



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

JOSÉ ELTON RODRIGUES ARRUDA

A CONDUTA HUMANA E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

FORTALEZA  
2006

JOSÉ ELTON RODRIGUES ARRUDA

A CONDUTA HUMANA E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Orientador: José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque.

FORTALEZA  
2006

JOSÉ ELTON RODRIGUES ARRUDA

A CONDUTA HUMANA E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Orientador: José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque.

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

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará

---

Prof. Erlon Albuquerque de Oliveira  
Universidade Grande Fortaleza

---

Sérgio Bruno Araújo Rebouças

Ao Altíssimo Senhor Nosso Deus  
A meus pais

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque, que muito me fomentou o interesse pelo direito penal apontando-me a Teoria da Imputação Objetiva, até então praticamente desconhecida.

Ao Prof. Erlon Albuquerque de Oliveira, sempre a disposição para auxiliar-me em quaisquer questionamentos na elaboração da dissertação de monografia.

Ao caro colega Sérgio Bruno Rebouças, que me tem constantemente enriquecido os parcos conhecimentos em matéria penal com discussões acerca de variados temas e cujo interesse pelo Direito Penal é perene fonte de estímulo.

À Sr<sup>a</sup> Neves, sempre atenciosa e dedicada, sem a qual a presente monografia estaria de todo inviabilizada pela flagrante escassez de livros na doutrina pátria acerca da Teoria da Imputação Objetiva.

## RESUMO

É o comportamento humano o primeiro elemento caracterizador de um delito, daí advindo a sua maior importância para o Direito Penal. Exerce ele um papel delimitador sobre quais fatos da vida humana ensejarão a aplicação da lei penal. Neste diapasão, a conduta humana apenas apresenta relevância na medida em que possa ser atribuída a um determinado sujeito e enseje a criação de um risco aos bens que restam protegidos pelo ordenamento jurídico. Assim, cumpre ao operador do direito, no estudo de quais ações ensejariam uma reação jurídico-penal, estabelecer critérios que sejam capazes de imputar ao autor uma conduta lesiva ao ordenamento como sua. E é sobre esses critérios que se debruça a Teoria da Imputação Objetiva.

Palavras-Chave: Conduta Humana. Criação do Risco. Imputação Objetiva

## **ABSTRACT**

The human behavior is the first element that identifies a crime, and that's why it has a great relevance to the Criminal Law. It has a restrictive function about which proceedings will require the application of the penal law. According to this, the comportment just represents significance if it may be attributed to a certain human being and if it introduces a creation of a risk to the elements that are protected for the juridical order. In this line, whilst studying which human actions would require a juridical reaction, the law operator must establish rules that may be able to credit to the criminal a illegal behavior how his own behavior. And it's about these rules that the theory of objective imputation deals with.

Keywords: Human Behavior. Creation of a Risk. Objective Imputation.





## SUMÁRIO



## INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o ramo das ciências jurídicas que, tomando por base uma conduta lesiva dos principais interesses da sociedade, comina a elas uma sanção previamente elencada em lei. Neste aspecto reside uma das bases de todo Estado Democrático de Direito, a visar, antes de tudo, a limitação da arbitrariedade estatal. E é assim que, procurando limitar o *jus puniendi* do estado, fez-se constar normas que abalzassem referido poder punitivo cujo maior exemplo em matéria penal encontra-se elencado no art. 5º, inciso XXXIX, da *Magna Charta* brasileira, que reza, *in verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”<sup>1</sup>, consoante a parêmia *nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale*.

Neste diapasão, cumpre ressaltar a relevância que tem a conduta humana para esse ramo do direito. Procurando proteger os bens que foram eleitos como essenciais ao convívio em grupo, o Direito Penal evoluiu no sentido de considerar a conduta humana como parâmetro para aplicação de suas sanções, não considerando o ser humano enquanto dotado de características físicas, mas enquanto um ser capaz de mudar, consciente e voluntariamente, o mundo circundante por meio de ações, aquele a quem seriam atribuídas as conseqüências legais de condutas penalmente reprováveis.

Contudo, uma vez tomando da exteriorização da vontade humana como gatilho de uma eventual reação penal, mister se fazia delimitar quais condutas humanas ensejariam uma resposta jurídico penal. E é este um dos pontos, que

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição federal, código penal, código de processo penal**/ organizador Luiz Flávio Gomes: obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

pelos motivos expostos, vem desde muito há sido debatido pela dogmática jurídico-penal.

No estudo do crime, de seus aspectos e de sua estrutura, chegando a doutrina moderna, de forma não uníssona entretanto, a considerá-lo como a ação típica, antijurídica e culpável, um tortuoso caminho trilharam os estudiosos do Direito. Impulsionado ao despontar do século XIX no conceito do tatbestand, o estudo do delito tem se dado à luz de variadas teorias, dentre as quais se destacam a teoria causal-naturalista, a teoria finalista, as teorias sociais e as teorias funcionalistas, todas elas visando, precipuamente, melhor delimitar o objeto de estudo deste ramo do direito que se caracteriza por ser o mais repressor dos corpos normativos estatais.

Dentro destas teorias, reconhecendo-se à conduta humana, ainda que não como ponto de partida, sua imprescindível importância no estudo do crime, procurou-se estabelecer o melhor (ou os melhores) critério que, de maneira objetiva, atribuísem a determinado indivíduo uma conduta por ele praticada. E como exemplo primeiro destas temos a teoria das condições equivalentes, que considerando como causa tudo o que tivesse sido condição para o resultado, limitava o processo de seleção das condutas que ensejariam a aplicação do direito a um processo causal-naturalístico demasiado abrangente.

Assim, apercebendo-se da necessidade de delimitar ainda mais o objeto material sobre o qual se deveria debruçar o operador do Direito, novas teorias se seguiram à teoria da equivalência das condições, as quais, adicionando novos elementos aos que trazia esta, melhor restringiam quais condutas ensejariam estudo penal. E assim temos a teoria da causalidade adequada, a teoria da relevância jurídica e, mais recentemente, a teoria da imputação objetiva, que uma a uma, foram

evoluindo a forma de encarar a conduta humana, ora negando o nexo causal-naturalístico ao que seria uma causa em sentido jurídico, ora admitindo-o para delimitar as causas, mas utilizando-se de outros para especificar quais delas apresentariam relevância jurídica.

E é nesse contexto que se apresenta a teoria da imputação objetiva, uma teoria que, lançando mãos de critérios como o incremento do risco e o fim de proteção da norma, adiciona ao nexo causal e ao resultado que este liga à conduta humana elementos outros que estabelecerão quais são as condutas realmente desvaloradas pelo ordenamento e que, em sendo constatados os outros elementos analítico-dogmáticos do crime, seriam classificadas como criminosas e ensejariam a aplicação da sanção penal correlata.

## 1 A CONDUTA HUMANA

Matéria de absoluta imprescindibilidade no estudo do Direito Penal, o condutor humano é o ponto de partida sobre o qual qualquer operador deve se debruçar para constatar a existência ou não de um delito. Deve-se isso ao fato de, consoante já nos aponta Francisco Muñoz Conde<sup>1</sup>, ser o proceder humano o ponto de ativação de toda reação jurídico-penal, o que é visível na parêmia *nullum crimen sine conducta*. Ressalte-se que o Direito Penal moderno é um Direito Penal do ato e não um Direito Penal do autor<sup>2</sup>, conduzindo-se não pelas qualidades das pessoas, mas pelo seu proceder, vez que só o atuar humano é idôneo para fomentar uma reação penal, mormente em um Estado Democrático de Direito, em que se visa conter o poder punitivo estatal.

A conduta, dentro da definição analítico-dogmática amplamente difundida na doutrina pátria e alienígena segundo a qual crime é toda conduta humana típica, antijurídica e culpável, afigura-se como o elemento primeiro a ser analisado para se constatar a existência ou não de um delito. Dessa forma, dada sua importância, é de extrema relevância que este elemento do crime reste bem delimitado de forma a permitir um estudo sobre os outros aspectos do delito.

Cumpra-se o conceito do elemento conduta devidamente delimitado antes dos demais elementos analíticos do delito. Daí se aduzem razões várias de ordem prática, merecendo inicial destaque a função negativa da conduta, vez que, declarada esta inexistente, acusa já a irrelevância penal da matéria *sub oculi*. Outra vantagem da elaboração de um conceito pré-típico de conduta é a uniformização da

---

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. e notas de Juarez Tavares e Luis Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

<sup>2</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *op. cit.*, p. 10.

concepção deste elemento do crime, permitindo a individualização por grupos de casos independentemente de casos concretos, *v.g.*, sua divisão em ações e omissões. O conceito de conduta ainda é um guia para a elaboração do direito penal, já que é a norma penal uma norma de conduta<sup>1</sup>.

## 1.1 FUNÇÕES DO CONCEITO DE CONDUTA

Consoante aponta Fábio André Guaragni<sup>2</sup>, atribui a doutrina funções à conduta humana de forma a enfatizar seu conceito pré-típico dentro da teoria do delito.

E é neste diapasão, e segundo o pensamento de Jescheck, que informa a **função de classificação** da conduta, consoante a qual devem ser encaixadas naquele conceito as formas ativa e passiva, dolosa e culposa; a **função de definição**, que faz da conduta um suporte para os conceitos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; uma **função de enlace**, que faz do proceder humano o liame entre os aludidos elementos analíticos da teoria do delito, o que conduz a uma definição desprovida dos posteriores extratos analíticos do crime; e uma **função de delimitação**, a partir da qual seriam desde logo excluídos de um estudo jurídico-penal fenômenos que não estão ligados ao atuar humano. Serviria assim, o conceito de conduta como um primeiro filtro a delimitar os pontos penalmente relevantes. Esta, aliás, é a mais importante função prática.

---

<sup>1</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal** – 3 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 224.

<sup>2</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.38.



Consoante Maurach-Zipf<sup>1</sup>, que tem no conceito de ação um conceito prévio ao tipo penal, a conduta apresentaria a **função didática** de demonstrar a estrutura do delito, de uma feita que é a partir dela que se extrairá o fato punível e todos os outros elementos caracterizadores do delito.

Ainda deve-se apontar a **função garantista** da definição daquele elemento do crime, vez que é a partir da exteriorização de atos humanos que será acionada a máquina punitiva estatal, o que se verifica por ser o Direito Penal moderno um Direito Penal do ato.

## 1.2 A EVOLUÇÃO DA CONDUTA NA TEORIA GERAL DO DELITO

Uma vez apontada a importância da definição da conduta humana para a teoria geral do delito, mister é seja ela estudada no modo de como há evoluído até os dias atuais dentro da teoria do delito, ou seja, de como há sido abordada pela mais importantes teorias que se sucederam ao longo da história penal moderna. Desta maneira, facilitar-se-á a compreensão de como ela tem sido imputada ao seu causador e o porquê de ser, mais recentemente, imputada com base em critérios políticos-criminais, como procede a teoria da imputação objetiva.

Ao fim do século XVIII e início do século XIX, surgiu, no Direito Germânico, a expressão *tatbestand* a definir o conjunto de elementos perceptíveis do delito, no campo processual do crime, e que teve sua aplicação no campo do direito substantivo inaugurada por Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach<sup>2</sup> na sua obra, **Tratado de direito penal comum vigente na Alemanha**. Todavia, esta

---

<sup>1</sup> MAURACH-ZIPF 1994 *apud* GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p.40.

<sup>2</sup> LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p.14.

expressão, que primeiro se identificou com o termo delito como atualmente se depreende, se confundia com todos os elementos deste. Com isto, vale dizer que a conduta humana não tinha um tratamento isolado na teoria do delito, mas era estudada juntamente com todos os outros aspectos subjetivos e objetivos.

Foi com a publicação, em 1906, de *Die Lehre vom Verbrechen*, que Ernst Beling, individualizando o elemento do tipo como detentor apenas dos aspectos objetivos do delito, desconstituiu a noção demasiado ampla que detinha o *tatbestand* dando os primeiros passos para um estudo em separado da conduta humana.

É, desse modo, com a **teoria causal-naturalista** do crime (sistema Liszt-Beling), que se inicia o estudo da conduta em momento distinto dos seus outros elementos, como um dos seus elementos objetivos, acompanhada da tipicidade e ilicitude, ante o elemento subjetivo da culpabilidade, onde repousavam o dolo e a culpa. Baseada na relação de causa e efeito, era a conduta nada mais que a referida causa que se enlaçava necessariamente com o conceito do resultado naturalístico, ou seja, uma modificação no mundo exterior. Assim, na lição de Von Liszt:

Ação é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível à vontade do homem (...) Destarte, são dados dois elementos, de que se compõe a idéia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve-se acrescentar a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1) quando a mudança foi causada voluntariamente; 2) quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da ação e conseqüentemente do crime.<sup>1</sup>

Partindo do movimento corpóreo como constitutivo da conduta, este era acompanhado pelo elemento da voluntariedade, mas apenas no que suficiente fosse para excluir uma eventual coação mecânica, não se aplicando a vontade no resultado. A vontade, tida como o impelir corporal, o intento de efetuar um

<sup>1</sup> VON LIZST *apud* GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 69.

movimento, era dissociada do objetivo pretendido pelo agente. Para se constatar uma ação de homicídio era suficiente verificar que o agente tenha nocauteado a vítima, sem se perscrutar qual o *desideratum* daquele. O conteúdo da vontade era apenas analisado quando do estudo da culpabilidade.

Além do movimento corporal e da vontade de efetuar-lo, figuram como elementos da conduta o resultado e o nexo causal, este definido consoante a teoria da equivalência dos antecedentes, a qual vem elencada no art. 13, *caput*, do Código Penal Brasileiro<sup>1</sup>. Desse modo, teria de haver uma alteração no mundo exterior e que esta alteração, apreensível pelos sentidos, estivesse ligada a uma conduta voluntária de alguém para que se admitisse existir conduta humana.

Esta teoria, contudo, encontrou sérios problemas em definir a conduta omissiva, pois, como elemento da conduta era a causalidade e do nada nada surge (*ex nihilo nihil*), não havendo um nexo naturalista a enlaçar o *non facere* do agente com dado evento sem se recorrer a elementos valorativos, esbarrava em sérios entraves. Outras dificuldades desta teoria eram concernentes à definição da conduta de tentativa e da conduta culposa.

Assim, na tentativa de superar os entraves da teoria causal-naturalista, sobreveio a **teoria finalista da ação**, que, introduzida por Welzel, inspirado da terminologia de Nicolai Hartmann<sup>2</sup>, considerava a ação humana como movida por uma finalidade, a qual não podia ser dissociada do agir humano. Desse modo considerava-se que este se dava em duas fases, uma subjetiva, em que o agente, consciente e voluntariamente, estabelecia seus objetivos, escolhia os meios de que

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição federal, código penal, código de processo penal**/ organizador Luiz Flávio Gomes: obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 301.

<sup>2</sup> TAVARES *apud* GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 135.

lançaria mão e considerava os efeitos concomitantes do seu proceder e outra objetiva, em que, guiado pelo que antecipado foi no momento subjetivo, iniciava a execução da ação.<sup>1</sup>

Assim, com base em Aristóteles, para quem tudo se dirige a um determinado fim, a teoria final apreendia a conduta humana em um sentido ôntico, que, preexistente ao Direito Penal, deveria ser valorada por ele negativamente de modo a delimitar em que situações se verificaria um ilícito, não havendo que ser modificada.<sup>2</sup>

Com a teoria final o conteúdo da vontade na ação passou a abranger os objetivos do autor. Definida a partir do seu objetivo, estudar-se-ia a conduta ontologicamente, vale dizer, a partir do que ela é, a ação humana dirigida a um fim. Assim, enquanto na teoria causal da ação, esta, vinculada ao efeito causado, era estudada a partir deste, na teoria final o momento de reprovabilidade da ação era um momento *ex ante* em relação ao do resultado, onde, constatados os fins almejados pela conduta, já se ensejava uma reprovação por parte do Direito Penal, que atribuía um juízo de **desvalor da ação**. Na teoria causal, a ação, analisada juntamente com o seu efeito, era estudada a partir do **desvalor do resultado**, em um momento *ex post*, violadora que era de bens jurídicos. Assim, atendidos seriam os fins do Direito Penal que, na ótica de Welzel, cuidavam de “desvalorar as condutas que trouxessem *em si* a negação da tábua ético-social (desvalor da ação, com secundarização do desvalor do resultado), desde que possível considerar o homem como sujeito responsável por isso.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, César Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37.

<sup>2</sup> GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p.125.

<sup>3</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 135.

Quanto à conduta humana na teoria final, não considera esta a vontade livre como elemento da conduta, vez que, atuando alguém mediante coação moral, conquanto exerça uma atividade final, não é livre na sua vontade e, mesmo assim, pratica uma conduta.

Outro ponto que merece ser destacado é que, diferentemente do que grandes difusores seus na doutrina alemã como Welzel e Hirsch apregoam, o conceito de resultado não está incluso no conceito de conduta, nesse sentido apontando Eugenio Raúl Zaffaroni:

Antes de tudo, devemos distinguir a previsão da causalidade do nexos de causalidade. A previsão de causalidade pertence à conduta e não pode separar-se dela, porque sobre ela se monta a finalidade (...) mas o nexos de causalidade e o resultado se acham fora da conduta. A ação de jogar uma bomba sobre Hiroshima e o resultado 'Hiroshima arrasada', são coisas diferentes. 'Hiroshima arrasada' não pertence à ação de jogar a bomba, sendo só seu resultado.<sup>1</sup>

Tendo sofrido duras críticas de Mezger e de outros ilustres penalistas como Claus Roxin, o qual mesmo negava o caráter ontológico do conceito finalista de conduta, embora várias tenham sido as contribuições, ainda visíveis, da teoria final para a dogmática do delito, outras teorias apareceram para solucionar as imprecisões daquela.

Assim, a **teoria social da ação** surgiu, já na década de 1930, como alternativa para afastar o excessivo naturalismo com que era aferido o nexos causal entre ação e resultado<sup>2</sup>. Trata-se, na verdade, não de uma, mas de várias teorias sociais que procuraram vincular a idéia de conduta humana à da relevância social. Definindo ação como o comportamento humano socialmente relevante, Jescheck<sup>3</sup> aponta os principais elementos que compõem a ação, a saber, o comportamento humano, o qual detém a função básica de abrigar aquelas exteriorizações relevantes

<sup>1</sup> ZAFFARONI *apud* GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 148.

<sup>2</sup> BITENCOURT, César Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *op. cit.* p. 40.

<sup>3</sup> JESCHECK 1891 *apud* GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 203.

ao Direito Penal, desprezando manifestações sem significação penal, e o dever de este ser socialmente relevante, ou seja, de afetar o mundo que circunda o indivíduo. Já na definição de Wessels, ação é “a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela ação humana”<sup>4</sup>, ao que acrescenta Maurach que deve ser dirigida a um resultado.

Assim, pode se divisar que o elemento principal trazido por esta teoria é a relevância social. Conquanto este elemento seja de difícil exatidão, cumpre esclarecer, também enfatizando o desvalor da ação, que a teoria social não nega exatamente a teoria final. Aliás, chegam a se completar, tratando-se a teoria social de uma teoria da imputação que procura estabelecer o socialmente relevante que determinará atribuída seja determinada conduta ao seu autor.

Em 1960, constata-se o aparecimento das teorias funcionais, que baseadas no fim de proteção da norma, visam imputar aos agentes apenas as condutas que lesem os fins do Direito Penal, que passa a ser estudado levando-se em conta critérios de política criminal, procurando otimizar a sua função no controle social e assegurar que cada um cumpra o seu papel dentro do modelo socialmente atribuído.

Com Claus Roxin tem-se, em 1970, o livro **Política criminal e sistema jurídico-penal**, que introduz o conceito pessoal de ação. Considerando, a princípio, esta dentro do tipo, atribuiu o autor funções político-criminais à tipicidade, à ilicitude e à culpabilidade. E assim, é ao nível da tipicidade que cumpre centrar as atenções, pois é nele que se estabelece o dever de atribuir a um indivíduo uma conduta não com base da constatação naturalista da causalidade, mas mediante os critérios

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, César Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *op. cit.* p.40.

normativos da criação e realização de um risco juridicamente proibido, cuja análise constitui o objetivo desta monografia.

Assim, destaca-se o aspecto teleológico desta teoria que, atentando para os fins de prevenção geral do Direito Penal, procura, já no exame da tipicidade objetiva, restringir quais condutas devem ensejar a aplicação penal, enfatizando a função garantista da norma penal e corrigindo a atribuição objetiva do resultado baseada apenas no demasiado amplo critério da causalidade natural. Deverá assim, apenas em *ultima ratio*, haver interferência do Direito Penal.

Admitindo *a posteriori* a conduta como elemento distinto do tipo, atribui Roxin a ela a função de elemento-limite, cumprindo desvendar o que seria uma não-ação, a qual não ensejaria valoração alguma para o Direito penal. A ação humana, que exigiria a valoração do direito, seria a projeção da personalidade do agente no mundo exterior, abrangendo “tudo o que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual da ação”.<sup>1</sup> Considera o mestre de Munique, no que se refere aos resultados, que estes são irrelevantes para o conceito de conduta, só alguns demonstrando importância jurídica, mas isso com relação ao tipo (caso dos crimes materiais).

---

<sup>1</sup> ROXIN *apud* GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 259.

## 2 A CONDUTA HUMANA E AS TEORIAS DA CAUSALIDADE

A conduta humana, compreendendo em seu conceito tanto a ação quanto a omissão, deve ter seu conceito separado do conceito de resultado. Este não está contido naquele, sendo exigido na definição dos crimes materiais, tais sejam, delitos que somente se consumam com a produção de um evento naturalístico, *i.e.*, homicídio, o qual só se perfaz com a morte.

Neste contexto cumpre distinguir crimes materiais de crimes formais e de mera conduta. Delimitados os primeiros, temos por delitos formais aqueles para os quais o Direito Penal não exige resultado para a consumação, a qual se dá com a simples prática dos elementos objetivos constantes no tipo, *verbi gratia*, o delito de ameaça(Código Penal Brasileiro, art. 147)<sup>1</sup>, que se consuma com a simples promessa de mal futuro e grave, sendo desnecessária a verificação da intimidação. Este, nos aponta o mestre Fernando Capez<sup>2</sup>, dado a não identidade do fim do agente e da exigência típica, denomina-se tipo incongruente. Quanto aos crimes de mera conduta, temos pelos delitos em que qualquer resultado material é simplesmente inverificável, como temos no crime desobediência (Código Penal Brasileiro, art. 330)<sup>3</sup>.

Todavia, é nos crime materiais que se divisa o problema do nexu causal, impondo-se a necessidade de vinculação entre a conduta humana e o resultado, já no âmbito objetivo, vez que a relação de causalidade é requisito primeiro nos delitos de resultado para ensejar a responsabilidade penal do autor pelo dano causado.

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição federal, código penal, código de processo penal**/ organizador Luiz Flávio Gomes: obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.332.

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva**: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Saraiva, 2003, p.142.

<sup>3</sup> BRASIL. *op. cit.*, p. 375.



Interessante aqui elencar a distinção que faz Fletcher<sup>1</sup>; entre delitos de conseqüências danosas e delitos de ações danosas. Um vez que nestes, de que são exemplos a agressão sexual, o furto, o roubo, o resultado danoso não é produzido por acidentes, mas apenas por ações humanas, não suscitam problemas de causalidades. Já nos primeiros (homicídio, lesões corporais), de uma feita que o dano pode ser causado por um acidente, é importante determinar se o resultado foi produzido por uma ação humana ou se foi produzido por uma força estranha ao Direito Penal.

Procurando estabelecer este vínculo , várias teorias foram sendo desenvolvidas até desembocar na teoria da imputação objetiva, objeto de estudo da presente monografia. *Ipsa facto*, mister se faz sejam as principais teorias que visaram identificar o nexos causal estudadas a fim de que melhor se compreenda a teoria da imputação objetiva e os avanços por esta trazidos para a dogmática jurídico-penal.

Neste diapasão, analisar-se-á a teoria da equivalência dos antecedentes e em seguida as teorias da causalidade adequada e da causa juridicamente relevante, para em capítulo próprio cuidar da teoria da imputação objetiva.

## 2.1 A TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES

---

<sup>1</sup> FLETCHER *apud* BITENCOURT, César Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 69.

Também denominada teoria da condição e teoria da *conditio sine qua non*, formulada em 1958 por Julius Glaser e introduzida na jurisprudência alemã por Von Buri<sup>1</sup>, inspirada no campo filosófico por Stuart Mill<sup>2</sup>, conduzia o operador do direito a um *regressus ad infinitum*. De fato, uma vez que estabelece como causa do resultado tudo o que concorre para este, não fazia distinção entre causa, concausa e sequer ocasião. Há de se atentar de que, para esta teoria, não é causa a totalidade das condições, mas cada uma dessas, individualizando, dessa maneira cada uma como responsável pelo resultado.

Para a teoria da equivalência dos antecedentes, o modo de distinguir se um evento é ou não causa de dado acontecimento se faz mediante o processo da *eliminação hipotética do resultado*, igualmente proposta por Glaser e erroneamente atribuída ao jurista sueco Thyren<sup>3</sup>. Assim, é uma condição causa de dado resultado se, eliminada hipoteticamente aquela, este quedar também eliminado. A maneira de evitar, na busca da causa última de dado resultado, um regresso infinito seria dada apenas quando da análise dos elementos subjetivos da conduta, tais sejam, o dolo e a culpa (esta, quando presente no tipo), de uma feita que o sistema penal brasileiro não admite a responsabilidade objetiva.

Exemplificando a aplicação da teoria da condição, assim como o disparo de um delinqüente seria a causa da morte do sujeito passivo do delito, também o seria a fabricação da arma feita pelo operário, assim como também a mineração da matéria prima com que foi feita a arma, assim como o ato de amor entre os progenitores do delinqüente, vez que sem tal evento não teria vindo ao mundo o

---

<sup>1</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal** – 3 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257.

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. *op. cit.*, p. 144.

<sup>3</sup> TAVARES, Juarez. *op. cit.* p. 258.

autor do ilícito. E desta forma procedendo, chegar-se-ia em um último momento a Adão e Eva aceitando a maçã oferecida pelo vil ofídio e a criação do homem como causas do evento danoso.

Revelou-se, pois, a teoria da *conditio sine qua non* incapaz de delimitar com clareza quais condutas humanas demonstravam relevância em matéria penal, deixando para um segundo momento, o do estudo dos elementos subjetivos do tipo, a determinação de referidas condutas. Cumpre ainda ressaltar que outros problemas restaram não resolvidos pela teoria *sub oculi*, caso da dupla causalidade alternativa, em que a saída foi se recorrer à fórmula da eliminação global apontada por Welzel, e nos casos em que a causalidade vem associada a outros e diversos outros fatores que fazem difícil a sua determinação.

Assim, constatando-se o absurdo lógico a que conduzia a teoria da condição, necessário se fazia um modelo de persecução do nexos causal que restringisse mais o conceito de causa, delimitando o seu objeto de estudo a uma parcela determinada da realidade, estabelecendo assim uma proibição de regresso.

## **2.2 A TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA**

Apontada por Juarez Tavares<sup>1</sup> não como uma teoria da causalidade propriamente dita, mas sim como uma teoria da imputação, pretendendo limitar a causalidade natural segundo parâmetros juridicamente estabelecidos, causa seria apenas aquela conduta que representasse uma tendência geral à produção do resultado descrito no tipo penal. Devendo a Von Bar a tentativa primeira de restringir

---

<sup>1</sup> TAVARES, Juarez, *op cit.*, p. 266.

a causalidade natural, utilizando-se para isso de critério jurídicos, encontra esta teoria em Von Kries seu principal teorizador.

Para esta teoria, são a previsibilidade objetiva e a diligência devida os critérios seletivos limitadores da causalidade e que determinarão uma conduta como adequada para produzir dado resultado. Estes elementos delimitadores da causa adequada são avaliados segundo um critério objetivo, tal seja, o da prognose póstuma objetiva, proposto por Max Rümelin, segundo o qual a questão da probabilidade (que a previsibilidade objetiva antever) do resultado deve ser analisada a partir de um observador que se coloque após o fato delitivo, que ciente estivesse, contudo, de todas as condições existentes à época do fato que eram do conhecimento do agente e que ou eram conhecidas deste ou eram objetivamente previsíveis. As causas são adequadas consoantes as regras da vida

Todavia, consoante nos aponta Muñoz Conde<sup>1</sup>, esta teoria tem o ponto falho de relevar o plano ontológico de causalidade, fazendo desta questão jurídico-normativa, confundindo a questão de qual conduta é causa do resultado com quais as causas têm ou não relevância penal, não apresentando critérios seguros a delimitar a responsabilidade do agente de modo objetivo sem que, para tanto, busque auxílio no dolo e na culpa, e até na culpabilidade, no que perderia aqui a conduta humana a sua função de enlace.

### 2.3 A TEORIA DA RELEVÂNCIA JURÍDICA

---

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. e notas de Juarez Tavares e Luis Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

A teoria da causa juridicamente relevante, ou teoria da relevância jurídica proposta por Mezger<sup>1</sup> diferenciava desde o primeiro momento o que seria a causalidade, esta aferida segundo os critérios naturalísticos fornecidos pela teoria da condição, do que seria a imputação do resultado ao autor do evento danoso, esta última aferida sob o prisma da finalidade protetiva da norma penal que estaria a determinar qual ou quais condutas do processo causal seriam juridicamente relevantes, e que, só então, seriam consideradas juridicamente habilitadas a produzir o resultado.

Como exemplo prático a englobar as teorias referidas até então consideremos o caso amplamente divulgado na doutrina nacional e estrangeira no qual um sobrinho, sequioso por ver falecido o tio do qual figura o único herdeiro e assim lançar mão do vasto cabedal, convence este a vagar por um bosque a fim de que lhe caia na cabeça um raio e o mate. Ponderando os doutrinadores que tal sinistro viesse a ter lugar, teríamos que pela teoria da *conditio sine qua non*, seria o sobrinho responsabilizado pelo resultado, vez que sem o seu induzimento o seu tio não teria saído ao bosque e não teria sido eletrocutado pelo raio. Já consoante a teoria da adequação, o resultado, ainda que do ponto de vista causal-naturalístico fosse vinculado à conduta do sobrinho, a partir do critério da prognose póstuma objetiva, não se poderia ter como adequada para produzir o resultado a ação daquele, vez que não seria de modo algum previsível, pelas regras da vida, que um raio caísse exatamente sobre a cabeça do seu tio durante um simples passeio no bosque. Já para a teoria da relevância, a conduta do sobrinho se mostraria sim causal, não tendo, contudo, relevância para o direito, por não estar no âmbito de

---

<sup>1</sup> MEZGER 1955 *apud* TAVARES, Juarez, *op cit.* p. 270.

proteção da norma tal conduta, não procurando o Direito punir o homem pelo que foi infeliz obra do acaso.

Como pontos negativos desta teoria aponta-se o fato de que, para a determinação da conduta que há causado dado resultado, tem de se recorrer a uma análise demasiado subjetiva, vez que trabalha basicamente com critérios normativos, aproveitando os critérios objetivos da teoria da equivalência das condições. Tem, todavia, o mérito de primeiro passo para a elaboração da novel teoria da imputação objetiva do resultado.

### 3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Teoria já há muito difundida na Alemanha e que começou a ser debatida na doutrina pátria com vigor após monografia do ilustre penalista Damásio de Jesus<sup>1</sup> em 2000<sup>2</sup>, encontrou seu ponto de partida em Honig a estudar o controle do curso causal, iniciando-se como teoria normativa em Larenz, tendo sido, contudo, introduzida no Direito Penal com Hardwig. Não obstante, deve a Claus Roxin o seu correto enquadramento na moderna teoria do delito e a sua sistematização.<sup>3</sup>

Cumprido, contudo, que, antes de adentrar na teoria da imputação objetiva, faça-se um ligeiro apanhar histórico das principais teorias que influenciaram (e influenciam) a teoria do delito. E que este apanhar também se dê em uma esfera normativa, isto é, em uma abordagem que pese as dimensões daquilo que o direito valora como negativo na realização de um tipo penal, tal seja, as dimensões do injusto, assim considerando as diferenças entre desvalor da ação (que leva em consideração o momento da prática da conduta) e desvalor do resultado (conceito normativo que engloba os dados em um momento posterior, o do resultado típico).

Assim, temos o causalismo, doutrina dominante no Direito Penal da primeira metade do século XX, que reduzia o tipo e, desse modo, a determinação de que conduta teria relevância penal, ao fenômeno da causalidade, este estudado consoante os ditames da teoria da *conditio sine qua non*. Em uma abordagem normativa, reconhecia-se apenas a causação de um resultado e dessa forma, apenas o desvalor do resultado. Com o finalismo, principal corrente teórica que

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva**: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141.

<sup>3</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal** – 3 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 280.

seguiu o causalismo, sobrelevou-se o desvalor da ação, todavia apenas no que se referia a seu aspecto subjetivo vez que, incluindo o dolo no tipo, deixava intocável o tipo objetivo, reduzido ainda à noção de causalidade aferida pela teoria da condição, e ainda levando o aplicador do direito a considerar, no *regressus ad infinitum*, uma série de condutas como objetivamente típicas, que só seriam restringidas quando da análise do elemento subjetivo do tipo.

Buscando definir qual conduta seria imputável a um autor, conduta esta que não se exaure na relação de causalidade entre ação e resultado, a teoria da imputação objetiva não relega a noção de causalidade, mas busca delimitar qual ação ou ações do autor são condutas relevantes em matéria penal. Desse modo, colocando em um segundo plano o tipo subjetivo e a finalidade neste inclusa, “ela enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica”<sup>1</sup>, lançando, conforme nos mostra este mestre gaúcho, dois elementos em ambas as dimensões de desvalor. O primeiro, é a criação do risco juridicamente desaprovado que passa a fazer parte do desvalor da ação, ou seja, quando da realização da conduta. E o segundo elemento é a realização de referido risco, este quando do perfazimento do resultado, a integrar portanto o desvalor do resultado. Na delimitação da conduta relevante, esses critérios normativos, há que se ressaltar, têm de estar harmônicos com o fim de proteção da norma e o alcance do tipo de injusto.

Neste diapasão, salutar a definição da teoria nas palavras de Roxin:

Um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como obra sua e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco de realiza no resultado concreto (2) e este se encontra dentro do alcance do tipo (3).<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GRECO, Luís . **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.8.



Assim, uma vez apontados os elementos trazidos por esta teoria, necessário é submetê-los a uma meticolosa análise.

### **3.1 A CRIAÇÃO DE UM RISCO JURIDICAMENTE DESAPROVADO**

Este critério, que é adicionado à conduta para delimitá-la, pode dividir-se em duas elementares: uma é a criação de um risco e a outra é que este risco há que ser juridicamente desaprovado.

#### **3.1.1 A criação do risco**

Já no quesito de criação do risco ressalta-se os traços políticos-criminais que tanto marcam a teoria da imputação objetiva, vez que o Direito Penal não proíbe ações que não sejam perigosas (e, assim, não criem riscos) para determinado bem jurídico. Assim, qualquer conduta que não crie um risco para um bem jurídico já de antemão perde, à luz da teoria abordada, qualquer relevância penal. E isto por um motivo bastante simples: o fim precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Qualquer outra proibição que não ensejasse a proteção de um bem jurídico, ou restasse inócua, seria uma limitação à esfera de liberdade do indivíduo e, aqui, há que se atentar para o princípio da proporcionalidade.

No que atine à aferição de como se poderia constatar a criação de um risco, nos aponta Luís Greco o critério da prognose póstuma objetiva, critério este já proposto por Max Rümelin no estudo da causalidade adequada e que aqui retoma

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104.

forma<sup>1</sup>. Este critério refere-se à capacidade de que um indivíduo prudente e que tivesse o mesmo círculo de convivência do autor teria de formular um juízo acerca de se determinada ação criaria ou não um perigo de lesão a determinado bem jurídico, estando referido indivíduo ciente apenas dos dados de que dispunha o autor no momento da ação. Chegando-se à conclusão de que este indivíduo prudente teria por ensejadora de perigo de lesão determinada conduta exercida pelo autor, eis que este criara um risco para o bem em questão.

Imaginemos aqui, de modo a ilustrar este método, o clássico exemplo de um sobrinho que pede ao seu tio, o qual deseja morto, viaje de trem na esperança que venha a óbito. Ora, consoante a prognose póstuma objetiva, não há criação de risco vez que um observador prudente que analisasse esta conduta com os dados de que dispunha o sobrinho no momento do seu atuar não poderia afirmar que se criou perigo qualquer para o bem jurídico da vida.

Observe-se, todavia, ainda concernente ao citado exemplo, que o autor tivesse ciência de que o trem estava com avarias que inarredavelmente o conduziria a um acidente. É para englobar estes casos que a prognose póstuma objetiva apresenta aqui a nuance de considerar o observador prudente dotado dos mesmos conhecimentos de que dispunha o autor no momento do seu atuar. Ciente de todos os detalhes, no caso *sub oculi*, pode o observador certamente divisar no ato do sobrinho a constituição de um real perigo para o bem da vida e, portanto, a criação do risco.

Ainda no critério de criação do risco, uma vez esboçados os aspectos que fundamentam a imputação de determinada conduta por agir no sentido da criação daquele, devem ser analisados quais as que não devem ser atribuídas ao agente.

---

<sup>1</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 25.

Nesse sentido, há que se estudar dois aspectos: o da diminuição do risco e o da intangibilidade do risco.

Principiando pelo fator da diminuição do risco, eis que determinada conduta que reste sido executada no sentido de diminuir um risco já existente de lesão a um certo bem jurídico não deve ser objeto de desvalor com fundamento na própria funcionalidade do Direito Penal. Afinal, existente para coibir condutas que ameacem a integridade de determinados bens, não seria coerente que a lei penal punisse quem procurasse exatamente proteger aquele bem escolhido pelo direito para ser protegido, uma vez que aludido indivíduo age em harmonia com os fins propostos pelo ordenamento jurídico. Não poderia pois o direito coibir estas condutas protetivas.

Há, contudo, que se fazer aqui uma ressalva. Atuar no sentido de proteger um bem jurídico de modo algum se confunde com a idéia de substituir um bem por outro, ainda que de “menor importância”. Cumpre que se exemplifique: não é a mesma coisa o atuar de um indivíduo Z que, ao divisar um elemento X a mirar para a cabeça de Y, empurra o braço de X fazendo com que ele dispare contra o ombro de Y ao invés da cabeça, do atuar de um outro indivíduo Z que, mancomunado com X, convence-o a atirar no ombro de Y em lugar da cabeça. Enquanto no primeiro exemplo não deve ser imputada a conduta ao indivíduo Z, no segundo não pode haver exclusão de imputação. E isto se deve ao fato de Y ter inaugurado um novo processo causal, ao fim de que restou maculada a integridade física de Y.

No segundo caso afigura-se o entendimento que, tal como é penalmente irrelevante (e aí se leia inimputável) uma conduta que atua no sentido de diminuir o risco, ou seja, no sentido de proteção da norma, também o é aquela que não

aumenta o risco criado. E neste caso, engloba-se toda situação em que não se possa averiguar a extensão da ação do indivíduo dentro de uma situação de risco. E é aí que se enquadra o critério da intangibilidade ou da insignificância. Segundo este critério, não pode haver imputação quando não se possa demonstrar a relevância do proceder do autor para a situação de risco existente. À guisa de ilustração, tem-se uma situação em que uma represa, com um forte vazamento, finda por causar uma inundação. Não cabe, neste exemplo, seja responsabilizado A por esta enchente se apenas chegou a verter um copo d'água na represa. Daí por ser denominado também de critério da insignificância, pois determinadas condutas sequer chegam a provocar riscos relevantes consoante o homem prudente da prognose posterior objetiva.

### 3.1.2 A desaprovação jurídica do risco criado

A sociedade moderna, nas suas múltiplas facetas, admite mais e mais se realizem atividades que são perigosas, mas que, dada a sua necessidade, e mais que isso, à sua relevância histórico-cultural, são não só admitidas como chegam até a ser normatizadas pelo direito (dado mesmo o seu caráter incrementador de risco). Dessa forma, praticar alguns esportes enseja certo nível de risco, conduzir veículos, a perfuração da orelha das filhas pelas mães, dentre outras práticas. Todavia, estes riscos são socialmente tolerados. Nesse contexto, uma vez que nem toda conduta ensejadora de risco é uma conduta socialmente reprovável, cumpre submetermos a uma rigorosa análise quando determinado proceder humano cria um risco que

transpassa a barreira do socialmente admitido e quando está criando um risco permitido.

No estudo do que faria um risco juridicamente proibido ou não, há que se ponderar, na lição de Callegari<sup>1</sup>, o interesse de proteção de bens jurídicos com o interesse geral de liberdade, o qual se contrapõe àquele, que no seu afã de proteger bens jurídicos, tende a considerar toda conduta como perigosa. Consoante o citado interesse geral, temos de admitir que o ser humano tem uma esfera indevassável de liberdade, sem o que não seria possível viver em sociedade, ainda que assumindo determinados risco identificáveis por um critério prognóstico. Neste sentido, estudando o interesse de liberdade de cada cidadão, tem-se que cada um resta com uma esfera de liberdade na qual tem total autonomia (esfera sem a qual se poderia por em xeque a própria dignidade humana). Assim, adotando um exemplo comumente utilizado pela doutrina alemã, tem-se que uma injúria proferida entre amigos não seria alcançada pelo poder punitivo estatal por se haver de reconhecer ao homem um mínimo de espaço onde possa dizer o que bem entender, livre de qualquer vigilância externa.

Todavia, além do núcleo de liberdade do ser humano, de modo a se qualificar um risco desaprovado ou não, há que se considerar a ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos e o interesse geral de liberdade. E nesta ponderação, vários fatores há que devem ser considerados como o valor dos bens que são postos em risco, assim como a intensidade deste risco, a eventual existência de condutas menos lesivas e o próprio interesse social na execução dessas medidas danosas. Há contudo, uma série de parâmetros que facilitam este juízo de ponderação do operador do direito. São esses parâmetros **o princípio da**

---

<sup>1</sup> CALLEGARI 1999 *apud* GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 38.

**confiança, as normas de segurança e o comportamento contrário ao padrão do homem prudente.**

Assim, o **princípio da confiança** consiste, na lição de Fábio Roberto D'ávila<sup>1</sup>, na suposição de que todo ser humano agirá consoante ordenam as normas de cuidado, conduzindo-se conforme o direito, a menos que, por sinais especiais e expressos, não indique o contrário. Acredita-se que, em o outro ser humano agindo prudentemente, venha este também a adotar as devidas normas de cuidado, partindo assim este conceito do princípio de que haja uma cooperação e uma divisão de trabalho entre os indivíduos. Dessa forma, o piloto de avião pode confiar no operador da torre de controle do aeroporto, o médico pode confiar no anestesista em uma cirurgia, dentre outras situações.

Há contudo que se antever que não pode A dar crédito a B se este não apresenta idoneidade para receber confiança, e assim, ter-se-ia acaso fosse B um doente mental ou uma criança, ou A um professor de auto-escola e B um candidato a motorista, bem como não se pode supor que um indivíduo X atuará com diligência se há a constatação que este já esteja bem contra o direito, como o motorista que acelere de encontro ao sinal vermelho. Por outro lado, não se pode esperar a não-ultrapassagem do sinal vermelho após a meia-noite nas hodiernamente perigosas metrópoles brasileiras.

Como critério balizador da análise de um risco desaprovado, temos, outrossim, a **existência das normas de segurança**. Considerando que inúmeras atividades criadoras de riscos historicamente jazem arraigadas na prática cotidiana, procurou o homem estabelecer regras para melhor conter esse risco. Desta forma,

---

<sup>1</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 52.

nas atividades demasiado perigosas, observa-se um conjunto de regras, usualmente meramente técnicas (desprovidas de caráter jurídico), que visam limitar o risco ao mínimo necessário para a realização dessas tarefas. Essas são as normas de segurança, e a sua infringência implica indícios de estar o indivíduo conduzindo-se no sentido da criação de riscos socialmente não tolerados, não sendo, de modo algum, taxativas no sentido de uma vez constatada a sua desobediência se verifique a criação de risco. Um exemplo apontado pela doutrina é o do motorista que conduz com excesso de velocidade e falando ao telefone em uma estrada absolutamente deserta. E normas ainda há cuja desatenção não enseja risco, *v.g.*, a que ordena que à noite a placa dos veículos esteja iluminada.

Subsidiariamente aos critérios das normas técnicas e do princípio da confiança, deve o aplicador do direito recorrer ao **homem prudente** da prognose posterior objetiva, com a diferença de que agora não para analisar se este constataria a criação ou não do risco, mas para averiguar se ainda assim este homem adotaria tal conduta. Isso se deve ao fato do homem prudente, em tese aquele que analisa bem a situação circundante dotado dos conhecimentos que tinha o autor no momento da conduta, é um conceito próximo do da ponderação de interesses, que é um dos fundamentos da desaprovação jurídica do risco. A escolha deste último critério fundamenta-se em dois pontos: o primeiro, que não há que se reprovar um modelo comportamental que se encaixe no do homem prudente, não podendo o direito exigir mais que isso. Assim, não pode o aplicador do direito imputar a alguém como criminosa uma conduta praticada com tal diligência. E o segundo, inseparável do primeiro, consiste em que o a figura do homem prudente fornece sólidas bases para a percepção da reprovação de qualquer conduta.

Considerados os fatores que fundamentam a desaprovação de um risco<sup>1</sup>, cumpre apontar quais os aspectos que, negando a desaprovação do risco, apontam a irrelevância penal da conduta.

Como primeiro critério tem-se o do **risco permitido**, aquele risco criado com a conduta humana que é admitido pelo ordenamento jurídico.

Elemento conceituado pelo “sentimento social daquilo que cada um espera do outro”<sup>2</sup>, trata-se, conforme definição do mesmo mestre, e provavelmente inspirado em Jakobs e nos seus modelos de conduta, daquele risco “derivado de um comportamento aprovado pelo consenso social (socialmente adequado) por atender às expectativas da sociedade”<sup>3</sup>

Referido critério, sendo a negação da desaprovação do risco, encontra fundamentação nos mesmos elementos que embasam aquela, ou seja, há que se levar em conta na sua aferição o núcleo de liberdade do ser humano e a ponderação entre o interesse geral de liberdade e o interesse de proteção aos bens jurídicos.

O **critério da auto-responsabilidade**<sup>4</sup>, é outro critério que se choca com o conceito da reprovação do risco. Partindo-se do ponto que um resultado produzido por uma ação livre e voluntária só pode ser imputado a quem a praticou, necessita que os bens jurídicos lesados sejam disponíveis, sendo o seu agente, imputável, o seu único titular, bem como tendo todos os conhecimentos da ação em um momento *ex ante* e, assim, tenha decidido voluntariamente a se autocolocar em perigo. Nesta linha de raciocínio, contribuições a uma autocolocação em perigo pela vítima não devem ser consideradas reprováveis juridicamente desde que o bem jurídico lesado

---

<sup>1</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 37 *et seq.*

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. *op. cit.*, p. 166.

<sup>3</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 167.

<sup>4</sup> TAVARES, Juarez. *op. cit.*, p. 290.



pertença ao autor, e que o haja lesado consciente e voluntariamente. Há decidido, neste tocante, a jurisprudência alemã que ainda que se realize o risco, ou seja que ocorra o resultado típico em decorrência da autocolocação em perigo pela vítima, aqueles que participaram da conduta não podem ser responsabilizados. A título de exemplo, se A convence B a efetuar a nado, a travessia um trecho do mar relativamente longo, e B o faz, voluntariamente e consciente dos riscos, vindo a morrer no percurso, à conduta de A não deve ser atribuída nenhuma desaprovação pelo ordenamento. Desse modo, eis que não é exigível seja aplicado o Direito Penal quando a vítima puder não se colocar em perigo.

O citado exemplo já mudaria de aspecto se A, ciente das limitações de B, houvesse se comprometido a auxiliá-lo a efetuar a travessia e não o tivesse feito, situação na qual seria flagrante o desvalor da ação praticada por A. Neste caso, haveria um especial dever de proteção que não justificaria deixasse de ser imputada a conduta ao agente. E, neste diapasão, casos em que o indivíduo tivesse conhecimentos superiores ao da vítima (*i.e.*, no caso de A, alpinista, convencesse B a escalar uma montanha ciente que o equipamento que seria entregue a B estaria danificado) ou em que a vítima fosse irresponsável, não podendo manifestar sua livre vontade (*free will*), também não comportam exclusão da reprovação da conduta.

Referindo-se à autocolocação do perigo como a excluir não a imputação da conduta mas a imputação do resultado, entende Thales Tácito que pode haver uma “compensação de culpas”<sup>1</sup> quando, em havendo várias vítimas no desenrolar

---

<sup>1</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**: o Ministério Público Eleitoral, as eleições em face das leis 9.504/97, 9.848/99, 10.723/03, 10.740/03 e 10.792/03, EC 35/01 (Imunidade Parlamentar e restrições). 3 ed. rev. Ampl. E atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1346.

dos eventos, houver uma proporcionalidade entre os resultados e a autocolocação em perigo das vítimas se der de forma simultânea, ainda que admita o autor que o Direito Penal brasileiro não compreende a compensação de culpas como exclusão de crime. Este, contudo, não é o entendimento majoritário na doutrina, que não compara o resultado danoso de uma vítima com o de outra, mas apenas confronta o resultado com o ato praticado pela própria vítima, dominadora do processo causal, que isenta os partícipes de imputação da conduta e, por consequência, do resultado. Não cabe, pois, a interveniência do Direito Penal quando, com base no homem prudente, B puder não se colocar em perigo.

À guisa de exemplificação, há que se reproduzir interessante decisão em que é abordada a autocolocação em perigo pela própria vítima, e que é trazida à colação pelo mestre Thales Tácito:

Em Minas Gerais, o Acórdão n.º 364. 378 do Egrégio Tribunal de Alçada (2ª Câmara Criminal), tendo como relator o culto e estudioso juiz Alexandre Victor de Carvalho, publicado em 07/03/03, abriu um precedente histórico no Brasil, no tocante à imputação objetiva do resultado. Neste Acórdão, cuja votação foi de 2x1, um jovem Delegado de Minas Gerais insistiu que seu subalterno (detetive) o levasse de viagem para Carandaí/MG, mesmo advertido que o carro da polícia civil não tinha condições, estava “puxando” conforme mecânicos afirmaram. Assim o carro perdeu o controle, invadiu a contramão direcional e colidiu de frente com um caminhão, o que matou o Delegado que estava no banco da carona. Em primeira instância o detetive foi condenado ao artigo 302 do CTB, [...] mas no Tribunal de Alçada foi absolvido (art. 386, III do CPP) pelo princípio da imputação objetiva do resultado consistente na autocolocação em perigo pela vítima, com os dizeres do culto e jovem juiz de alçada-relator:

(...)

**Assim, a imputação objetiva fulcra-se no denominado princípio do risco, que é consequência da ponderação, própria de um Estado de Direito, entre os bens jurídicos e os interesses de liberdade individuais, segundo a medida do princípio da proporcionalidade.**

**Pressupõe não apenas que haja a relação de causalidade física entre uma conduta e o resultado, mas que essa conduta tenha realizado um perigo fora do âmbito do risco permitido, criado pelo autor dentro do alcance do tipo objetivo.**

**Significa, portanto, que a relação de causalidade não será comprovada apenas pelo chamado processo de eliminação hipotética de Thyrén, ou seja, se mentalmente abstraída a conduta, não mais se verificar o resultado, é porque está demonstrado o nexo causal.**

**Agora é necessária, conforme dispõe Claus Roxin, em sua magistral obra – La Imputación Objetiva em el Derecho Penal, tradução de**

Abanto Vasquez, M., Lima, 1997 – a criação de um risco penalmente relevante ou não permitido ou desaprovado, a realização do risco imputável no resultado lesivo e a infração ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo.

A imputação objetiva serve para limitar a responsabilidade penal; constitui um mecanismo de delimitação do comportamento proibido. Ancorada em um sistema coerente de interpretação, que se infere pela função desempenhada pelo Direito Penal na sociedade, sua finalidade é analisar o aspecto social de um comportamento, precisando se este se encontra ou não socialmente proibido e se tal proibição é relevante para o Direito Penal.

(...)

Assim, se a própria vítima, por livre e espontânea vontade, se coloca em situação de risco, por exemplo, ordenando ao subalterno que a conduza em um veículo desprovido de condições de segurança, ainda que advertido do precário estado mecânico do automotor, o resultado advindo deste comportamento imprudente não pode ser debitado ao condutor, uma vez que a rigidez da equivalência dos antecedentes causais há de ser abrandada com a apreciação dos dados valorativos posteriores à causalidade meramente física, o que torna forçoso excluir a pretensão punitiva relativa à lesão corporal ou ao homicídios culposos, pela razão de que não se pune aquele que meramente executa os meios tendentes a concretizar uma situação de perigo conscientemente realizada pela vítima.

Já o juiz de Alçada Sidney Alves Affonso, que divergiu do voto, usando um conceito antigo (sem mencionar a nova teoria da imputação objetiva) assim destacou o seu voto, com a mesma propriedade do juiz Alexandre de carvalho, porém, sob outro prisma penal (escola clássica):

***Responde pelo resultado o motorista que, não obstante extenuado por longa e exaustiva jornada de trabalho e ciente das precárias condições do automotor, conduz este em velocidade incompatível com as condições climáticas e com o estado da pista de rolamento, tornando-se manifesta a inobservância de norma de cuidado objetivo e patente o nexos de causalidade entre o comportamento imprudente do autor e o previsível evento danoso.***

A juíza (1ª vogal) Maria Celeste Porto acompanhou o relator juiz Alexandre de Carvalho, absolvendo o agente pela teoria da imputação objetiva.<sup>1</sup>

Há ainda que se ressaltar os casos de **cumplicidade através de ações neutras**, analisado por Luiz Greco à luz do “*critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto*”<sup>2</sup> Consoante este critério, somente deve ser imputada uma conduta neutra a um cúmplice se este, em não praticando o ato, de alguma forma dificultasse a exposição a perigo a que o autor submete o bem. Desta forma, se o autor puder de outra forma obter seu intento

<sup>1</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *op. cit.* p. 1348.

<sup>2</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 73.

independentemente da contribuição do cúmplice e sem ter de fornecer a outra pessoa quaisquer conhecimentos especiais do injusto a ser cometido, eis que o ato do cúmplice não seria reprovável pois os seus eventuais conhecimentos especiais em nada interfeririam no nexos causal dominado pelo autor.

Assim, um comerciante de armas que vendesse um revólver a alguém, ainda que ciente que o comprador disparará contra um terceiro, *prima facie*, não cometeria uma ação reprovável se quem lhe comprou a arma pudesse perfeitamente comprar outra em outra loja sem ter que revelar ao vendedor os seus intentos. E isto porque os eventuais conhecimentos especiais do cúmplice em nada serão relevantes para a causação do resultado. De modo diferente, um taxista que espere um delinqüente roubar um banco de modo a lhe facilitar a fuga perpetra uma ação reprovável pois certamente dificultaria a causação do risco (e por via de consequência, melhoraria a situação do bem jurídico) acaso se negasse, o que, por certo, haveria de obrigar o autor a procurar outro taxista e lhe informar do seu objetivo ilícito para tingir o seu intento.

Nestes casos, interessante apontar o critério de que se vale Günter Jakobs<sup>1</sup> para negar a imputabilidade da conduta ao cúmplice, o qual é fundamentado nos papéis que assume o ser humano na vida social. O cúmplice não poderia ser responsabilizado pelo seu comportamento porque este, no exemplo do padeiro, estaria limitado ao seu papel de mero vendedor de pães, sendo um comportamento absolutamente comum, socialmente aceitável e, *ipso facto*, que não enseja um juízo de desvalor.

---

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. tradução André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

### 3.2 A REALIZAÇÃO DO RISCO CRIADO

Uma vez estudado o momento *ex ante* do injusto, ou seja, o desvalor da ação, há que se partir para o momento *ex post*, ou seja, o do desvalor do resultado, esfera normativa em que a teoria da imputação objetiva acrescenta um elemento, o da realização do risco criado.

Partindo-se da fundamentação do da realização do risco, remete-nos Luis Greco<sup>1</sup> aos fins do Direito Penal, tais sejam , o de inibir condutas lesivas aos bens jurídicos, ou seja, a prevenção geral negativa, e o de, em sobrevivendo tais condutas, sejam elas rechaçadas, e assim temos a idéia de proteção aos bens jurídicos.

Considerando que o Direito Penal visa proteger bens jurídicos, procura então proibir condutas que os exponham a perigo, criando um risco desaprovado para estes bens. Daí o porquê de se atribuir a determinadas condutas um desvalor da ação. Nesse sentido, considerando que o Direito Penal é um direito do atuar humano, apenas aqueles resultados que tem causa em uma ação humana e trazem em si uma lesão a um bem jurídico (dotadas portanto de um desvalor da ação) são carregados com um juízo de desvalor. Assim, tendo em mente que o fim precípua do Direito Penal é evitar ações contrárias ao ordenamento e que só cuida de resultados que foram causados por referidas ações, tem-se que se o resultado ocorrido não tiver nenhum enlace com os motivos que levaram à proibição da conduta, eis que não há por que sancionar referido resultado que, se relevante para determinado tipo objetivo, exclui a imputação da conduta. O nexa a unir o resultado e a conduta nestes casos é a mera eventualidade. O Direito não teria, pois, como reprovar tal conduta sem adentrar na esfera indevassável de liberdade de cada indivíduo, vez

---

<sup>1</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 92.

que não teria o agente exercido uma conduta que causasse um resultado penalmente danoso.

Procurando evitar a lesão do bem jurídico consoante determinado padrão de causalidade, se, considerando um risco, restar afetado um bem jurídico outro que não o ameaçado pelo risco, ou o bem jurídico for afetado, mas não pelo curso causal que ensejou aquele risco, temos que não houve realização daquele perigo ao bem jurídico.

Dado o caráter vago do **fim de proteção da norma**, na sua função de primeiro critério a determinar a realização do risco no resultado como critério para a imputação objetiva, mister se faz exemplificar. Imagine-se um sujeito que, conduzindo um automóvel, tenha ultrapassado um sinal vermelho em um trecho percorrido e, um pouco depois, guiando conforme os ditames da boa direção, vem a atropelar um pedestre descauteloso que tentara atravessar a rua. Indagar-se-ia se o fato de ter o motorista ultrapassado o sinal vermelho não faz dele responsável pelo sinistro, vez que, se tivesse parado, certamente teria sido evitado o acidente, pois chegaria ao local momentos depois. A doutrina, argumentando com base no fim de proteção da norma, responde que não poderia a conduta ser imputada ao agente vez que o resultado estaria fora do fim de proteção da norma a qual exige atente o motorista ao sinal vermelho, de uma feita que aludida norma objetiva evitar acidentes no instante em que o carro cruzasse o sinal e não em um acidente posterior, em que o agente estivesse conduzindo regularmente. Dessa forma, tem-se que o risco criado pelo motorista restringe-se aos indivíduos que se encontravam no cruzamento ou extremamente próximos dele e não alcança um indivíduo que se situava a umas quadras de distância e, que tendo atravessado com desatenção a

via, findou por se jogar frente ao veículo do agente que estava então a guiar corretamente. Aí, atente-se que aquele risco não gerou resultado e o acidente deveu-se a um risco criado pela própria vítima. O fim de proteção da norma de não ultrapassar o sinal vermelho visa proteger apenas os que estão próximos ao sinal. Estando o resultado atingido fora da proteção da norma não há que se falar em realização do risco juridicamente proibido.

Passemos então a outro exemplo, amplamente divulgado na doutrina, a tratar dos **desvios dos cursos causais**. Ao analisar o fim de proteção da norma, deve-se considerar o bem jurídico que esta visa proteger, o risco criado, que deve estar inserido nela, bem como determinados cursos causais que podem fazer este risco se concretizar no momento *ex post*. Assim, no clássico exemplo em que a vítima é esfaqueada pelo autor e, a caminho do hospital, já dentro da ambulância, vem a morrer em virtude de um incêndio no hospital. Ora, o fim de proteção da norma que veda se mate alguém esfaqueado ou alvejado por disparos de arma de fogo é evitar que a pessoa morra em decorrência da facada ou do disparo, não fazendo o incêndio parte do curso causal que a norma visa evitar. Não há, portanto, concretização do risco porque o ocorrido no momento do resultado não foi o que justificava a proibição da conduta quando esta se deu, em um momento *ex ante*. Não foi o curso causal ocorrido o curso que a norma proibira. O que se concretizou no resultado foi outro risco que não o criado pelo agente.

Partindo-se dos mesmos critérios que justificavam a criação do risco juridicamente desaprovado, deve-se verificar se eles também fundamentam a proibição da norma desobedecida, devendo o resultado estar abrangido pela proibição para se constatar a realização do risco. Nesse tocante, à luz da prognose

posterior objetiva, da violação das normas de cuidado, do princípio da confiança e do modelo do homem prudente deve-se constatar a existência ou não da reprovação (e proibição) do resultado pela norma malferida mediante os critérios da prevenção geral negativa e proteção dos bens jurídicos juntamente com o núcleo de liberdade individual e ponderação de interesses <sup>1</sup>

Assim, no exemplo demonstrado, deve ser o indivíduo punido por tentativa, o que se dará bastando (em tratando aqui apenas dos critérios objetivos) que haja a criação de um risco juridicamente reprovado ainda que este não venha a se concretizar no resultado.

Em matéria de desvios causais, deve-se demonstrar, dentro do “juízo de ponderação de objetivos e valores”<sup>2</sup> que é o fim de proteção da norma quais os cursos causais e quais as lesões abrangidas pela lei penal.

Cumprido, outrossim, examinar a questão dos **danos tardios**, ou seja, danos ocorridos após razoável espaço temporal a distanciá-lo do momento da ação. Neste tocante deve-se constatar a irrelevância desse lapso temporal a fim de que se atribua a conduta ao agente. Assim, um atuar criador de um risco há um bom tempo pode, *prima facie*, ser perfeitamente imputável hoje ao seu causador. Como exemplo, citemos o caso de implantação de minas terrestres. O mero fato de uma mina vir a explodir cinco anos depois não faz com que a conduta de implantação das bombas deixe de ser atribuída ao seu causador.

Nestes casos, o que pode ser verificado, entretanto, e que pode ensejar a não imputação da conduta é que uma segunda lesão decorrente da primeira não esteja no âmbito de proteção da norma. Assim, no caso de uma pessoa que sofreu

---

<sup>1</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p.104.

<sup>2</sup> TAVARES *apud* GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 108.



há cinco anos uma lesão na cabeça e que veio a se machucar devido a um desequilíbrio decorrente ainda daquela lesão, eis que esta última não pode ser imputada ao causador da primeira porque teríamos uma violação da esfera de liberdade daquele agente ficasse eternamente responsável pela saúde física da vítima, fugindo, dessa forma, do âmbito de proteção da norma.

Outros casos polêmicos também abordados pela doutrina referem-se aos **danos resultantes de choques**. Nestes casos, usualmente se parte do exemplo de que alguém, faltando com a verdade, ao contar a uma velhinha que seu filho morrera, acaba por causar a morte daquela, que, dada a sua fraca constituição física, é vítima de um infarto. Nesta situação, vez que, consoante a prognose póstuma objetiva, ficasse difícil aceitar a morte da senhora pela notícia, o risco que já se faz presente pela avançada idade da senhora é um risco que deve ser socialmente encarado com naturalidade, e permitir que tal risco ensejasse a proibição de tal conduta faria com que ficasse demasiado restrita a esfera individual de liberdade, o que, dessa forma, põe fora do fim de proteção da norma a lesão a esse bem jurídico.

Há de se observar que, em tendo o autor conhecimentos especiais acerca da situação da vítima, *v.g.*, estando ciente de que esta já foi por duas vezes vítima de infarto e já conta com cinco pontes de safena, há então que se admitir como provável, a partir da prognose póstuma objetiva, a lesão ao bem jurídico da vida e, dessa forma, admitir-se a criação ao bem jurídico e sua posterior realização no resultado, havendo, pois, que se imputar a conduta ao autor.

Outro caso que merece ser abordado é o que engloba **ações perigosas de salvamento**. Alerta Luis Greco que usualmente se aplica o critério do fim de

proteção da norma de modo a excluir a imputação de uma conduta que provoca danos em terceiros por criar uma situação em que estes se vêem compelidos a praticarem uma ação de salvamento. Todavia, salienta a dificuldade de se estabelecer o fim de proteção da norma, exceto nos casos em que seja absolutamente irracional a conduta de salvamento, *in exemplis*, a daquela pessoa que entrou em meio ao fogo que atearam em sua casa para salvar um quadro. Pelas lesões sofridas por esta pessoa não pode ser responsabilizado o incendiário, já que não pode prever com a sua conduta a autocolocação em perigo de outras pessoas<sup>1</sup>

Referindo-se a casos correlatos, a da atuação de agentes obrigados a enfrentar o perigo, informa-nos Thales Tácito, citando Roxin:

O fundamento de se excluir a imputação nestas hipóteses, reside em que a competência conferida a certos agentes de, em face de sua profissão (como soldados, bombeiros, policiais, etc), assumirem a obrigação de evitar ou impedir a manifestação de perigos para os bens jurídicos, afastam, do âmbito do injusto, com relação a esses perigos, todas as demais pessoas, que não estejam submetidas a essa atribuição.<sup>2</sup>

Exemplo desta situação tem-se no caso em que, em um incêndio causado por um acidente doméstico, o bombeiro que estava a efetuar o resgate no interior do lar em chamas restou lesionado por um móvel ter lhe caído por cima. Neste caso, não é o sinistro imputado ao responsável pelo acidente, ainda que o tivesse causado conscientemente, pois que ao bombeiro já cumpre assumir determinados riscos inerentes à sua profissão (riscos permitidos).

Outros casos como o **comportamento indevido posterior de um terceiro** também negam a realização do risco juridicamente desaprovado, e nada mais são do que casos em que se averigua um desvio no curso causal.

---

<sup>1</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p.119.

<sup>2</sup> ROXIN *apud* CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *op. cit.* p. 1353.

Curioso exemplo é fornecido por Thales Tácito, onde uma pessoa lesionou outra que acabou por comparecer ao hospital, onde atendida pelo médico, este constata erroneamente que haveria a necessidade de amputar a perna da vítima em virtude de septicemia, decepando-lhe o membro<sup>1</sup>. Neste caso, conquanto a lesão do agente tenha surtido efeitos ainda sobre a intervenção cirúrgica, razão pela qual deve ser responsabilizado, não deve ser, todavia, enquadrado no tipo de lesão corporal grave, mas sim leve. Neste diapasão, mister se faz citar a explicação fornecida pelo mestre Juarez Tavares:

O importante para dirimir questões desta ordem é previamente determinar-se se a intervenção do médico, independentemente se sua ação foi ou não tecnicamente errônea, representou uma complicação normal das complicações da lesão anterior ou se, ao invés, desencadeou, a partir dela, um outro risco, não assumido objetivamente pelo primeiro causador ... trata-se do critério do modelo de risco proposto por JAKOBS, ou seja, desde que a intervenção do médico afaste do modelo de risco posto em prática pelo primeiro causador e passe a constituir um outro modelo de risco, é de se excluir a imputação quanto ao primeiro causador, no que toca a esse segundo modelo, porque situado fora do alcance do tipo correspondente àquele primeiro modelo de risco.

É que com relação à atuação do médico, como parte inerente à sua profissão, subsiste socialmente uma devida expectativa de segurança quanto a seus métodos, através da qual se pode confiar em que não cometerá erros grosseiros no exercício de suas atividades. Por isso, devem ser excluídos do primeiro causador os excessos cometidos pelo médico.<sup>2</sup>

Tais casos, como o exemplo analisado, remetem ao **princípio da confiança**, que exige o agente dos danos **posteriores** causados por terceiros, vez que pode se confiar que estes atuem consoante os papéis impostos pela sociedade (JAKOBS, 2000, p. 54).<sup>3</sup> Todavia, este princípio não exclui a imputação das condutas que o agente executou, as quais não de ser analisadas consoante os critérios que averiguam o desvalor da ação.

A realização do risco juridicamente desaprovado deve ainda ser analisada sob a ótica de dois relevantes critérios, o da **teoria da evitabilidade** e o da **teoria**

<sup>1</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *op. cit.* p. 1353.

<sup>2</sup> TAVARES *apud* CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *op. cit.* p.1354.

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther. *op. cit.* p. 54.

**do aumento do risco**, que buscam solucionar casos de comportamento alternativo conforme o direito.

Neste caso, o *leading case* adotado pela doutrina alienígena (leia-se, germânica) e que foi absorvido pela doutrina pátria é o do caminhão que ultrapassa um ciclista sem respeitar a distância mínima necessária e em decorrência disto vem a abaloá-lo. Entretanto, examinando o ciclista descobre-se que estava bêbado, não se podendo afirmar com exatidão que, ainda que houvesse o motorista conduzido dentro da distância permitida, o ciclista não teria, em face da sua embriaguez, se assustado, indo parar debaixo do caminhão. A incerteza de que o risco viria a se concretizar no resultado, acaso houvesse uma atuação conforme o direito, nestes casos, é o fator que dificulta a imputação ou não da conduta ao agente.

Consoante a **teoria da evitabilidade**, amplamente difundida na doutrina alemã, conforme Jakobs<sup>1</sup>, somente em se verificando que o atuar conforme o direito seguramente evitaria a concretização do risco no resultado é que se poderia falar em imputação por delito consumado ao agente. Em caso de dúvida, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, e, neste diapasão, considerando não realizado o risco no resultado, imputar ao agente o delito na forma tentada, vez estar ainda presente o desvalor do ato<sup>2</sup>.

Já a **teoria do aumento risco** proposta por Claus Roxin apregoa que “toda vez que uma conduta alternativa conforme o direito reduzir, possível ou provavelmente, os riscos de lesão ao bem jurídico tutelado, o agente deverá responder pela lesão”<sup>3</sup>. Neste tocante, abrange citada teoria um maior número de casos que a teoria da evitabilidade, vez que exige para a constatação de um risco

---

<sup>1</sup> *Id., Ibid.*, p. 89.

<sup>2</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p.128.

<sup>3</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. *op. cit.*, p. 61.

realizado no resultado exige que não a certeza, mas apenas a probabilidade se que, se atuando conforme o direito, o autor diminuiria o perigo de lesão causado ao bem jurídico.

Cumpra contudo observar que, para Jakobs<sup>1</sup>, comportamentos alternativos, dada a sua indefinição por abrangerem um sem número de casos de difícil padronização, são irrelevantes para o Direito Penal. Carecem de planificação que viesse a evitar os danos provenientes do comportamento reprovado, devendo os riscos realizados serem explicados com base em outro comportamento não permitido, ou em infração dos deveres de proteção da vítima, ou no infeliz acaso.

Ambas as teorias, todavia, excluem a imputação da conduta caso reste comprovado que um conduzir-se conforme o direito não melhoraria em nada a situação do bem jurídico. Há, todavia, que se observar para o fato de que, consoante salienta Fábio Roberto D'ávila <sup>2</sup>, a teoria do incremento do risco gera uma insuportável segurança jurídica por se basear em critérios estatísticos da probabilidade ou da possibilidade.

---

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther. *op. cit.*, p. 83.

<sup>2</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. *op. cit.*, p. 64.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpra apontar, no momento último da presente dissertação, considerações derradeiras, uma vez apresentada a teoria da imputação objetiva e os elementos normativos que esta introduz na análise da conduta humana, objetivando, sobretudo, sintetizar a densa matéria abordada.

Para se imputar objetivamente uma conduta ao seu autor é necessário, *ab initio*, que haja uma apuração do vínculo causal, verificando-se, pois, a existência da causalidade entre resultado e ação.

Tem-se, com base neste momento de análise, que de modo algum a teoria da imputação objetiva propõe, como já dantes observado, uma superação da relação de causalidade naturalística, mas sim já a pressupõe. Cumpra aqui observar, outrossim, que este vínculo causal pode perfeitamente ser depreendido consoante a teoria da *conditio sine qua non*.

Aferido o nexu causal, partir-se-á para a constatação do nexu normativo, ou seja, verificando se houve uma criação de risco juridicamente desaprovado, se este se materializou, lesionando o bem jurídico protegido pelo ordenamento, e se essa situação de perigo se deu no âmbito de proteção da norma que teria sido lesionada pela conduta *sub oculi*. Estas constatações normativas devem se dar levando-se em conta o núcleo de liberdade individual de cada ser humano, a ponderação de interesses, a proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa, e serem averiguadas mediante a aplicação da prognose póstuma objetiva, da verificação de violação de normas jurídicas e extrajurídicas de cuidado, do

princípio da confiança, bem como do parâmetro do homem prudente<sup>1</sup> Neste ponto, considerando que há de serem observados os fins do Direito Penal (proteção de bens jurídicos e prevenção geral negativa), cabe enfatizar o aspecto funcionalista da teoria da imputação objetiva, com forte embasamento político-criminal, visa restringir ao máximo qual conduta deve realmente merecer a reprovação penal, de modo a não constranger desnecessariamente indivíduos que agiram acobertados pelo ordenamento.

Há ainda que se analisar, no caso de perigo de lesão a referido bem preexistir à conduta, se esta incrementou este perigo, seja aumentando o risco, seja acelerando a produção do resultado danoso<sup>2</sup>.

Um aspecto há que merece abordagem dentro da imputação objetiva e concerne à inclusão de elementos subjetivos em uma teoria que se diz objetiva, mormente no que se refere à matéria de conhecimentos especiais. Dessa maneira, quando da aplicação da prognose posterior objetiva, para ser tecido ou não um juízo de desaprovação da conduta, é necessário que o homem prudente disponha dos conhecimentos especiais de que era dotado o autor no momento do agir, *i.e.*, em caso de autocolocação em perigo pela vítima, se A vende droga a B, tendo aquele conhecimentos de efeitos que a droga causaria que eram desconhecidos da vítima, eis que estes elementos subjetivos devem ser levados em conta na provável elaboração do juízo de desvalor da conduta de A.

Todavia, a presença destes elementos subjetivos não nega o caráter objetivo da teoria. Esta é denominada objetiva porque estuda a ação que deve ou

---

<sup>1</sup> GRECO, Luís . **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 104.

<sup>2</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

não ser atribuída ao seu autor, elemento objetivo do tipo, o qual, só após aferido, é que será analisado ante a verificação de seus elementos subjetivos, v.g., em sendo o caso, o dolo.<sup>1</sup> Consoante Claus Roxin<sup>2</sup>: “Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos participantes dizem respeito à imputação ao tipo objetivo.

Necessário se frisar a teoria da proibição de regresso em casos de exclusão da imputação objetiva do resultado. Consoante aquela, haveria de se excluir a causalidade de certos fatos que precediam a uma ação dolosa com o fim de se limitar a responsabilização pelo resultado, renunciando-se aos dados obtidos com a teoria da equivalência das condições. Exemplo comumente adotado pela doutrina é o caso de alguém que esquece uma arma sobre um móvel, o que seria aproveitado por um terceiro que, dolosamente, a utilizaria para praticar um homicídio.

Consoante a teoria da imputação objetiva, se proibirá o regresso por não ter o indivíduo que esqueceu a arma criado risco juridicamente desaprovado, vez que não haveria como prever um terceiro adentrasse em sua residência e se utilizasse de sua arma para a realização do injusto.

Para a antiga teoria, utilizava-se de uma injustificável suspensão no nexos causal, o que é absolutamente impensável para evitar que houvesse um regresso na responsabilização do autor do injusto. Nexos causal há. O que não há no caso analisado é nexos normativo, vez que ausente elemento caracterizador do desvalor da ação para a teoria da imputação objetiva.

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

<sup>2</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 122.



Ainda cumpre seja analisada a questão das causas supervenientes absolutamente independentes, as quais a legislação penal trouxe como a excluir a responsabilização do agente, ao curso causal criado pela sua conduta, sobrevier um evento outro que, absolutamente independente do curso que foi causado agente, vier, por si só, ocasionar o resultado. Exemplo clássico dado neste caso é o da ambulância que vem a se chocar com um veículo após socorrer um indivíduo que foi mortalmente ferido na cabeça e que, em virtude do acidente, vem a perecer.

Aqui mister é analisar que a legislação pátria encontrou, na fórmula de exclusão da responsabilidade do agente nestes casos, um corretivo para a insatisfatória teoria da *conditio sine qua non*. Isto porque, consoante esta teoria, fácil é divisar que não há não há interrupção causal, sendo sim, causa da morte, do ponto de vista naturalístico. O que inexistente é, consoante já abordado em momentos anteriores, é a realização do risco criado. O risco criado por uma grave lesão a faca, por exemplo, é que a vítima lesada morra em virtude do sangramento da facada, e não em virtude de uma abalroada. Fácil de constatar é se analisarmos que a quantidade de acidentes não diminuirá se decrescerem o número de acidentes com facas.

Todavia, esta saída legal não apresenta o mesmo êxito em solucionar os casos de causas concomitantes ou pré-existentes. Citemos, a título de exemplo, o caso de um indivíduo A que vem desferir um soco contra B, o qual é miseravelmente hemofílico e vem a perecer em face do incontrolável sangramento causado.

Consoante a doutrina pátria dominante, teríamos, constatada a existência do nexo causal, na melhor análise, um homicídio culposo. Já acorde com a teoria da imputação objetiva, esta solução se revela impraticável. E isto pode ser divisado já

quando do estudo do desvalor da ação. No momento *ex ante*, tomando por base o homem prudente e os conhecimentos especiais do autor e tomando como premissa o desconhecimento por parte deste que o indivíduo que lesionava era hemofílico, difícil é prever que a lesão causada por um simples soco causaria a morte de alguém. Logo não se constataria nenhum juízo de desvalor do indivíduo em relação ao crime de homicídio, claro que estaria que haveria sim reprovação quanto ao tipo de lesão. Em face disto, por este apenas deveria responder o autor. Solução parecida se obtém se for adotada a cláusula *ceteris paribus*, consoante a qual, para se constatar se determinado resultado advém de determinado evento, sendo este causa, bastaria se verificar se as condições da pretensa causa se verificariam no resultado. Neste caso, consoante se vê claramente, no momento da ação, apenas estava presente a força física do agente. Já no momento do resultado, eis que se divisa a lesão e a hemofilia da vítima como determinantes para sua realização.

Dessa forma, aparece a teoria da imputação objetiva, baseada, dentre outros critérios, no fim de proteção da norma e no incremento do risco, como instrumento hábil a solucionar uma série de casos que somente encontrariam resposta plausível em uma análise dos outros extratos analítico-dogmáticos do delito.

Assim, eis que esta teoria, que já no estudo da conduta seleciona quais têm relevância penal e fazendo assim dela um primeiro filtro em matéria penal, realça os fins do Direito Penal e desta maneira, cumpre um papel de extrema importância na moderna Teoria do Delito, fomentando uma aplicação do direito com bases em critérios político-criminais.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal** – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Constituição federal, código penal, código de processo penal/** organizador Luiz Flávio Gomes: obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro: o Ministério Público Eleitoral, as eleições em face das leis 9.504/97, 9.848/99, 10.723/03, 10.740/03 e 10.792/03, EC 35/01 (Imunidade Parlamentar e restrições)**. 3 ed. rev. Ampl. E atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Luís . **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 50.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. tradução André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

LISZT, Franz Von. **A teoria finalista no Direito Penal**. Campinas: LZN Editora, 2005.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. e notas de Juarez Tavares e Luis Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, César Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito** – 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. – 2 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria do injusto penal** – 3 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.