entre si, carecendo de um elo condutor que lhes outorgue uma lógica interna".

A concepção dominante do tipo já não corresponde a uma teoria subjetivista ou finalista do injusto pessoal, mas se canaliza através da referência à teoria da imputação objetiva, ainda que não se tenha alcançado um acordo definitivo sobre como deve ficar constituída uma teoria do injusto pessoal, desenvolvida a partir dos pressupostos desta teoria teleológica-valorativa.

De qualquer forma, é importante frisar que "a teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causal como na final", com a compatibilidade do posicionamento do dolo no tipo subjetivo (talvez seja por isso que Damásio de Jesus conclui, em sua obra sobre o assunto, que a Imputação Objetiva e o Finalismo podem conviver em harmonia).

A teoria causal da ação conduzia a um *regressus ad infinitum*, olhos postos na teoria da *conditio sine qua non*, e é exatamente nessa seara que a teoria da imputação objetiva procura trabalhar. "A dogmática penal atual reconhece a necessidade de a teoria da relação

causal ser restringida por uma correção limitadora, evitando os males do *versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delicto..*"<sup>12</sup>

Além disso, enquanto os finalistas consideram a ação de matar como o direcionamento voluntarioso do curso causal no sentido da morte e, dessa maneira, não consideram o homicídio culposo uma ação de matar, a concepção funcionalista prevê que "toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar"<sup>13</sup> mesmo quando não houver dolo. Essa concepção gera, assim, um deslocamento do centro de gravidade para o tipo objetivo.

Antes de nos aprofundarmos no estudo das teorias propostas por Claus Roxin e Günther Jakobs far-se-á uma análise criteriosa da evolução do conceito de imputação.

## 1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

### 1.1.1 Platão e Aristóteles

Apesar da Imputação Objetiva ser apontada como um renascimento de conceitos neokantianos, Platão e Aristóteles também contribuíram para essa moderna construção doutrinária.

Platão foi o primeiro a falar que era a lei que definia a imputabilidade do ato moral e que o sujeito era responsável por suas próprias ações, bem como às conseqüências que dela decorrem. Até então, o conceito de imputação era ligado à simples ação dos deuses. Nas palavras do próprio Platão, em sua obra A República, "a virtude não tem senhor; cada

---

<sup>12</sup> JESUS, Damásio de. 2000. p. 24

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 39, p. 20, Jul.-Set. 2002.

um a terá em maior ou menor grau, conforme a honrar ou a desonrar. A responsabilidade é de quem escolhe. O Deus é isento de culpa".<sup>14</sup>

Aristóteles aprimorou os estudos de Platão dizendo que:

[...] só se pode atribuir a responsabilidade por uma ação a quem voluntariamente fez uso de sua "liberdade natural" (livre determinação de agir), com ou sem ânimo de praticar determinado delito, sem adequar seu comportamento ao juridicamente exigível. Tão somente os atos que estão sob domínio da vontade são suscetíveis de imputação [...].<sup>15</sup>

Assim, podemos dizer que o conceito de imputação concebido por Aristóteles é ontológico, mas também apresenta alguns traços valorativos.

### 1.1.2 Samuel Pufendorf

Samuel Pufendorf, filósofo do direito natural, reelaborou a doutrina de Aristóteles e afirmou que só podem ser imputados ao homem os resultados que dependam da vontade humana ou que por ela sejam domináveis. Logo, ele não entendia como ação humana qualquer movimento proveniente de um homem, mas só aquele que é dirigido pelas específicas capacidades humanas, ou seja, o intelecto e a vontade.

Segundo Hans Welzel, citado por Luiz Régis Prado, "Pufendorf foi certamente o primeiro a introduzir na ciência do Direito Penal o fundamental conceito de imputação (*imputatio*), tratando-o sistematicamente".<sup>16</sup>

A base de sua teoria da imputação dividia-se em duas acepções: *imputativitas* e *imputatio*, sendo a primeira uma relação entre ação livre e agente, isto é, a ação só será imputada ao homem quando causada por ele com consciência e vontade. A expressão

---

<sup>14</sup> PLATÃO apud PRADO; CARVALHO. op cit., p. 17.

<sup>15</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 19.

<sup>16</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 21.



*imputatio* seria a operação judicial para comprovar a ocorrência dos elementos que compõem as imputativitas, isto é, um juízo de valoração *ex post*.

### 1.1.3 Georg Hegel

Parte da doutrina diz que a(s) moderna(s) teoria(s) da imputação objetiva sedimenta(m)-se no início do século XIX com Georg Hegel, através da elaboração do princípio de que um fato só pode ser imputado como responsabilidade da vontade.

Segundo o doutrinador, a imputação volta a ser uma característica interna da ação que nada mais era senão uma vontade livre realizada por um sujeito imputável.

Conceito baseado na concepção de Pufendorf, seu erro residia no fato de identificar a ação do direito penal com a ação ('livre') culpável conforme ensinamento de Hans Welzel. Neste contexto sua idéia é questionada pela doutrina em relação à aplicabilidade nos delitos culposos os quais o resultado não é aplacado pela vontade do sujeito.<sup>17</sup>

### 1.1.4 Karl Larenz

Foi da filosofia jurídica de Georg Hegel, porém, com algumas diferenças, que Karl Larenz, no ano de 1927, extraiu sua concepção de imputação objetiva. O doutrinador expressou suas idéias através da divulgação de sua tese "A teoria de imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva".

---

<sup>17</sup> CAMARGO., op. cit., p. 61

Sobre a questão, Luiz Régis Prado assevera que "O próprio Larenz afirmava que seu conceito de fato coincidia com o conceito de ação de Hegel, o que não é verdade. Hegel concebia a ação como um complexo subjetivo (vontade) e objetivo (fato); já Larenz extirpa da ação sua estrutura material (momento subjetivo), de modo que seus critérios normativos de restrição da causalidade não restringiriam a *imputativitas* – como fazia Hegel –, mas sim a *imputatio*, no sentido de Pufendorf".<sup>18</sup>

Para Georg Hegel um acontecimento "só poderia ser submetido à valoração jurídica se fosse exteriorização da vontade subjetiva ou da moral"<sup>19</sup> do agente. Assim, os fatos que não são abarcados como obra do sujeito consideram-se produtos do acaso. Ora, como visto anteriormente, essa teoria era inaplicável aos delitos culposos.

E é nesse ponto que Karl Larenz diverge de seu mestre, Georg Hegel, tomando em sentido objetivo os conceitos de finalidade e imputação. Ele cria uma possibilidade de previsão ao afirmar que "a objetividade do conceito de imputação permite que este englobe, além dos fatos conhecidos e queridos (fatos dolosos), aqueles que poderiam ter sido abarcados pela vontade do sujeito (fatos culposos)".<sup>20</sup>

Para Karl Larenz:

A "imputação nada mais é do que a tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais e é chamada de objetiva porque essa possibilidade de previsão não é aferida com base na capacidade e conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do 'homem-inteligente-prudente'".<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit. p. 30

<sup>19</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit. p. 31

<sup>20</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit. p. 31

<sup>21</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit. p. 30

A expressão "Imputação Objetiva" foi adotada pela doutrina moderna. Por outro lado, a concepção majoritária atual da(s) teoria(s) da imputação objetiva abandona as iniciais fundamentações de Karl Larenz e baseia-se em considerações teleológico-normativas derivadas do fim que se atribui ao Direito Penal e às normas penais. "Esta teoria se converte num juízo teleológico, enquanto as características individuais do autor se encontram na culpabilidade.." <sup>22</sup>

#### 1.1.5 Richard Honig

Richard Honig, apontado como um dos precursores da linha de pensamento da moderna teoria da imputação objetiva, difere de Karl Larenz por não mais enfatizar a imputação do comportamento e sim do resultado.

Honig trouxe para o Direito Penal a imputação objetiva, com base na persecução objetiva da finalidade, excluindo os cursos causais determinados pela causalidade e estabelecendo um juízo de imputação autônomo, no qual o resultado é o reflexo de um fim.

Têm relevância para o ordenamento jurídico aqueles resultados que possam ser pensados finalmente em virtude de sua alcançabilidade ou evitabilidade. Assim, podemos dizer que a exclusão dos fatos determinados pela causalidade foi a base do pensamento de Richard Honig.

Por ser a causalidade muito ampla, a conduta humana só terá importância para o Direito Penal quando houver uma finalidade objetiva ligada a essa causalidade. "São, portanto, imputáveis aqueles resultados que podem ser finalmente vislumbrados." <sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> CAMARGO. op. cit., p. 62.

<sup>23</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 35.

Richard Honig apresenta o clássico exemplo do sobrinho que pretende receber a herança do tio rico e faz com que o mesmo dirija-se, em um dia de chuva, a uma floresta onde costumam cair muitos raios.<sup>24</sup>

Embora haja a vontade do sobrinho de receber a herança, não é possível imputar o resultado morte a ele, pois o mesmo não tem o controle causal sobre o resultado. Não se examina a consciência e vontade de um agente em particular e sim do que poderia ser compreendido conscientemente pela vontade humana em geral. Por isso trata-se de uma imputação *objetiva*.<sup>25</sup>

Conclui-se, assim, que os atuais defensores da Imputação Objetiva coincidem com Richard Honig apenas por considerar que a relação entre conduta e resultado não se acaba com a causalidade.

## 1.2 CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Como visto no capítulo anterior, o problema causal ainda é um centro de discussão dentro do Direito Penal e as teorias do nexó de causalidade apresentadas não satisfazem o objetivo de identificar os fatos relevantes para o Direito. "Há a necessidade da teoria da relação causal ser restringida por uma correção limitadora, evitando os males do '*versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delicto*'. "<sup>26</sup>

Já foi apontado anteriormente que não há uma uniformização quanto ao conceito de Imputação Objetiva, porém, pode-se ressaltar que "só haverá imputação objetiva quando for

---

<sup>24</sup> CAMARGO. op. cit., p. 63.

<sup>25</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 36.

<sup>26</sup> JESUS. Damásio de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2002.

possível imputar um resultado a uma pessoa se a ação desta criou um risco juridicamente desaprovado que está refletido no resultado típico".<sup>27</sup>

Para Damásio de Jesus, "imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico."<sup>28</sup> É necessário que haja outro nexo, além da relação de causalidade, para a atribuição de um resultado a uma pessoa, qual seja, a realização de um risco proibido pela norma.

Imputação objetiva não se confunde com *responsabilidade penal objetiva* que determina ao autor do fato sua responsabilidade, ainda que não haja atuado com dolo nem culpa. Também não pode ser confundida com a *imputabilidade penal* (capacidade do autor diante de seu caráter de querer e compreender o fato delinqüente).

### 1.2.1 Aplicação da Imputação Objetiva

É pacífico o posicionamento da atual doutrina alemã acerca da aplicação da Imputação Objetiva a todos os tipos da parte especial e leis especiais, incluindo culposos e dolosos, bem como os omissivos. É bom lembrar que a tendência inicial era de aplicação somente aos crimes de resultado excluindo os de mera atividade e os omissivos.

Damásio de Jesus, Fernando Galvão e Luís Greco são alguns exemplos de doutrinadores nacionais que acolhem a idéia que a imputação objetiva aplica-se a qualquer crime e não só aos crimes materiais. Reyes Alvarado aduz que "a teoria da imputação objetiva, como determinadora do injusto do comportamento, é aplicável a todos os tipos da

---

<sup>27</sup> CAMARGO. op. cit., p. 70.

<sup>28</sup> JESUS, 2000. p. 33.

parte especial, isto é, tanto aos delitos de resultado como aos que encerram perigo, igualmente aos ilícitos dolosos e culposos"<sup>29</sup>. Na visão desses autores a teoria incide em crimes tentados e consumados, materiais, formais e de mera conduta, comissivos e omissivos.

É certo que grande parte dos casos problemáticos que se pretendeu resolver com essa teoria dizem respeito aos delitos culposos e que o desenvolvimento da noção da criação do risco juridicamente relevante não autorizado se assemelha à observância ao dever objetivo de cuidado, mas nos fatos dolosos a criação da situação de risco é tão evidente que os esforços doutrinários se concentraram nas dificuldades apresentadas para a determinação da situação de risco não intencional.

Segundo a doutrina há vários casos específicos de interesse na aplicação dos critérios de imputação objetiva. Podemos exemplificar duas dessas situações peculiares, quais sejam, a aplicação aos crimes impossíveis e a violência desportiva.

O preceito legal do primeiro caso é o art. 17 do Código Penal Nacional:

*Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*

A teoria da imputação objetiva elucida a atipicidade dos casos ao afirmar que não há criação de um risco juridicamente desaprovado. Além disso, no crime impossível, como não há a criação do risco não há falar em realização desse risco e por isso não há tipicidade.

---

<sup>29</sup> CAMARGO. op. cit., p. 71.

Como veremos especificamente, segundo Claus Roxin, a ação deve oferecer um risco ao bem jurídico para ser juridicamente relevante para o Direito Penal.

O preceito legal do segundo caso está no art. 23, III, do Código Penal e encontra-se acobertada por uma excludente de antijuridicidade, qual seja, o exercício regular de direito.

*Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:*

*I – em estado de necessidade;*

*II – em legítima defesa;*

*III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.*

Para a teoria da imputação objetiva a discussão encontra-se no âmbito do tipo já que se trata de um risco permitido. Desde que obedecidas as regras do esporte, estar-se-á realizando um risco permitido. A doutrina tradicional exclui a antijuridicidade do fato e a teoria da imputação objetiva exclui a tipicidade.

### 1.3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO CLAUS ROXIN

#### 1.3.1. A teoria do incremento do risco

Antes de ter suas considerações aclamadas pela literatura especializada, Claus Roxin teve sua primeira proposta rejeitada pela doutrina alemã e espanhola ao publicar um

artigo no qual trazia à tona questões relacionadas às "condutas alternativas adequadas ao direito".<sup>30</sup>

A teoria elaborada pelo autor, denominada *teoria do incremento do risco*, limitou-se inicialmente ao âmbito dos delitos culposos.

O critério do incremento do risco foi reservado para a solução dos casos de comportamentos alternativos ajustados ao Direito. Não se pode confundir a *teoria do incremento do risco* com a idéia geral proposta pelo autor como *princípio do risco*. A *teoria do incremento do risco* é uma teoria paliativa, se assim podemos dizer, que procura resolver um determinado grupo de casos.

Sua teoria tenta resolver de forma diferenciada os casos em que somente se pode demonstrar que provável ou possivelmente também tivessem ocorrido os resultados, comparando uma conduta hipotética que observava o risco permitido e a realizada pelo autor. Assim, se a conduta do autor incrementasse o risco de lesão em relação à hipoteticamente permitida, teríamos um tipo culposo consumado, enquanto, se não se incrementasse não se poderia imputar o resultado. Concluindo: em caso de dúvida sobre se o risco não permitido se integralizou no resultado, este se imputa sempre que se constata que o autor criou um risco não permitido.

Formulada de forma extrema essa teoria leva a conclusões precipitadas que infringem o princípio do *in dubio pro reo*. Por exemplo: um motorista que conduz a 53km/h, em uma área de limite de velocidade de 50km/h, e atropela um pedestre. Mesmo se não houver a certeza de que guiando-se a 50km/h o resultado seria evitado, ou o limite de velocidade teria reduzido o risco, entende-se que o motorista "matou" ou "lesionou". "O

---

<sup>30</sup> SÁNCHEZ. op. cit., p. 09.



incremento do perigo além do permitido faz a balança se inclinar em favor da proteção dos bens jurídicos." <sup>31</sup>

Há uma idéia de responsabilidade ilimitada. Se uma pessoa se comporta de forma inadequada não se distingue em seu comportamento a parte típica e a parte permitida. Claus Roxin acaba incorrendo na idéia *versarista* nesses casos de dúvida quando "não se sabe se o risco típico se integralizou no resultado", isto é, não se distingue uma parte permitida e outra proibida e o autor acaba respondendo por todas as conseqüências de seu comportamento antijurídico. <sup>32</sup>

### 1.3.2 Critérios de aplicação da imputação objetiva

Claus Roxin, no início da década de 70, formula uma série de critérios normativos de imputação para os delitos de resultado (tanto os dolosos como os culposos) visando à construção de uma teoria da imputação objetiva desvinculada do dogma causal.

Nas palavras de Antonio Luís Chaves Camargo: "Após os anos 70, os princípios e regras sistemáticas da imputação objetiva, vários critérios surgiram, determinantes da atribuição do resultado típico a uma ação exterior praticada pelo agente e com relevância jurídico penal." <sup>33</sup>

O ponto comum entre os critérios citados seria o *princípio do risco*, "com base no qual, partindo do resultado, o importante é saber se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico"<sup>34</sup>. Dessa forma, a

---

<sup>31</sup> SÁNCHEZ. op. cit., p. 41.

<sup>32</sup> Sobre o assunto: SÁNCHEZ. op. cit., p. 09-44.

<sup>33</sup> CAMARGO. op. cit., p. 72

<sup>34</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 64.

imputação objetiva tem relação com a ação humana, a qual deve criar um *risco juridicamente desvalorado* que tem por consequência um resultado típico.

Para o autor, mesmo havendo dolo, ações que não geram um risco juridicamente relevante não podem ser punidas pelo Direito Penal. Em outras palavras, "se o Direito Penal proíbe condutas para proteger bens jurídicos, é óbvio que só fará sentido proibir condutas que, de alguma forma, os ameacem, noutras palavras: condutas perigosas"<sup>35</sup>. Se o autor não cria um risco juridicamente relevante não existe uma realização do tipo ainda que ele saiba e queira causar determinado resultado.

Claus Roxin elaborou os seguintes parâmetros para a determinação do juízo de imputação objetiva: a diminuição do risco; a criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante; o incremento ou falta de aumento do risco permitido; o âmbito de proteção da norma e o alcance do tipo.

#### 1.3.2.1 Casos de diminuição do risco

A doutrina apresenta tradicionalmente o seguinte caso: A ao perceber que uma pedra cairá sobre B, não podendo evitar que isto aconteça, afasta-o de tal modo que o dano causado sobre este seja menor.

No caso exposto percebemos que houve uma diminuição do risco para o bem jurídico protegido. O agente não criou um risco modificando o curso causal para que a

---

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

consequência seja mais favorável a este bem jurídico. Mesmo caracterizando-se um dano ao bem não há um desprezo pela proteção valorativa do ordenamento jurídico.

As ações que diminuem o risco de lesão a um bem jurídico não podem ser típicas, não por uma mera falta de dolo ou culpa do autor, mas porque seria irracional punir ações que melhoram a situação do bem tutelado. Na mencionada hipótese, mesmo se na ação do autor estivesse presente o dolo de ferir o braço, e para isso necessitava-se desviar a pedra que estava na direção da cabeça, não há que se falar em tipicidade da ação.

Outro exemplo relacionado à diminuição do risco é o do médico que não consegue evitar a morte do paciente, podendo apenas adiá-la.

Do ponto de vista finalista a atuação do agente estaria amparada por uma causa de justificação (estaria no âmbito da antijuridicidade). Claus Roxin contesta essa visão, já que excluir a ilicitude pressupõe a afirmação da tipicidade da conduta quando esta, na verdade, é irrelevante para o Direito Penal<sup>36</sup>. A imputação objetiva afasta do âmbito do Direito Penal essas ações determinadas pela diminuição do risco já que nelas não está presente a tipicidade.

Destarte, nas situações em que a diminuição do risco refere-se a bens jurídicos diversos, teríamos a excludente de ilicitude. Basta olharmos para o exemplo proposto pelo próprio autor de um homem que joga uma criança pela janela de sua residência, a qual se encontra em chamas, provocando lesões corporais de natureza grave, mas evitando sua morte pela ação do fogo. Dessa forma poderíamos afirmar a imputação objetiva do resultado no caso de recorrer ao estado de necessidade como causa de justificação da lesão.

Para reconhecermos a diminuição do risco é necessário que este não seja substituído por outro de igual intensidade como no caso de uma pessoa que, para salvar outra de um

---

<sup>36</sup> ROXIN. op. cit., p. 314.

desabamento, acaba empurrando-a de uma altura capaz de determinar-lhe o resultado morte.

Além disso, o autor não pode ser o responsável pela criação do perigo ao bem jurídico nem pode estar obrigado a evitá-lo. Na ocorrência desta hipótese estaríamos diante de uma posição de garantidor do crime comissivo por omissão o que, no caso de ocorrência do resultado, não excluiria a imputação objetiva.

A crítica apontada por doutrinadores em relação à *diminuição do risco* é a solução do conflito de interesses situada no tipo, quando, na visão desses autores, essa discussão deve estar situada no âmbito da antijuridicidade através das causas de justificação.

#### 1.3.2.2 A criação ou não de um risco juridicamente relevante

Iniciaremos este ponto abordando o caso proposto por Claus Roxin do sobrinho que envia o tio a um bosque no meio de uma tempestade na esperança de que caia um raio e este venha a morrer, o que realmente acaba ocorrendo.

Para Claus Roxin em relação à "atividades normais e juridicamente irrelevantes da vida cotidiana, como passear pelo centro, tomar banho, caminhar pela montanha, os riscos mínimos socialmente adequados que deles derivam não são levados em conta pelo Direito, de modo que uma causação de resultado por eles provocada não é de antemão imputável."<sup>37</sup> Essa concepção baseia-se na teoria da adequação e na idéia de dirigibilidade objetiva a fins desenvolvida por Karl Larenz e Richard Honig.

---

<sup>37</sup> ROXIN. op. cit., 315.

No caso exposto, já que não houve a criação de um perigo não permitido por parte do sobrinho, não há se falar em ação típica. Não se analisa aqui a existência ou não de dolo, a questão é puramente objetiva.

A diferença do pensamento de Claus Roxin e de Welzel é que este nega a existência de dolo no caso exposto, enquanto aquele nega a presença do delito de homicídio em vista do alto grau de improbabilidade do curso causal.

Segundo o autor, também é aplicável esse critério às hipóteses de desvio do processo causal.

Claus Roxin dá como exemplo de hipótese de desvio do curso causal o caso de A atirar em B, com propósito de matar, ferindo-o, vindo o mesmo a morrer em consequência de um posterior incêndio no hospital em que estava internado. O doutrinador nega a existência de um homicídio doloso ou culposo ao negar a imputação objetiva. Vejamos:

Hans Welzel, no exemplo acima mencionado, conclui que mesmo que o resultado dependa da ação homicida de A, sua realização não foi finalmente visualizada por ele. Segundo o autor o que ocorreria aqui seria uma tentativa de homicídio, já que "o resultado típico não deve ser considerado como provocado dolosamente se se produz unicamente como consequência do encadeamento de circunstâncias inesperadas (desvio essencial do curso causal)".<sup>38</sup>

Claus Roxin concorda com a solução apresentada por Hans Welzel, porém não acata seus argumentos. Sustenta o autor que a criação do risco proibido derivada do disparo da arma de fogo "não desembocou na morte acidental posterior, porque o risco de que

---

<sup>38</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 72.

alguém que esteja em um hospital morra como decorrência de um incêndio é tão pequeno que deve ser juridicamente desconsiderado.<sup>39</sup>

Existe uma controvérsia em relação à admissão do critério do *risco juridicamente relevante* em relação aos crimes dolosos, haja vista que o referido critério abarca dois elementos dos tipos de injusto culposos, qual sejam, a *previsibilidade objetiva* e a *observância do dever de cuidado*. Os doutrinadores que criticam esse critério aduzem que como a inobservância do dever de cuidado objetivamente devido é um elemento que pertence à antijuridicidade, não tem sentido algum inserir a referência ao cuidado objetivamente devido para evitar a lesão dos bens jurídicos nos delitos dolosos de ação, pois neles a conduta vai dirigida pela vontade do autor a produzir a lesão ou o perigo do bem jurídico.

De toda a explanação, conclui-se que a criação de um risco não permitido reúne dois requisitos: um ontológico (que seria a criação do risco) e outro axiológico (o risco não é permitido).

### 1.3.2.3 O aumento do risco permitido

Segundo Claus Roxin, alguns aspectos devem ser levados em consideração pelo julgador: a) deve verificar se houve a realização ou não de um risco não permitido; b) verificar se o resultado provocado pelo autor era compreendido no âmbito de proteção da norma; c) averiguar se a conduta do autor aumentou o risco permitido e se o comportamento conforme o direito evitaria o resultado.

---

<sup>39</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 73.

O autor sugere o exemplo do industrial que fere o dever de cuidado ao entregar a seus subordinados, matéria-prima não desinfetada para seu manejo, provocando a morte de quatro deles. Mais tarde fica provado que, mesmo a correta desinfecção não teria evitado as mortes.<sup>40</sup>

Já analisamos o ponto de vista do autor nos casos em que não há certeza sobre o acontecimento do fato mesmo com a observância do dever de cuidado, em tópico anterior, ao analisarmos a *teoria do incremento do risco*. O doutrinador afirma que não havendo certeza se a ação produziu um aumento do risco deve-se punir, infringindo o princípio *in dubio pro reo*. Atualmente, é bom que se frise, os defensores do critério do aumento do risco exigem a comprovação desse aumento.

Aqui, Claus Roxin nega a imputação objetiva já que o resultado teria sido produzido da mesma forma, *com certeza*, no caso de observância do cuidado objetivamente devido pelo sujeito. "No caso, a imputação do resultado está relacionada com a inobservância de um dever de cuidado, totalmente inútil, mantendo-se dentro do risco permitido a não desinfecção do material".<sup>41</sup>

#### 1.3.2.4 O âmbito de proteção da norma

Toda norma tem um fim de proteção limitador do risco permitido. Esse fim, ou âmbito de proteção da norma deve ser observado nos casos de imputação objetiva.

Analisemos o seguinte exemplo, clássico na literatura penal, proposto por Hans-Heinrich Jescheck, de um ciclista que, conduzindo sua bicicleta à noite, seguido por outro

---

<sup>40</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 81

<sup>41</sup> CAMARGO. op. cit., p. 79

ciclista, choca-se com um terceiro ciclista que vinha em direção contrária. O acidente poderia ser evitado caso o segundo ciclista, que estava logo atrás do primeiro, tivesse farol em sua bicicleta e iluminasse o da frente.<sup>42</sup>

Claus Roxin destaca que a omissão do primeiro ciclista originou o risco de uma colisão, o qual se realizou. Da mesma forma, o fato do segundo ciclista não possuir iluminação em sua bicicleta também originou o perigo do primeiro ciclista sofrer um acidente. A diferença entre as duas condutas reside no fato de a norma de cuidado exigir a presença de iluminação na bicicleta, não para evitar choques de terceiros, mas sim para sua própria segurança. Dessa maneira, o resultado de lesão ao ciclista da frente não poderia ser imputado ao ciclista de trás.

O doutrinador sustenta que em casos semelhantes o resultado não seria imputável, pois o âmbito de proteção da norma "só abarca danos diretos".

Alguns autores equivocam-se ao afirmar que seria esse o critério aplicável para afastar a imputação nos casos de colocação em perigo de um terceiro voluntariamente aceito por este, nos casos de autolesão e de provocação de suicídios. Dessa forma, eles não fazem a distinção entre o *âmbito de proteção da norma* e o *alcance do tipo*. O próprio Claus Roxin não fazia distinção entre os dois critérios, no início. Apenas recentemente recorreu à expressão *alcance do tipo*.

---

<sup>42</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 84.



### 1.3.2.5 O alcance do tipo

Acabamos de observar: não há confundir o fim de proteção da norma com o alcance do tipo (ou finalidade de proteção do tipo). Enquanto o primeiro está no âmbito da criação de um risco juridicamente relevante, o segundo está no âmbito de realização do mesmo.

Roxin se utiliza da expressão alcance do tipo para esclarecer que, muitas vezes, a imputação pode fracassar porque o tipo não alcança os resultados característicos indicados no resultado produzido, uma vez que o tipo não se destina a evitar tais acontecimentos.<sup>43</sup>

Na maioria dos casos em que estão presentes a criação do risco não permitido e sua realização no resultado, tem-se que o fato é objetivamente típico. Contudo, quando o tipo penal não visava evitar o dano provocado pelo autor, também pode haver a exclusão da tipicidade.<sup>44</sup>

Apesar da aplicação deste argumento se dar principalmente no campo dos delitos culposos, Claus Roxin apresenta três grupos de casos onde há exclusão da imputação pela falta de alcance do tipo nos delitos dolosos, quais sejam: a contribuição a uma autocolocação dolosa em perigo; a heterocolocação em perigo consentida; e a imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheio.

#### a) a autocolocação em perigo consentida

Existe autocolocação em perigo se alguém efetua condutas criadoras de um perigo a si mesmo ou se expõe a um perigo já existente .

Analisemos o seguinte exemplo: A desafia B a atravessar um lago de gelo fino e quebradiço. B, ao aceitar o desafio, tenta atravessar o lago e acaba morrendo afogado

---

<sup>43</sup> CAMARGO. op. cit., p. 190.

<sup>44</sup> ROXIN. op. cit., p. 352

devido ao rompimento do gelo. A deve ser responsabilizado por homicídio doloso ou culposo?

Claus Roxin baseia sua resposta em uma peculiaridade do Direito Penal Alemão: a participação em suicídio não é punível naquele ordenamento jurídico. No ordenamento jurídico nacional tal argumento não procede já que está tipificado em nosso Código Penal, no art. 122, o auxílio ao suicídio.

Para o doutrinador, "se o mais (a autolesão) pode ser realizado sem punição, com maiores motivos se deve deixar impune o menos (a autocolocação em perigo)".<sup>45</sup>

No mesmo sentido, não é imputável a um traficante a morte por overdose de um de seus clientes, que injetou a heroína comprada. O risco não tolerado e punível apresenta-se aqui pelo tráfico de drogas e não pelo homicídio. Até a adoção da teoria da imputação objetiva pelos tribunais alemães, punia-se o traficante pelo homicídio culposo. Atualmente reviu-se o posicionamento com a adoção do princípio da *autocolocação da vítima em perigo*.

É de bom alvitre salientar que quando o autor estiver ciente de que a vítima não sabe dos riscos que sua conduta proporciona a eventual lesão será atribuída a ele como sua obra, esta será punível.

É o caso do exemplo proposto pelos autores do médico contaminado por varíola que continua a exercer sua profissão expondo seus pacientes ao risco de contágio. Para Claus Roxin, o médico é responsável pela transmissão da doença a seus pacientes, já que o tipo de lesões culposas tem a finalidade de prevenir tais condutas. Em relação ao paciente que sabia que o médico estava doente e mesmo assim submeteu-se a tratamento com o mesmo, houve a realização do perigo criado pelo médico, mas o paciente se expunha

---

<sup>45</sup> ROXIN. op. cit., p. 354.

conscientemente ao perigo. De acordo com o autor, há aqui uma autocolocação em perigo dolosa.

Claus Roxin também cita o exemplo da contaminação pelo vírus HIV. Para o autor, se ambos conhecem o perigo de transmissão do vírus através do ato sexual à pessoa que transmitiu não poderá ser imputado o resultado, pois o outro consentiu em se autocolocar em perigo.

b) a heterocolocação em perigo consentida

Aqui se analisam os casos em que a vítima não se coloca em uma situação de perigo, mas consente que uma terceira pessoa crie o risco para ela, tendo consciência do mesmo. É um tema amplo e bastante discutível, sendo necessária uma abordagem exclusiva sobre o assunto para maior compreensão.

Exemplo proposto por Claus Roxin é o do passageiro que, com pressa para chegar a determinado destino, pega um táxi e ordena que o condutor do veículo ultrapasse a velocidade máxima permitida e, em decorrência dessa velocidade, acontece um acidente em que o passageiro vem a falecer.<sup>46</sup>

No caso supracitado, a atuação da vítima exclui a tipicidade do agente. Ou, em outras palavras, o agir conjunto da vítima, atuando em interação com o agente exclui a tipicidade do fato.

Segundo a teoria da imputação objetiva o motorista do táxi não deverá ser punido. Destarte, o ordenamento jurídico nacional segue outra teoria, advogando pela responsabilização penal do motorista. Assim, conclui-se que "as culpas não se compensam". Por esse ponto de vista o motorista responderia por homicídio culposo.

c) atribuição do resultado ao âmbito de responsabilidade alheio

---

<sup>46</sup> ROXIN. op. cit., p. 367-368.

O alcance do tipo não abarca os resultados que deveriam ser evitados por um terceiro. Dessa forma, quando determinada pessoa assume a responsabilidade de evitar o resultado, aquele que inicialmente a detinha não é mais o responsável caso este se produza.

Tomaremos como exemplo o caso em que A dirige seu caminhão sem iluminação traseira e, por esse motivo, é interceptado por policiais em uma barreira. Para evitar colisões com carros que possam vir, um dos policiais coloca uma lanterna de luz vermelha na pista, atrás do caminhão, e ordena ao motorista que se dirija ao próximo posto de gasolina, informando que uma viatura irá logo atrás protegendo o caminhão não iluminado. Ao retirar a lanterna da pista antes de partirem, um veículo atinge o caminhão provocando a morte do passageiro do mencionado veículo.

Segundo o doutrinador, o resultado não pode ser imputado ao motorista do caminhão pelo fato dos policiais já terem assumido o controle da situação.

Da mesma forma resolvem-se os casos de erros médicos que agravam o estado da vítima lesionada por alguém. Exemplo: um motorista dirige de forma imprudente e ocasiona um acidente em que seu acompanhante tem a perna fraturada. O passageiro, ao ser levado ao hospital morre em decorrência de uma intervenção cirúrgica realizada de forma equivocada pelo médico.

Para Claus Roxin exclui-se a imputação, pois o médico substituiu ou não impediu a realização do perigo criado pelo autor. O autor não responde pela morte se, no curso da operação, um corte errado leva à morte por hemorragia, se forem ministrados medicamentos contra-indicados e que, por isso, provoquem a morte, se, em virtude de um erro de anestesia, sobrevém parada cardíaca etc. Também não é imputado o resultado ao autor se o médico se recusa a tratar o paciente vindo este a morrer em virtude dos ferimentos.

Porém, se o médico atuar devidamente, no caso de uma lesão mais grave que uma simples perna quebrada, observando todos os cuidados, mas mesmo assim o paciente vir a falecer, o motorista responderia pelo delito de homicídio culposo. Isso ocorre, pois o médico não criou um risco mortal e sim não evitou o risco criado pelo motorista.

### 1.3.3 RESUMO – OS ELEMENTOS DO CRIME DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO CLAUS ROXIN

Claus Roxin apresenta um novo conceito de ação diferente do proposto por causalistas e finalistas. Sua idéia é de que a ação é uma "manifestação da personalidade, ou seja, tudo que se pode atribuir como centro anímico-espiritual a um ser humano".<sup>47</sup> Trata-se de um conceito funcional onde o elemento básico que abrange todos os tipos de ações (sejam elas culposas, dolosas, inconscientes ou inconscientes, ou omissivas) é a manifestação da personalidade. Dessa maneira ficam excluídos do conceito de ação os pensamentos, as atitudes não exteriorizadas e a *vis absoluta*.

Além disso, apresenta uma nova concepção do tipo. No seu ponto de vista o tipo objetivo contém, em geral, a descrição do sujeito ativo, de uma ação típica e do resultado que é punido. A parte especial do Código Penal é responsável pela interpretação desses elementos e à parte geral cabe a apresentação de princípios que venham a reger a ação típica. Dentro ainda do tipo objetivo há uma subdivisão entre elementos descritivos (que são os que revelam os processos naturais e anímicos cognoscíveis) e normativos (onde se leva em conta o âmbito de proteção da norma, já visto aqui anteriormente). O tipo

---

<sup>47</sup> ROXIN. op. cit., p. 380.

subjetivo é representado pelo dolo e outros elementos subjetivos adicionais já apresentados pela teoria finalista da ação.

Apontamos anteriormente alguns pontos que, para Claus Roxin, são tratados no âmbito do tipo enquanto outros doutrinadores usam das causas de justificação para negar a antijuridicidade da conduta.

Claus Roxin "atribui à culpabilidade uma idéia de prevenção, que substituiu pela função de responsabilidade no sentido de que esta categoria responde sobre a necessidade jurídico-penal da sanção ao caso concreto". Assim, a conduta que for típica e antijurídica merecerá uma pena "de acordo com os parâmetros do Direito Penal". Essa pena teria como base a responsabilidade. Para o autor, a pena, além do aspecto preventivo, "deve indicar na pessoa do sujeito a necessidade e adequação da sanção a ser imposta".<sup>48</sup>

Quanto aos elementos do crime, Roxin estabelece que a partir da função político-criminal da dogmática, o tipo é associado à determinabilidade da lei penal conforme o princípio do nullun crimen; a antijuridicidade, ao âmbito das soluções sociais dos conflitos e a culpabilidade, à necessidade da pena de considerações preventivas.

Em síntese, para que um resultado seja objetivamente imputado a determinado comportamento, faz-se necessário, portanto, que este importe em um risco juridicamente desaprovado que se realize no próprio resultado. Além da necessidade de relação de causalidade entre uma pessoa e o resultado é preciso haver a criação e realização de um risco ou perigo não permitido abarcado pelo fim de proteção da norma e pelo alcance do tipo.

---

<sup>48</sup> CAMARGO. op. cit., p. 114.

## 2. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE GÜNTHER JAKOBS

### 2.1 FUNDAMENTAÇÃO

Segundo Günther Jakobs a missão do Direito Penal não é a proteção dos bens jurídicos já que estes estão constantemente expostos. Para ele, a verdadeira missão é garantir a identidade social e, para isso, é necessário que as violações da norma sejam punidas.

Para o autor, se o fim do Direito Penal fosse a proteção dos bens jurídicos não haveria como existir legalmente qualquer contato social. No sistema de Günther Jakobs a pena tem a missão de reafirmar a vigência da norma. O jurista parte do princípio de que a sociedade tem a expectativa de que cada pessoa cumprirá o papel que exerce dentro de um padrão pré-estabelecido.

A função da pena, como prevenção geral positiva que visa o exercício de reconhecimento da norma, é exposta com os seguintes aspectos: *confiança na vigência da norma*, apesar de sua eventual violação; *exercício da fidelidade ao Direito*, que é a conexão entre o comportamento e o dever de assumir seus custos e, *exercício da aceitação de suas conseqüências*, que é o reconhecimento de aceitar os custos e conseqüências penais, apesar de apreendida, pela sua violação. Estes aspectos caracterizam o que se denomina de *prevenção geral mediante o exercício de reconhecimento da norma*, ou seja, a prevenção geral positiva, não intimidatória.<sup>49</sup>

Günther Jakobs defende que a imputação objetiva do comportamento é imputação vinculada a uma determinada sociedade concretamente considerada. Em outras palavras, a

---

<sup>49</sup> CAMARGO. op. cit., p. 85.

sociedade deve determinar quais os riscos que devem ser suportados por ela e, por conseqüência, os que devem ser punidos. Há condutas que, mesmo lesionando bens jurídicos, devem ser suportadas para que não haja uma estagnação das relações sociais.

A aplicação da teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs se dá tanto no âmbito dos delitos culposos como nos dolosos.

Günther Jakobs subdivide as normas em dois grupos: as normas ao redor (ou entorno) do social, e as normas diretamente sociais.

As primeiras são aquelas que se estabilizam por si mesmas, não permitindo qualquer contrariedade, trazendo para quem as viola uma *pena natural*. São normas que observam as leis da lógica e da matemática. Exemplo: dois mais dois são quatro, o ser humano não consegue viver sem oxigênio. Ou seja, são normas que não precisam de tutela jurídico-penal.

As normas diretamente sociais são aquelas em que a violação não atinge a pessoa que a infringiu ou o grupo, pois as demais pessoas continuam a cumpri-las. Para manter a sociedade em harmonia, as ações que violarem essas normas são sancionadas com uma pena.

## 2.2 CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO

Günther Jakobs divide a imputação em dois níveis: o primeiro é a imputação das condutas ou dos comportamentos e o segundo diz respeito à imputação objetiva do resultado.

Há, como se vê, duas modalidades de imputação objetiva: da conduta e do resultado.



Na imputação objetiva da conduta o que se procura saber é se a conduta criou (ou incrementou) um risco proibido/intolerado relevante. Se a conduta, apesar de típica formalmente, era permitida, não há falar em criação de risco proibido.

Na imputação do resultado importa saber duas coisas: (i) se existe conexão direta entre o resultado e o risco criado e (ii) se o resultado está inserido no âmbito de proteção da norma.

O melhor é focar o tema em duas vertentes: imputação da conduta e imputação do resultado. O elo existente entre ambas é inegável.

A imputação do resultado é a relação de uma conduta típica e um resultado por meio de leis gerais específicas ou ditadas pela experiência. Sendo assim, na imputação do resultado irá se constatar se a produção do resultado tem relação com a realização do risco típico ou não.

Primeiramente há a qualificação do comportamento como típico (o que seria a imputação do comportamento) para então, no âmbito dos delitos de resultado, constatar-se que o resultado produzido se explica precisamente pelo comportamento imputável (imputação objetiva do resultado).

Dentro do primeiro nível o doutrinador propõe quatro critérios de imputação que devem ser observados.

### 2.2.1 O risco permitido

Sabemos que qualquer contato social cria um risco mesmo com os indivíduos agindo de boa-fé. Da mesma forma fica claramente evidenciada que se todos os contatos

sociais fossem evitados teríamos uma estagnação no convívio social. Para ilustrar podemos citar os exemplos do tráfego de veículos, de um aperto de mão que pode transmitir uma infecção, etc.

O risco permitido para ele, nada mais é do que o estado normal de interação inerente ao convívio em sociedade, ou seja, a vida social não se configura sem a permissão de certos riscos.

O autor descarta a configuração do risco permitido como resultado do cálculo entre custos e benefícios. Günther Jakobs prefere usar como fonte do risco permitido a configuração da sociedade, uma vez que cada uma tem suas particularidades (influências históricas, culturais, geográficas) que irão tornar um risco qualquer em um risco permitido ou proibido.

Dentro do contexto o doutrinador aduz que o risco permitido é necessário para a liberdade de cada um dentro da sociedade. Entretanto, a contraprestação desse benefício de liberdade não deve ser suportada por indivíduos determináveis. Em outras palavras, todas as vítimas de condutas que geram um risco permitido devem ser anônimas. Ilustrando a explanação Günther Jakobs cita o seguinte exemplo: "se *ex ante* se conhecesse a identidade das vítimas que o tráfego viário vai ocasionar num determinado dia, seria impossível que nesse dia o tráfego se desenvolvesse como atividade juridicamente permitida". Só pode haver um risco permitido se as vítimas potenciais sejam, além de vítimas, potenciais beneficiárias que a atividade proporcione. O risco deixa de ser permitido quando a própria norma o define assim. O tráfego de veículos é permitido desde que respeitadas as normas de trânsito.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> JAKOBS. op. cit., p. 35.

É eficaz a distinção entre risco permitido e causas de justificação. Assim, um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, mas porque nessa configuração é aceito de modo natural. Os comportamentos que criam riscos permitidos não são típicos. Não há falar em causas de justificação já que a tipicidade não é afirmada.

O autor conclui que comportamentos que ensejam riscos permitidos não estão dentro de um contexto especial para serem tolerados. Por outro lado, é isso que ocorre no âmbito da justificação onde comportamentos que *per si* são perturbadores restam admitidos.

Um indivíduo que se comporta dentro de padrões estabelecidos pela norma e/ou pela *lex artis* está dentro dos limites do risco permitido. Günther Jakobs cita que há âmbitos de vida que não podem ser regularizados por um padrão de comportamento. Cita o exemplo do médico em que normas acabariam por impedir o desenvolvimento de novas técnicas e procedimentos para a cura de pacientes. Nesse sentido o padrão de comportamento não estaria limitado por normas de direito e sim pela *lex artis*. É o caso das normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e das associações profissionais como a OAB, CREA (Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia) e CRM (Conselho Regional de Medicina). Dessa forma, o comportamento apresenta-se atípico para o Direito Penal.

Se alguém cria um risco permitido não haverá sequer tentativa. Na problemática do risco permitido há dois problemas cruciais: por um lado a grande relevância que Jakobs concede às normas extrapenais e às regras da técnica para a determinação do permitido numa determinada sociedade, e a relevância dos ‘conhecimentos especiais’ de que disponha o autor.

Destarte, existem situações em que o indivíduo não cumpre as determinações da norma desviando sua conduta do padrão esperado, porém tomando cuidados ou medidas de segurança especiais não exigidas pelo Direito, de forma a compensar esse comportamento perigoso. Mas, essas compensações tornariam a conduta do autor que não se encontra dentro dos padrões de risco permitido, adequadas?

Segundo Günther Jakobs, as condutas que são proibidas pelas normas de Direito não admitem compensações. Assim, mesmo quando são tomados cuidados especiais, o risco é proibido.

O autor cita o exemplo do motorista experiente que, conduzindo um automóvel dentro do limite de velocidade, mesmo que ligeiramente ébrio, induz maior segurança do que um principiante inseguro que não comete erro algum. O comportamento do motorista experiente não é permitido, pois a proibição da colocação abstrata em perigo discrimina não um determinado nível de risco, mas sim um tipo de comportamento. O autor aduz ainda que "no âmbito do regulado pelo Direito, não existe um grau fixo de permissão geral para levar a cabo colocações em perigo, mas a permissão está vinculada à configuração do comportamento".<sup>51</sup>

Quando não há normas jurídicas a questão difere do seguinte modo: as demais normas determinam um padrão que se pode alcançar de qualquer maneira, tanto levando-se em conta o descrito na norma, como de maneira diversa.

Para ilustrar sua explanação o doutrinador apresenta o exemplo do indivíduo que constrói um muro com espessura menor que a recomendada, porém com um material mais resistente.

---

<sup>51</sup> JAKOBS. op. cit., p. 47.

Nessa seara encontra-se a discussão doutrinária mencionada anteriormente: "Quem decidirá quando um comportamento é do tipo que se proíbe ordinariamente e quando concorrem condições ideais para sua realização?"

Para o autor não prospera atribuir essa decisão ao juízo do *homem cuidadoso*. Günther Jakobs analisa duas hipóteses: a) na primeira, a qual o doutrinador discorda, coloca-se no lugar do autor que criou o risco uma pessoa dita *expert* na matéria relativa ao caso concreto e que deve estar preparado por todos os conhecimentos e aptidões especiais do autor. O doutrinador, de forma pejorativa, fala que dessa forma estaríamos diante de um verdadeiro monstro, posto que jamais haverá dois sujeitos completamente semelhantes; b) a segunda hipótese diz respeito à administração de padrões objetivos em suas distintas concreções, predeterminados pela sociedade, e, inclusive, às vezes estabelecidos juridicamente.

Segundo o doutrinador a valoração do risco é relativa ao papel que o autor está exercendo. Dessa forma um médico que não utiliza materiais esterilizados para realizar um curativo não está exercendo seu papel de acordo com as expectativas da sociedade além de não seguir os procedimentos de sua *lex artis*, configurando esse risco como proibido. O autor da conduta que não observou as normas jurídicas criou um risco proibido e, a princípio, uma ação típica. Nos casos em que não existirem normas jurídicas leva-se em consideração o juízo do portador de um papel para saber se a ação foi criadora de um risco especial e se expôs alguém a um risco que exceda o cotidianamente inevitável. A partir das idéias de Günther Jakobs dá pra se elucidar o seguinte exemplo: Um médico, na realização de um curativo, deve esterilizar o local do ferimento utilizando materiais limpos a fim de evitar infecções na área machucada. Esse é o papel que a sociedade espera de um médico. Por outro lado, não se espera o mesmo comportamento de uma mãe que faz um curativo

com tecido para estancar o ferimento de seu filho. No caso em tela a mãe estará agindo dentro do risco permitido porque não tem conhecimentos especiais de primeiros socorros, principalmente se inserido em uma sociedade pouco desenvolvida e sem noções de higiene básica como em países pobres.

Pode haver várias permissões de riscos diferentes quanto papéis diversos existam em que se possa administrar o risco de modo socialmente adequado. A figura do *expert* é aplicada quando o papel exige certa especialidade, como por exemplo, no caso de um engenheiro químico ou um neurocirurgião no desempenho de suas funções.

É exatamente no âmbito do risco permitido que se encontra o ponto mais controverso da teoria da imputação do autor alemão: ele descarta, na análise do risco, quaisquer conhecimentos especiais do autor (obviamente quando o papel exercido não exigir tais conhecimentos) que possam ajudá-lo a prever o resultado lesivo. O fundamento apresentado pelo autor é o de que, nas situações em que a sociedade não exigir os conhecimentos especiais para o exercício do papel em questão, não é obrigação de ninguém possuí-los. E para ilustrar sua fundamentação, utiliza-se do exemplo do engenheiro, que ao alugar um automóvel, descobre, através de seus conhecimentos técnicos específicos, que os freios falharão em breve. Apesar disso, devolve o veículo ao locatário e o próximo cliente, ao usar o carro, sofre um acidente. Para o autor, o engenheiro não violou o seu papel e, no caso em tela, seu comportamento não ultrapassou o nível do risco permitido.

Então, na visão do jurista, ninguém tem obrigação de adquirir ou manter os conhecimentos especiais sobre algo, tratando-se de algo subjetivo. No exemplo apontado, do engenheiro, o autor diz que no momento em que ele constata o problema encontra-se no papel de arrendatário do automóvel e, por isso, não é garante na hora de devolver o veículo de que o mesmo esteja livre dos danos que se geraram à margem de seu comportamento.

Cabe aqui, verificarmos o entendimento de Günther Jakobs sobre o tema:

O autor pode entregar-se à maior das mínimas distrações que lhe impede adquirir o conhecimento especial, e pode licitamente esquecer-se subitamente de algo que um dia chegou a conhecer. Explicando de outro modo, a relevância jurídico-penal dos conhecimentos especiais ficaria limitada aos conhecimentos efetivamente existentes, é dizer, ao dolo. Entretanto, um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica.<sup>52</sup>

O doutrinador vincula os conhecimentos especiais ao dolo, e cita o exemplo de um garçom que, ao perceber que há uma fruta venenosa no prato que irá servir, aguarda até que chegue ao restaurante uma pessoa a quem odeia. No caso, o autor desvia o curso do destino, convertendo-o em objeto de sua organização, pelo que responderá pelas conseqüências.

O penalista alemão argumenta que devem-se levar em conta os conhecimentos especiais do autor quando houver certa vinculação entre ele e a vítima. Cita essa vinculação através de duas situações: a vinculação através de uma instituição da sociedade e por uma obrigação organizacional. Em relação à primeira situação, usa-se o exemplo do médico que ao realizar um curativo no filho deve observar técnicas inerentes à sua profissão. Na segunda hipótese temos o exemplo do dono de um automóvel que sabe que seu freio não está funcionando corretamente e, dessa forma, deve buscar a correção do problema, pois a sociedade espera que ele observe os padrões de segurança ditados por ela.

---

<sup>52</sup> JAKOBS. op. cit., p. 49.

### 2.2.2 O princípio da confiança

O princípio da confiança elaborado por Günther Jakobs baseia-se na seguinte proposição: "quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho"<sup>53</sup>.

O princípio da confiança baseia-se na recém citada divisão do trabalho. Cada qual é responsável pelo correto cumprimento do papel que exerce na sociedade e pode esperar que, da mesma forma, o outro também o seja.

O penalista germânico apresenta duas modalidades de aplicação deste princípio. A primeira hipótese está relacionada com a situação em que o autor cumpre o seu papel confiando na ação anterior de um terceiro. Para ilustrar utilizamo-nos do exemplo do médico cirurgião que confia no trabalho dos auxiliares responsáveis pela esterilização dos equipamentos. Se por acaso o responsável não esterilizar corretamente os equipamentos o resultado lesivo decorrente do fato não pode ser imputado ao médico. A expressão autor, aqui, refere-se ao autor da conduta inofensiva que posteriormente é desviada por um terceiro e não ao autor de um fato criminoso, este sim, responsável pela conduta típica.

A segunda hipótese é relativa ao autor que inicia uma tarefa em observância às normas jurídicas e/ou sociais que são exigidas e, por isso, não é responsável pela forma incorreta que um terceiro dá continuidade a sua obra. Basta inverter os papéis do exemplo anterior. O anestesista que observa as normas jurídicas e inerentes à sua *lex artis* não responde pelos danos causados ao paciente se o médico age de forma irresponsável.

---

<sup>53</sup> JAKOBS. op. cit., p. 26.



Conclui-se das duas hipóteses apresentadas que não pode haver regresso de responsabilidade na direção daquele que se comportou de forma socialmente adequada ou de acordo com o risco permitido numa determinada atividade.

Existem restrições óbvias ao princípio da confiança. É o caso de haver motivo para não se confiar na ação do terceiro Cite-se aqui, uma pessoa que se encontra embriagada, por exemplo.

### 2.2.3 A proibição de regresso

Uma particularidade da teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs é desenvolvê-la no âmbito da tradicional teoria da autoria e participação.

Exatamente por ser uma contribuição particular do jurista à objetivação do tipo, que supõe um interessante campo de discussão para a ciência penal, infelizmente, devido à amplitude do tema, não será possível analisar nos mínimos detalhes todas as nuances que envolvem tal assunto.

A *proibição de regresso* conclui que um comportamento considerado inofensivo e dentro do risco permitido não pode constituir uma participação em uma atividade não permitida. Não há falar em imputar o resultado lesivo ao sujeito que exerceu sua atividade de forma regular.

Para o jurista alemão, há proibição de regresso mesmo nos casos em que o autor da conduta inofensiva sabe da pretensão criminosa de um terceiro. Segundo Günther Jakobs, se um padeiro vende um pão para seu freguês, mesmo sabendo da intenção do mesmo em envenenar o produto com ânimo de matar alguém, ao padeiro não será imputado o resultado morte. Para o autor ou uma ação é inofensiva ou não é. A partir do momento em que o

padeiro, no caso em tela, agiu de acordo com as normas e padrões de comportamento não interessa como o terceiro irá agir posteriormente. O conhecimento do padeiro de que o seu cliente irá usar o pão para envenenar outra pessoa não muda a valoração de seu comportamento de inofensivo para ofensivo.

Violaria seu papel social, aquele sujeito que não mantém sob controle objetos perigosos, especialmente quando faz entrega deles ou quem adapta seu comportamento na planificação delitiva de outra pessoa. O autor apresenta em sua obra o exemplo de uma loja que vende artigos para jardim. Ora, isso é algo inofensivo, mas, a partir do momento em que se desenvolve uma luta violenta diante da loja e pessoas feridas que participaram da luta entram no recinto buscando a entrega imediata de uma enxada, o autor afirma que *pode ser que as coisas sejam distintas*. Neste aspecto leva-se em consideração o caráter subjetivo do fato.

Günther Jakobs conclui que um comportamento é acessório quando constitui um motivo para imputar o ato executivo realizado pelo autor. No demais, vigora uma proibição de regresso. A pessoa que se adequar ao plano delitivo do autor dá vazão para que o ato executivo lhe seja imputável.

A proibição de regresso é um tema que suscita discussões. Dois dos discípulos de Günther Jakobs, Derksen e Lesch estão tentando desenvolver a questão.

#### 2.2.4 A competência da vítima

O desvio danoso do papel que cada qual cumpre dentro da sociedade faz com que o resultado lesivo seja imputado ao autor da conduta. Às vezes o contato social não é de competência só do autor, mas também da vítima.

Podemos citar duas ocasiões distintas: a primeira é quando o próprio comportamento da vítima fundamenta que se lhe impute a consequência lesiva. A segunda hipótese refere-se aos casos em que a vítima, por obra do destino, encontra-se nessa situação. Nestes casos estamos diante de uma *competência da vítima*.

O doutrinador cita o consentimento como o caso mais conhecido de competência, ou capacidade, da vítima. Porém, como exposto logo acima, isso pode ocorrer por simples infortúnio da mesma.

Segundo seguidores da teoria finalista da ação, nos crimes em que o bem jurídico seja disponível, a competência da vítima deverá ser analisada no âmbito da antijuridicidade, como uma causa excludente da ilicitude. Para Günther Jakobs e os seguidores do funcionalismo, a mesma deverá ser analisada já no âmbito da tipicidade.

Na Alemanha, como a participação em suicídio não é punível, podemos trasladar essa visão aos crimes nos quais o bem jurídico seja indisponível. No caso do ordenamento jurídico nacional isso não é possível haja vista que a hipótese está tipificada no art. 122. e nós sabemos que embora não seja crime, o suicídio é antijurídico, pois a vida humana é um bem indisponível. Se fosse lícito não se admitiria, mesmo, a punição daquele que induz, instiga ou auxilia o suicida em seu gesto tresloucado.

O fundamento básico do pensamento do jurista alemão é que a vítima não pode assumir um *contato social arriscado* sem aceitar como fruto de seu comportamento as consequências que conforme um prognóstico objetivo são previsíveis.

Exemplo bastante discutido dentro da doutrina atual é o do contágio do vírus HIV através de relação sexual com uma pessoa que se prostitui ou que usa drogas. Günther Jakobs assim reflete sobre a questão:

No que diz respeito a este último caso, ainda há algumas questões pouco claras; nesse sentido, por exemplo, não está claro se a vítima unicamente atua a próprio risco quando não só conhece o modo de vida arriscado, mas também a infecção com o vírus da AIDS, ou, se, pelo contrário – como creio que é correto -, há uma ação de próprio risco quando conhece determinadas condições sob as quais uma pessoa cuidadosa contaria que existisse uma probabilidade de contágio superior à medida que esteja presente a enfermidade.<sup>54</sup>

Segundo o doutrinador não estão claras quais são as condições de competência da vítima que excluem de maneira total a competência do autor. Günther Jakobs diz que é necessário determinar se a vítima desempenhou papel de vítima ou se desempenhou o papel de alguém que atuou com próprio risco.

### 2.3 SÍNTESE – OS ELEMENTOS DO CRIME DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO GÜNTHER JAKOBS

Apresentamos anteriormente a visão do doutrinador Claus Roxin acerca dos elementos do crime. Resta-nos agora analisar como Günther Jakobs conceitua a ação, o tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade.

O conceito de ação apresentado por causalistas no início do século XIX foi definido por Von Liszt e Ernest Von Beling como sendo uma modificação no mundo exterior produzida de forma voluntária através de um movimento corporal consistente num fazer ou não fazer (omissão).

---

<sup>54</sup> JAKOBS. op. cit., p. 31.

A teoria finalista apresentou um conceito ontológico de ação baseado no pensamento welzeliano, afastando o conceito naturalístico ou causal e estabelecendo que a ação é um *fazer final*.

A visão finalista já não é mais vista como um sistema irretocável. Várias críticas foram elaboradas em torno do conceito de ação final dirigida voluntariamente a um resultado pretendido. Essas críticas possibilitaram o surgimento de novos conceitos de ação, e um deles é o apresentado por Günther Jakobs.

O doutrinador alemão conclui que o erro da doutrina finalista é vincular o conceito de ação somente às propriedades do ato executado, dessa forma não há menção à questão das alternativas do autor. Para ele, ação é a causação de um resultado inevitável individualmente. Partindo dessa idéia, vislumbra-se a impossibilidade da pessoa jurídica praticar ações já que:

[...] o relevante para o injusto penal não é a ação, mas um conceito que determine o que é o sujeito e o que é a ação. Neste sentido, o mundo exterior para o sujeito e o vínculo deste com o mesmo, caso de imputação, se tornam elementos de análise. A capacidade individual para dirigir a ação, como expressão de sentido individual, não é uma questão de propriedades psíquicas, ou de outro tipo, mas saber-se o que é um sujeito e quando pode ser responsabilizado pelos resultados de sua organização.<sup>55</sup>

O conceito de ação do autor está ligado à missão do Direito Penal na sua visão, qual seja, garantir a liberdade da sociedade. Assim, toda conduta que for contrária à norma terá por consequência uma pena.

Esse conceito de ação engloba tanto o comportamento culposo como o doloso e a omissão.

---

<sup>55</sup> JAKOBS apud CAMARGO. op. cit., p. 94.

No campo do tipo penal, o autor aduz que o tipo objetivo é a parte externa do delito, sendo o tipo subjetivo as circunstâncias que possibilitam a conversão de um tipo objetivo em ação típica. Cabe à parte especial a interpretação dos tipos objetivos que descrevem as ações que não são toleradas/permitidas pela sociedade. Surge o tipo subjetivo no instante em que há a exteriorização de uma ação para atingir determinado resultado.

Para Günther Jakobs o conhecimento do injusto não faz parte do dolo ou da culpa *stricto sensu*, pertencendo à culpabilidade.

O jurista classifica as ações que não são antijurídicas em duas espécies: a) as ações irrelevantes para o ordenamento jurídico (ex: tiros para o alto) e b) as que apesar de apresentar características de condutas antijurídicas são permitidas pela sociedade (ex: estado de necessidade).

A recondução das causas de justificação para o âmbito do tipo é baseada nos seguintes princípios: a) princípio da responsabilidade; b) princípio de definição de interesses por parte da própria vítima da intervenção; c) princípio da solidariedade. Sobre esses princípios, e com maiores detalhes, faz-se necessário um estudo mais aprofundado na própria obra do autor (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Fundamentos y teoria de la imputación**. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997). Haja vista a complexidade de tal tema, não nos ocuparemos de maiores explanações.

Günther Jakobs estabelece à culpabilidade uma função de prevenção geral. Para ele, a função da pena é a de dá eficácia e estabilização ao ordenamento. Quando o indivíduo não cumpre a norma a qual se submete, é imputada ao mesmo uma culpabilidade que se evidencia na pena.

### **CAP III: IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

#### **1. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

No âmbito do nexo de causalidade, verificamos a aplicação da *teoria da equivalência das condições* pelo nosso legislador quando do estudo do art. 13 e de seus parágrafos 1º e 2º do Código Penal Pátrio.

Na Alemanha, onde estão os maiores expoentes em matéria de imputação objetiva, não verificamos tal peculiaridade. Sendo assim, indaga-se: Seria possível a aplicação dos fundamentos da imputação objetiva dentro do ordenamento jurídico nacional?

Não podíamos deixar de demonstrar que a adoção da teoria da imputação objetiva não depende de reforma legislativa, porquanto a relação de imputação objetiva caracteriza elemento normativo implícito de todo tipo penal, podendo, assim, ser extraída do princípio constitucional da legalidade ( art. 5º, XXXIX DA CF/88). Além de que essa indagação já encontrar resposta dentro de nossa jurisprudência. Apesar da pequena, e muitas vezes equivocada, divulgação de tal teoria dentro da doutrina nacional, (podemos citar poucas obras que traduzem fielmente o pensamento dos autores alemães), já temos antecedentes em nossos tribunais.

## 2. CRÍTICAS À IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Em nossa doutrina encontramos algumas críticas ao pensamento funcionalista.

Na visão de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho o dolo representa um pressuposto da imputação objetiva visto que o tipo subjetivo é anterior ao tipo objetivo, pois o segundo é o objeto do primeiro e apenas por razões didáticas o tipo objetivo deve ser explicado antes do tipo objetivo. Os autores aduzem que "é imperioso que se parta do tipo subjetivo para se saber qual o tipo objetivo efetivamente realizado, visto que este último não se trata de mera causação de um evento no mundo exterior, mas produto de uma ação finalista dirigida e controlada pelo sujeito".<sup>56</sup> Os funcionalistas dizem que o tipo objetivo não se trata somente de mera causação de um evento no mundo exterior. Para eles a realização do tipo objetivo não está limitada à causalidade.

## 3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA EM RELAÇÃO AO ART. 13 DO CÓDIGO PENAL

O objeto de estudo da imputação objetiva é a análise da relação entre um fato e um resultado, nos crimes de resultado (dolosos ou culposos) ou, quanto aos crimes formais e os de perigo (observadas suas peculiaridades), é a constatação de um fato decorrente de um agir comunicativo que pode ser ligado a uma ação, no sentido de modificação exterior do mundo social.

A relação de causalidade, como já visto anteriormente, não encerra o tipo objetivo como pensavam os causalistas. Dessa forma, o art. 13 não pode ser encarado como um obstáculo à aplicação da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>56</sup> PRADO; CARVALHO. op. cit., p. 163.



Basta analisar com cautela: na teoria de Claus Roxin, os critérios por ele estabelecidos para constatar a imputação objetiva são a determinação do risco, o âmbito de proteção da norma, a proibição de regresso e a conduta da vítima. Esses critérios só serão aplicados se estiverem presentes:

- a) a existência de uma ação que determinou um resultado, e a existência de um fato, de acordo com a teoria da equivalência das condições. No caso do Direito Penal brasileiro, é o art. 13 do Código Penal;
- b) a presença de um risco não permitido pelo sistema social;
- c) o fato tenha característica de um tipo penal, na forma do ordenamento jurídico.

O art. 13 do Código Penal pátrio abre a possibilidade para que se insiram novos pressupostos de imputação, ou de realização do tipo objetivo. Uma vez constatada a presença de um fato com a comprovação dos itens descritos, passa-se à verificação, através da imputação objetiva, da possibilidade de reprovação deste fato que será imputado como decorrente da ação de determinada pessoa. Para Antonio Luís Chaves Camargo não se deve abandonar a teoria da equivalência das condições ao utilizar a imputação objetiva como método de análise do fato típico relevante ao ordenamento jurídico-penal.

A imputação objetiva introduziu ao tipo elementos normativos para atender aos fins do Direito Penal. A causalidade, como já demonstrado, nada mais é do que um pressuposto da imputação objetiva. Dessa forma, a adoção da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) no art. 13 do Código Penal Nacional em nada influencia a recepção da teoria da imputação objetiva. O art. 13 não determina que a realização do tipo encerra-se na causalidade.

Ao redigir o § 1º do referido artigo, a idéia do legislador foi a de limitar o alcance da teoria da equivalência e, baseado nele, criou-se as teorias das concausas antecedentes, supervenientes e concomitantes.

A imputação objetiva veio para facilitar a compreensão das diversas nuances do curso causal, imputando ao autor apenas o que resultar de sua obra. Da mesma forma que o caput do artigo, seu § 1º tampouco deve ser visto como um obstáculo à recepção da imputação objetiva em nosso ordenamento.

Luís Greco conclui que a função do art. 13, § 1º do Código Penal é a de ser "o dispositivo com base no qual a moderna teoria da imputação pode encontrar um ponto de apoio legislativo expresso".<sup>57</sup> Dessa forma, o art.13 perde a função de ser o fundamento legal da (complexa) teoria das concausas.

Comprovar-se-á a possibilidade de aplicação de alguns aspectos da imputação objetiva em um julgado da 2ª Câmara Criminal de Belo Horizonte, o que demonstra que a teoria é um avanço no desenvolvimento de um novo Direito Penal, voltado aos novos paradigmas de uma sociedade que não pára de evoluir.

### 3.1 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Para analisarmos melhor a aplicação da teoria da imputação objetiva no âmbito nacional, é mister analisar três exemplos retirados da jurisprudência nacional e propostos por Luís Greco, na introdução da obra de Claus Roxin.<sup>58</sup> A análise dos julgados serve para

---

<sup>57</sup> SABAGE. op. cit., p. 82.

<sup>58</sup> ROXIN. op. cit., p. 90-103.

que se demonstre a importância prática de tal teoria que, ainda que não acabada, já oferece à jurisprudência vários aspectos importantes e que já podem ser aplicados.

a) Um paciente, vítima de lesões corporais, é anestesiado com excessiva quantidade de éter sulfúrico. Como consequência vem a falecer em virtude de um choque anestésico que teve por consequência uma síncope cardíaca.

Aqui, o autor da lesão corporal foi condenado por homicídio consumado. O argumento apresentado pelo tribunal foi o de que, aplicando a teoria da equivalência das condições, não importa se os médicos foram imprudentes.<sup>59</sup> A aplicação da teoria da imputação objetiva nos levaria a uma solução mais justa. O risco não permitido criado pelo autor seria substituído pelo risco criado pelo anestesista. O resultado morte decorreu da realização deste segundo risco proibido (o anestesista não observou a *lex artis* inerente à sua profissão). Dessa maneira o autor da lesão corporal deve responder por tentativa de homicídio enquanto o anestesista responderia por homicídio culposo. O Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o réu por homicídio, pois segundo a aplicação da teoria da equivalência das condições está presente o nexo de causalidade. Já foi visto anteriormente que para a teoria da imputação objetiva, o nexo de causalidade é só mais um elemento do tipo e não encerra o tipo objetivo. Os julgadores não observaram se houve ou não a realização de um risco não permitido e a realização do mesmo no resultado.

b) O réu fere culposamente uma pessoa, que sofria de diabetes, e essa vem a falecer. A perícia constatou que a lesão (fratura/luxação) poderia ser uma *concausa*.

O tribunal condenou o réu por homicídio culposo. O argumento dos julgadores foi que "pouco importa que a condição de diabético do ofendido haja concorrido para a

---

<sup>59</sup> TJSP, RT 382.

produção do resultado com preponderância para a conduta dos apelantes".<sup>60</sup> Segundo o julgador as causas preexistentes e concomitantes relativamente independentes não excluem o resultado.

Aplicando a teoria da imputação objetiva, chegamos a uma solução diversa. A situação da vítima não era passível de previsão pela vítima em um momento *ex ante* do fato. Há o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, visto que a conduta do réu, culposa, criou um risco de produzir lesões e se realizou no resultado, olhos postos na fratura/luxação que a vítima sofreu. Ocorre que o falecimento se deu, não pelo risco não permitido criado pelo autor da conduta e sim pela doença da vítima. Dessa forma, a morte da vítima não poderia ser atribuída ao autor da conduta por ser fruto do acaso, ou, em outras palavras, do infortúnio da vítima.

c) O réu dispara contra a vítima que vem a falecer, não em razão dos tiros, mas sim em virtude de uma parada cardíaca.

Os julgadores condenaram o réu por tentativa de homicídio pelo fato do mesmo desconhecer a doença da vítima.<sup>61</sup> Assim, o evento morte não pode ser imputado ao réu.

Apesar de o resultado estar correto, o argumento usado pelos julgadores foi equivocado. O disparo da arma foi a causa do problema cardíaco sofrido pela vítima, já que, eliminando-se a conduta do autor, a vítima não viria a falecer. Qualquer outro julgador poderia argumentar que a conduta foi *conditio sine qua non* estaria presente o resultado.

Aplicando-se a imputação objetiva, a conclusão seria a mesma do tribunal, porém com sólidos argumentos, enquanto, no caso, o réu foi condenado por tentativa sem nenhuma explicação plausível. O risco não permitido criado pelo autor (da vítima vir a

---

<sup>60</sup> TACrSP, RT 527.

<sup>61</sup> TJSP, RT 405.

falecer por ferimentos decorrentes do projétil) não se realizou no resultado o que leva à conclusão que o réu deve ser condenado por homicídio culposo.

### 3.2 JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

A seguir segue inteiro teor do acórdão proferido numa apelação criminal demonstrando, na prática, a aplicação da teoria da imputação objetiva. Vejamos:

#### **INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO PROFERIDO NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 356.212, DA 2ª CÂMARA CRIMINAL DE BELO HORIZONTE**

Apelação Criminal n. 356.212, Belo Horizonte, 2ª Câmara Criminal.

Apelante: Ministério Público

Apelados: H.H.B. e H. P.A.H.

Data do julgado: 14 de maio de 2002.

Relator: Juiz Antônio Armando dos Santos

2º Vogal: Juiz Alexandre Victor de Carvalho

Unânime

Excertos do acórdão

"VOTOS – O Exmo. Sr. Juiz Antônio Armando dos Anjos: Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 2-6 que os réus agiram de forma negligente ao administrar a unidade industrial da M., situada no Barreiro, local em que foram vítimas os menores D.S.V., M.J.F.L., e C.R.S., lesionados por queimaduras de 2.º e 3.º graus, sendo que o último, não resistindo aos ferimentos, veio a falecer. Segundo a inicial acusatória, aos 26.7.1996, D.S.V., de dez anos, adentrou o terreno da empresa dos réus, objetivando resgatar uma 'pipa', o mesmo ocorrendo com os menores M.J.F.L. e C.R.S. em data de 31.7.1996. Não obstante o terreno ser de grande perigo, já que formado por rescaldo (moinha) de carvão incandescente – derivado do processamento de ferro gusa – o local não era devidamente sinalizado ou vigiado, possibilitando a entrada de estranhos na empresa, como ocorreu com os menores. Adentrando o terreno, as vítimas menores se depararam com uma camada de significativa espessura sobre o solo, mas em combustão espontânea em seu interior, que foi a causa eficiente para as queimaduras experimentadas".

(...)

Em suma, é o relatório.

(...)

O Exmo. Sr. Juiz Antônio Armando dos Anjos:

**NO MÉRITO**

(...)

A partir dos elementos fáticos destacados pelo Parquet, postos à análise segundo um ponto de vista meramente lógico-formal das categorias dogmáticas do Direito Penal, poder-se-ia sustentar a tese condenatória pretendida. Todavia, o conjunto de elementos fáticos apurados, aliado a uma visão problemática – e não sistemática – das categorias penais, conduz a manutenção da decisão vergastada.

É de sabença comezinha que o crime culposos sempre ocupou posição secundária na Teoria do Crime, restando, assim, nas palavras de Fábio Roberto D'Ávila, '*à margem da dogmática jurídico-penal*'. Entretanto, a evolução das relações sociais, conduzidas pelo próprio avanço tecnológico do homem, culminou no aumento de situações de perigo, reflexo de uma sociedade mecanizada e em constante transformação. Neste contexto, a atual visão do crime culposos, fruto da Teoria Finalista da Ação – mostra-se inapropriada a reger inúmeras relações jurídicas do mundo cotidiano, pois estando presa a um conceito puramente lógico, acaba por relegar a um segundo plano o ideal de Justiça, fim último da Ciência Jurídica. Com efeito, o estudo das teorias do crime anteriormente elaboradas (causalismo, neokantismo, finalismo) apenas se preocuparam com a construção de um sistema jurídico-penal lógico (fechado), de modo a fornecer aos operadores do Direito um instrumento para aplicação da lei penal. Ora, na Teoria Causal de Ação, a tipicidade era formal. Assim, a mera subsunção do fato praticado ao modelo legal de crime implicaria na tipicidade da conduta, sem se avaliar nenhum outro elemento. Isto porque, enquanto fruto de um Positivismo Científico (ou empírico), o Causalismo tinha por finalidade garantir o máximo de segurança jurídica, mediante a objetividade e o formalismo nos conceitos das categorias dogmáticas do crime. Entretanto, esta visão estritamente formal deixava de explicar satisfatoriamente inúmeras situações práticas, conduzindo, em muitos casos - principalmente naqueles desprovidos de previsibilidade do sinistro – a decisões injustas.

No atual sistema – Finalista – o rigor formal foi amenizado sem, contudo, implicar em significativas mudanças. Isto porque a tipicidade exigia, além da subsunção formal, a falta de adequação social da conduta praticada, sendo este critério avaliado a partir do consenso comum do que seria certo – ou errado – em um comportamento.

Reflexo desta visão lógico-formal das categorias penais consistiu na adoção pelas legislações penais da chamada Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, ou teoria da *conditio sine qua non*, desenvolvida por Julius Glaser, visando solucionar o processo de imputação nos crimes materiais. Segundo esta teoria, o resultado lesivo só é imputado a quem lhe deu causa, considerando-se esta toda ação ou omissão sem a qual o evento final não teria ocorrido. Logo, a mera relação de causalidade naturalística entre o fato e o resultado mostrar-se-ia suficiente ao processo de imputação e conseqüente responsabilização penal.

Atualmente, vem tomando grande relevância na comunidade jurídica os estudos desenvolvidos pelo penalista alemão Claus Roxin, em que procurou dar às categorias do Direito Penal uma nova dimensão, sempre preocupada com os ideais de justiça. Para tal, reestruturou a concepção lógico-formal das categorias do Direito Penal tratadas nas anteriores teorias do crime, que, repita-se, apenas se preocupavam no regular e bom funcionamento do sistema penal, de modo que ele se desenvolvesse de forma lógica, ainda que as soluções não fossem justas. Entende Roxin que, se a justiça é o fim último do Direito, não há como prevalecer um raciocínio meramente sistemático defendido pelos sistemas penais pretéritos.

Ao contrário, far-se-á justiça através de um raciocínio problemático - de análise caso a caso das situações postas à apreciação dos operadores do Direito. Para redefinir as categorias dogmáticas do Direito Penal (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade), valeu-se de elementos valorativos de Política Criminal como critério reitor para a solução dos problemas vislumbrados. Neste norte, a reestruturação do elemento tipicidade merece destaque, pois nela houve considerável mudança na verificação do nexos de causalidade, sendo ali re-introduzido o conceito de imputação. Assim, a chamada Teoria da Imputação Objetiva fez superar o dogma causal, ao exigir para o tipo objetivo, além da conexão naturalística ação-resultado (causalidade natural), a necessidade que esta conexão, segundo valores de política criminal, sejam imputados ao autor como obra jurídica sua (casualidade típica). Esta modificação introduzida no âmbito da causalidade ajudou a acabar com o subjetivismo extremado do finalismo, que dava muita ênfase ao tipo subjetivo (dolo/culpa), através de uma maior valoração do tipo objetivo, notadamente incidente sobre o nexos de causalidade. Vê-se, pois, que o nexos de causalidade físico não mais implicaria, por si só, em nexos de causalidade jurídico.

Verificada a insuficiência, ou imperfeição, da causalidade natural como determinante da imputação, passou-se a analisar o tipo objetivo à luz de critérios teleológicos-normativos, complementares do tipo, e restritivos da causalidade. Trabalhou-se o conceito de causa dado pela Teoria da Relevância Típica (elaborada por Edmund Mezger), em que causa era concebida como ‘o evento em que o nexo causal era relevante para o tipo’.

Restou à Teoria da Imputação Objetiva, pois, definir quando o nexo causal seria relevante para o tipo. Concluiu-se que a relevância surgiria da análise do nexo de causalidade a partir de *critérios valorativos* (normativos) do ordenamento jurídico. Este, por sua vez, foi definido pelo *Princípio do Incremento do Risco, aferido da ponderação entre os bens jurídicos e os interesses individuais, a partir da análise do risco que o segundo poderia causar ao primeiro*.

Em síntese: para se falar em nexo de causalidade é necessário que, após a verificação da causalidade física, seja constatado que o agente criou um perigo relevante fora do âmbito do risco permitido.

A imputação objetiva, embora não prevista na codificação pátria, não tem sua aplicação vedada pelo ordenamento. Emerge como objeto de estudo em diversos países, sendo efetivamente aplicado. No Brasil, conta com crescente adesão dos estudiosos do Direito Penal, sendo que várias decisões dos Tribunais pátrios já se valeram de seus fundamentos, inclusive esta 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal.

Extrai-se, pois, a finalidade da imputação objetiva: analisar o sentido social de um comportamento, precisando se este se encontra, ou não, socialmente proibido e se tal proibição se mostra relevante para o Direito Penal. Portanto, para se ter a imputação objetiva será necessário, além da causalidade natural, a verificação da criação de um risco jurídico penalmente relevante, imputável no resultado e alcançado pelo fim de proteção do tipo penal. Criou-se, então, diversos critérios valorativos de natureza negativa que, uma vez verificados, excluiriam a imputação objetiva frente a não valoração da conduta como juridicamente relevante para o resultado, culminando na irrelevância jurídica do nexos causal para o tipo.

*In casu*, há a exclusão da imputação não só pela permissão do ordenamento jurídico ao risco criado, como também pelo fato de o resultado produzido não estar amparado pelo fim de proteção da norma de cuidado. Por fim, rompe-se o nexos de causalidade pelo consentimento das vítimas em sua autocolocação na situação de perigo.

#### **DA INEXISTÊNCIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELA PERMISSÃO DO ORDENAMENTO AO RISCO CRIADO**

A questão dos autos cinge-se à aferição da responsabilidade dos réus H.H.B. e H.P.A.H. pelas lesões causadas em D. e pelo óbito de C., pois mantendo postura omissa e negligente, não realizando o efetivo acondicionamento de material nocivo (moinha de carvão), tampouco o correto isolamento da área industrial – mediante vigilância, sinalização e cercamento do local – permitiram a entrada das vítimas em suas dependências e a ocorrência dos sinistros. Em que pese a postura dos réus – não acondicionamento do material nocivo – ter incrementado o risco para a produção dos resultados lesivos, verifica-se que as medidas adotadas para a destinação daquele material (moinha de carvão) encontrava-se em consonância com as regras administrativas, contando mesmo com a tolerância dos órgãos públicos quanto à solução traçada. É de se destacar que os lamentáveis acidentes apurados nestes autos ocorreram dentro dos prazos consignados no Termo de Compromisso para a acomodação dos indigitados resíduos sólidos, revelando que a empresa dos réus comportava-se dentro dos parâmetros estabelecidos pelos órgãos ambientais (itens 3.3 e 3.5, do quadro de f. 144).

### 3.3. O ART. 13 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O nosso Código Penal, sem dúvida alguma, adotou no *caput* do art. 13 a teoria da equivalência das condições. Vejamos:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. *Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*

O legislador adotou, sem dúvida alguma, o critério da eliminação hipotética quando da aferição da causa de um resultado.

Até aqui o art 13 não traz nenhuma dúvida. Porém, de que trata o parágrafo primeiro do artigo supracitado? Diz assim o texto: “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.”

Trata-se de um instrumento que o legislador utilizou para evitar os abusos da Teoria da Equivalência dos Antecedentes, imperante no *caput* do art. 13 do CP, como o regresso das causas que fujam do bom senso jurídico e as outras imperfeições que podem levar a erros grotescos como já visto no começo desse trabalho.

A própria redação do Código traz o verbo imputar na explicação das causas supervenientes independentes. Quer dizer, não há impedimentos para a adoção de uma teoria da imputação objetiva no nosso ordenamento jurídico conforme já foi abordado acima.

Como se depreende do já estudado, sou enfático e conclusivo em afirmar que o tipo penal é formado por elementos objetivos e subjetivos, sendo aqueles a tipicidade, a causalidade, a imputação objetiva e o resultado. Ou seja, com fundamento no §1º do art. 13 do CP, podemos afirmar que há uma profunda distinção entre causação e imputação do



resultado, pois a lei brasileira considera a independência relativa do novo curso causal como excludente da imputação do resultado e não como excludente do nexo de causalidade.

Entendo que o art.13 CP não pode ter duas leituras distintas quando da análise do tipo penal, um para os casos em que a causalidade por si só encontra a causa, e outro para delimitar o “*regressus ad infinitum*”. O art. 13 do Código Penal tem que ser analisado como um instrumento único de causalidade e imputação. A eliminação das causas independentes é método de confirmação de que estas não fazem parte do risco criado, muito menos do alcance do tipo.

Enfim, chego à conclusão de que o art. 13 do CP adotou em seu todo a teoria da imputação objetiva dos riscos proibidos. A equivalência das condições é apenas uma etapa da análise da imputação. Se não fosse assim, mesmo que o agente tenha criado um risco proibido, poderia responder pelo crime mesmo que sua conduta não fosse causa do resultado. Causa e imputação são elementos que se complementam, um não exclui o outro.

Enquanto o art. 13, em seu “caput”, oferece a ferramenta de constatação do fenômeno naturalístico que deu origem a um resultado, o seu parágrafo primeiro é o instrumento de análise da imputação. Por eliminar as causas independentes do nexo de causalidade, a norma retira implicitamente da responsabilidade do autor todos os fatos que não sejam riscos criados por ele. Por isso, somente são relevantes para a responsabilização do agente os riscos criados e, posteriormente, realizados no resultado concreto.

Se o Código Penal despreza as causas independentes (as absoluta e quase todas as relativamente), fica evidente a preocupação com o alcance da norma. Assim, entendo que o art. 13 absorve os riscos proibidos e o alcance da norma.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência ainda estão presas ao positivismo, sem discuti-lo diante da real eficácia da norma como única fonte de estudo do direito. Estamos

atrasados em vários aspectos dogmáticos, especialmente no direito penal, onde ainda dá-se muita importância ao embate entre o causalismo e o finalismo. Talvez seja por isso que a imputação objetiva ainda tenha pouca relevância entre nós. A teoria da imputação objetiva é um grande reforço ao princípio da legalidade. Pois, para que um crime seja imputável a um agente, não basta haver uma relação de causalidade entre a conduta e o resultado. A causalidade é um fenômeno puramente naturalístico, decorrentes de lei natural. Há necessidade deste nexos encontrar uma delimitação normativa, ou seja, dentro do próprio ordenamento. A ausência de imputação objetiva cria uma dependência do direito penal em relação às ciências naturais para definir a responsabilidade do agente.

A leitura do código não pode ser estritamente positivista, é necessário adequar a lei existente ao espírito de um direito penal democrático, desde que o intérprete faça uso de uma concepção funcional da dogmática.

## **CONCLUSÃO**

Dispõe o art. 13, caput, do Código Penal, parte inicial, do CP que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”, e, em seguida, define o nosso diploma substantivo penal que causa é “ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Assim, de tal dispositivo, infere-se imediatamente que uma vez identificado o resultado (aqui o resultado é o naturalístico e não o jurídico, pois este último é inerente a todo e qualquer crime), elemento indispensável à formulação típica do crime material, tornar-se-ia mister relacioná-lo com a ação realizada pelo agente, mediante um vínculo causal, cuja inexistência acarretaria a impossibilidade de imputação.

É importante, antes de qualquer coisa, vislumbrar que a ocorrência do nexo de causalidade só se dá nos crimes materiais, ou seja, nas infrações penais em que a conduta e o resultado são descritos no tipo penal e ambos são exigidos para a sua consumação. E é exatamente nesses casos que o art. 13 do CP condiciona a existência do crime à constatação de um liame causal entre a conduta e o resultado por ela supostamente produzido. Portanto, é esse vínculo que une a conduta ao resultado nos crimes materiais que caracteriza o nexo de causalidade.

Várias teorias se preocupam em definir o critério para constatar o nexo causal:

*a) Teoria da Equivalência dos Antecedentes ou da “condition sine qua non”; b) Teoria da Causalidade Adequada; c) Teoria da imputação objetiva do Resultado.*

Dentre as teorias da causalidade, a que mais se destacou na doutrina, pois não há referência expressa no código penal a nenhuma delas, foi a Teoria da Equivalência dos Antecedentes a qual, para os que a defendem, encontra-se suficientemente clara na parte

final do *caput* do ar. 13 do CP: “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Por certo, não podemos concordar que a Teoria da “*condition sine qua non*” foi adotada pelo nosso Código Penal. Ela é, sem dúvida nenhuma, imprescindível na determinação da relação de causalidade naturalística (é fundamental na definição do limite mínimo para a imputação do resultado típico), mas é preciso muito mais do que isso para se aferir a responsabilidade penal; é necessário, por imperativo lógico-jurídico, a identificação de uma imputação normativa que, a nosso sentir, é mais bem representada pela Teoria da Imputação objetiva. Esse pensamento é bem ilustrado por Paulo José da Costa Junior:

Qual a teoria causal, ou quais as teorias escolhidas pelo Código? Antes de mais nada, é necessário enfatizar que o ordenamento jurídico não deve estar necessariamente vinculado a uma única doutrina causal. Nada obsta a que o Código tenha feito concessões a uma teoria, adotando em princípio outra. O estatuto vigente escolheu, como limite, a teoria da equivalência causal. Mas a fim de que a condição possa ser considerada como causa, exige um *quids pluris* (algo mais): a adequação da condição. Em resumo: condição(positiva) + adequação = causa positiva. Logo, causa é condição adequada.<sup>62</sup>

E, ainda mais, um diploma legal não pode e não deve ser o reflexo excludente de determinada teoria. A própria Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, ao dispor sobre o crime, admite parecer “inconveniente manter a definição de causa no

---

<sup>62</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. Comentários ao Código Penal. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.41.

dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito”.

Apesar disso, lamentavelmente, a Teoria da Equivalência das Condições ainda goza de relevância na construção dogmática e, numa abordagem vanguardista na apreciação do tema, analisei seus fundamentos para demonstrar que a teoria preconizada por Claus Roxin, que com a primeira rivaliza, ou melhor, completa-a, é a única capaz de fazer imperar a justiça quando na determinação da responsabilidade penal do agente.

Diante de todo o exposto neste trabalho monográfico, podemos aduzir as seguintes conclusões:

a) A teoria do delito só permite incriminar condutas quando houver o nexo de causalidade entre estas e o resultado. Além disso, o resultado tem que ser objetivamente imputável à conduta tipificada, sempre dentro do risco criado, do risco realizado e do alcance do tipo.

b) O artigo 13 do Código Penal brasileiro, em seu *caput*, adotou a teoria a equivalência das condições na definição de nexo de causalidade. Complementarmente, seu parágrafo primeiro adotou a teoria da imputação objetiva, como delimitação normativa da causalidade. A leitura do art.13 precisa ser unitária, sempre verificando a causalidade dentro dos parâmetros de proteção da norma.

c) Para que o direito penal brasileiro entre na esfera da moderna teoria do delito, é mister a libertação dos argumentos de autoridade e do positivismo como única fonte da dogmática jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

D'Ávila, Fábio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Crime culposo e teoria da imputação objetiva. São Paulo: Instituto de Ensino Professor Luiz Flávio Gomes, out. 2004. Disponível em: <<http://www.portalielf.com.br>>.

GRECO, Rogério. **Teorias do Delito**. Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.br>>.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

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

JESUS, Damásio de. **A Doutrina Brasileira e a Teoria da Imputação Objetiva** – Alguns Posicionamentos. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>.

MIRABETE. Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1983.

PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: RT, 2004.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2004.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da Imputação Objetiva**. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

